# Derecho Social y Administración Pública

Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Manuel Peláez Nieto

XUNTA DE GALICIA

© 2013, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**EDITA**
ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Rúa de Madrid, 2-4. Polígono das Fontiñas
15707 Santiago de Compostela
T. +34 981 54 60 40 - F. +34 981 54 62 49
web: http://egap.xunta.es/ - e-correo: regap@xunta.es

**Deseño e maquetación:**
Edicións Correo, S.A.U

**Imprime:** Tórculo Artes Gráficas

**DEPÓSITO LEGAL:** C 2291-2013

# ÍNDICE

**Introducción**. ALMANSA BERNAL, ANTONIO

**Laudatio.** CALVO-SOTELO, LEPOLDO

**Agradecimiento Familia**

**La figura de D. Manuel Peláez Nieto**

**Intervenciones de las Jornadas:**

- Intervención del Conselleiro da Presidencia. (ALFONSO RUEDA VALENZUELA)
- Intervención del Presidente de la Asociación Profesional del Cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social (FRANCISCO FUENTES JODAR)
- Intervención del Director de la EGAP (PABLO FIGUEROA DORREGO)

**Presentación de las conferencias/ponencias:**

- Intervención del Director de las Jornadas. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de León (GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ)
- Intervención del Coordinador de las Jornadas. Letrado jefe de la Seguridad Social de Málaga. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Málaga (ANTONIO ALMANSA BERNAL)

**Conferencias/Ponencias**

- Intervención del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela D. JAVIER GÁRATE CASTRO
  Título de la ponencia: **Deberes de los empleados públicos en su estatuto básico.**
- Intervención del Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de León D. JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
  Título de la ponencia: **La movilidad geográfica y funcional del personal laboral al servicio de las administraciones públicas.**

- Intervención del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Vigo D. JAIME CABEZA PEREIRO
  Título de la ponencia: **Participación y representación de los empleados públicos.**
- Intervención del Ex presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Magistrado de la Sala IV, de lo Social, del Tribunal Supremo D. JESÚS SOUTO PRIETO
  Título de la ponencia: **La poligamia y sus efectos en el ordenamiento jurídico español**
- **MESA REDONDA: La reforma de la Seguridad Social.**

  Modera:

  - D. ANTONIO ALMANSA BERNAL, Letrado jefe de la Seguridad Social de Málaga. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Málaga.
    Participan:
  - D. TORIBIO MALO MALO. Letrado de la Seguridad Social. Secretario general del Servicio Jurídico de la Seguridad Social.
  - D. TOMÁS ARRIETA HERAS. Letrado de la Seguridad Social. Presidente del Consejo de Relaciones Laborales del País Vasco.
  - D. LUIS GÓMEZ DE LAS HERAS. Letrado de la Seguridad Social. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de Castilla-La Mancha. Abogado.
  - D. BLAS OLIET PALÁ. Letrado de la Seguridad Social. Director de los servicios jurídicos de Repsol.
  - D. FERNANDO MANRIQUE LÓPEZ. Letrado de la Seguridad Social. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto.
- Intervención de la Directora General de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia y abogada del Estado, DÑA. Mª CAYETANA LADO CASTRO-RIAL
  Título de la ponencia: **Los derechos de los ciudadanos en relación con la actuación de las Administraciones Públicas**
- Intervención del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de A Coruña, D. JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN.
  Título de la ponencia: **La readmisión obligatoria del empleado público improcedentemente despedido**

- Intervención del Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de A Coruña. D. ALBERTO ARUFE VARELA
  Título de la ponencia: **La igualdad de mujeres y hombres en la Administración Pública: un estudio comparado de los derechos español y alemán.**

**Presentación del Libro Homenaje a Manuel Peláez Nieto**

- Intervención del Letrado de la Seguridad Social, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de lo Contencioso-Administrativo, D. ADOLFO SERRANO DE TRIANA.
  Título de la ponencia: **Disertación sobre "Una Administración Pública para una intervención social del siglo XXI".**

**Cierre de las Jornadas. Lección Magistral**

- Intervención del Letrado del Consejo de Estado, D. JOSÉ M. ROMAY BECCARÍA
  Título de la ponencia: **La Reforma del Régimen Sanitario**

**Comunicaciones**

- ALCÁNTARA Y COLÓN, JOSÉ MIGUEL DE
- ÁLVAREZ PATALLO, JOSÉ ANDRÉS
- ARRIETA IDIAKEZ, FRANCISCO JAVIER
- FERNÁNDEZ ALBA, PEDRO
- GAÑAN GOIRIGOLZARRI, INES M.
- GARCIA-TREVIJANO, ERNESTO
- HIDALGO BERMEJO, PAZ
- LEONES SALIDO, JOSE MANUEL
- LÓPEZ-TARAZONA ARENAS, JOSÉ LUIS
- MANRIQUE ROJO, FERNANDO
- MARTÍNEZ LUCAS, JOSÉ ANTONIO

- MÉJICA GARCÍA, JUAN MANUEL (*Juan Méjica*)
- MORENO PUEYO, MANUEL JOSÉ
- RODRÍGUEZ MÉNDEZ, Mª DE LOS ÁNGELES
- RUÍZ ABELLÁN, EDUARDO
- RUÍZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, SOLEDAD
- TRILLO GARCÍA, ANDRÉS-RAMÓN

# ¿Por qué estas jornadas?

**Antonio Almansa Bernal**

Letrado-Jefe del Servicio Jurídico
de la Seguridad Social en Málaga

Profesor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Málaga

Los actos de clausura del Congreso/XI Jornadas (¿eliminamos Congreso?) del Cuerpo Superior de Letrados de la Seguridad Social, celebrado los días 28, 29 y 30 de mayo del pasado año en la ciudad de Málaga, tuvieron lugar en el Jardín Botánico Histórico La Concepción, creado en 1850, por Doña Amalia Heredia, Marquesa de la Casa Loring.

Ese privilegiado enclave de la "Ciudad del Paraíso", la de los Días Marinos, de Vicente Alexandre, sirvió de lugar de reunión, entre otros, al Marqués de Salamanca, Francisco Silvela, Eduardo Dato, Alarcón Luján, Romero Robledo, y Cánovas del Castillo.

El profesor Manrique dictó la conferencia de clausura *Reforma o Superación de la Seguridad Social* y, tras sus palabras en el jardín, nos conjuramos para que de una vez por todas, nuestro admirado, querido maestro, y compañero, Manuel Peláez Nieto tuviera su homenaje merecido, tantas veces pospuesto, injustificadamente, y ello a pesar del compromiso adquirido con anterioridad por muchos intervinientes en estas jornadas.

MANUEL PELÁEZ, gallego, orensano de Verín, letrado de la Seguridad Social, del ya centenario INP, letrado del Consejo de Estado. Esta dualidad nos obligaba a pensar en la celebración de unas jornadas que cubriese ambos aspectos.

Su lugar de nacimiento, la disposición de la Escola Galega da Adminis-

tración Pública y especialmente la de su director Pablo Figueroa Dorrego, asimismo amigo y compañero, facilitaba la labor.

Las jornadas versarían sobre Derecho Social y Administración Pública.

Nada más oportuno a la vista de los últimos acontecimientos legislativos: El conocido plan de acción inmediata, la reducción de la oferta pública de empleo, el RDL de 20 de mayo adoptando medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, dictando normas específicas para el personal laboral con el fin de reconocer la función de la negociación colectiva, la reducción al 5% de las vacantes máximas en la Administración del Estado, la creación del Observatorio del Empleo público, la racionalización del Sector Público Estatal, la suspensión del acuerdo Gobierno-Sindicatos para la Función Pública de 25 de septiembre de 2009, son todas ellas medidas, sin perjuicio de que algunas podamos considerarlas como vueltas de tuerca al Empleo Público, que imprimen de una rabiosa actualidad, al contenido del programa de estas Jornadas.

A pesar del mandato constitucional del artículo 103.3 y de las recomendaciones de los convenios 151 y 154 de la O.I.T. sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública y Fomento de la negociación colectiva, no se habían regulado de manera completa las Bases del Régimen Estatutario de los funcionarios de las administraciones públicas, según la Exposición de Motivos del Estatuto Básico del Empleado Público, del que el profesor Arufe Varela, escribe: "*Pretende poner en práctica un modelo de estructuración del régimen jurídico básico aplicable a los empleados públicos, sobre la base de una posición equidistante entre dos puntos extremos*": el modelo alemán con neta distinción entre el funcionario y el trabajador y el italiano, privatizador del empleo público a causa de la llamada Reforma Bassanini.

Por su parte, y desde el punto de vista de la Seguridad Social, la especialidad del Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado frente al Régimen General se justificó, a juicio del profesor Almansa Pastor, por el carácter administrativo de los servicios prestados por los sujetos protegidos y por ser el Estado el destinatario de tales servicios.

Peregrinamos a esta Ciudad de la Cristiandad en Año Santo, esperanzados en beneficiarnos de la bula de Alejandro III, con el abrazo que daremos al santo y el que enviaremos a Manolo Peláez, modelo de conducta y honestidad, imprescindible hoy día.

Se agolpan los recuerdos del amigo y compañero que cedía el paso siempre, teniendo el don de saber dar consejos. Pero los recuerdos se cuentan, no se transmiten.

Las reformas producidas, las venideras, la laboral más larga en el tiempo, que produjo la ruptura social, la del sistema financiero, la de la

Seguridad Social, la sanitaria, la farmacéutica, llevan inherentes la complejidad de legislar en tiempo de crisis, exportable a las sociedades del sur de Europa que no parecen dispuestas a aceptar los recortes del gasto público propuestos por sus gobiernos, lo que está llevando a adjetivar esta primavera-verano, como "la del malestar".

Lo ambicioso del objetivo programado de estas jornadas, me lleva a solicitar la mayor indulgencia a asistentes y futuros lectores del libro recopilatorio de las mismas, al evaluar el "DESEMPEÑO DE LA TAREA" que nos propusimos.

# Elogio breve y afectuoso de Manuel Peláez Nieto


## Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín

Letrado Mayor del Consejo de Estado


¿Por qué se hacía querer tanto Manolo Peláez? Hace falta un respaldo de mucha autoridad para pretender dar una respuesta a esa pregunta en pocas palabras. Pero yo creo haberlo encontrado en unos versículos del Eclesiástico que dicen: "Hijo mío, en tus asuntos procede con humildad y te querrán más que al hombre generoso". Es sabido que resulta muy difícil encontrar virtudes humanas no contaminadas de ambigüedad. Así, no es humilde el que aparece henchido de modestia, ni aquel cuya humildad se apoya en secretos cimientos de orgullo o vanidad. Pues bien, en mi vida he visto una humildad tan verdadera como la de Manolo.

Conocí a Manuel Peláez en septiembre de 1983, cuando acababa de ascender a letrado mayor de la Sección Segunda del Consejo de Estado, a la que yo había sido asignado tras sacar las oposiciones en marzo de aquel año. El letrado mayor de una sección del Consejo de Estado es el *primus inter pares* de una tertulia amistosa, franca y abierta, en la que las discusiones rara vez se limitan a los problemas que plantean los expedientes y los dictámenes. En aquellas sesiones de la Sección Segunda, Manolo Peláez, quien, como luego se verá, tomaba muy en serio sus responsabilidades de funcionario, no se tomaba demasiado en serio a si mismo. Todos conocíamos su enorme valía y él se empeñaba en subrayar su insignificancia. La mejor prueba de ello es el diminutivo que con frecuencia utilizaba para referirse a si mismo hablando en tercera persona. Por ejemplo, Manolo podía decir, para recordarnos a los letrados donde estaba la autoridad: "Pero es que el

dictamen lo aprueba la Comisión Permanente y no Manolito Peláez". Nunca invocaba en los debates de la sección su jerarquía y aceptaba la casi inevitable arrogancia doctrinal del joven letrado que yo era con una frase

-"¡Claro! ¡Me arrollas, me arrollas!"- donde la benevolencia predominaba sobre la ironía.

Como les ocurre a los verdaderamente humildes, Manolo tendía a olvidarse de si mismo. "A mí, la vida se me pasó sin enterarme", decía, con un punto de melancolía galaica. Y era verdad, Manolo no se contemplaba a si mismo, ni vigilaba los progresos de su carrera. Así, disponiendo de los máximos merecimientos profesionales y habiendo tenido una discreta pero nada desdeñable militancia democrática bajo el régimen de Franco, Manolo no pensó al llegar la Transición que a él le correspondiera un derecho preferente a ocupar cargos políticos. Le bastaba la satisfacción de ver realizadas sus aspiraciones para España. Como le dijo una vez a Landelino Lavilla, en claro reflejo de sus antiguas convicciones democristianas: "Políticamente, los dos períodos en que me he encontrado más a gusto han sido el de la CEDA y el de la UCD".

En todo caso, más que una vocación política en sentido estricto, Manuel Peláez tenía una gran vocación de servicio público, desarrollada como letrado del Instituto Nacional de Previsión y como letrado del Consejo de Estado durante tan largos años (al dejar el Consejo tenía más de ochenta) que le acabaron valiendo una muy merecida Medalla de oro al mérito en el Trabajo. Es de notar que el sentido del deber de Manolo no cambió con el paso del tiempo. No le llegaron el distanciamiento y la indiferencia que a veces acompañan a la veteranía. Sentía el peso de su responsabilidad en cada dictamen y le preocupaba especialmente ese momento clave de la vida del Consejo de Estado que es el paso por la Comisión Permanente de los dictámenes aprobados en sección. Como la Comisión Permanente se reúne los jueves por la mañana, Manolo solía decir, con la lealtad cansada del sabio estoico al puesto que le ha asignado la providencia: "Los jueves duermo mejor que los miércoles". Su amor a la Administración se manifestaba también en que, respetando por supuesto los derechos de los administrados, no perdía de vista los legítimos intereses del Estado. Por ejemplo, la posición del contratista en la legislación de contratos de las Administraciones públicas le parecía demasiado ventajosa: "¡Reformados! ¡Beneficio industrial! ¡Así también me hago cargo yo de un contrato de obras! ¡Yo, Manolito Peláez!". Y, con gesto característico, hacía como que firmaba al pie del contrato.

Manuel Peláez era, y se sentía, muy gallego. Tenía la finura espiritual que es una de las mejores virtudes que Galicia aporta al conjunto de España y que se da en gallegos de todos los estamentos. Esa finura se veía, entre otras cosas, en una educación extremada, que le hacía ser siempre el último

en salir por una puerta, y que, unida a un cierto despiste, le llevaba a contestar él mismo su propio saludo. "¿Cómo estás?, preguntaba, y antes de que el interlocutor pudiera contestar, decía: "¡Muy bien! ¿Y tú?". No quería que su saludo fuera un problema para nadie y se precipitaba a dar la solución. Esa delicadeza espiritual conduce fácilmente a la melancolía (*les délicats sont malheureux*, decía La Fontaine), y Manolo hacía sonar de cuando en cuando la nota melancólica, como en la siguiente *meditatio mortis* que le oí una vez: "A fin de cuentas ¿qué me queda ya a mi? Jubilarme en el Consejo, dejar esta magnífica tertulia, arreglar cuatro cosas en Verín, y luego ¡al hoyo!". "¿Es que te encuentras mal?", le preguntó uno de los presentes, quizá poco versado en ese fluir de los estados de ánimo que es propio del hogar de Breogán… De Galicia venía también su sentido del humor y esa manera de mirar que devuelve una imagen de la realidad envuelta en un fanal que la difumina de forma a la vez irónica e imaginativa. Se trata de algo innato y no deliberado, como prueba un sucedido que contaba Manolo de su infancia. En plena Dictadura, visitó Galicia don Miguel Primo de Rivera y se apeó en la estación de Verín, donde fue recibido con frialdad. Una voz exclamó: ¡Viva el general Primo de Rivera!, pero nadie coreó el grito. Cuando Manolo, que estaba en la estación, volvió a casa, relató así el episodio: "Se paró el tren, se bajaron los viajeros, alguien preguntó algo, y nadie le contestó".

Todavía podríamos decir más cosas de Manolo Peláez: su constante dedicación a su familia, su profunda religiosidad ("el Gran Amigo que me está esperando…"). Pero es momento de terminar y lo haremos con una referencia a la virtud que ha dado lugar a este libro: el compañerismo. Utilizaré como ilustración una última anécdota. Tanto conté yo de Manolo Peláez en casa de mis padres, que me pidieron que lo invitáramos a comer un día. Vino Manolo y fue un conversador inteligente y cultivado, pero sin los destellos geniales propios de su personalidad. Cuando se fue, me dijo mi padre: "Me parece que tu amigo Manolo, en cautividad, no se produce". Y era verdad: creo que Manolo Peláez reservaba lo mejor de si mismo para nosotros, sus compañeros de la Seguridad Social y del Consejo de Estado. De ahí lo acertado de este libro, y de ahí también el agradecimiento que los letrados del Consejo de Estado debemos a los de la Seguridad Social por haber promovido su publicación.

# AGRADECIMIENTO

## FAMILIA PELÁEZ ALBENDEA

Quiero agradecer en nombre de los hijos de Don Manuel y de toda la familia la organización de este acto de homenaje. Agradecimiento a los Letrados de la Seguridad Social, a los Letrados del Consejo de Estado, al Director de la Escuela Gallega de Administración Pública, Don Pablo Figueroa Dorrego, a las autoridades presentes y a cuantos han colaborado en la elaboración del libro que se dedica a su memoria.

De entre muchas, la principal virtud de nuestro padre era su humildad, y ello pese a sus vastos conocimientos, su inteligencia y sus múltiples merecimientos, sobre los cuales después de lo oído en este sede en las palabras de Fernando Manrique, Antonio Almansa, Leopoldo Calvo Sotelo y tantos otros, cualquier cosa que diga resultaría banal.

De estar él aquí presente, seguramente de corazón haría protesta del homenaje y lo compartiría con sus compañeros, Letrados de ambos Cuerpos. Y también seguramente haría mención de muchos de ellos, y conforme a su prodigiosa memoria tendría para todos anécdotas y palabras elogiosas, como le hemos escuchado en casa muchas veces.

Finalmente, no se olvidaría de la familia que hoy acompaña su memoria, pero esencialmente terminaría con una alusión a su querida Auxi, nuestra madre María Auxiliadora Albendea Pabón, sin cuya dedicación incondicional y sacrificio no hubieran sido posibles sus más de cincuenta años de entera dedicación a su trabajo.

Su vida sobre la Tierra prácticamente coincidió con su vida laboral, y falleció a los 89 años. Fue también en esto un adelantado a su tiempo, en línea con reformas futuras. El nunca admitió de buen grado la jubilación.

Muchas gracias a todos.

# MANUEL PELÁEZ NIETO

(1919-2008)

Manuel Peláez Nieto nació en Verín (Orense) el 17 de marzo de 1919. Era el mayor de cinco hermanos: Concepción, Jesús, Purificación y José Antonio. Su padre fue Laureano Peláez Canellas (licenciado en Derecho y en Filosofía y Letras, habiendo cursado estudios en Deusto y Valladolid), que llegó a ser Alcalde de Verín, fundador y director de *El Heraldo de Verín* y Diputado a Cortes por la CEDA tras las elecciones de febrero de 1936; su madre era Isabel Nieto. Contrajo matrimonio con María Auxiliadora Albendea Pabón (natural de Córdoba) el 15 de febrero de 1952 y fue padre de ocho hijos: Manuel, Laureano, José Ignacio, Concepción, Luis, Isabel, Francisco Javier y Ana.

Estudió la Enseñanza Primaria en Verín y el bachillerato en el Colegio Calasancio de la calle Hortaleza (Madrid), por el que siempre guardó un gran afecto, especialmente por el Padre Cerdeiriña. Lo finalizó en junio de 1935.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid, con un brillante expediente que incluye trece Sobresalientes (seis de ellos con Matrícula de Honor), dos Notables y un Aprobado. Comenzó la carrera en octubre de 1935, interrumpida al acabar primer curso por la guerra civil española. Fue movilizado, y continuó sus estudios después de finalizar nuestra trágica contienda superando el 2º y 3º curso de la carrera en 1939/1940 y el 4º y 5º curso en 1940/1941. Cursó y superó con notas brillantes las preceptivas cuatro asignaturas de doctorado, según consta en su expediente académico (tres Sobresalientes y un Notable), pero no llegó a presentar la tesis doctoral, aunque con el tiempo ponderó esa posibilidad con una temática de Derecho social. Más adelante, amplió sus conocimientos de lengua y civilización francesa en Pau y en Bruselas. Mantuvo siempre su afición por la lengua latina y la lectura de filosofía escolástica y de teología moral y política, especialmente de la Escuela de Salamanca.

Comenzó a preparar las Oposiciones al cuerpo de Letrados del Consejo

de Estado, que obtuvo el 1 de junio de 1948, con el número uno. Trabajó en el Consejo con servicios ininterrumpidos hasta su jubilación. Desarrolló su tarea en diversas Secciones y fue Letrado Mayor de la Sección Segunda del Consejo de Estado desde septiembre de 1983. Posteriormente a su jubilación, trabajó en el Consejo de Estado como Letrado en régimen de contrato hasta mayo del 2004.

Letrado del Instituto Nacional de Previsión (INP) por oposición directa y libre, desde el 2 de junio de 1950, con toma de posesión en junio de 1951, con servicios ininterrumpidos hasta su jubilación. Nombrado Jefe de la Asesoría Jurídica Provincial de Madrid del INP el 1 de enero de 1973, aunque con anterioridad a su nombramiento había ejercido las funciones de esa Jefatura algunos años, como único Letrado destinado en dicha Jefatura. El 23 de julio de 1976 es nombrado Jefe de Servicio de la Asesoría Jurídica Central del INP, cargo que desempeñó hasta junio de 1981. El 26 de junio de 1981 fue designado Jefe de la Asesoría Jurídica del INSALUD, cargo que había ejercido en funciones desde la creación del INSALUD, con un paréntesis de unos meses de 1982, tras los cuales, fue nombrado de nuevo Jefe el 1 de julio de 1982.

Entre otros trabajos, fue Secretario con D. Jesús Cobeta Aranda, de la Comisión redactora del Plan Nacional de Seguridad Social de 1958 que elaboró un texto de bases de la Seguridad Social**.** Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde el 17 de febrero de 1953, estuvo ocasionalmente colegiado en más de una docena de Colegios de distintos lugares de España. Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Siempre se interesó por la política, como un servicio al bien común, y participó en las reuniones y afanes de la democracia cristiana en España, también durante la época en la que no había libertad política bajo el régimen del general Franco. Participó en el IV Congreso del Movimiento Europeo (1962, el denominado por la prensa del régimen "Contubernio de Múnich"), como consecuencia de lo cual le fue abierto un expediente que, tras varias propuestas de sanción, se sobreseyó. Militante de la Federación Popular Democrática (Federación de la Democracia Cristiana) desde su constitución. Como señala D. Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín en su semblanza: «disponiendo de los máximos merecimientos profesionales y habiendo tenido una discreta pero nada desdeñable militancia democrática bajo el régimen de Franco, no pensó al llegar la Transición que a él le correspondiera un derecho preferente a ocupar cargos políticos. Le bastaba la satisfacción de ver realizadas sus aspiraciones para España».

Recibió las siguientes Condecoraciones: Cruz de San Raimundo de Peñafort (Orden de 5 de abril de 1951); Cruz de Caballero de la Orden de Isabel la Católica (Decreto de 18 de julio de 1956); Medalla de la Previsión en

la categoría de plata, por 25 años de servicios (4 de enero de 1967); Encomienda con Placa de Alfonso X el Sabio, Madrid 24 de junio de 1977; Medalla de Oro al Mérito en el Trabajo (Real Decreto de fecha 23 de diciembre de 1998).

Se pregunta con acierto en su semblanza D. Leopoldo Calvo-Sotelo, «¿por qué era tan querido Manuel Peláez?». Y responde: por su humildad, «en mi vida he visto una humildad tan verdadera como la de Manuel Peláez». Ésta fue una de las claves de su vida, una humildad respaldada por la autenticidad de una vida de trabajo entendido como un servicio a los demás, a su familia, a la sociedad. Procuró vivir su trabajo con gran responsabilidad; como señala D. Leopoldo Calvo-Sotelo: «tenía una gran vocación de servicio público; sentía el peso de su responsabilidad […], su amor a la Administración se manifestaba también en que, respetando por supuesto los derechos de los administrados, no perdía de vista los legítimos intereses del Estado».

Hombre de estudio y trabajo a conciencia, estaba muy disponible para ayudar a sus compañeros, según han testimoniado por escrito varios Letrados del Consejo de Estado y Letrados de la Seguridad Social que trabajaron con él, y muchas otras personas a las que ayudó a preparar oposiciones, resolver pleitos, solucionar problemas económicos, familiares o profesionales, etc. Señala D. Pablo Figueroa Dorrego: «le tenía un especial cariño por la paciencia y dedicación que tuvo preparándome para la oposición de Letrados del Instituto Nacional de Previsión. Fue una ayuda inestimable y un lujo poder contar con ella. Su ejemplaridad, su abnegada entrega a su trabajo, su altísima preparación, su siempre prudente y acertado consejo, su disponibilidad y su humildad, todo ello de forma constante y permanente con todo el mundo, Letrado o no, hacen de él una figura señera, pocas veces encontrable en nuestra sociedad y digna de todos los homenajes que se le quieran tributar pues con ellos, además de rendirle a él cumplido y merecido tributo, serán sin duda ejemplarizantes para generaciones futuras. Por nuestra parte, nos quedará la satisfacción de devolverle el cariño, la gratitud, la admiración y el respecto que todos le teníamos».

También testimonia D. Fernando Manrique: «conocí personalmente a Manuel Peláez en el año 1975. Trabajé con él hasta mi excedencia en el cargo y siempre le admiré y aprendí mucho de él, pues era un hombre sabio y santo», fue una persona «de profundas convicciones morales, profesionales y humanas». Hombre de muchos conocimientos y... humilde, que ordinariamente no hacía valer su sabiduría sino era para servir y ayudar. Buen padre de una familia numerosa, a la que procuró educar de acuerdo con su mujer, María Auxiliadora Albendea Pabón, mujer valiente y fuerte, que falleció el 9 de abril del 2004 de Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA), enfermedad terrible que supo llevar sin una queja, sonriendo, ayudada por una fe cristiana muy arraigada y viva; esa fe la compartía Manuel con María

Auxiliadora y con ella acudía a la Santa Misa y rezaba el Santo Rosario y practicaba otras devociones cristianas.

Manuel Peláez Nieto falleció de una parada cardio-respiratoria el 8 de abril de 2008, a los 89 años. Descanse en paz. Los familiares redactores de esta nota pensamos que el mejor epitafio que puede compendiar su tránsito terreno quedó reflejado durante el Congreso «Derecho Social y Administración Pública. Santiago de Compostela 2010» en la Placa que le dedicó como Homenaje:

Al Excmo. Sr.
D. MANUEL PELÁEZ NIETO (q.e.p.d.)
Gallego ilustre, jurista sabio y hombre santo, ejemplo para las futuras generaciones de Letrados del Consejo de Estado y de la Seguridad Social, con motivo de las Jornadas sobre Derecho Social y Administración Pública, organizadas por la Escuela Gallega de Administración Pública y celebradas en su honor, en reconocimiento y gratitud de sus compañeros y amigos.
Santiago de Compostela, 25 de Septiembre de 2010
«ANNO JUBILARE COMPOSTELANO»

# ALFONSO RUEDA VALENZUELA

CONSELLEIRO DA PRESIDENCIA

Bien, muchas gracias compañeros de mesa, señoras y señores… Permítanme ante todo que, primero, trasladarles los saludos de mi compañera de gobierno en la Consellería de Traballo e Benestar, Beatriz Mato, que no puede estar aquí y me encomiende yo, con muchísimo gusto, a inaugurar estas jornadas lo que permite, en primer lugar, darles la bienvenida a los que vengan de fuera de Galicia a nuestra tierra en un año que para nosotros es fundamental, en el Año Santo de 2010 donde estamos encantados de que tanta y tanta gente nos visite y nos conozca siempre pero, especialmente, en este año tan importante para Galicia.

Bienvenidos, en primer lugar, y decirles simplemente que yo creo que lo que van a hacer aquí en estos dos días que van a durar estas jornadas es algo fundamental. Yo creo, que sin duda, la Seguridad Social está obligada a abordar los nuevos problemas que la sociedad actual a la que sirve tiene planteados: financiación de la cobertura de contingencias, mantenimiento de las prestaciones, los problemas demográficos, las cuestiones demográficas que se plantean derivadas de la inmigración que hacer surgir cuestiones tan peculiares, aquí se comentaba alguna como por ejemplo el tratamiento de los efectos de la poligamia sobre el régimen jurídico de las prestaciones...

Yo creo que a nadie le cabe duda de que la existencia de un sistema de Seguridad Social fue siempre, y tiene que seguir siendo, desde luego, una de las piedras angulares de nuestro estado del bienestar del que tantas veces hablamos. Y como es una pieza básica, tenemos que protegerla, tenemos que cuidarla, porque además es que de ella depende en una medida muy grande el bienestar de todos los ciudadanos, como decía, el estado del bienestar, especialmente de aquellos que padecen, todos padecemos, pero especialmente, algunos padecen muy directamente las amargas, las tremendas consecuencias de la crisis económica actual. Vivimos, y es una realidad que no se puede negar, en un país que ya está en los 4 millones de parados,

en un país con una taxa de paro que supera el 20 % y, ante esta realidad preocupante, lo que tenemos que hacer es comprometernos a garantizar un Sistema de Seguridad Social que sea eficaz, que sea también, y esto es muy importante, un sistema eficiente y, al final, que sea un sistema sostenible en el tiempo y que garantice el bienestar de las generaciones no solo presentes sino también de las futuras.

Al final, los parados, los que sufren un accidente o una enfermedad que les va a exigir cambiar de trabajo en un momento especialmente difícil, también los jubilados, los pensionistas de viudedad y de orfandad, aquellos que necesitan asistencia sanitaria, sus familias, en definitiva, todos aquellos que por tener necesidades económicas necesitan especialmente ayuda de la sociedad tienen derecho a que se les garantice, en todo momento, ese bienestar. Tienen derecho, por lo tanto, a que sustentemos un sistema de Seguridad Social que, como dice nuestra Constitución, garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, nada más y nada menos. Todos ellos tienen derecho, en definitiva, a ser nuestra prioridad en todo caso y en toda circunstancia pero especialmente en estos momentos difíciles.

Estamos en el año 2010, es cierto, pero también es cierto que el motivo por el cual están todos ustedes hoy aquí, que es seguir mejorando un sistema que no es nuevo, nació ya, y lo decía Pablo Figueroa, en el año… bueno, a principios del siglo pasado. Ya en 1918 se pronunciaron las siguientes palabras que voy a reproducir yo ahora y yo creo que es una realidad tan vigente como lo fueron en el momento en que fueron producidas, insisto, pronunciadas, perdón, insisto, año 1918.

Decían estas palabras que… "Vuestro gran peligro es la invalidez permanente producida por una enfermedad crónica, por un accidente, o por la vejez que agote vuestras fuerzas. Cualquiera de esos tres riesgos os inutiliza para el ejercicio de la profesión y si ella es la única fuente de vuestra vida, al cegarse la fuente, vuestras vidas y las de vuestros hogares se sumergen en el remolino de la miseria, vuestros cónyuges se ven amagados por el riesgo de la viudedad y vuestros hijos por la de una orfandad desemparada. Estas palabras que pueden, a lo mejor, sonar muy tremendas o sonar, en cierto modo, desfasadas, no lo están, y son de hace casi cien años. Hace casi un siglo que el vocal del Instituto de Reformas Sociales Severino Aznar, resumía, en breves líneas, con lenguaje de aquella época, lo que paso a paso ha llegado a ser lo que hoy conocemos por el Sistema español de Seguridad Social.

Y creo que no hay que abandonar este fin ni esta conquista, porque es una conquista que se ha ido consolidando poco a poco, y es verdad que en estos momentos lo más urgente y lo que todo el mundo tiene que hacer y dedicar sus esfuerzos es a asegurar y garantizar las prestaciones para

poder atender a los beneficiarios actuales del sistema, para no abandonar a ninguno, como decía antes, pero creo que en ningún caso, debemos olvidar que hay que continuar avanzando.

La situación ahora es difícil, pero hay que continuar avanzando, porque esto tiene que continuar, y que cada generación, las de ahora y las del futuro, tienen que aportar, tenemos que aportar a esta conquista nacional que supone el Sistema de Seguridad Social nuestro granito de arena porque, al final, es la verdadera columna vertebral del estado del bienestar, como decía antes, al que en ningún caso ni en ninguna circunstancia puede nadie renunciar, y menos todos aquellos que tenemos responsabilidades políticas.

Estos días en Santiago de Compostela, en este final de tantos caminos, van ustedes a estudiar y a discutir sobre el presente y el futuro de la Seguridad Social, que es lo mismo que decir, sobre el presente y el futuro de muchísimos trabajadores, de muchísimas personas, de muchísimas familias; cada una de ellas tiene una historia, pero todas, al final, tienen esta misma necesidad común. Yo espero, sinceramente, en nombre del Gobierno gallego, que estas jornadas sobre Derecho social y administraciones les ayuden a ustedes, y en beneficio de todos, a arrojar luz sobre esa oscuridad que ahora parece anunciarse. Desde algunos sectores, ese retroceso que parece anticiparse en un camino que siempre fue adelante y que debe continuar adelante, de forma unívoca y si me lo permiten también, de forma unitaria y unida. Yo estoy seguro del éxito de estas jornadas por la presencia de los que están hoy aquí, por la organización de la EGAP, por la presencia de la Asociación Profesional de Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, de los Servicios jurídicos de la Seguridad Social, de avogados del Estado, de letrados de la Xunta de Galicia, de funcionarios de la Consellería de Traballo e Benestar, de letrados del Consejo de Estado, de magistrados, de profesores de universidad, en definitiva, de expertos todos ellos, todos ustedes, en una materia tan sensible como crucial para la consolidación de lo que más nos importa. Por ello, ya digo, les agradezco su presencia en estas jornadas, el trabajo que sé que van a hacer, les invito a disfrutar de nuestra comunidad a los que vengan de fuera, como decía al principio, y muchísimas gracias por su presencia.

# Francisco Fuentes Jódar

Presidente de la Asociación del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social

Don Francisco Fuentes, Presidente de nuestra Asociación de Letrados, me pide que escriba unas líneas recordando a Manolo Peláez.

Cuando me transmitió dicho encargo por mediación de la Vicepresidenta, Dª Pilar Madrid, tuve cierta sorpresa porque pienso que puede haber personas más cualificadas que yo para hablar de nuestro insigne compañero pero, ante la insistencia, acepté gustoso porque guardo de Manuel Peláez un grato recuerdo.

La primera reacción fue pensar en lo antiguo que va siendo uno, pero inmediatamente agradecí el encargo porque me brindaba la oportunidad de pensar durante un rato largo en Manolo, aunque lo cierto es que le recuerdo con frecuencia, por lo que después diré.

Cuando reflexionaba para escribir estas líneas, sentía que, sin darme cuenta, me iba convirtiendo en un "pulgarcito" porque necesitaba levantar la cabeza como un niño para mirar a una persona mayor, cuya figura, en este caso, se alarga por su categoría profesional y humana.

Conocí a Manolo Peláez en los primeros años de la década de los 70 (del sigo XX, no del XIX) y ya coincidíamos en los Juzgados, él representando primero al INP, y después al INSALUD, y yo a las Mutualidades Laborales, el Servicio del Mutualismo Laboral o la TGSS. En alguna de sus actuaciones forenses hizo gala de su peculiar estilo de defensa que era una combinación de elegancia procesal y dureza argumental, pues consistía en escuchar pacientemente el alegato del Letrado, generalmente demandante en contra de la Entidad Gestora y, cuando Manolo recibía el turno de palabra, comenzaba la defensa con la sorprendente manifestación de: "Totalmente de acuerdo con las manifestaciones del Letrado de la parte demandante", lo cual, al principio, me produjo la natural sorpresa de ver que prácticamente se estaba allanando a la demanda; pero pronto obtenía todo su sentido esa frase porque a continuación Manolo, inclinando ligeramente la cabeza y levantando la palma de la mano, decía: "Peeeeeero" (lo escribo así porque alargaba la pronunciación de la e de manera casi in-

consciente o como para tomar carrerilla), y, a continuación, empezaba a argumentar en contra del demandante durante un largo rato, con razonamientos llenos de fundamentación jurídica y sin perder nunca la elegancia forense, dejando al contrario prácticamente desarbolado.

Esta anécdota la recuerdo frecuentemente no solo para aplicarla como lección bien enseñada, sino para exponerla a otros compañeros. Por ello decía antes que recuerdo frecuentemente a Manolo.

En otras ocasiones, años después, coincidí con Manolo en las reuniones que teníamos los letrados que prestábamos servicios en las entidades gestoras, en aquella época en que se empezaban a fraguar los fundamentos de lo que hoy es nuestro Cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social. En estas reuniones, a veces mantuvimos posturas dispares como consecuencia de los diferentes puntos de partida que teníamos y, en ocasiones, algunas diferencias respecto de los puertos a los que queríamos llegar. Pero a pesar de tales discrepancias, o quizá como consecuencia de ellas, siempre mantuvimos un sincero compañerismo.

En estas reuniones, a veces pretendía utilizar su expuesta técnica del "pero", sin que le diera tan buenos resultados como en Sala porque como yo le conocía, intentaba atajarle y entonces surgía un vivo debate donde Manolo sacaba a relucir su habilidad de buen dialogador -no dialéctico- y su amplia cultura.

En más de una ocasión, he pensado que en aquellas reuniones, a pesar de las fricciones, se puso la semilla de nuestro Cuerpo porque cada uno en su parcela mantuvo con firmeza la defensa de su puesto de origen y Manolo siempre regó nuestras reivindicaciones con su prestigio personal de miembro del Cuerpo de Letrados del INP y Letrado del Consejo de Estado.

Siempre me sorprendió de Manolo que, tras su elegante figura de hidalguía vieja, guardaba un espíritu fino y amplia cultura. Lo que más me llamó la atención fue la deferencia que tuvo para conmigo pues, a pesar de su elevada posición profesional, siempre me escuchaba y, a veces, me pedía opinión atendiéndome como si realmente necesitase de mi criterio, cuando hubiera podido prescindir de él.

De esas conversaciones sobre lo divino y lo humano, recuerdo vivamente su comentario sobre el descanso que sentía cuando se iba a su casa en la serrana localidad de La Cabrera, y cuando paso por allí siempre viene a mi mente Manolo. Por ello decía antes que le recuerdo con frecuencia.

Con estas breves líneas he intentado dar dos pinceladas sobre Manolo Peláez, del cual guardo una grata memoria, pues si bien no tuve ocasión de disfrutar de su amistad, sí me distinguió con su compañerismo.

# Pablo Figueroa Dorrego

## Director de la EGAP

Sr. Conselleiro de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, Sra. Secretaria General de la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia, Sra. Directora del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, Sr. Presidente da Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Srs. Director y Coordinador de las Jornadas, Sras. e Srs.

Bos días, Buenos días.

Gracias a la confianza de nuestro Conselleiro he podido formar parte de las personas que hemos organizado, con todo cariño y toda pasión, estas Jornadas.

En su organización, mi mente ha querido ser siempre la del director de esta Escuela, pero mi corazón ha sido siempre el de un miembro de ese Cuerpo al que es mi orgullo pertenecer, el de Letrados de la Seguridad Social, y al que nunca he dejado de querer y admirar.

Querer porque hace algunos años entré a servir con toda mi ilusión de letrado de nuevo ingreso al Instituto Nacional de Previsión. Admirar, porque son la punta de lanza de defensa del sistema del aseguramiento social español, tanto en el nivel forense como en el técnico.

En efecto. Son los que cada día, en los Juzgados y Tribunales de nuestra España, se baten el cobre para defender en juicio a la Administración custodia del Aseguramiento Social; y los que, cada día también, le prestan su asistencia jurídica, asesorándola en Derecho.

Son los que recogen cada día el testigo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de las primeras leyes sociales bismarckianas, de los doce puntos del Informe Beveridge. Son continuadores de la labor de aquella **Comisión de Reformas Sociales,** que en 1883 dio los primeros pasos para "la mejora y bienestar de la clase obrera", como se decía en la norma de su creación.

Debemos recordar que fueron nuestros **bisabuelos** quienes vieron en 1900 cómo se crea **el primer seguro social**, **La Ley de Accidentes de Trabajo**, y cómo, en 1908, se crea el **Instituto Nacional de Previsión** en

el que se integran las cajas que gestionan los seguros sociales que van surgiendo.

Ellos dan los primeros pasos para que nuestros **abuelos** pudieran desarrollar, desde los años veinte, los primeros seguros sociales, el **Retiro Obrero** (1919), el **Seguro Obligatorio de Maternidad** (1923), el **Seguro de Paro Forzoso** (1931), el **Seguro de Enfermedad** (1942), y el **Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez** (SOVI) (1947).

Pero fueron nuestros **padres**, quienes en 1963 ven promulgar la **Ley de Bases de la Seguridad Social** cuyo objetivo principal era la **implantación de un modelo unitario e integrado de protección social**, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación; Bases que dieron lugar a la **Ley General de la Seguridad Social de 1966.**

Y fue **nuestra generación** la que aprobó en referendum el artículo 41 de la **Constitución**, elevando a ese máximo rango jurídico el derecho a un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

Y seguimos siendo nosotros quienes, día a día, debemos hacer realidad ese derecho de todos los ciudadanos.

Pero también seguimos siendo nosotros, esta vez acompañados con los que nos seguirán en el tiempo, quienes debemos reflexionar para que ese derecho pueda seguir siendo efectivo para todos en nuestra querida España.

Para eso estamos aquí estos días en esta Escuela Gallega de Administración Pública. Para reflexionar, trabajar y avanzar en cuestiones punteras en la Administración Pública y en la Seguridad Social. Para intentar hacer un presente mejor pero, sobre todo y ante todo, mirando hacia un futuro que queremos -y no renunciaremos a ello- cada vez, cada generación, mejor.

Decía Beveridge en su informe: "Si no podemos ser los cuidadores de nuestros hermanos, seamos al menos su aseguradores".

Aún el tiempo no es llegado para que podamos dar aquel paso previsto en sus palabras. Por ello sigamos siendo, en la España de 2010 -en plena crisis económica-, como en la Gran Bretaña de 1942 -en plena guerra mundial-, los aseguradores de nuestros hermanos.

Aprovechamos la celebración de estas jornadas para rendir un merecido homenaje a un insigne compañero, D. Manuel Peláez Nieto, letrado del Consejo de Estado y letrado de la Seguridad Social, cuya profesionalidad, abnegada entrega al trabajo, indiscutible magisterio y bonhomía, hacía indispensable este homenaje que todos nosotros, con todo nuestro cariño, le rendimos en la jornada de mañana.

Gracias a todos los organizadores, a Director, Coordinador; a la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Se-

guridad Social; a los Servicios Jurídicos de la Seguridad Social; representados aquí por Dña. Mª Ángeles Lozano Mostazo, Directora del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social quién nos honra con su presencia; a la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia, y muy especialmente a su Secretaria General.

Gracias, en fin, a los ponentes y asistentes que, de todas partes de España, van a hacer realidad un encuentro de expertos que, como decíamos, van a poner un granito de arena en esa lucha generacional, contra el tiempo y las circunstancias, que significa –y seguirá significando em eñ futuro con el esfuerzo de todos- la historia de la Seguridad Social española.

Muchas Gracias, Moitas Grazas.

# Presentación de las conferencias / ponencias


## Germán Barreiro González

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de León


Disertar o escribir sobre la relación entre Derecho Social y Administración Pública podría remitir a puntos de referencia muy variados, en revisión capaz de oscilar desde recuerdos de la Historia a la última de las normas promulgadas; de los funcionarios al personal laboral, con todas las figuras intermedias conocidas; partiendo de problemas procesales o sustantivos, tanto laborales como de Seguridad Social; admitiendo una revisión crítica o analizando su discurrir día a día; cohonestando o contraponiendo la perspectiva científica y la práctica... Prescindir de cualquiera de estas variantes significaría ignorar aspectos esenciales en unas Jornadas que se presentan bajo aquel enunciado; al tiempo, no honrar conforme merece, en su libro homenaje, a MANUEL PELÁEZ NIETO.

Por este motivo, el diseño de ambos eventos ha intentado partir de la realidad legal actual, pero sin prescindir del pasado y de cuanto cabe augurar de futuro, bajo un programa e índice destinados a aglutinar algunos de los componentes más significativos del régimen jurídico del empleado público.

El punto de partida, en consecuencia, queda necesariamente situado en la Ley 7/2007, como observatorio privilegiado desde donde examinar un panorama variopinto; siempre atentos a dos premisas sentadas en su Exposición de Motivos: de un lado, que se trata de "un paso importante y necesario en un proceso de reforma", portador de algunos cambios sustanciales dignos de examen; de otro, que incluso aquella, destinada a la alabanza en la presentación de una norma, no puede menos de reconocerla como un hito que "será previsiblemente largo y complejo", simplemente un primer peldaño en el ascenso hacia la modernización del régimen de los servidores públicos, adaptándolo a las complejas exigencias de los tiempos actuales.

La reacción frente a cuanto constituía un acervo rígido y férreamente

mantenido a espaldas de la sociedad supone volver sobre algunos puntos, nunca bien suturados, que han resultado fundamentales desde hace tiempo (negociación colectiva, reserva de puestos a funcionarios, convergencia entre estos y los laborales, unificación -y constricción- salarial, como muestras más señeras); a la par, incorporar aportaciones realmente originales, haciéndose eco, por ejemplo, de la necesidad de un estatuto especial para los directivos, estructurar racionalmente el empleo público, ordenar la carrera profesional o, por no seguir -y constituye un verdadero reto-, la cada vez más demandada evaluación del desempeño de las tareas asignadas.

En el horizonte planeaba acercarse a lo que viene a ser conocido como *new public management*, destinado, no únicamente a "contribuir al desarrollo económico y social" (conforme destaca, de nuevo, la Exposición de Motivos), sino también a solventar la evidente concurrencia del quehacer público con el sector privado, forzando a la Administración a ser "competitiva" en punto a la consecución de resultados, y no, sencillamente, a huir de su propio ordenamiento (falta de planificación, aumento de la temporalidad, ausencia de garantías de objetividad...; en síntesis, gestión "blanda" o "interesada") para desbordar *de facto* previsiones legales de obligado cumplimiento, según queda patente en el clásico ensayo de ALEJANDRO NIETO sobre *La nueva "organización" del desgobierno*.

De atender a la transacción entre el deseo y lo factible, el texto final muestra cómo la propuesta de la Comisión de Expertos en cierto modo se desvanece y pierde la coherencia exigible a un discurso interrelacionado, mostrando en su resultante final profundas fisuras respecto del modelo propuesto, "conservando" frente a sugerencias más audaces y, además, "degradando" cuanto técnicamente era correcto a una redacción en muchas ocasiones con párrafos difíciles de interpretar y aplicar, con graves problemas para determinar la normativa vigente, ya por silencios inoportunos, ya por contradicciones internas, ora por compatibilidad entre lo sustituido y lo instituido, ora por el reenvío a futuros e inconcretos desarrollos o remisiones a la normativa laboral (tanto de rango legal como convenios colectivos) que llevan al momento hermenéutico fundamental de la duda insoluble sobre la fuente de Derecho a aplicar.

El Estatuto Básico del Empleado Público se muestra, así, como una referencia única, pero con tantos aspectos abiertos a la diversidad que la homogeneización pretendida aparece más que nunca como un objetivo difícil de alcanzar, en tanto transige con la diversidad según la relación administrativa (que no la labor desarrollada) y legitima la pluralidad de regímenes en función de los territorios (convirtiendo lo que constitucionalmente es básico en dispositivo), abriéndose a un riesgo de fragmentación (al que tampoco es ajena la negociación colectiva) al que los instru-

mentos de cooperación y colaboración difícilmente podrán poner freno. Apelar a las denuncias, a la experiencia o, en último término -y preferible-, a la ética para depurar cualquier irregularidad al respecto (desde la legal a la surgida del devenir cotidiano, confiados en los "valores cívicos de la sociedad"), conlleva una innovación puramente moralizante de la cual poco o nada cabe esperar, según muestra la experiencia.

Buscar la flexibilidad en el empleo público (incluso la flexiseguridad, para acomodar el discurso a una imparable imaginación europea por buscar nuevas palabras a fenómenos ancilares), pretender la uniformidad jurídica en su seno, abrir vías a una gestión eficaz en el servicio a los ciudadanos; en definitiva, controlar cuanto claramente se desbordaba, parecen objetivos loables, pero se duda que satisfactoriamente resueltos.

Es este, sin embargo, el pórtico de cuanto constituye el objetivo último de estas Jornadas y Libro que compendia sus aportaciones, destinadas a contribuir, desde aquel objetivo profesional y práctico enunciado, a proporcionar perspectivas parciales sobre temas de candente actualidad que intentan, en su conjunto, ofrecer un panorama completo sobre la influencia del Derecho Social en la Administración Pública.

A tal fin se ofrece al lector, ahora (como en su momento tuvieron a bien oir los asistentes a los Jornadas), una cuidada selección de temas trascendentales para los empleados públicos, que, por el orden en el cual fueron presentados, atienden a sus deberes (JAVIER GÁRATE CASTRO), la movilidad funcional y geográfica del personal laboral (JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ), la participación y representación de los empleados públicos (JAIME CABEZA PEREIRO), la readmisión obligatoria del despedido improcedentemente (JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN), la igualdad entre hombres y mujeres en el seno de la Administración, a partir de un estudio de Derecho comparado entre los ordenamientos español y alemán (ALBERTO ARUFE VARELA), los derechos de los ciudadanos en relación con la actuación de las Administraciones Públicas (...falta texto...), las uniones poligámicas en la realidad social española a partir de una nueva visión comparada del Derecho (JESÚS SOUTO PRIETO), los puntos críticos del mal llamado procedimiento de oficio, con especial referencia a los procesos calificatorios (CARLOS MOLERO MANGLANO) o la conciliación de la vida laboral y familiar de tan cualificado personal, como Lección Magistral dictada (en verdadero y merecido privilegio) por EFRÉN BORRAJO DACRUZ.

Amplio muestrario que encuentra colofón en la Mesa Redonda celebrada sobre *La reforma de la Seguridad Social*, con participación de ANTONIO ALMANSA BERNAL, como moderador, y TORIBIO MALO MALO, TOMÁS ARRIETA HERAS, LUIS GÓMEZ DE LAS HERAS, BLAS OLIET PALÁ y FERNANDO MANRIQUE LÓPEZ, como intervinientes; también

por la ponencia, de todo punto imprescindible para comprender la complejidad de un problema de permanente actualidad, sobre *La reforma del régimen sanitario* presentada por JOSÉ M. ROMAY BECCARÍA.

Permítame quien acceda a estas palabras un *excursus* especialmente emotivo a la intervención de ADOLFO SERRANO DE TRIANA, disertando sobre *Una Administración Pública para una intervención social del Siglo XXI*, como presentación al Libro Homenaje de MANUEL PELÁEZ NIETO, que incorpora, mejor que estas líneas, una visión sintética y preclara del asunto ahora introducido. Pero, sobre todo, es de destacar el también emotivo discurso de LEOPOLDO CALVO-SOTELO E IBÁÑEZ MARTÍN, quien logró condensar cuanto era difícilmente pensable: la altura profesional de MANUEL PELÁEZ NIETO como eminente jurista, Letrado de la Seguridad Social y Letrado del Consejo de Estado, pero, sobre todo, como persona, de quien bien puede afirmarse que *ut sementem feceris, ita metes*.

# JAVIER GÁRATE CASTRO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA


## DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN SU ESTATUTO BÁSICO (*)

**SUMARIO:**


**I.** Introducción

**II.** El resultado de la necesaria reconstrucción de las reglas establecidas

**III.** Unas indicaciones acerca de cómo se presentan en el EBEP las piezas de la reconstrucción propuesta

**IV.** Sobre el "código de conducta de los empleados públicos"

**V.** Aplicación de la regulación:
A) Entrada en vigor; B) Ámbito subjetivo;
C) La necesaria adaptación a las circunstancias.


### I. INTRODUCCIÓN

Del contenido típico de una norma "estatutaria", esto es, de aquel que se espera encontrar en cualquiera que así se presente, forma parte el tratamiento de los derechos y deberes de las personas incluidas en su ámbito de aplicación. Asimismo, es propio de dicho tipo de norma el contemplar la responsabilidad asociada al incumplimiento de tales deberes. No extraña, pues, que el *Estatuto básico del empleado público* dedique a ambos aspectos bastantes de sus preceptos.

De los derechos y deberes se ocupa, de forma específica, el título III, donde es evidente la falta de simetría entre la atención dispensada a uno de esos aspectos y la concedida al otro. En efecto, siempre dentro del expresado título III, mientras que los *derechos* son objeto de una regulación amplia y bastante ordenada, comprensiva de su enumeración [1] y del des-

arrollo o la concreción, mayor o menor, de algunos de ellos [2], los deberes se someten a reglas más abiertas, de contenido a menudo desordenado y más ambiguo o con mayor presencia de conceptos jurídicos indeterminados que habrá que esperar a que se vayan precisando por los Tribunales de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, cuyas interpretaciones sobre la materia puede que no coincidan plenamente, pues ninguno de ellos está vinculado por los criterios seguidos por el otro. Se trata de reglas donde con redacción penosa el legislador mezcla y hasta confunde deberes, conductas en que se manifiestan o concretan y principios o, mejor, valores que inspiran o a los que responden tales deberes y conductas. La consecuencia de semejante situación es que el conocimiento cabal de aquello a lo que quedan obligados los empleados públicos en la prestación de sus servicios exige una delicada tarea que comporta, además de la reconstrucción de las aludidas reglas, contenidas en los arts. 52, 53 y 54, el relacionar estas con la descripción y tipificación de las faltas disciplinarias sancionables, entre ellas las "muy graves" que relaciona, en lista abierta, el art. 95.2 de igual texto legal. Se refiere a esa complementariedad su art. 52, cuando dispone que los principios y reglas que se establecen en el capítulo del que forma parte "informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos". Asimismo, han de tenerse en cuenta preceptos comprendidos en otros textos legales, como son los relativos al comportamiento del empleado público en materia de incompatibilidades (Ley 53/1984, de 26 de diciembre).

[1] Se distingue, al respecto, entre derechos "individuales" (art.14) y "derechos individuales ejercidos colectivamente" (art.15). La ubicación de algún derecho en uno u otro grupo no es totalmente correcta. En concreto, es lo que sucede en el caso de los derechos "a la libre asociación profesional" y "a la libertad sindical", incluidos, respectivamente, entre los "individuales" [art.14.p)] y los "individuales ejercidos colectivamente" [art.15.a)]. Ambos derechos serán individuales en la medida en que se refieran a la posibilidad que tiene el empleado público de afiliarse a la asociación profesional o al sindicato de su elección, causar baja en la asociación o sindicato donde figure afiliado o no afiliarse a ninguna asociación profesional o sindicato; en cambio, serán de ejercicio colectivo en cuanto se refieran a la constitución de asociaciones profesionales o sindicatos.

[2] Los relativos "a la progresión en la carrera profesional y promoción interna" (arts. 16 y sigs.), "a percibir las retribuciones" (arts. 21 y sigs.), a la negociación colectiva, representación, participación y reunión (arts. 31 y sigs.), al tiempo de trabajo y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (arts. 47 y sigs.). Fuera ya del título III, se ocupan también de algunos de los derechos relacionados en su artículo 14, por ejemplo, los arts. 67 ("jubilación") y 89 ("excedencias"; su regulación guarda relación con el derecho del empleado público "a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral").

## II. EL RESULTADO DE LA NECESARIA RECONSTRUCCIÓN DE LAS REGLAS ESTABLECIDAS

Ya he indicado que para comprender las reglas aquí contempladas es precisa su reconstrucción. Una vez realizada la tarea, comprensiva de la recomposición de la mala redacción empleada (el lector del texto legal percibe que este ha sido objeto de una tramitación precipitada y poco cuidada o elaborada; llega a tener la sensación de que tiene ante sí, más bien, un borrador de texto legal), aparece:

1) Que la relación administrativa, estatutaria o laboral a través de la que los empleados públicos se incorporan a la Administración o entidad pública empleadora les sujeta a la obligación de trabajar o prestar sus servicios; a la obligación de "desempeñar (…) las tareas que tengan asignadas", en expresión del art. 52 del EBEP.
2) Que en torno a la anterior obligación se sitúa una serie de deberes, amplios, que tienden o se dirigen a precisar el *modo* en que ha de cumplirse. Esos deberes son los de buena fe, diligencia y obediencia.
3) Que cada uno de los deberes a los que acabo de hacer referencia cuenta con manifestaciones específicas que contribuyen de forma notable a la concreción de su alcance o contenido. Dichas manifestaciones consisten en actuaciones, conductas o comportamientos de hacer o no hacer cuya observancia por los empleados públicos permite determinar el grado en que cumplen los deberes.
4) Que el modo en que los deberes y, por extensión, las conductas o comportamientos en que se concretan condicionan el cumplimiento de la obligación de prestar los servicios se caracteriza por encontrarse informado por unos "principios" o valores que responden a las exigencias del denominado "derecho de los ciudadanos a una buena administración" [3]. En otras palabras, aquel cumplimiento solo es inteligible si se repara en la integración de esos principios o valores en el contenido de la propia prestación de los servicios, que ha de aprovechar a su realización. Se trata de principios y valores que, por cierto, se corresponden con una parte importante de los que rigen la organización y actuación de las Administraciones públicas [4]. No extraña, pues, aquella integración, que es condición necesaria para que estas puedan desarrollar su actividad de acuerdo con la aludida forma de organización y actuación. Tampoco extraña la coincidencia entre tales principios o valores y los que deben presidir la actuación de los miembros del Gobierno, secretarios de Estado y resto de los altos cargos de la Adminis-

[3] Se emplea tal expresión en la exposición de motivos del EBEP, párrafo cuarto.

[4] Véase, por ejemplo, art. 103.1 de la CE, art. 3 de la LOFAGE y art. 3 de la LRJPAC.

tración General del Estado[5], de acuerdo con su "código de buen Gobierno"[6], de escasa efectividad desde el punto de vista de atajar los comportamientos contrarios por parte de sus destinatarios.

5) Que los deberes y las conductas o actuaciones en que se manifiestan y los principios que inspiran unos y otras componen el que se denomina "código de conducta de los empleados públicos".

Las aludidas conductas o actuaciones tienen la naturaleza de deberes. En este sentido, no hay inconveniente en denominarlas también deberes, siempre que no se pierda de vista su asociación con aquellos en los que quedan comprendidas o que contribuyen a concretar.

## III. UNAS INDICACIONES ACERCA DE CÓMO SE PRESENTAN EN EL EBEP LAS PIEZAS DE LA RECONSTRUCCIÓN PROPUESTA

Lo expuesto en el apartado precedente se presenta en el EBEP de la siguiente forma:

1) La obligación de los empleados públicos de prestar los servicios ["desempeñar (…) las tareas que tengan asignadas"] figura en el art. 52, párrafo primero.

2) Los deberes que determinan el modo del cumplimiento de dicha obligación se encuentran identificados en los arts. 52, 53 y 54. Así, el *deber de diligencia* es objeto de hasta tres referencias directas y expresas donde se manifiesta lo mismo bajo una calificación o denominación que resulta distinta en cada caso (deber, principio ético, principio de conducta). La primera de esas referencias se encuentra en el art. 52, párrafo primero ("Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas"), que trata de los "deberes de los empleados públicos"; la segunda en el art. 53.10 (los empleados públicos "cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan"), dentro de los "principios éticos"; y la tercera en el art. 54.2 ("el desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente"), que forma parte los "principios de conducta". En cuanto al *deber de buena fe*, que es, con mucho, el más amplio, se menciona expresamente en el art. 53.3 (los empleados públicos "ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos"). Por último, el *deber de obediencia*

[5] Y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de la citada Administración.

[6] Aprobado por el Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 y publicado en el BOE de 7 de marzo de igual año.

figura en el art. 54.3 (los empleados públicos "obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de sus superiores").

3) Las manifestaciones de los anteriores deberes, que, como se ha apuntado, también tienen naturaleza de deberes, se formulan, principalmente, a lo largo de los arts. 53 y 54, que dedican casi todo su contenido a ellas sin ofrecer explicación que ponga de relieve por qué unas se califican de "principios éticos" y otras de "principios de conducta" [7]. Esto permite concluir que la inclusión en uno u otro grupo es fruto, casi siempre, de un convencionalismo; conductas que figuran entre los "principios éticos" podrían figurar entre los "principios de conducta", y viceversa. Lo dicho se puede apreciar, por ejemplo, en dos de las que cabe considerar manifestaciones del deber de diligencia; en concreto, las que se mencionan junto a este en los arts. 53.11 (los empleados públicos "resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia") y 54.2 (desempeñarán sus tareas "cumpliendo la jornada y el horario establecidos"). Si bien se mira, parece que el legislador decidió dividir en dos el que podría haber sido un único precepto. Prueba de ello es la omisión, en el art. 54, de cualquier identificación de los sujetos obligados a cumplir los deberes/principios de conducta que en el se incluyen. Esa identificación figura, solamente, al comienzo del art. 53, donde se aclara que se trata de los "empleados públicos".

Volviendo a la cuestión central, aunque las manifestaciones descritas en los citados artículos 53 y 54 son muchas y dan suficiente cuenta de lo que pide el cumplimiento de los deberes a cuya concreción contribuyen, su lista no es cerrada. Ya en el propio EBEP figuran otras que también podrían haberse incluido en uno de esos artículos; o a las que cualquiera de ellos podría haber hecho, al menos, una mención. En concreto, es el caso de las que aparecen en el art. 93, apartados 2 y 3, de los que se desprende que los empleados públicos no inducirán "a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria" ni encubrirán "las faltas consumadas muy graves o graves". Quizás también podría haberse incluido de forma expresa alguna referencia a la obligación de aquellos de abstenerse de realizar otras actividades incompatibles con la desarrollada o para las que no cuenten con la preceptiva autorización de compatibilidad, cuya inobservancia puede dar lugar a la falta muy grave que tipifica el art. 95.2.n). En suma, aunque no aparezcan en la relación de los arts. 52 y 53 del EBEP, son también ma-

[7] Tales expresiones, el empleo de una u otra para calificar cada una de las comentadas manifestaciones y la mayor parte de estas acusan la clara influencia del "código de buen Gobierno" de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de 2005. Véase nota anterior y texto concordante.

nifestaciones de deberes las que se deducen de la tipificación de faltas sancionables, sean estas las muy graves que describe el art. 95.2 del EBEP o las de igual o distinta naturaleza (faltas graves o leves) que pueda tipificar la ley estatal, en el caso del personal sujeto a régimen administrativo de la Administración General del Estado, la ley autonómica, en el caso del personal de las Comunidades Autónomas sujeto a igual régimen, o el convenio colectivo, en el caso del personal laboral [art. 95.2.p), 3 y 4] [8].

4) Los principios o valores que inspiran los deberes y sus manifestaciones figuran en el art. 52, párrafo primero. Aquellos son los de actuar velando "por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico"[9], así como con "objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y respeto a la igualdad entre hombres y mujeres". Al respecto cabe distinguir tres situaciones:

a) Quizás para resaltar su especial significado o relevancia, o acaso para contribuir a hacer más plausible o reforzar la idea de que se ofrece un verdadero código de conducta, algunos de los principios se repiten, sin más, a veces con el cambio de algunas palabras, en el art. 53. Se descubre esto en sus apartados 1, 2, 8 y 11: "los empleados públicos *respetarán la Constitución y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico*"; "su actuación perseguirá la *satisfacción de los intereses generales* de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones *objetivas* orientadas hacia la *imparcialidad* (…)"; "actuarán de acuerdo con los principios de *eficacia* (…) y vigilarán la *consecución del interés general* (…)"; asimismo, "ejercerán sus atribuciones según el principio de *dedicación al servicio público*".

b) En otras ocasiones, las palabras con que se identifican en el art. 52 se emplean nuevamente a lo largo de los arts. 53 y 54, en la descripción de determinadas conductas o comportamientos que constituyen manifestaciones de los deberes ya conocidos. La técnica seguida es singular: se describe una conducta o comportamiento del empleado público utilizando en la descripción la misma palabra o expresión que se emplea en el art. 52 para referirse al concreto principio del que deriva, o una similar o sinónima. Se observa semejante forma de proceder en

[8] Sobre la indicada tipificación véase J. GÁRATE CASTRO: ..... Falta texto!!!!!

[9] Esa sujeción y observancia supone una actuación profesional que incorpore los valores y principios sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico y, dentro de él, por descontado, la CE.

los apartados 11 y 12 del art. 53 (los empleados públicos "ejercerán sus atribuciones" absteniéndose de conductas "que comprometan la *neutralidad* en el ejercicio de los servicios públicos"; "guardarán *secreto* de las materias clasificadas y otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida *discreción* sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo") y en el apartado 5 del art. 54 (los empleados públicos "administrarán los recursos y bienes públicos con *austeridad*").

c) Por último, en la descripción de un considerable número de conductas o comportamientos, aunque no se mencione el principio a que responden, este se puede deducir sin dificultad. Es el caso, por ejemplo, de los principios de *respeto a la igualdad entre mujeres y hombres*, *accesibilidad*, *objetividad* o *integridad*, que están presentes, el primero, cuando se manifiesta que los empleados públicos evitarán "toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de (…) sexo" (art. 53.4); el segundo, cuando se señala que aquellos "tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos" (art. 54.1); y los dos últimos cuando se establece que "se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público" (art. 53.5), "no contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando puedan suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público" (art. 53.6), "no aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas" (art. 53.7) o rechazarán "cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía" (art. 54.6). Igual sucede con la *dedicación al servicio*, con la que guarda relación la indicación de que los empleados públicos "mantendrán actualizada su formación y cualificación" (art. 54.8); o la *transparencia*, que puede descubrirse en la conducta que les impone el informar "a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer" (art. 54.4).

El único de los principios que no cuenta con reflejo en las conductas o comportamientos que describen los arts. 53 y 54 es el de la "promoción del entorno cultural y medioambiental". Ello no significa que la Administración o entidad pública empleadora carezca de la posibilidad de efectuar recomendaciones o hasta estimular o impulsar comportamientos que obedezcan a aquel, los cuales, por cierto, encajarían dentro de los típicos de un código de conducta.

Considerando que el capítulo VI de su título III se denomina *"deberes de los empleados públicos. Código de conducta"*, no es correcto que el primero de sus artículos -el 52- lleve igual rúbrica, que no se ajusta al verdadero contenido del precepto, a la vista del cual este se podría haber titulado, por ejemplo, "criterios generales". Aunque menciona uno de los deberes que contribuyen a determinar el modo en que ha de cumplirse la obligación de trabajar -el de *diligencia*-, no cabe postular que su objetivo sea el de ofrecer la relación de los deberes de los empleados públicos; si así fuese, tales deberes serían los de "desempeñar con *diligencia* las tareas que tengan asignadas", "velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico" y "actuar con arreglo a los (…) principios" que al efecto se indican ("objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad", etc.). No cabe postular lo anterior salvo, claro está, que se confundan los deberes con los principios que los inspiran. En rigor, el expresado objetivo es el de establecer los criterios generales que regirán la formulación de los deberes del empleado público y la construcción del "código de conducta" en el que se integran según el diseño legal.

De acuerdo con los criterios antes aludidos, los deberes, sus manifestaciones y los principios a que responden aquellos y estas forman el "código de conducta de los empleados públicos".

## IV. SOBRE EL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Sometido a análisis el indicado código de conducta, al que la exposición de motivos del EBEP atribuye la calificación de "auténtico", se descubre, sin dificultad, que se está ante un código de conducta muy particular, caracterizado por:

1) *Figurar establecido en una ley, formar parte de ella y no depender su adopción, contenido y exigibilidad de la voluntad del empleador*. A diferencia de lo que sucede con los códigos de conducta del mismo tipo que aparecen en las empresas del sector privado, cuya elaboración es fruto de una decisión voluntaria y unilateral de estas, que cuentan con amplia -no absoluta- libertad para determinar su contenido y abrirlo a la participación de los trabajadores (no existe ninguna obligación de negociarlos con sus representantes), el código de conducta examinado tiene su origen en un acto "externo" al empleador, el cual no tiene ninguna capacidad de decisión sobre el grado de sujeción de sus empleados a aquel ni tampoco sobre su contenido, que no es dispositivo. Tal sujeción no está condicionada a una previa asunción del código por la Administración o entidad pública que aparezca como empleadora. Se impone a sus destinatarios (los empleados públicos

incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP, tanto en el general, del que se ocupa su art. 2, como en el "específico", objeto de su disposición adicional primera) por imperativo legal y de modo directo[10] y completo (el empleador no puede decidir su aplicación parcial o disponer de los valores éticos y principios de actuación que el legislador desea promover).

2) *Constituir sus reglas*, por su procedencia -ley- *auténticas normas jurídicas*. No es este el caso de los códigos de conducta típicos, cuya elaboración unilateral por la empresa, que carece de poder normativo reconocido, se opone a su posible consideración de normas jurídicas.
3) *Su contenido, que no se construye con reglas definitorias de comportamientos de voluntario seguimiento por parte del empleado público, pertenecientes al campo del conocido como "soft law"*. Dicho contenido no aparece compuesto por simples recomendaciones tendentes a propiciar o impulsar comportamientos de los empleados públicos acordes con los intereses sociales vinculados al ideario ético y a los valores que orientan la actuación de las Administraciones públicas; está formado por reglas de comportamiento, la mayoría de tipo moral o ético, constitutivas de manifestaciones más o menos concretas de deberes que, de un lado, se integran, *ex lege*, dentro de la prestación de la actividad laboral y, de otro, son directamente vinculantes y jurídicamente exigibles (no poseen un alcance puramente ético ni su finalidad es puramente pedagógica y orientadora), sin que ello precise, como se ha indicado, del complemento de una posterior adhesión del empleador o del trabajador/empleado público, ni tampoco de órdenes o instrucciones del primero recabando su seguimiento. Muestra clara de la expresada exigibilidad es la sujeción a responsabilidad disciplinaria del empleado público que se aparte de las aludidas reglas. Es la conclusión que se obtiene cuando se pone en relación el contenido de los arts. 53 y 54 del EBEP con la tipificación -no cerrada- de faltas muy graves que ofrece su art. 95.2, en las que no es difícil reconocer incumplimientos de lo que disponen aquellos dos artículos[11]. La exposición de motivos del

[10] Hacen hincapié en la expresada aplicación directa las "instrucciones para la aplicación del Estatuto básico del empleado público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos" (instrucciones 1 y 12), cuya publicación dispone la resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública (BOE de 23 junio 2007).

[11] Por ejemplo, se corresponden con las reglas de los apartados 1 y 4 del art. 53 ("los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico"; "su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de naci

> EBEP despeja cualquier duda que pudiera existir sobre el propósito del legislador de configurar conductas directamente exigibles: las reglas de comportamiento constitutivas del código de conducta "se incluyen en el Estatuto con una finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias".

Sin entrar ahora a valorar el acierto de su calificación como código de conducta, este se establece con vocación de constituir el principal instrumento de determinación de las conductas o comportamientos exigibles al empleado público teniendo en cuenta la integración en la prestación de sus servicios de los intereses sociales que están llamadas a satisfacer las Administraciones públicas empleadoras. Por cierto, esa integración no es nueva y tampoco son nuevos bastantes de los comportamientos y deberes configurados, que cuentan con una anterior formulación en otros textos legales aplicables al personal sujeto a régimen administrativo[12], al perso-

miento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social") las faltas tipificadas en el art. 95.2.a) [constituye falta muy grave "el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía (…) en el ejercicio de la función pública"] y b) (constituye falta muy grave "toda actuación que suponga discriminación por razón de origen, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo"), respectivamente. Igual correspondencia se aprecia entre el deber del art. 54.3 (los empleados públicos "obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes") y la falta muy grave del art. 95.2.i) ("la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico"). También entre el art. 53.4 y el 95.2.k) o, en fin, entre los arts. 53.10 y 11 y 54.2 y el art. 95.2.g).

[12] Es el caso, por ejemplo, de los deberes descritos en el art. 53.3 ("ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos") y 12 ["(…) mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo (…)], que se corresponden, respectivamente, con los que aparecían en los arts. 76 ["Los funcionarios vienen obligados (…) al fiel desempeño de la función o cargo, a colaborar lealmente con sus jefes y compañeros, cooperar al mejoramiento de los servicios y a la consecución de los fines de la unidad administrativa, en la que se hallen destinados"] y 80 ["Los funcionarios han de (…) guardar sigilo riguroso respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo"] de la LFCE.También el de los deberes de tratar "con atención y respeto a los ciudadanos" y facilitar a estos "el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones". Tales deberes, que aparecen en el art. 54.1 y 4 del EBEP, se deducían, con anterioridad, de lo dispuesto en el art. 35.j) de la LRJPAC, según el cual es derecho de los ciudadanos el de "ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones".

nal laboral[13] o a ambos[14]. Se modifican y, si se quiere, se mejoran o precisan los términos de la formulación o se presenta esta de modo distinto, más actual y homogéneo o común para todos los empleados públicos, cualquiera que sea la naturaleza administrativa o laboral de su relación de servicios. Solo a la vista de ese carácter homogéneo o común del catálogo de deberes y conductas es correcta la afirmación, hecha en la exposición de motivos del EBEP, de que "por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación *general* de los deberes básicos de los empleados públicos".

4) *Su asimetría*. Versa solo sobre formas de actuación, conductas o comportamientos a observar por el personal comprendido en su ámbito de aplicación. No se complementa con una formulación de reglas de actuación, buenas prácticas o compromisos de la entidad empleadora tendentes a mejorar la protección de los empleados públicos o el ejercicio y la efectividad de los derechos laborales que tienen reconocidos. En ninguna parte del EBEP se llega a presentar un "código de conducta" de las entidades públicas empleadoras en las que estas asuman la exhibición de un cumplimiento ejemplar de sus obligaciones laborales, similar al que se pide al personal a su servicio, a imitar por las empresas del sector privado, contrastado por medio de controles, comprobaciones o auditorías (internas o externas) y comprensivo del compromiso, por ejemplo: de observar un comportamiento leal con sus empleados; de facilitarles información fiel, exacta y temporalmente oportuna sobre aquellas materias que sean de su interés; de garantizarles que el cumplimiento de sus labores con objetividad, integridad, eficacia, neutralidad, imparcialidad, etc. no se verá interferido por ningún tipo de presión procedente de los elegidos o designados como titulares de los órganos de gobierno; de evitar el uso excesivo y abusivo, cuando no en fraude de ley, de la contratación laboral de duración determinada; de estar especialmente atentas para no incurrir en cesiones ilícitas de trabajadores en los procesos de descentralización productiva que lleven a cabo; de organizar, incentivar y favorecer, destinando recursos suficientes, la formación continua y actualización de los conocimientos y capacidades profesionales de su personal; de relacionarse con él en la lengua oficial de su elección, cuando el puesto cubierto se encuentre en una Comunidad Autónoma que cuente con dos lenguas

[13] Arts. 5, 19.2 y 21.1 del ET.

[14] Art. 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, relativo a las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, que implica "el cumplimiento de las medidas de protección que en cada caso sean adoptadas". Su aplicación al personal laboral y al personal vinculado por relación de carácter administrativo o estatutario, que ya se deduce del apartado 3 del propio artículo, resulta confirmada cuando se relacionan el art. 3.1, párrafo segundo, y la disposición adicional tercera, 2 de igual Ley.

oficiales; de garantizarle un lugar de trabajo seguro y saludable a través de un cumplimiento real y no puramente formal de la normativa de prevención de riesgos laborales, etc. Cabe concluir, pues, que el EBEP se queda en una formulación de los derechos de los empleados públicos que, aunque actualice el catálogo de aquellos con la incorporación de algunos que carecían de reconocimiento legal expreso en relación con determinados grupos de empleados públicos (no por ello eran inexistentes e inexigibles; piénsese en los derechos a la no discriminación, a la libertad de expresión y al respeto a la propia imagen y orientación sexual), se realiza en la forma tradicional (arts. 14 y siguientes), sin incorporar el plus que representaría un código de conducta como el indicado, que entraría en la categoría de códigos de conducta relacionados con la actuación socialmente responsable de la empresa (en el caso aquí examinado, la Administración pública empleadora) en el ámbito en el que desenvuelve su actividad.

Si se acepta que lo contemplado por los arts. 52, 53 y 54 del EBEP reúne los ingredientes precisos que permiten concluir que se está ante un código de conducta, se trataría de un código de conducta "profesional" o laboral, con el que su autor -el legislador- quiere concretar e impulsar lo que entiende que define una actuación responsable de los empleados públicos a la hora de cumplir la prestación de sus servicios del modo que satisfaga los intereses sociales que figuran unidos a los valores y al ideario ético y objetivos que aquel considera que han de seguir las Administraciones públicas en todos los ámbitos en que intervienen o actúan, por constituir pieza esencial de la imagen que desea que tengan de ellas los ciudadanos administrados y que se pretende preservar[15]. Pues bien, aparece aquí otra importante asimetría, derivada de lo que el código de conducta comentado pide a los empleados públicos para que sea posible la aludida satisfacción de los intereses sociales y la inexistencia de una formulación de medidas concretas y específicas que comprometan de forma eficaz a las Administraciones públicas -a todas, sin excepción- a actuar siempre conforme a ellos o, si se prefiere, a que no puedan apartarse de lo que al respecto les marca la ley de un modo general o recurriendo a conceptos jurídicos indeterminados.

El objetivo a alcanzar -la satisfacción de los intereses sociales- no depende solo de lo que hagan o dejen de hacer los empleados públicos; requiere que las propias Administraciones públicas observen también una actuación real, no meramente formal o aparente, acorde con los valores e ideario ético a que se

[15] Responden a lo indicado las precisiones que realiza el art. 95.3.c) del EBEP, al remitir a la ley estatal o autonómica y al convenio colectivo, en el caso del personal laboral, la tipificación de las faltas graves. Semejante tipificación ha de atender a "la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos" y también al "descrédito para la imagen pública de la Administración".

viene haciendo mención, los cuales, por lo demás, cuentan con referencias explícitas e implícitas en diversos textos legales que perfilan cómo debe ser aquella[16]. Sucede, sin embargo, que la exigencia a los empleados públicos de conductas ajustadas a lo indicado no se corresponde, en la práctica, con la permanente, estricta, efectiva e incondicionada observancia de tales valores e ideario por parte de todas y cada una de las Administraciones y entidades públicas empleadoras o, mejor, por parte de los titulares de sus órganos de gobierno (los "políticos" que los ocupan o cargos públicos que por elección o designación reciben el mandato de representarlas y actuar en su nombre), cuya conducta está alejada, en bastantes ocasiones, de aquellos, repercutiendo de forma muy negativa en la imagen que el ciudadano tiene de ellas.

Puede parecer un sarcasmo exigir a los empleados públicos, relacionándolo con la posibilidad de incurrir estos en responsabilidad disciplinaria, todo lo que describen los arts. 52, 53 y 54 del EBEP cuando son notorios y hasta quedan impunes casos en que las Administraciones públicas, a través de las mencionadas personas titulares de sus órganos, se resisten a respetar la Constitución y otras normas que integran el ordenamiento jurídico, siguen actuaciones que sacrifican (no atienden por completo a ellos) los intereses generales de los ciudadanos en aras de los intereses de los partidos políticos a los que pertenecen o deben su designación aquellas personas, no deciden con objetividad e imparcialidad, no se comportan lealmente con los ciudadanos, no actúan con eficacia, economía y eficiencia, no administran los recursos y bienes públicos con austeridad, no garantizan la atención al ciudadano en la lengua que solicite y sea oficial en su territorio, etc. ¿Cómo puede ser deber del empleado público el atender en castellano al ciudadano que lo solicite cuando la Administración de la Comunidad Autónoma, o la Entidad local a la que pertenece ha decidido, amparándose en la legislación autonómica correspondiente, obstaculizar y hasta impedir dicha atención? ¿Cómo un ministro, consejero de gobierno autonómico o alcalde puede decidir la exigibilidad de responsabilidad disciplinaria de un empleado público por no administrar con austeridad los recursos públicos cuando él es el primero que no lo hace y despilfarra o malgasta estos en inversiones carentes de toda utilidad para los ciudadanos o que solo sirven a un grupo afín o al partido político al que pertenece, para pagar apoyos o comprar votos y "palmeros"? ¿Qué se le puede pedir al empleado público en el terreno de la referida

[16] Así, por ejemplo, CE (art. 103.1), EBEP (art.1.3 y exposición de motivos: "El Estatuto básico del empleado público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración"; "el servicio público se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica 'cultura' de lo público"), LOFAGE (título I, capítulo I) o LRJPAC (art. 3).

austeridad y no utilización de los bienes públicos en provecho propio cuando titulares de órganos de gobierno y parlamentarios que han respaldado con su voto un deber como el indicado realizan con cargo a fondos públicos viajes privados, a veces acompañados de familiares y amigos?

Es cierto que el "código de buen Gobierno" toma conciencia de la posibilidad de este tipo de comportamientos y representa un loable intento de atajar su presencia en la actuación de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado por la vía de la identificación y promoción de lo que es ético y correcto y de cómo debe ser la conducta de sus destinatarios para ajustarse a los valores de referencia que aparecen en aquel; sin embargo, no parece haber ido mucho más allá de una formulación de buenas intenciones. Aun así, se está ante un instrumento cuya aplicación rigurosa, ejemplar y efectiva serviría para romper, al menos en la Administración General del Estado, el comentado elemento de asimetría, algo a lo que también contribuye, dicho sea de paso, la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

A la vista de la situación expuesta, se comprende que quepa reducir el grado de efectividad que puede tener el código de conducta desde el punto de vista de la satisfacción y protección suficientes de los intereses sociales a que responden los valores e ideario ético de las diversas Administraciones públicas. Tal objetivo resulta inviable mientras se repare principalmente o se ponga el énfasis en lo que al respecto compete hacer a los empleados públicos y se omita o descuide el eficaz recurso a medidas concretas y efectivas que sean representativas de lo mucho y la mayor y principal responsabilidad que corresponde al propio "empleador" público. No se discute que el "derecho de los ciudadanos a una buena administración", al que hace referencia la exposición de motivos del EBEP, pueda y deba integrarse en el contenido de la prestación de servicios del empleado público, cualquiera que sea su naturaleza (administrativa o laboral); lo que se afirma es que esa integración, por mucho que suponga para aquel la sujeción a conductas concretas cuya inobservancia resulta sancionable, constituye una condición insuficiente para la efectividad del aludido derecho.

Teniendo en cuenta las notas reseñadas, calificar de constitutivo de un código de conducta el contenido de los arts. 52, 53 y 54 del EBEP, esto es, manifestar, como hace su exposición de motivos, que "se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta", resulta, cuando menos, pretencioso. Quizás, movido o animado por la intención de presentar al EBEP como un texto que responde a las modernas tendencias en gestión de recursos humanos y que no da la espalda a la "moda" de adopción de códigos

de conducta, además de por corporaciones empresariales (empresas multinacionales), por las Administraciones públicas de otros Estados y hasta por instituciones públicas internacionales e instituciones y órganos de la Unión Europea[17], el legislador se esfuerza por utilizar expresiones habituales en los códigos de conducta ("principios éticos", "principios de conducta", "objetividad", "imparcialidad", "integridad", etc.); sin embargo, su esfuerzo no sirve para convencer de que lo ofrecido es un verdadero código de conducta. Por encima de las apariencias, constituye un catálogo de conductas que especifican o constituyen manifestaciones de los deberes exigibles al empleado público en el cumplimiento de su obligación de trabajar. Para considerar que un instrumento de gestión de recursos humanos constituye un código de conducta no basta con denominarlo así o emplear en él expresiones típicas de este; es preciso que reúna los elementos sustantivos característicos de la figura.

Si, como se acaba de indicar, es más que cuestionable que nos encontremos ante un auténtico código de conducta, cabe concluir que, aunque el contenido de lo que el EBEP presenta como tal sea directamente vinculante para los empleadores públicos y el personal a su servicio, los primeros podrían proceder a la elaboración de verdaderos códigos de conducta orientadores del comportamiento profesional de sus empleados. Por descontado, en el caso del personal laboral no podrían ir más allá de lo que permite el ejercicio regular del poder de dirección.

## V. APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN

### A) Entrada en vigor

Todo el contenido del art. 52, igual que el de los arts. 53 y 54, forma parte de las reglas del EBEP sometidas al plazo general de entrada en vigor que señala su disposición final cuarta; es decir, ha entrado en vigor al mes siguiente de la publicación de aquel, producida el 13 de abril de 2007. A partir del 13 de mayo de 2007 es de *inmediata* y *directa* aplicación. La efectividad de esta no precisa de ningún desarrollo legislativo y reglamentario o, si se prefiere, a diferencia de lo que sucede con otras de sus partes [las que menciona la propia disposición final cuarta, en su apartado 2; señaladamente, las correspondientes a los capítulos II ("derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño") y III

[17] Es el caso de la Comisión Europea [véase *Declaración de gobernanza de la Comisión*, de 30 mayo de 2007, apartado 6 ("Ética: normas claras y garantías eficaces")]. También del Tribunal de Justicia, cuyo "Código de conducta", dirigido a precisar algunas de las obligaciones impuestas a sus miembros y a los del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de la Función Pública, ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2007 (DOUE de 22 de septiembre de 2007; 2007/ C 223/01).

("derechos retributivos") del título III, excepto el art. 25.2, y al capítulo III ("provisión de puestos de trabajo y movilidad") del título V], la regulación de los deberes que realiza el EBEP no está constituida por mandatos dirigidos a las leyes y reglamentos que han de promulgarse en desarrollo de dicho texto legal. Tal es el sentido con que se utiliza aquí la expresión aplicación "directa".

A partir del 13 de mayo de 2007 también se hizo efectiva la previsión de la disposición derogatoria única del EBEP relativa a la derogación de los preceptos sobre deberes de los empleados públicos contenidos en la LFCE (arts. 76 a 80, ambos incluidos). De acuerdo con la letra g) de aquella, la mencionada derogación hay que entenderla completada con la de la regulación que sobre la misma materia contenga cualquier otra norma de igual o inferior rango que el EBEP y que contradiga o se oponga a lo que en él se establece, tanto si se trata de una norma perteneciente a la legislación estatal como autonómica de función pública. A propósito de ello ha de recordarse la relación de deberes del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares contenida en los arts. 3.1 y 5 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo de los que forman parte del mencionado grupo de empleados públicos, que tienen la condición de personal laboral. Si se comparan los aludidos deberes con los que el EBEP formula para todos los empleados públicos puede apreciarse, sin gran dificultad, aunque no coincidan exactamente los términos empleados en uno y otro texto legal, que los primeros guardan equivalencia y se corresponden con los segundos[18]. En cualquier caso, no parece que se trate de una regulación que se oponga o contradiga al EBEP, por lo que no quedaría

[18] Las expresadas equivalencia y correspondencia son claras en el caso de los deberes de diligencia, buena fe y obediencia, de los que trata el art. 5.a) y d) del Real Decreto 2205/1980, a relacionar con los arts. 52, párrafo primero, 53.3 y 10 y 54.2 y 3 del EBEP. Lo mismo sucede con la conducta consistente en la observancia de "las medidas de seguridad e higiene que se adopten" [art. 5.e) del Real Decreto], que coincide con la de observancia de "las normas sobre seguridad y salud laboral" que ahora contempla el art. 54.9 del EBEP. Aunque los términos empleados ya difieran más, sigue sin resultar difícil el encaje en éste de cada una de las demás conductas o comportamientos que impone el art. 5 del Real Decreto. En concreto, "observar la debida disciplina y la reserva más absoluta en todo lo que con ese carácter se le encomiende" y "observar en todo momento el debido respeto y consideración en su trato con el personal militar, aunque [el trabajador] no le esté directamente subordinado" [art. 5.b) y g) del Real Decreto] forman parte de las conductas que describen los arts. 53.12 y 54.1 del EBEP. En fin, "prestar [los trabajadores] la debida colaboración en los supuestos en que por necesidades urgentes de la defensa se solicite de ellos alguna prestación de carácter excepcional" y "contribuir a la mejora de la productividad" [art. 5.c) y f) del Real Decreto], aparte de su conexión con los deberes de buena fe y diligencia que, como se sabe, también establece el EBEP, guardarían relación con las conductas que contempla dicho texto legal en los apartados 8, 10 y 11 de su art. 53 y en los apartados 2 y 10 de su art. 54.

afectada por la derogación comentada. Unas veces, el deber o la conducta aparecen formulados con mayor amplitud y precisión en el EBEP, por lo que la aplicación del citado Real Decreto se convierte en prescindible y carece de utilidad. Otras, en cambio, la regulación de este viene a precisar el alcance de algunos de los extremos que contemplan los arts. 52, 53 y 54 del EBEP, adquiriendo entonces interés. Así sucede con la mención del "interés superior de la defensa nacional" como principio inspirador de la actuación de quien trabaja en los establecimientos militares, que figura en el art. 3.1 del Real Decreto, y las referencias a la necesidad de obtener el "rendimiento adecuado" y "observar en todo momento el debido respeto y consideración (…) a las insignias, emblemas y, en general, a cuanto sea públicamente representativo de las fuerzas armadas", contenidas, respectivamente, en las letras a) y g) del art. 5 de igual texto legal.

**B) Ámbito subjetivo**

Los deberes, las manifestaciones que contribuyen a su concreción, que son igualmente deberes, y los principios que los inspiran, esto es, todos los contenidos de los arts. 52, 53 y 54 del EBEP, tienen un *especial* ámbito de aplicación directa, mayor que el *general* u *ordinario* de dicho texto legal, del que se ocupan los cuatro primeros apartados de su art. 2[19]. En suma, figuran sujetos de forma directa -no supletoria[20]- a aquellos contenidos, además de los empleados públicos que están incluidos en el expresado ámbito general de aplicación, el personal de las cada vez más numerosas *sociedades mercantiles* y *fundaciones* del sector público. Lo establece la disposición adicional primera del EBEP ("ámbito específico de aplicación"), según la cual "los principios (*sic*) contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica"[21]. Se exceptúa de tal aplicación el personal al servicio de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S. A.[22]. De acuerdo con el propio EBEP (art. 5), la ordenación del empleo público que proporciona (toda

[19] De acuerdo con el apartado 1 del artículo, uno de los grupos de empleados públicos comprendidos en el contemplado ámbito general es el de los que presten servicios en "organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas". Pues bien, del personal al servicio de las "demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia" forma parte el de las "entidades públicas empresariales" de las que tratan los arts. 53 y sigs. de la LOFAGE.

[20] Véase arts. 2.5 y 5, párrafo primero, del EBEP.

[21] Sobre las entidades del sector público estatal en las que ha de observarse la indicada aplicación, véase art. 2 de la Ley 47/2003, de 24 de noviembre, general presupuestaria.

[22] Pertenece esta sociedad anónima a las "sociedades mercantiles empresariales" a que se

y, por lo tanto, lo dispuesto en sus arts. 52, 53 y 54), resulta inaplicable al personal laboral de dicha Sociedad, que "se regirá por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables" (mejor, corrigiendo la defectuosa redacción, por la legislación laboral y por los convenios colectivos aplicables), y solo rige supletoriamente para el personal funcionario.

La anterior determinación de los supuestos de aplicación directa de la regulación del EBEP sobre los deberes hay que completarla con la posibilidad de que dicha aplicación también se extienda, igual que la de otras materias, a ciertos grupos de "personal con legislación específica propia", "cuando así lo disponga" esta (art. 5 del EBEP)[23], así como al personal que presta sus servicios en las entidades que menciona la disposición adicional décima.1 de la LOFAGE y tengan la consideración de "organismos reguladores" (disposición adicional quinta del EBEP), esto es, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones[24]. La aplicación del EBEP al personal de tales organismos reguladores se producirá "en la forma prevista en sus leyes de creación".

Allí donde no quepa la aplicación directa, debe contarse con la posible aplicación *supletoria*, prevista en el art. 2.5 del EBEP.

**C) La necesaria adaptación a las circunstancias**

Contando con tan amplio ámbito subjetivo, la regulación de la materia podría haber reparado en las características de la actividad prestada por algunos grupos de empleados públicos y formulado, a la vista e ello, reglas

refiere la disposición adicional duodécima de la LOFAGE. La conversión de la precedente "entidad pública empresarial" Correos y Telégrafos (véase disposición adicional undécima de la LOFAGE) en la sociedad anónima contemplada fue decidida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 58). Con la inscripción de su escritura de constitución en el Registro Mercantil, producida en julio de 2001, quedó extinguida la citada entidad pública empresarial.

[23] Se trata, en concreto, del "personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", del "personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las Comunidades Autónomas", de los "Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia", del "personal militar de las Fuerzas Armadas", del "personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", del "personal retribuido por arancel", del "personal del Centro Nacional de Inteligencia" y del "personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de crédito".

[24] En términos estrictos, no pueden considerarse "reguladores" los demás organismos públicos que menciona la citada disposición adicional undécima.1 de la LOFAGE (Consejo de Seguridad Nuclear, Ente Público RTVE, Universidades no transferidas, Agencia de Protección de Datos, Instituto Español de Comercio Exterior y Consorcio de la Zona Especial Canaria).

tendentes a acomodar aquella regulación a las aludidas características. No ha sido así. El EBEP no prevé ninguna regla particular que atienda a las peculiaridades del trabajo y de la posición laboral de algunos empleados públicos; no prevé que se aplique sin perjuicio de su conveniente adaptación a tales peculiaridades, cuando concurran. En cualquier caso, la falta de previsión legal expresa en este punto no permite interpretar que la regulación deba aplicarse siempre de igual forma, con la misma extensión e intensidad, cualquiera que sean las peculiaridades a que se viene haciendo referencia. La operación de adaptación de la regulación a estas es tarea de la que no puede prescindir el intérprete (en su caso, los órganos jurisdiccionales).

Ciertamente, todos los empleados públicos, sin excepción, han de prestar sus servicios con diligencia (que implica, entre otras cosas, la obtención de un rendimiento apropiado), obediencia y buena fe (arts. 52, párrafo primero, 53.3 y 10 y 54.2 y 3 del EBEP). Asimismo, algunas de las manifestaciones de esos deberes formuladas en los arts. 53 y 54 del EBEP, igual que los principios del art. 52 a que responden, son predicables respecto a cualquier empleado público comprendido en el ámbito de aplicación tales preceptos[25]. Ahora bien, existen otras manifestaciones que solo tienen sentido en relación con determinados grupos de empleados públicos. Así sucede, por ejemplo, con las de no contraer "obligaciones económicas" ni intervenir "en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público" (art. 53.6); no aceptar "ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas" (art. 53.7); no influir "en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa (…)" (art. 53.9); "guardar secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente (…)" (art. 53.12); garantizar "la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables" (art. 54.7) e "informar "a los ciudadanos sobre

[25] Es el caso, por ejemplo, de los comportamientos descritos en los arts. 53.4 y 54.1, 2, 8 y 9 [la conducta de los empleados públicos "se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"; aquellos "tratarán con atención y respeto (…) a sus superiores y a los restantes empleados públicos", cumplirán "la jornada y el horario establecidos", "mantendrán actualizada su formación y cualificación" y "observarán las normas sobre seguridad y salud laboral"]

aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer" y facilitarles "el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones" (art. 54.4). La exigibilidad de esas y otras conductas solo tiene sentido en relación con los empleados públicos que participan en el ejercicio de potestades públicas o cuya actividad les lleva a intervenir en la tramitación de procedimientos y a tener trato o entrar en contacto con el administrado. Son conductas que el legislador ha descrito, sin duda, pensando en su imposición a ese tipo de empleados públicos. Salvo que se esté dispuesto a admitir interpretaciones absurdas, no son predicables respecto a una buena parte del personal (laboral o funcionarial) de oficios. No son aplicables a los conductores del parque móvil de una Administración pública, a su personal de mantenimiento y conservación de edificios o al personal de cocina de un hospital del servicio de salud de una Comunidad Autónoma.

Por otra parte, el grado de exigencia de los deberes y sus manifestaciones no puede ser siempre el mismo y ha de tener en cuenta las circunstancias del puesto ocupado (tipo de trabajo prestado, responsabilidad de las tareas realizadas, intereses a los que afectan estas, etc.). No puede ser igual aquella exigencia en el caso del "personal directivo profesional" o del personal eventual que "sólo realiza funciones expresamente calificadas de confianza y asesoramiento especial" (arts. 13 y 12.1 del EBEP, respectivamente) que en el caso de los funcionarios del anterior grupo C o del personal laboral de equivalente nivel que se limita a la realización de tareas de oficina. No puede ser igual en el caso del funcionario del futuro grupo A1 que en el del también futuro grupo C2. No puede ser igual en el caso del empleado público y funcionario que participa directamente en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado que en el caso del empleado público cuyo trabajo no reúne tal característica.

Téngase en cuenta, en fin, que la exigencia del deber podría verse afectada por la apariencia de permisividad de las conductas contrarias a él, de modo que la corrección disciplinaria de estas podría requerir que el empleador público realizase previamente alguna actuación rompiendo tal apariencia (por ejemplo, una advertencia de que no tolerará en lo sucesivo las aludidas conductas). La cuestión, importante, guarda relación con el ejercicio de la potestad disciplinaria de aquel.

[*]A lo largo de este estudio se emplean las siguientes abreviaturas: CE (Constitución española de 1978), EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público), ET (Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo), LFCE (Ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero), LO-

FAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, LRJPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), RRDF (reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero).

# Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de León


## LA MOVILIDAD FUNCIONAL Y GEOGRAFICA DEL PERSONAL LABORAL DE SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

### ÍNDICE


**I.-** Introducción

**II.-** El derecho al cargo de los funcionarios y su relativización. la "flexibilidad" en la gestión del personal laboral de la administración y sus límites

**III.-** La movilidad funcional ordinaria

**IV.-** La movilidad funcional extraordinaria

**V.-** Otros supuestos de movilidad funcional especial
- 1.- Movilidad por incapacidad laboral
- 2.- Movilidad funcional de la mujer-trabajadora vinculada a riesgos durante el embarazo y la lactancia

**VI.-** Movilidad geográfica
- 1.- Movilidad geográfica sin necesidad de cambio de residencia
- 2.- Traslados y desplazamientos
  - 2.1.- El traslado
  - 2.2.- Los desplazamientos
- 3.- Movilidad geográfica por razones de salud y rehabilitación
- 4.- Traslado por razón de violencia de género
- 5.- Traslado como sanción disciplinaria

**VII.**- Movilidad voluntaria. Los sistemas de provisión de puestos de trabajo.
- 1.- Formas típicas de provisión de puestos de trabajo
  - 1.1.- El concurso
  - 1.2.- La libre designación
- 2.- Formas atípicas de provisión. Las permutas

## I. INTRODUCCIÓN

Tratábase de una decisión fundamental: o seguir pivotando la regulación sobre la persona del empleado, y primar la aplicación del Derecho del Trabajo, o atender a la naturaleza especial del empresario para llamar la ordenación hacia el Derecho Administrativo, en busca de la anhelada aproximación entre trabajadores y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas.

Hasta ese momento, mediaba una aparentemente tajante separación entre laborales y funcionarios sobre la cual, no obstante, incidía un constante flujo y reflujo de interactuaciones, ora por vía legal, ora -y fue su fuente primera y fundamental- a través de los acuerdos o convenios colectivos. Fuentes heterónoma y autónoma que aprendieron poco a poco a convivir, para aproximar los regímenes jurídicos de unos y otros, pero con una coexistencia nada pacífica en los Tribunales.

Llamando a remediar tal desencuentro, y a constituir un nuevo avance en la armonización, el EBEP tensa la cuerda cuando en su art. 2.1 extiende de manera expresa una norma, prevista para los funcionarios, "y en lo que proceda" al personal laboral de las siguientes Administraciones Públicas. De esta manera, asume el reto de, manteniendo la diferencia, crear un marco general común para todos los empleados públicos; lo hace, sin embargo, a costa de introducir grandes dosis de complejidad en el sistema de fuentes que han de regir la relación de los laborales, pues al tradicional diálogo -nada sencillo, por cierto- entre ET, convenios colectivos y otras normas sectoriales, procederá añadir un nuevo interlocutor, el EBEP, que incorpora reglas propias, llevando a una urdimbre de relaciones tan rica como, muchas veces, difícil de seguir en su dimensión última.

Si ello es así con carácter general, la cuestión adquiere singular complejidad cuando se trata de la dirección y organización de los recursos humanos, bastando para comprobarlo con acudir al ejemplo palmario -entre otros que se desgranarán a renglón seguido- ofrecido por el art. 83 EBEP, donde desaparece cualquier referencia al ET, quedando el convenio colectivo como fuente principal y solo en caso de silencio o vacíos en el fruto de la negociación colectiva, debiendo acudir, no a la norma laboral, sino a la prevista para los funcionarios.

Problema, el apuntado, capaz de signar de manera indeleble el estudio a continuación acometido, pues si tras cualquier afirmación en Derecho siempre media un riesgo, cuando la conexión entre los referentes legales es alambicada, la inseguridad aumenta exponencialmente.

De este modo, y a partir de lo expuesto, cabría mirar con cautela aquella contundente afirmación del Tribunal Constitucional considerando que, "en cuanto parte de las relaciones laborales, la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores, pues en eso con-

siste el sometimiento pleno a la ley y al Derecho que impone el art. 103.1 CE" [STC 205/1987, de 21 de diciembre]; también sólida doctrina judicial sosteniendo que cuando las Administraciones actúan como empresarios, y celebran contratos de trabajo, "habrán de regirse en el nacimiento de la relación laboral y durante su desarrollo ajustándose a la normativa social que les sea aplicable, de forma que, como empleadores que son, se les aplican los derechos y obligaciones contemplados en el ET" [SSTS 11 febrero 1992 (Rec. 419/1991) o, entre más, 12 julio 1994 (Rec. 221/1994].

Esto nunca ha sido así como carácter general por dos razones fundamentales:

Porque la Administración, inclusive cuando actúa como parte de un contrato, no deja de ser un poder público sometido a unos principios constitucionales que, privativos o con un papel o dimensión menor en las relaciones inter privatos, alcanzan plena operatividad en alguien investido de auctoritas. De ahí la superior intensidad de la intervención legal en su juego con el convenio, y la consiguiente limitación de la negociación colectiva como fuente reguladora. De ahí, también, la paralela -y más acusada- restricción a la autonomía individual de las partes, que afecta, degradándola, a su catalogación como fuente de obligaciones ex art. 3.1 c) ET.

Descendiendo de lo general a lo concreto, y por cuanto concita ahora la atención, como nota característica del contrato de trabajo a partir del art. 1 ET, el poder de dirección y organización corresponde al empleador (art. 20 ET), en tanto manifestación fundamental de la libertad de empresa recogido en el art. 38 CE. A partir del mismo, le vienen conferidas determinadas facultades imprescindibles para guiar su unidad productiva, entre las cuales, y además de planificar la actividad, está en disposición de dictar órdenes e instrucciones generales y particulares -dirigidas a todos o algún o algunos trabajadores- para el mejor funcionamiento y controlar su cumplimiento real.

Igual atribución ostenta la Administración, como parte en la relación laboral, a través de aquel título, pero queda reforzado en el art. 103 CE a partir de los principios de jerarquía y autoorganización, dando pie a una vinculación de especial supremacía o especial subordinación, según se mire.

En apariencia, pues, el poder de dirección y organización de la Administración es, incluso, más intenso que el del empresario privado. Median, empero, varios elementos correctores con peso específico, capaces de hacer dudar sobre dónde queda situado el fiel de la balanza.

El primero, que el otorgado al empresario privado es, en su esencia, discrecional, al contar con el mero límite del respecto a los derechos de los trabajadores de conformidad con cuanto contempla la normativa social; en cambio, en el caso de los laborales al servicio de una Administración opera una regulación adicional, que ahora recoge -en lo fundamental- el EBEP,

y llama a normas expresas y singulares relativas, conforme ha quedado expuesto en páginas anteriores, a la planificación de recursos humanos -incluida la relación de las RPT-, la oferta de empleo público, el sistema de selección, el modelo retributivo, el sistema de incompatibilidades (...) o, por cuanto aquí interesa, y con carácter genérico, la movilidad en el empleo.

El segundo, que, a partir de aquel acervo, mientras muchas decisiones del empresario serán automáticas -o habrán de estar y pasar por procedimientos ciertamente flexibles para su operatividad-, las facultades de la Administración en orden a la dirección del trabajo aparecen ciertamente reducidas, o cuando menos sometidas a demasiados cánones organizativos, de seguro con el propósito de asegurar el control de regularidad en su actuación y en la procura de una cierta homogeneidad final.

Pero es que, además, y en segundo término, cuando el art. 7 EBEP establece que «el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por el resto de normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan», ha lugar, formalmente, a ese cambio reseñado y fundamental en el sistema de fuentes. Dado que esos preceptos aplicables por igual a funcionarios y laborales (o específicamente a estos, pero con marcadas singularidades respecto a los trabajadores comunes) son muy numerosos, bien cabe sostener que el EBEP contiene la regulación de una verdadera relación laboral "materialmente" especial de empleo público, donde la tendencia hacia la homogeneidad entre los dos colectivos es patente -con la notable excepción de la extinción de la relación, pero todo se andará-, desempeñando la legislación social común una función estrictamente supletoria. Así ocurre, desde luego, cuando las normas del EBEP son de ius cogens, pero también cuando presentan un carácter mínimo mejorable por convenio (en ocasiones enfrentado al otro mínimo contenido en el ET); más aún, este norte no se pierde incluso en dos supuestos que se podrían considerar el paradigma de la separación. De un lado, cuando el EBEP desarrolla derechos y situaciones administrativas solo para funcionarios en ningún momento impide -antes al contrario, invita al seguimiento por vía tácita o indirecta- que se llegue a la equiparación de condiciones del personal laboral a través de la negociación colectiva; de otro, y si bien la legislación aplicable a los funcionarios es básica (art. 149.1 18.ª CE), y puede ser completada por las Comunidades Autónomas, mientras la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado (art. 149. 1. 7.ª CE), este obstáculo podrá ser salvado, de nuevo, por vía de convenio colectivo, cuando no, en aspectos separables de nítido carácter administrativo (procedimientos de selección o aspectos organizativos), promulgando la correspondiente normativa de carácter regional.

## II. EL DERECHO AL CARGO DE LOS FUNCIONARIOS Y SU RELATIVIZACIÓN. LA "FLEXIBILIDAD" EN LA GESTIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS LÍMITES

Considérese un derecho o un privilegio, la inamovilidad (tanto funcional como geográfica y relacional) ha venido acompañando desde el Estatuto de Maura de 1918 a los funcionarios públicos como garantía de la imparcialidad y objetividad exigidas en el desarrollo de sus servicios por el art. 103 CE, las cuales deben de ser protegidas ante cualquier interés particular y frente al mismo poder político.

Ello ha supuesto una garantía de estabilidad en su puesto de trabajo, incluida la locativa, y la imposibilidad de cesarlos o destituirlos sin una justificación objetiva y siguiendo los procedimientos establecidos (remoción, redistribución y reasignación de efectivos). A tal punto ha alcanzado predicamento, que es común la referencia popular, pero también recogida por juristas reputados, a haber conseguido una plaza, empleo o cargo "en propiedad" [SSTS, Cont.-Adm., 12 marzo 2008 (Rec. 6155/2003)].

Frente a tal realidad, los trabajadores, incluidos aquellos al servicio de las Administraciones Públicas, nunca disfrutaron con ese carácter absoluto del derecho a un puesto de trabajo en concreto.

El panorama, sin embargo, ha cambiado mucho en los últimos años, y lo hace de manera definitiva en el EBEP. Era necesario legitimar a las Administraciones Públicas ante los ciudadanos para una utilización racional y eficiente de los medios que estas ponen, en último extremo, a su disposición. Decidir, al final, que las plantillas de personal no podían convertirse en un molde tan rígido como para congelar la operatividad de la Administración en cuanto hace a la disponibilidad de recursos humanos, ignorando cómo la permanencia en la función pública no es inmóvil, sino dinámica y evolutiva; a la postre, las necesidades cambian.

Por este motivo, el derecho al cargo de los funcionarios deja de confundirse con la garantía de inamovilidad, relativizando la funcional y geográfica y admitiendo -de forma, es verdad, muy excepcional- que también la relacional pudiera verse afectada. Y aunque esta última se mantenga en el art. 14 a) EBEP, cobra un nuevo sentido que tiempo ha destacaron los Tribunales y que ahora se debe ceñir al mero derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional [art. 14 b) EBEP]. Ello supone reconocer una facultad innovadora a la Administración, evitando la consideración de cualquier "derecho adquirido a que se mantenga la estructura de los organismos a los que sirve" [STS, Cont.-Adm., 10 octubre 1996 (Rec. 218/1993)], permitiéndole alterar determinados aspectos de la relación establecida con fundamento en la facultad para organizar sus que-

haceres, incluyendo una potestas variandi al servicio del interés general, a riesgo de "petrificar las estructuras existentes, que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento" [STS, Cont.-Adm., 12 marzo 1990], e ignorar que el cargo no deja de ser un derecho "de configuración legal" [STC 235/2000, de 5 de octubre].

Así, el empleado habrá de "desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales" (art. 52 EBEP); y, por tanto, "cumplir con diligencia las tareas que le correspondan o se les encomienden" (art. 53.11 EBEP), estando, para ello, a las funciones establecidas (previa negociación o consulta con la contraparte social) en la respectiva RPT. Dentro de estos márgenes -ciertamente muy rígidos hasta el día de hoy- será donde la Administración ejerza su poder de autoorganización [SSTS, Cont.-Adm., Castilla y León/Burgos, 25 enero 2002 (Rec. 35/2003) y Castilla y León/Valladolid, 24 julio 2003 (Rec. 24/2002)], y podrá variar las condiciones de sus funcionarios, permitiendo asignar tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen, siempre y cuando resulten adecuadas a su clasificación profesional, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen y sin merma de las retribuciones. En consecuencia, el funcionario no ostenta, tampoco, el derecho a un puesto de trabajo concreto, sino solo a que, siguiendo los procedimientos y modalidades establecidas, se le atribuyan funciones y tareas inherentes a su profesión y nivel de carrera; respetando, claro está, sus derechos a la inamovilidad geográfica y funcional. De este modo, la discrecionalidad encuentra el hueco necesario bajo la forma de una flexibilidad que, sin embargo, queda sometida a severos límites, situados no ya solo -y por supuesto- en la proscripción de la arbitrariedad, sino también en la necesidad de asumir las vías operativas establecidas en cada ocasión.

Por su parte, la evolución en los laborales al servicio de la Administración, que presentaban la gran ventaja para esta de disponer de amplias facultades en orden a organizar y dirigir sin tales trabas ni rigideces, donde el puesto de trabajo hace años que fue abandonado por la categoría o el grupo profesional, abriéndose, en su extremo, a los pactos de polivalencia funcional, se encuentra con el hecho de que una de las principales diferencias de los regímenes jurídicos en presencia, situada en que aquel vínculo en el ordenamiento social era mucho más ágil y eficaz (capaz de provocar una auténtica huida del Derecho de la Función Pública) fue frenado en seco cuando se limitaron los puestos de trabajo a los cuales podían accederse mediante contrato laboral, [STC 99/1987, de 11 de junio; ahora, arts. 9.2 y 11.2 EBEP, sin olvidar nunca el art. 15.1. c) LMRFP de 1984, aún no derogado]. Tal ocurre, entre otras poderosas razones, y por cuanto ahora interesa, habida cuenta de que ese contrapeso a la laboralización no actuó la restricción con todas sus consecuencias, por ejemplo, en el marco local, al

declararse constitucional el entonces vigente art. 92.2 LBRL [STC 37/2002, de 14 de febrero] y haberse mantenido una fórmula semejante en la reserva contenida en la Disposición Adicional 2.ª EBEP, comprendiendo solo las funciones públicas "que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería".

Con todo, resulta definitivo el dato de que los laborales, a través de la negociación colectiva, buscaron su equiparación a los funcionarios también en cuanto hace al derecho a la inamovilidad. Lo curioso es que a tal vía negocial se une ahora, no la declaración del art. 14.1 a) EBEP, sino la del art. 73.1 EBEP, cuando extiende el derecho al desempeño del puesto del trabajo "a [todos] los empleados públicos", es decir, lo que ya recogía el art. 14.1 b) EBEP; a lo cual procederá añadir la previsión contemplada en el art. 96.2 EBEP, relativa a la obligación de readmitir en caso de despido improcedente, estableciendo una nueva excepción a la opción por la indemnización a favor del empresario recogida en el art. 55 ET. De considerar, por último, cómo la aplicación de los arts. 39, 40 [y tal vez 41] ET para los supuestos fundamentales de movilidad, remitiendo a unos convenios que evolucionan de manera decidida, cuando no definitiva, hacia la equiparación de laborarles y funcionarios, pocos argumentos -sí alguno, pero con una profunda "laboralización"- quedarán para defender que el ya muy relativo derecho al cargo de los funcionarios no se haya extendido, por una vía u otra, al personal laboral al servicio de la Administración.

Garantía de seguridad -relativa- para el trabajador; rigidez para la Administración, con un trasfondo en cual el objeto de la discusión debería quedar situado en los requisitos de objetividad, eficacia y eficiencia exigibles de las Administraciones Públicas, a los cuales también habría de contribuir la movilidad de su personal, con cambios de puesto de trabajo o de funciones, e incluso locativos, no solo para la promoción -en cuanto parece ser una constante o perspectiva habitual-, sino también para la continuidad de la relación o -en un extremo que nadie desearía- incluso su extinción.

Bajo tales condicionantes, el EBEP regula tres tipos básicos de movilidad: la acaecida dentro de la misma Administración, la interadministrativa y la muy particular que surge por razón de violencia de género. A su vez, y atendiendo al factor solutorio, cabrá diferenciar otras dos especies: la voluntaria, surgida a instancia del interesado, y la forzosa, ya sea con carácter provisional [y el límite temporal, no fijado de manera expresa en la norma, ha quedado situado en algún pronunciamiento judicial en el plazo de un año, a partir del cual debería ser considerado como una modificación sustancial de condiciones de trabajo, en los términos contemplados en el art. 41 ET. -STSJ Extremadura 10 diciembre 2004 (Rec. 4221/2005)-], ya definitivo.

## III.- LA MOVILIDAD FUNCIONAL ORDINARIA

El art. 73.2 EBEP contempla que "las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades de servicio lo justifiquen sin merma de las retribuciones".

La previsión entronca de manera natural con la atribución temporal de funciones contemplada -para los funcionarios- en el art. 66 RD 364/1995, como facultad de conferir tareas especiales no previstas específicamente dentro los puestos incluidos en la RPT, o para la realización de labores que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con suficiencia por cuantos desempeñen con carácter permanente los puestos de trabajo que las tengan asignadas.

A partir de la misma, queda reforzado el poder de dirección del empleador público con carácter general, aunque escasa incidencia alcanza respecto al personal laboral, que ya se veía afectado por tal posibilidad a partir de cuanto contemplaba el art. 39.1 ET, que sigue completando, junto a los convenios colectivos, la genérica regulación del Estatuto Básico.

Si acaso, y de repasar sus condicionantes, cabe apreciar una restricción expresa -más teórica que práctica, pues de hecho ya venía siendo aplicada- en su ejercicio, más flexible, por informal, cuando quien ejerce el derecho es un empresario privado:

**A.** La referencia anterior lo es, en concreto, al hecho de justificar la decisión por "necesidades de servicio", incluso de no franquear el grupo profesional [frente a la discrecionalidad de que parte el art. 39.1 ET, el cual no exige causa alguna (SSTSJ Madrid 31 noviembre 2004 -Rec. 4203/2004- o Extremadura 10 diciembre 2004 -Rec. 684/2004-), aunque siempre quepa el control judicial sobre el abuso en su ejercicio, SSTSJ Madrid 21 febrero 2005 -Rec. 4675/2005-, País Vasco 20 mayo 2005 -Rec. 3037/2004- o Comunidad Valenciana 7 febrero 2006 -Rec. 4221/2005-)]. Es indudable que tal requisito, o garantía para el empleado, puede conllevar una cierta rémora cuando la decisión deba ser urgente, y son muchas las voces clamando por una mayor flexibilidad en una resolución que, a la postre, se presume en beneficio del interés general, al buscar la eficacia y la eficiencia sin apartarse de la discrecionalidad.

Hacer de su demanda cuestión parece absolutamente exagerado, porque cuando quien la adopta sea una persona física concreta (lo cual ocurre en la práctica totalidad de los casos) nada cuesta acompañar la orden de la necesaria -aun cuando sea sucinta- motivación; y, en otro supuesto (excepcionalísimo, si depende de un órgano colegiado), siempre cabrá la ratificación ulterior con la adecuada invocación de las razones que impulsaron a la misma.

**B.** El segundo condicionante deriva, ahora, de cuanto acaba completando el art. 39.1 ET, y se impone como mínimo de derecho necesario a respetar por la negociación colectiva. La referencia contenida en el EBEP a que las nuevas funciones o tareas resulten adecuadas a "su clasificación, grado o categoría". Desde luego, es técnicamente incorrecta por cuanto hace a los funcionarios, en tanto la correspondencia con el grado o categoría no es propio del puesto (o no en sentido estricto), sino de la carrera horizontal, que siempre precisa ese cambio de puesto o, precisamente, que las funciones o tareas serán diferentes; por su parte, en el ámbito laboral debe remitir a la categoría o, en un sentido más amplio, a categorías profesionales equivalentes (art. 39.1 ET) y al grupo profesional [SSTSJ Comunidad Valenciana 8 noviembre 2004 (Rec. 1315/2004) y Cataluña 1 diciembre 2004 (Rec. 2379/2004)], conforme determine el convenio colectivo de aplicación [STSJ Madrid 30 mayo 2005 (Rec. 451/2005)].

**C.** Dado que un grupo profesional puede agrupar de manera unitaria diversas titulaciones, aun cuando el trabajador posea una de las requeridas, no cabrá exigirle que realice distintas funciones cuando su ejercicio deba venir respaldado por otra diferente (art. 39.1 ET); menos aun si ostentar una habilitación concreta puede resultar requisito sine qua non, norma de orden público, para poder desempeñar determinadas actividades [SSTS 4 junio 2001 (Rec. 3677/2000) y 25 junio 2002 (Rec. 3244/2001)]. En todo caso, cabe plantear el problema de que no se ostente la titulación y se desarrollen, no obstante, esas labores por decisión de la Administración en ejercicio de su ius variandi. Cuando mediaren diferencias salariales entre una y otra, y fuere superior la retribución de la nueva encomendada, es sencillo colegir -y aceptar- la pretensión del movilizado de obtener esta última. Álzase en esta ocasión una doctrina judicial sólida distinguiendo de manera nítida dos situaciones diferentes: en primer lugar, si ha de ser aplicada una norma administrativa de carácter imperativo (referida no solo a las titulaciones académicas, sino también a las profesionales que resulten imprescindibles), en realidad cuanto ocurre es que el empleado no efectúa, ni en verdad puede llevar a cabo en forma adecuada y conforme a Derecho, las labores propias de tal categoría, motivo por el cual carece del derecho a percibir los haberes correspondientes a la misma [STS 4 de junio 2001 (Rec. 3677/2000 o STSJ Andalucía/Granada 24 febrero 2005 (Rec. 2566/2004)], y ello incluso aunque medie una gran similitud entre las funciones de ambas categorías y para las dos se exija una titulación superior, pero no la misma [SSTS 25 mayo 1996 (Rec. 3843/1995) y 17 junio 1998 (Rec. 3370/1997)]; en segundo término, cuando tal exigencia deriva tan solo de un convenio colectivo en aras de obtener un nivel técnico o académico más adecuado para el ejercicio de una actividad profesional determinada, no se pierde el derecho la retribución superior aparejada al nuevo quehacer [SSTS 15 no-

viembre 2000 (Rec. 1527/2000) y STSJ Canarias/Las Palmas 11 mayo 2005 (Rec. 1760/2004)].

**D.** En fin, no deja de llamar la atención la referencia a cuanto en el ordenamiento social aparecía asumido con claridad desde hace décadas, como es el hecho de que la nueva asignación no puede conllevar ningún perjuicio económico. Algo, por lo demás innecesario, dado que el concepto retributivo eventualmente afectado en este supuesto -el "específico"- depende del puesto de trabajo, y, mientras el cambio en el mismo no tenga lugar, aquel se mantiene en la cuantía prevista en la RPT. Lo único que podría acontecer -además de lo expuesto- es que las funciones o tareas suplementarias se traduzcan en un mayor interés, iniciativa o rendimiento, lo cual podría conllevar una retribución superior en concepto de complemento de productividad.

**E.** El precepto, por lo demás, no otorga margen alguno a la movilidad funcional extraordinaria, esto es, a la encomienda al trabajador público de la realización de funciones que no se correspondan a su categoría (o categorías equivalentes) o a su grupo profesional. Trátase de una decisión ciertamente rígida -desde el punto de vista de la gestión administrativa- o garantista -de atender a la posición jurídica e interés del empleado-, que de manera palmaria se sitúa "a contrapelo" (à rebours) de la evolución intentada, y que antes encontraba plena cobertura al amparo del art. 39.2 ET y en el desarrollo de la misma por los convenios colectivos. Es de esperar que todo continúe como hasta ahora por mor de una racionalidad mínima, pero no gracias a una técnica legislativa deplorable que, desconociendo tal posibilidad en el art. 73.2 EBEP, remite directamente a lo contemplado en el art. 83 EBEP, el cual reenvía, a su vez, a los convenios como fuente principal, y solo subsidiariamente a lo recogido en el propio Estatuto Básico. En hipótesis de laboratorio, ¿qué sucedería si el convenio no la recoge o remite al art. 39 ET?; ¿qué figura administrativa resultaría de aplicación cuando el art. 81.3 EBEP incorpora (ex art. 64.2 RD 364/1995, para la comisión forzosa) precisamente el límite dado por la categoría profesional a esta fórmula destinada a proveer provisionalmente determinados puestos por razones de urgente e inaplazable necesidad? Es, se reitera, una hipótesis que de seguro nunca se materializará -y ocasión habrá para comprobarlo incluso dentro de estas líneas, y acto seguido-, pero lo bien hecho, bien parece.

## IV.- LA MOVILIDAD FUNCIONAL EXTRAORDINARIA DE CARÁCTER TEMPORAL

Planteada ha quedado la cuestión relativa a dónde ubicar o cómo articular la movilidad del personal laboral al servicio de cualquier Administración cuando supere los márgenes de la categoría o grupo profesional,

tenga carácter forzoso y sea -en principio, por definición- de carácter temporal.

La única respuesta posible viene dada en el art. 83 EBEP, a partir de su remisión al convenio colectivo, siempre tomando en consideración que la invocación en este punto del Estatuto Básico como norma supletoria nunca podrá ser actualizada, por cuanto el ET constituye un mínimo indisponible para la negociación colectiva, que no cabe desconocer o ignorar, y que, si silenciado, habrá de abrir la fuente originaria, y nunca la supletoria, a riesgo de ignorar la regla general contenida en el art. 7 EBEP, pues la llamada subsidiaria a este último referente exige una atribución competencial expresa aquí inexistente.

Afortunadamente, el contraste de fuentes es casi siempre innecesario, por cuanto la generalidad de los convenios consultados optan, bien por remitir al art. 39 ET, sin mayores previsiones, bien por acoger o reformular -en cuanto poca novedad ofrece respecto a aquel- el art. 21 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado.

Atendiendo a ambos referentes, es necesario que concurran razones técnicas u organizativas (estas últimas susceptibles de ser realzadas como motivos destinados a la búsqueda de una superior eficiencia en la organización o para una mayor y/o mejor prestación de los servicios públicos), que pueden derivar de cualquier circunstancia estructural -a remediar en un futuro- o coyuntural [STSJ Canarias/Las Palmas, 31 marzo 2006 (Rec. 1128/2005)], y solo por el tiempo imprescindible para su atención. Teniendo en cuenta, sea cual fuere el supuesto, que la necesidad de una encomienda al trabajador de funciones inferiores, además de absolutamente excepcional [SSTSJ Baleares, 3 junio 2005 (Rec. 217/2005) y País Vasco, 24 abril 2006 (Rec. 2471/2005)], demanda la justificación por razones perentorias o imprevisibles de la actividad; también considerando que nunca cabe sobrepasar el límite de las titulaciones académicas o conocimientos profesionales exigidos para desarrollar las correspondientes labores.

A modo de requisitos adicionales cabría tomar en consideración, por orden inverso a su incidencia práctica, los cuatro siguientes:

**A.** Como la movilidad funcional proviene directamente de una decisión unilateral de la Administración, nunca será de recibo invocar como causa de despido objetivo la presencia de una ineptitud sobrevenida o falta de adaptación en la realización de funciones distintas a las habituales.

**B.** La atribución de funciones superiores será, en todo caso, inferior a seis meses de duración durante un año y ocho meses durante dos, computados de fecha a fecha. Si superados esos márgenes temporales, los principios de igualdad, mérito y capacidad enervan cualquier posibilidad de modificar el grupo profesional a partir de tal circunstancia o -en principio,

o en un a priori laxo- ser valorado como mérito el tiempo de servicio en funciones superiores a la hora del ascenso. Afirmación, la primera, que no suscita mayor controversia, por cuanto la regla del art. 39.4 ET debe entenderse excepcionada ante la operatividad de normas administrativas de derecho necesario; no así la segunda, pues -según cabrá apreciar por extenso- la valoración de los méritos en un concurso no podrá eludir tal circunstancia, en tanto la neutralidad de la cual parte nunca puede prescindir de la realidad, y reconocer cuanto es de Derecho resulta obligado siempre y cuando no medien motivos censurables [STSJ Cantabria, 17 diciembre 2004 (Rec. 654/2004)]; eso sí, haciéndolo valer en su momento, lugar y con la importancia debida, a través de los consiguiente procedimientos de provisión de vacantes.

**C.** En todo caso, la movilidad funcional debe ser efectuada sin menoscabo de la dignidad del empleado y sin perjuicio de su formación y promoción profesional (art. 39.3 ET). El enfrentamiento de dos derechos con amparo constitucional, ya a favor de la Administración, ya como derechos fundamentales del ciudadano-trabajador, debe ser resuelto, sin duda, a favor de estos últimos de no mediar factores objetivos para ejercer aquellos, y sí subjetivos destinados a perjudicar la posición del empleado, conforme ocurre de manera palmaria cuando, a modo de mero ejemplo, no se respetan los límites temporales de una movilidad descendente [STS 23 enero 1999 (Rec. 4813/1991)], se comprueba la presencia de una clara represalia por haberse negado a trabajar en domingos y festivos después de haber obtenido sentencia favorable [STSJ La Rioja 23 diciembre 2004 (Rec. 339/2004)], si tras la readmisión por un despido calificado como nulo -ahora también improcedente- se le designan funciones distintas sin media causa lícita y debidamente acreditada [STSJ Madrid 30 noviembre 2004 (Rec. 4203/2004)] o, por no seguir, si a quien ha ejercido derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar progresivamente le van siendo encomendadas funciones inferiores a su categoría [SSTSJ Cataluña, 29 abril 2005 (Rec. 6144/2004) o País Vasco, 10 mayo 2005 (Rec. 3121/2004)].

En todo caso, procederá advertir sobre la circunstancia de que cuando medie este atentando a valores fundamentales, siempre le quedará al trabajador la vía abierta por el art. 50.1 a) ET para extinguir su contrato de trabajo, ya porque sufra una degradación profesional evidente [SSTSJ Castilla-La Mancha, 9 marzo 2004 (Rec. 193/04) y Comunidad Valenciana, 28 octubre 2004 (Rec. 2041/2004)], ya por suponer un menoscabo de su honorabilidad, a entender siempre bajo un criterio social objetivo que lleve aparejada la falta del respeto merecido ante sus compañeros o jefes [STSJ Castilla-La Mancha, 9 marzo 2004 (Rec. 193/2004)], con evidentes perjuicios adicionales a demostrar por el interesado, pues no se presumen nunca [STS 8 febrero, 1993 (Rec. 772/1991)].

Al margen, y con cuestiones particularmente complejas, que merecerían un estudio más detallado, procedería analizar los supuestos en los cuales media mobbing o acoso en el trabajo, cuando la decisión de la Administración de movilizar a su empleado no solo no obedece a una razón objetiva, sino que en su intención va más allá, buscando el menoscabo de su estatus profesional y personal [SSTSJ Canarias/Las Palmas, 30 enero 2004 (Rec. 1988/2002), Galicia, 13 abril 2004 (Rec. 809/2004) o Castilla-La Mancha, 14 abril 2005 (Rec. 191/2005)].

**D.** En caso de que la movilidad suponga la encomienda de funciones inferiores, el trabajador mantendrá su retribución de origen; ahora bien, y según doctrina general firme, ello solo supone conservar "los derechos económicos que configuran su estatus profesional y que corresponden a su categoría y condiciones personales, pero sin alcanzar a los complementos de puesto de trabajo, pues no son consolidables y solo se perciben cuando se ocupa un puesto concreto" [SSTS, 27 julio 1993 (Rec. 629/1992), 20 diciembre 1994 (Rec. 2920/1993), 5 febrero 1996 (Rec. 2143/1995) o 25 febrero 1999 (Rec. 1944/1998); por su claridad, también, STSJ Cataluña, 18 marzo 2005 (Rec. 3721/2004)]. De pretender la consolidación de los complementos de puesto de trabajo en los supuestos de movilidad funcional descendente será menester hacerlo constar de manera expresa e inequívoca en el convenio colectivo [STS, 7 julio 1999 (Rec. 338/1999)].

Sea como fuere, y de tratarse de la encomienda de funciones superiores, el empleado ostentará el derecho a la retribución por las tareas que efectivamente realice, "con independencia de quien sea la autoridad o jerarquía administrativa que lo haya ordenado, pues en caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto del organismo" [STS 8 junio 2005 (Rec. 3623/2004) o STSJ Castilla y León/Burgos, 13 marzo 2006 (Rec. 228/2006)]. Y esto es así aun cuando se haya desconocido el procedimiento previsto en el convenio para designar a las personas que han de pasar a desempeñar esas labores concretas [STS 28 agosto 2004 (Rec. 4480/2003) o STSJ Canarias/Las Palmas, 24 mayo 2006 (Rec. 180/2006)].

Para la delimitación de la procedencia o no de esta partida, y de su cuantía final, los Tribunales han intentado poner claridad en algunos aspectos fundamentales que venían mostrándose especialmente controvertidos:

a) El convenio colectivo resulta ser el factor determinante en punto a apreciar o no el derecho al incremento salarial, pues, por ejemplo, cuando aquel lo hiciera pender de la necesidad de que esos trabajos signifiquen variación de grupo o nivel retributivo, de no desarrollar funciones de grupo superior, ninguna aspiración podrá llevar a pretender las diferencias salariales derivadas del cambio [STSJ Aragón, 8 junio 2005 (Rec. 328/2005)]; con todo, la tesis no es pacífica, pues en alguna otra ocasión se ha sentado -con mejor criterio- que, a pesar

de haberse excluido por convenio las consecuencias económicas derivadas de la movilidad funcional a ciertos puestos de trabajo, procederá el incremento salarial si efectivamente se hubieran desarrollado, bajo el riesgo -otra vez- de llevar a un enriquecimiento injusto [STSJ Madrid, 30 agosto 2004 (Rec. 788/2004)].

b) Cuando el desarrollo de esas funciones superiores solo tenga lugar durante una parte de la jornada, o en fechas o momentos concretos, una vez más el parecer judicial lleva a dos posiciones encontradas. Para la primera de ellas será necesario, en orden a aspirar a la percepción más alta, que la tareas superiores "se ejerciten de modo fundamental y durante la totalidad o gran parte de la jornada, no de modo ocasional" [SSTSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife, 12 noviembre 2004 (Rec. 380/2004) y Cantabria, 23 febrero 2005 (Rec. 1102/2004)]. Para la otra, sin embargo -y portadora de una mayor equidad-, aun cuando tales funciones se desempeñen durante una parte no decisiva de la jornada, habrá lugar a la retribución superior en la parte proporcional al desarrollo de aquellas tareas [STSJ Castilla y León/Valladolid, 25 octubre 2004 (Rec. 1583/2004)].

c) Es obvio que si la ocupación sobrevenida conlleva la percepción de nuevos complementos, estos habrán de ser abonados al empleado [STSJ Galicia, 28 diciembre 2004 (Rec. 863/2002)], así como el incremento de las pagas extraordinarias en proporción al tiempo en que lleve a cabo esas labores temporalmente atribuidas [STS, 11 mayo 1993 (Rec. 1738/1992)]; en contrapartida lógica, los complementos de puesto de trabajo percibidos por razón de su anterior ocupación se pierden -salvo previsión convencional en contrario- cuando la adjudicada provisionalmente no las llevara aparejadas [STS, 11 mayo 1993 (Rec. 1738/1992) o STSJ Galicia, 28 diciembre 2004 (Rec. 863/2002)].

Aun cuando se trate de un supuesto no demasiado frecuente, procederá recordar que el desempeño de funciones superiores no supone el derecho al disfrute de vivienda gratuita anejo a tal ocupación, por cuanto -ahora sí- esta únicamente asiste a quien desarrolla las tareas con carácter permanente. En cualquier caso, quien ha sido objeto de movilización tiene derecho, sin lugar alguno a dudas, a percibir las dietas correspondientes a su nuevo quehacer [STS, 6 mayo 1999 (Rec. 4845/1998)].

## V.- OTROS SUPUESTOS DE MOVILIDAD FUNCIONAL ESPECIAL

Previa indicación legal, y a expensas de los términos bajo los cuales queden articulados en el convenio colectivo de aplicación, cabe dar cuenta de otros casos de movilidad funcional que afectan a los empleados laborales al servicio de las distintas Administraciones, las cuales derivan, bien de

una situación declarada de incapacidad (o de reducción de la capacidad), bien de protección a la maternidad.

**1.- Movilidad por incapacidad laboral**

En el caso de una revisión de la incapacidad total reconocida después de haber recibido las prestaciones de recuperación profesional, el art. 3 RD 1451/1983 recoge una preferencia absoluta para que el empleado sea readmitido en la Administración -en esta ocasión- en la cual trabajó (de haber recuperado su plena capacidad laboral, en la primera vacante de su grupo o categoría profesional; si continuara afecto de una incapacidad parcial, en aquella que se produzca y resulte adecuada a su capacidad residual). A estos efectos, deberá solicitar a la empresa su readmisión en el plazo de un mes, contado a partir de la declaración de aptitud o incapacidad permanente parcial; y, por su parte, el empleador habrá de poner en su conocimiento las vacantes existentes de igual o inferior categoría, quedando liberado de la obligación si el interesado rechazara el puesto ofertado, siempre y cuando no implicare cambio de residencia, pues, si así fuere, aquel podrá optar entre ocuparla, con mantenimiento de su derecho preferente absoluto para hacerlo respecto de la primera vacante existente en otra ubicación donde tenga establecido su domicilio, o esperar a que la misma acaezca en su propio centro de trabajo.

La negativa a esta readmisión, con la consabida eventual movilidad, ha sido valorada en ocasiones como un despido, asimilando la situación de quien inste la reintegración a la de un excedente voluntario [STSJ Cataluña, 5 septiembre 2002 (Rec. 1070/1998)]; pero, por la misma razón, preciso será sopesar con cautela si cuanto existe es un verdadero despido o una simple denegación al reingreso, petición que habrá de ser tramitada como acción declarativa en un proceso ordinario.

La expuesta no es sino la versión específica de un supuesto más general [STSJ Castilla y León/Valladolid, 3 septiembre 2003 (Rec. 1421/2003)], denominada como "declaración de incapacidad permanente suspensiva en los términos del art. 48. 2 ET" [STSJ Galicia, 21 diciembre 2004 (Rec. 3124/2002)], esto es, aquella -en el grado de total, absoluta o gran invalidad- en la cual, y como requisito imprescindible, es menester que la correspondiente resolución del INSS establezca expresamente la posibilidad de mejoría [STSJ, 17 julio 2001 (Rec. 3645/2000) o SSTSJ Castilla y León/Valladolid, 7 diciembre 2001 (Rec. 1988/2001); Aragón, 8 abril 2002 (Rec. 184/2002); Andalucía/Sevilla, 13 enero 2005 (Rec. 3056/2004) y Canarias/Las Palmas 39, junio 2003 (Rec. 448/2005)], a verificar en la oportuna revisión, que permita su reincorporación en el plazo de dos años.

Este límite temporal es contemplado en ocasiones como un término máximo, no ampliable por falta de diligencia de la Entidad Gestora en la tra-

mitación del expediente de incapacidad [SSTSJ Castilla y León/Valladolid, 9 junio 2003 (Rec. 1084/2003) o Canarias/Las Palmas, 18 mayo 2004 (Rec. 252/2004)], motivo por el cual, de tener lugar una vez transcurrido el mismo, el contrato laboral ya se encontraría extinguido; o, por el contrario, susceptible de mantener el derecho siempre que hubiera sido iniciado antes de aquel, por cuanto el inicio del expediente suspendería el plazo [STSJ País Vasco, 7 marzo 2000 (Rec. 2300/1999) y 16 octubre 2001 (Rec. 8315/2002)].

Ante la situación dada, si la revisión de la incapacidad tiene lugar dentro del margen temporal conferido, se reconoce la mejoría del empleado y este solicita el reingreso [condición sine qua non, a tenor de la STSJ Madrid, 5 diciembre 2003 (Rec. 4685/2003); dentro de plazo establecido [STSJ Castilla-La Mancha, 14 abril 2005 (Rec.1775/2003)]; no así cuando se demora sin causa, provocando que quepa apreciar abandono, SSTSJ Asturias, 7 mayo 1999 (Rec. 2842/1998) o Comunidad Valenciana, 22 junio 2005 (Rec. 867/2005)], la negativa a la reincorporación -como sería oportuno, al obligar una norma ineludible- habrá de ser calificada como un despido tácito, al poder ser equiparada a un supuesto de excedencia forzosa, en tanto no aparece condicionada a la existencia de vacante alguna [SSTSJ Madrid, 9 octubre 2001 (Rec. 3495/2001) y Cataluña, 10 abril 2003 (Rec. 8315/2002)].

Amén de la situación legal descrita, también cabe -y es cada vez más frecuente- que el compromiso de reubicación surja, no de la norma, sino del convenio colectivo, bajo la condición de que esta sea clara [STSJ Asturias, 25 mayo 2007 (Rec. 344/2007)], y siempre ateniéndose a sus concretos términos [STSJ Navarra, 8 mayo 2007 (Rec. 5376/2006)]. Acaecida tal eventualidad, preciso será distinguir entre dos situaciones fundamentales, de entre las muchas factibles en función de los requisitos exigidos [SSTSJ Galicia, 14 julio 2000 (Rec. 2721/2000); Cantabria, 29 enero 2001 (Rec. 633/1999); Aragón, 27 septiembre 2004 (Rec. 860/2004) y 7 febrero 2006 (Rec. 2/2006); Madrid, 13 diciembre 2004 (Rec. 2552/2004) o Navarra, 8 mayo 2007 (Rec. 8/2007)]: la primera que, de no poder ocuparlo por falta de puesto adecuado a su capacidad, le deberá ser abonado el salario correspondiente a la categoría respecto de la cual le haya sido reconocida la incapacidad mientras perdure la situación [STSJ País Vasco, 21 noviembre 2000 (Rec. 2365/2000)]; la segunda, que ha lugar a un derecho real al ingreso, salvo de mediar previa extinción del contrato por otra causa [lo cual no deja de ser infrecuente -SSTSJ Cataluña, 13 junio 2000 (Rec. 338/2000); Asturias, 1 diciembre 2000 (Rec. 2176/1999) o Comunidad Valenciana, 4 mayo 2005 (Rec. 90/2005)-], ya sea a un puesto de trabajo concreto [equiparable a la excedencia voluntaria -STSJ Aragón, 6 febrero 2006 (Rec. 2/2006)-], ya con carácter absoluto, que proporciona la necesidad ineludible de readmitir, sin perjuicio de que la valoración de capacidad inicial (o com-

patibilidad con el nuevo puesto de trabajo) también sea revisable, previa motivación de nuevas dolencias o secuelas [SSTSJ Andalucía/Sevilla, 11 diciembre 1998 (Rec. 2166/1998); Comunidad Valenciana, 11 mayo 1999 (Rec. 1899/1996) o Navarra, 8 mayo 2007 (Rec. 8/2007)].

### 2.- Movilidad funcional de la mujer-trabajadora vinculada a riesgos durante el embarazo y la lactancia

Sabido es que también sobre la Administración pesa la obligación básica de planificar la acción preventiva en su ámbito, para lo cual resultará imprescindible la previa evaluación de los riesgos en aquel existentes, de forma que si los resultados obtenidos de la misma revelasen la presencia de un riesgo para la seguridad y salud, o una posible repercusión sobre el embarazo o lactancia, de la mujer-trabajadora ["aunque no haya peligro cierto de producirse", SSTSJ Madrid, 8 julio 2002 (Rec. 1750/2002)], deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la mentada exposición a aquel factor de potencial repercusión negativa, conforme insiste el RD 298/2009, de 6 de marzo, (en especial Anexos VII y VIII A y B), a partir del cual se incorpora al ordenamiento español cuanto ya exigía la Directiva 94/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre 1992.

En concreto, las medidas serán las previstas en el art. 26 LPRL, el cual remite a tres muy concretas, las cuales deben ser aplicadas subsidiaria o secuencialmente, cuando la anterior resulte ineficaz. En primer lugar, adaptar provisionalmente el contenido de las condiciones del puesto o función concreto que desarrolla a trabajadora, sin movilidad funcional o geográfica alguna, aun cuando sí puedan mediar ciertas modificaciones que -en lo esencial- quedarán vinculadas al tiempo de trabajo, en su distribución (para limitar la exposición) o proscribiendo el trabajo nocturno o a turnos.

En segundo término, y si aquella adaptación no resultara posible, o a pesar de la misma no pudiera ser evitado el riesgo, el siguiente nivel comporta la entrada en escena de la movilidad funcional, con el consiguiente cambio de destino provisional a "un puesto de trabajo o función diferente", con la finalidad última de permitir la plena compatibilidad entre la novadas obligaciones laborales y el normal desarrollo de la gestación y opción por la lactancia natural.

Por fin, si no fuera posible o razonablemente exigible el cambio de funciones, como "última de las medidas a adoptar" operará la suspensión del contrato [(SSTSJ Aragón, 18 noviembre 2002 (Rec. 370/2002) o Cataluña, 18 noviembre 2004 (Rec. 8329/2003)] por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia [art. 43.1 a) ET)], durante todo el tiempo necesario en orden a mantener la protección de su seguridad y salud y mientras persista la imposibilidad de reintegrarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (art. 26.3 y 4 LPRL).

Dejando al margen este último supuesto, que excede el ámbito de este estudio, todo ha de partir de la evaluación de riesgos realizada al amparo del art. 16 LPRL, que, si constatara tal riesgo potencial o específico para la embarazada o madre lactante (art 18.1.2 LPRL) hará surgir para estas la obligación de dar noticia "de su estado, según las prácticas racionales (art. 2 Directiva 92/85/CEE, mucho más claro que el art. 26 LPRL), lo cual conlleva que ningún deber surja para el empleador hasta tanto no le conste aquella información previa

Cuando el resultado de la evaluación constate la presencia de tal riesgo potencial específico, la Administración procederá a informar sobre dicha circunstancia (art. 18.1.2 LPRL), surgiendo, a partir de esta notificación, el correlativo deber de las embarazadas o lactantes de dar noticia "de su estado, según la legislación o las prácticas nacionales" (art. 2 Directiva 92/85 CEE, mucho más claro en su contemplación de la obligación que el art. 26 LPRL); haciendo que ningún deber surja para el empleador hasta tanto no le conste aquella información previa.

Dentro del primer nivel de actuación destinado a un mero ajuste en la prestación de trabajo, lejos de poder acudir sin más a la movilidad funcional -menos aún a la modificación sustancial de condiciones de trabajo-, procede una mera "adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo", lo cual lleva a pensar en liberar a la interesada de ciertas tareas o disminuir la exigencia en la intensidad de su realización; acondicionar algunas instalaciones o locales; no exigir la utilización de ciertos instrumentos y productos, o, por no seguir, retoques en el horario sin alterar la jornada.

A pesar de lo afirmado, que no cabe modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, en este caso (y no por las razones del art. 41 ET, sino por motivos de salud), pudiera permitirse la adaptación del tiempo de trabajo, el cual puede "llegar a incluir la no realización nocturno o a turnos", llevando, en consecuencia, a una prestación diurna y a un turno fijo. Si fuera menester también procederá variar cuantas ha sido consideradas "condiciones no materiales de trabajo", como son aquellas cuyo efecto negativo encuentra reflejo en determinados estados de fatiga física y mental. Respecto de las primeras de las variantes, por cierto, cabría considerar que se trata de una mera especificación de cuanto ya contemplaba el art. 36.4 ET respecto a la posibilidad de que los trabajadores nocturnos, (en general), con problemas de salud derivados de la ejecución de sus tareas, fueran cambiados de puesto de trabajo.

En cualquier caso, tan concretas medidas solo habrán de ser adoptadas "cuando resulte necesario", lo cual debe llevar a una doble conclusión: de un lado, y casi con total seguridad, será menester que la adopción de estas resoluciones, de carácter estrictamente temporal -hasta la superación del riesgo a evitar, en que procederá restaurar la situación primitiva-, vengan

acompañadas del pertinente informe médico, según contempla para la movilidad funcional el art. 26.2 LPRL [STSJ Castilla y León/Burgos, 8 noviembre 2006 (Rec. 708/2006)]; de otro, que el precepto en modo alguno contiene una prohibición absoluta de emplear embarazadas o lactantes en tales puestos, situación muy diferente de lo que ocurre, por ejemplo, con la terminante proscripción de hacerlo en tareas en las cuales puedan quedar expuestas a determinados agentes como el benceno o el plomo, o cuantas otras introduzcan los convenios colectivos [SSTJCEE 158/1991, de 2 de agosto de 1993 y 13/1993, de 3 de febrero de 1994]. Todo, sin perjuicio de considerar que si la trabajadora hubiera sido contratada para un puesto nocturno por su propia naturaleza, y por razón de embarazo o lactancia no pudiera seguir desempeñándolo, nunca cabrá apreciar incapacidad sobrevenida, sino que en este caso, y ante la inviabilidad de recurrir a cuanto contempla la norma, preciso será acudir a la movilidad -si resultare factible- o -como parece más habitual- a la suspensión del contrato a partir de lo contemplado en el art. 26.3 LPRL.

Esta variación apuntada en el trabajo nocturno o a turnos presenta otra cuestión adicional no resuelta por completo en la norma, relacionada con la retribución a percibir por quien ha visto alteradas estas condiciones para acomodarlas a su situación. Tal dato legal negativo podría llevar a pensar en la pérdida de los complementos o incentivos estructurales anejos a las mentadas variables de nocturnidad o turnicidad, lo cual significaría renunciar a tres pilares fundamentales tanto en la norma comunitaria como en la nacional: 1) en una sociedad civilizada es normal que las mujeres puedan tanto desarrollar una actividad como tener hijos; 2) las condiciones de trabajo no pueden amenazar ni a la madre ni al hijo; y 3) la situación de embarazo y lactancia no debe conllevar la pérdida de empleo ni detrimento económico alguno.

Por tal razón, sin duda, y a pesar de que por su ubicación sistemática resultaría inviable la garantía prevista en el art. 26.2.3.° LPRL, relativa a la conservación "del derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen", los pronunciamientos judiciales, de forma casi unánime, han entendido que, precisamente con fundamento en la finalidad tuitiva perseguida por la norma especial, será pertinente olvidar el carácter funcional de los complementos de puesto de trabajo recogido con carácter general -y según ha quedado expuesto en los epígrafes precedentes- por el art. 26.3 in fine ET. Por tal motivo, la gestante o lactante mantiene el derecho a continuar percibiendo los complementos que venía cobrando por el trabajo nocturno y a turnos [SSTSJ Cataluña, 20 julio 2000 (Rec. 6475/2000) y 11 diciembre 2003 (Rec. 551/2002) o Extremadura, 29 noviembre 2001 (Rec. 532/2001)].

De no resultar factible la anterior adaptación de las condiciones o del

tiempo de trabajo o si, a pesar de haber adoptado las medidas oportunas aquellas pudieran seguir influyendo de manera negativa en la embarazada, el feto o el lactante, previa certificación de los Servicios Médicos del INSS o de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ("en función de la Entidad con la que (…) se tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales") e informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la empleada (doble informe que pudiera parecer excesivo, al duplicar la burocracia sin ofrecer, aquí, más que una vía para que surjan discrepancias en un momento especialmente inoportuno, en tanto aparece desdoblado en dos fases, por cuanto el médico del sistema público autonómico emite uno obligatorio pero no vinculante y son los gestores quienes resuelven de manera definitiva a través del correspondiente certificado), "ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado" (art. 26.2 LPRL). Movilidad funcional extraordinaria que no debería ser mayor obstáculo -y menos en el empleo público, donde el EBEP prescinde de adjetivos y apenas si distingue entre la locativa y la referida a las tareas- para conllevar un cambio en aquel, sin modificación del domicilio, cuando la decisión sea razonable en atención a las circunstancia de la trabajadora y al fin perseguido; menos aún para poder apreciar indicios de discriminación en dicha resolución en sí misma considerada.

La obligación que pesa, en esta ocasión sobre la Administración, exige que con anterioridad, y previa consulta no vinculante con los representantes de los trabajadores [arts. 33.2 LPRL y 64.2 ET], no tanto se haya elaborado previamente, con carácter general y abstracto, una lista de puestos destinados a este fin, cuanto que en el caso concreto puedan ser seleccionados todos los posibles, aun cuando la determinación última de aquel destino corresponda al empleador.

En la misma ha de observarse un especial cuidado por respetar la dignidad de la empleada (art. 34.3 ET), derivada de un menoscabo a su situación vinculada a la maternidad, que no concurrirá en los supuestos de movilidad "horizontal", a entender aquí como el ius variandi ordinario [SSTSJ Galicia, 11 noviembre 1996 (Rec. 4193/1996) o Madrid, 17 junio 1997 (Rec. 1475/1996)], pero sí en la descendente o a inferior categoría, en alguna ocasión calificada como "una represalia o sanción" encubierta [STSJ Madrid, 9 diciembre 1996 (Rec. 5225/1995)].

También -procede volver a reiterar- tendrá carácter estrictamente temporal, "hasta el momento en que el estado de la salud de la trabajador permite su reincorporación al anterior puesto" (art. 26.2.2.° LPRL), cuestión que, de nuevo, habrá de venir avalada -de producirse- por los mismos Servicios Médicos que posibilitaron su aplicación. En consecuencia, esta movilidad provisional depende de la coyuntura del proceso de gestación, parto,

post-parto y lactancia, y su causa específica enerva cualquier pretensión -ratio legis distinta manda- de cualquier otro efecto no previsto en el art. 26 LPRL, y, en concreto cercena todo tipo de aspiración (al amparo de cuanto contempla el art. 39.4 ET) al ascenso por haber desarrollado un puesto de categoría superior durante más de seis meses en el plazo de un año, u ocho en el de dos.

Ahora bien, la situación es notablemente distinta cuando, por secuelas derivadas de la gestación o el parto que conllevaran una enfermedad congénita debida a factores no oportunamente detectados (por ejemplo, unos fibromas uterinos que determinen la esterilidad futura de la empleada), conlleva la pérdida de la inmunidad frente a los riesgos del puesto originariamente ocupado; ante tal eventualidad, el principio de adaptación del trabajo a la persona generaría el derecho a ocupar definitivamente esa ocupación transitoria, u otra similar, pero análogamente inocua al factor al que resultaba sensible la interesada.

Por lo demás, obsérvese que todo el proceso de movilidad, tras el fracaso de la opción por la adaptación del puesto a la persona, pasa por que sea posible aquella o no, cuya respuesta, cuando medie inviabilidad técnica, es sencilla; en cambio, si lo que se plantea es la repercusión económica de la misma, aconsejable resultará seguir una línea pragmática, atenta al principio de razonabilidad o proporcionalidad, por lo cual, y de alcanzar la conclusión de que la medida a seguir resulta excesivamente costosa o notoriamente desproporcionada, no cabrá exigir la adaptación. Lo mismo habría de ocurrir respecto a la movilidad funcional (y ello consta también de manera expresa para poder acudir a la suspensión en el art. 26.3 LPRL); en consecuencia, la imposibilidad material de efectuar la movilidad (la cual no puede nunca, bajo tales condicionantes, "razonablemente exigirse") tampoco puede alcanzar a cuanto supondrían desembolsos económicos apreciables y desproporcionados, y menos aún en una Administración cuyos presupuestos aparecen estrictamente regulados, o al menos eso cabe seguir de la Ley.

En último lugar, resulta obligado plantear las condiciones salariales a resultas de esta movilidad funcional, estableciendo el art. 26.3 LPRL la conservación del "conjunto de retribuciones de su puesto de origen". Los términos empleados, "conjunto" y "su puesto de origen", muestran a las claras -como antes entendieron los Tribunales respecto de los complementos de nocturnidad y turnicidad para el caso de adaptación- la voluntad legal en orden a mantener todas las partidas, incluidos los complementos de puesto de trabajo, en cuanto vuelve a ser una excepción a su pérdida ex art. 26.3 in fine ET; siempre, claro está, que no se trate de una movilidad ascendente, en cuyo caso recibirá los emolumentos superiores del puesto de destino, y no los de aquel de origen.

En fin, y dado que la movilidad funcional puede ocasionar gastos a la empleadora, la disposición adicional 7.ª Ley 2/2008, de 23 diciembre, contempla cómo "en los supuestos en que, por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará, con respecto a las cuotas devengadas durante el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una reducción a cargo del Presupuesto de la Seguridad Social, del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes". La previsión, que evidentemente trata de alejar el temido efecto boomerang, viene a quedar materializada en la disposición adicional 5.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008, luego mejorada en la LPGE de 2009, al incorporar los supuestos de riesgo durante la lactancia. Sorprendentemente, ninguna de las tres normas contiene referencia alguna a eventuales beneficios públicos para actuar en el primer nivel -recuérdese, prioritario- y coadyuvar a la adaptación del puesto de trabajo, que puede, en numerosos supuestos, ser mucho más costosa. El resultado final es la proliferación de convenios colectivos obviando la adaptación y recogiendo el paso directo al cambio de puesto, como algo normal en la práctica, cuando legalmente dista de ser así.

## VI.- MOVILIDAD GEOGRÁFICA

Llegado el momento de analizar la movilidad locativa varios supuestos deben ser analizados por separado, atendiendo a su diversa ordenación legal.

### 1.- Movilidad geográfica sin necesidad de cambio de residencia

La previsión contenida en el art. 81.2 EBEP abre una puerta al máximo nivel legal que ya había sido explorada, para los funcionarios, por el art. 59 RGIPPT; y para los laborales al servicio de la Administración -en mimético seguimiento, en este caso, de la norma administrativa- en diversos convenios colectivos.

La misma conlleva redefinir la movilidad geográfica en el empleo público para contemplar el traslado forzoso, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de sus destino, respetando sus retribuciones y condiciones sustanciales de trabajo y procediendo -cuando fuere menester, que será siempre— a la adscripción del puesto de quien fuera titular o, mejor, del que la hubiera ocupado hasta ese momento.

Constituye, de este modo, una variable locativa que no contempla la norma laboral, pero que abrirá, sin duda, una nueva vía no observada en el Estatuto de los Trabajadores, con especial incidencia en los municipios

con gran población (hayan sido o no catalogados oficialmente como tales). Consiste, a la postre, en añadir a la que normalmente sería considerada como una mera movilidad funcional, un componente adicional que pudiera presentar aspectos verdaderamente significativos, escasamente sopesados en el ordenamiento social, que encuentra una sencilla respuesta en el art. 39.1 ET, pero que ya tiempo ha, y por vía convencional, viene siendo contemplado en algunas Administraciones, ya no solo atentas a los superiores costes para el trabajador de tal resolución -y, en consecuencia, buscando la adecuada compensación a través de partidas salariales o extrasalariales-, sino a otros factores que, en este contexto, alcanzan superior interés.

La redistribución de efectivos, situada en la base de esta decisión, e inspiradora de la evolución de los convenios, partía de una movilidad horizontal -puestos que no se individualizan o distinguen del resto de los comprendidos en la correspondiente RPT-, de la misma naturaleza y con la misma forma de previsión, sin que tenga lugar una movilidad geográfica en sentido estricto. De entre todos, es este el último factor que a partir de ahora procedería valorar con tiento, y aquilatar en cuanto la norma no hace. En primer lugar, y por supuesto, la demanda de resolución motivada, especialmente exigente en cuanto hace a las necesidades de servicio o funcionales que deban prevalecer sobre los intereses personales del afectado [STSJ País Vasco, marzo 2000 (Rec. 3114/1999)], ya que la facultad organizativa no puede quedar amparada "en la arbitrariedad administrativa, proscrita en nuestro Estado de Derecho, que nada tiene que ver con las facultades discrecionales de la Administración" [STS, 1 octubre 1998 (Rec. 1359/1998)]; en segundo término, sopesando cómo -y, afortunadamente, a diferencia de cuanto contemplaba la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que habilitaba, incluso, que a través de la redistribución de efectivos se llevara a la necesidad de un traslado- ahora sí -a otros centros de la misma provincia o isla-, la elección del domicilio muchas veces ha tenido lugar en atención al puesto de trabajo obtenido, por su facilidad y rapidez en el acceso y/o con la pretensión última de conciliar la vida laboral y familiar, motivo a partir del cual tales cambios locativos, por algunos Tribunales considerados como "débiles", hasta ahora no sólo no conllevaban por sí mismos compensaciones económicas [STSJ Cataluña, 12 diciembre 2003 (Rec. 671/2001)], ni tampoco suponían una modificación de condiciones de trabajo que pudiera ser reconducida al art. 41 ET [STSJ, 19 abril 2004 (Rec. 1968/2003) o 26 abril 2004 (Rec. 2076/2005)], pero puede que por vía de convenio adquieran la necesaria entidad, como sin duda ocurrirá -ha venido ocurriendo, de hecho- con los funcionarios, tratándolos como una movilidad no meramente funcional, sino geográfica, conforme aquí -siguiendo precedentes significativos- se viene a defender.

**2.- Traslados y desplazamientos**

El art. 83 EBEP, según consta, establece que los traslados y desplazamientos del personal laboral al servicio de las distintas Administraciones habrán de ser realizados de conformidad con lo establecido en los convenios colectivos y, en su defecto (ausencia o insuficiencia de regulación), a través del sistema previsto para el personal funcionario de carrera.

La ausencia de mención al Estatuto de los Trabajadores, al cual queda sujeto este personal ex art. 7 EBEP, y la alusión única a los convenios colectivos y subsidiariamente a la normativa de funcionarios, no tiene tanta trascendencia, pues en realidad el precepto se quiere referir únicamente a la ordenación de los puestos y concreción de tal movilidad, no a su régimen jurídico, que siempre habrá de atender al suelo mínimo ofrecido por el art. 40 ET, si bien admitiendo las peculiaridades propias de este colectivo que, ciertamente, "lo aleja el régimen privado laboral y obliga a acudir a la normativa administrativa" [STSJ, Cont.-Adm., Galicia 29 junio 2005 (Rec. 109/2005)].

Resulta palmaria así la diferencia inicial entre funcionarios y personal laboral, que solo por vía de la negociación colectiva, conforme ha venido haciéndose, conseguirá un régimen similar, cuando no idéntico, al contemplado para los primeros.

**2.1.- El traslado**

El traslado aparece contemplado, para los funcionarios (con carácter general) como estrictamente voluntario, ya sea dentro de la misma Administración de adscripción, ya entre distintas Administraciones; si bien, en ambos supuestos -parece, aun cuando pudiera ser abiertamente discutido, sobre todo a la luz de la libre designación y en referencia concreta a determinados puestos laborales que pudieran interesar a funcionarios-, dentro de la misma condición y sin posibilidad de intercambio de funcionario a laboral [STS, Cont.-Adm., 12 marzo 2004 (Rec. 10633/1998)]. La excepción viene dada por las aludidas "necesidades de servicio o funcionales", donde el traslado forzoso, y no definido en su concepto [lo cual podría forzar a una remisión al art. 23.2 RD 462/2002, de 24 de mayo, de indemnizaciones por razón de servicio], ha abierto numerosas dudas, en tanto no obedece a límites, sino únicamente a justificaciones u objetivaciones que deben venir dadas de la planificación. Así, bastará con argumentar "necesidades organizativas sobrevenidas" [STC 244/2006, de 11 de octubre] o "el buen funcionamiento del servicio" [STS, Cont.-Adm., 15 octubre 2000 (Rec. 388/1998)], convenientemente argumentadas, para enervar cualquier invocación a eventual arbitrariedad [STS 25 enero 1999 (Rec. 301/1996).

Entre las causas que pueden justificar el traslado forzoso destaca la supresión de unidades o dependencias administrativas, con mudanza colectiva del personal adscrito a las mismas, aun cuando conlleve, otra vez más,

la redistribución o reasignación de efectos, que en la segunda fase reconoció, ex art. 60 RGIPPTT, cómo la movilidad funcional puede llevar a la geográfica, e, incluso, añadió otro tercer nivel de evolución, dado por la situación de expectativa de destino recogida en el art. 60.5 de aquella norma, en la cual se encontrará el funcionario que, una vez ha visto suprimido su puesto a través de los Planes de Empleo, no ha obtenido otro en los anteriores momentos fijados para la reasignación, pudiendo ser reconducido a otros con carácter obligatorio o voluntario.

Conforme cabe comprobar, un rígido corsé al cual no se ha aproximado -aun cuando va camino de ello- la relación laboral. En esta, y a pesar de todos los cambios, prosiguen vivas -mientras los convenios no establezcan lo contrario- una serie de pautas diferenciadas:

**A.** Desde el punto de vista causal, las "razones económicas, técnicas organizativas o de producción" del art. 40 ET siguen siendo necesarias, aun cuando deben ser recompuestas, pues las razones económicas, en la Administración, no podrían ser (por definición, que no en la práctica) invocadas en ningún caso, y las de producción -así, como, en parte, las organizativas- han de ser reconducidas a cuanto se suele denominar "eficiencia organizativa o de mejor prestación de los servicios públicos". Anfibología laboral al lado de conceptos jurídicos indeterminados en la norma administrativa que poco aporta (salvo la exclusión mentada -y nada sorprendente resultará su activación- de las razones económicas) a un debate escasamente fértil en el cual los Tribunales raramente pueden intervenir, salvo manifiesto abuso de Derecho

Con todo, distintos pronunciamientos judiciales insisten en que las facultades administrativas distan de ser omnímodas, y no cabe incurrir en arbitrariedad [STS Canarias/Las Palmas, 17 noviembre 1999 (Rec. 1386/1997) o Cataluña, 12 noviembre 1999 (Rec. 4320/1996)], según puede suceder cuando se invocan genéricamente las necesidades de servicio, sin mayor motivación, pues "la presunción de que la Administración se comporta con arreglo a Derecho no la releva de la obligación de dar a conocer al interesado las necesidades que llevan a adoptar el traslado, pues esta comunicación es lo que permite valorar en su momento si la dirección se comportó correctamente o incurrió en un abuso de poder guareciéndose en una facultad legal" [STS, 25 enero 1999 (Rec. 1568/1998)]. De este modo, resulta imprescindible invocar la necesidad real y objetiva, pues cuando el acto administrativo repercute sobre los "derechos personales y profesionales del afectado, [la motivación] constituye un elemento esencial, sin cuyo requisito carece de validez, por ser radicalmente nulo al lesionar un derecho susceptible de amparo constitucional" [STSJ Andalucía/Granada, 28 enero 2003 (Rec. 1562/2002)].

**B.** En cualquier caso, debe concurrir la exigencia de cambio de residencia para el empleado. La norma no proporciona ningún parámetro concreto

en punto a dirimir cuándo aparece esta necesidad [y resulta ser meramente orientativo el recogido por el art. 230 g) TRLGSS -STSJ Cantabria. 24 septiembre 2003 (Rec. 449/2003)-], motivo por el cual la distancia concreta que exige el traslado habrá de venir contemplada por el convenio [STSJ Navarra. 12 julio 2004 (Rec. 226/2004)] y, cuando este no lo hiciera, acudir a una valoración racional, atendidas las circunstancias de cada caso concreto [STS, 16 abril 2003 (Rec. 2257/2002)], lo cual llevará -frecuentemente- a apreciar la necesidad por más que el cambio de vivienda efectivamente no se produzca, pues según es de todos conocido, los traslados en el empleo público -más que en ningún otro sector- no siempre traen aparejado un traslado efectivo de residencia, resolviéndose con desplazamientos diarios o durante algunos días a la semana al lugar de trabajo y retorno al domicilio habitual, sin perjuicio de que la distancia en sí misma considerada demande aquella, aun cuando no sea de forma permanente, o completa durante toda la semana, en el lugar de destino.

Por lo demás, algunos convenios de los municipios de gran población también han tenido la sensibilidad de incorporar la movilidad locativa interurbana, al presuponer que muchos trabajadores eligen su vivienda en función, precisamente, de la ubicación del lugar donde deben llevar a cabo su prestación, y que, si variara este considerablemente, muchas podrían ser las desventajas para el empleado anejas a tal decisión primera.

**C.** Forzoso resultará atender a la referencia contenida en el art. 40 ET, cuando diferencia entre traslados individuales y colectivos. Estos últimos serán cuantos afectan a la totalidad de los empleados del centro de trabajo si este ocupara a más de cinco trabajadores o, sin implicar a la totalidad, comprendan, en un período de noventa días, a un número de, al menos diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien, al 10% de los empleados en aquellas que ocupen entre cien y trescientos y a más de treinta en las que proporcionen ocupación a trescientos o más.

**D.** Aun cuando algunas veces, por decisión de los interlocutores sociales, el convenio colectivo también contemple la necesaria negociación colectiva de los traslados individuales (para asimilarlos a los colectivos, que exigen estar y pasar por un período previo de consultas con los representantes de los trabajadores), el art. 40 ET solo exige una doble notificación, con la antelación mínima de treinta días a la fecha de efectos (para así dotar al empleado de la seguridad necesaria sobre la actitud a adoptar ante la medida y tomar las decisiones en consecuencia): de un lado, al afectado, que por su trascendencia deberá realizarse por escrito, haciendo constar las razones que motivan la resolución y la fecha de incorporación al nuevo lugar de trabajo, evitando, de este modo, cualquier rastro de indefensión; de otro, a los representantes de los trabajadores, para tomar noticia del hecho, su justificación y, en todo caso, controlar que un posible "goteo" de traslados individuales ca-

paces de llevar a superar los umbrales que exigirían estar y pasar por el procedimiento colectivo.

Notificada la decisión, el trabajador podrá adoptar una triple decisión. En primer lugar, extinguir su contrato, sin necesidad de intervención judicial alguna, que en todo caso (a través del procedimiento ordinario, y no de la modalidad especial recogida en el art. 138 LPL) únicamente tendrá lugar si a la Administración niega la indemnización u oferta otra de cuantía distinta con motivo de la finalización de la relación. Importe debido, de seguro, sin necesidad de evidenciar perjuicio ninguno, por cuanto cabe presuponer que en cualquier traslado media el perjuicio objetivo derivado del cambio de residencia [STSJ Madrid 28 septiembre 2004 (Rec.2787/2004)].

En segundo término, aceptar el traslado, incorporándose al nuevo lugar de trabajo en la fecha establecida. Ante tal eventualidad, habrá lugar a la compensación por los gastos soportados, tanto propios como de los familiares; a cambio, debiendo estar, a tal efecto, a cuanto contemplare el convenio colectivo [el vigente en su momento, sin posible extensión retroactiva de otro posterior más favorable, STS, 11 marzo 2002 (Rec. 2412/2001)] o, en su defecto -o tomando a aquel como mínimo-, a lo acordado por las partes. Por supuesto, no habrá lugar a tal partida si el traslado de centro no lleva aparejado el cambio de residencia [SSTS, 10 junio 2003 (Rec. 76/2002) o 19 abril 2004 (Rec. 1968/2003)], o si el empleado, a pesar de proceder tal variación, decide no mudarse a la nueva localidad [STSJ, Aragón 14 junio 2004 (Rec. 383/2004)]. De cualquier modo, la compensación debe satisfacerla la Administración de partida, y no adelantar nada el propio empleado [STSJ, Madrid 12 marzo 2002 (Rec. 6330/2001)].

Al final, y como tercera vía, le cabrá impugnar el traslado cuando lo considerare injustificado, acudiendo a la modalidad prevista en el art. 138 LPL, dentro de los veinte días siguientes a la notificación (art. 59.4 ET), pero siempre bajo la aplicación del solve et repete, es decir, cumplir la orden de trasladarse, u obedecer, a pesar de la intención de demandar. Si la sentencia considera el traslado ajustado a Derecho, la decisión administrativa quedará confirmada; si lo reputare injustificado, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado a su centro de origen, incluso con posibilidad de entender indemnizables -ante tal ocasión-, también, los daños morales causados [STSJ Andalucía/Sevilla, 16 marzo 1997 (Rec. 3098/1996)]. Además, y aun cuando se declare justificado, el trabajador nunca perderá el derecho a extinguir su contrato con derecho a indemnización [STS, 21 diciembre 1999 (Rec. 719/1999)].

**2.2.- Los desplazamientos**

El art. 40.4 ET contempla otro supuesto de movilidad geográfica que se distingue, en esencia [STSJ La Rioja, 4 noviembre 2003 (Rec. 372/2003)], del anterior por el rasgo de ser estrictamente temporal. A partir de esta caracte-

rística, cobra vida una nueva situación jurídica, la cual ofrece las siguientes singularidades frente a la anteriormente reseñada.

**A.** A partir del régimen establecido en el precepto, el desplazamiento, respecto del cual juegan las mismas causas que para el traslado (en interpretación a adaptar en el mismo sentido que se hizo para ajustarla a la especificidad de una Administración), y también ha de ser igualmente obligatorio, presenta la particularidad de que en significativas ocasiones tal carácter viene a ser modificado por convenio colectivo para ofrecer un perfil en principio voluntario, en tanto se contempla que únicamente podrá imponerse cuando la vacante no hubiera sido cubierta por solicitud de otro. Ello supone, primero, ofertar el puesto a todos los interesados que reúnan las características requeridas; y únicamente, en un segundo momento, será factible ordenarlo.

**B.** Su límite temporal queda legalmente situado en un máximo de doce meses dentro de un período de tres años. Superado tal umbral, habrá de ser considerado traslado a todos los efectos.

En cuanto cabe considerar doctrina jurisdiccional sólida [STS, 14 octubre 2004 (Rec. 2464/2003)], cabe sentar:

a) La imposibilidad de superar el referente dado, incluso de mediar desplazamientos inferiores en el plazo de tres años. El empleado, ante tal eventualidad, puede oponerse a su extensión o, incluso, negarse al mismo una vez transcurridos los doce primeros meses.

b) La previsión contenida en el precepto habrá de ser aplicada aun cuando el afectado hubiera decidido mantener su residencia donde la tenía antes del desplazamiento y no tenga intención de cambiarla.

**C.** La operatividad de la orden viene condicionada a que el trabajador sea informado "con una antelación suficiente" a la efectividad del mismo. A falta de previsión en convenio colectivo al respecto, proporcionando mayor precisión a ese referente claramente inespecífico, preciso será estar a la buena fe en cada supuesto en concreto, evitando los desplazamientos sorpresivos. En cualquier caso, la orden de la Administración al respecto debe contener una serie de menciones, bajo el riesgo de tener que considerarla "gravemente irregular"; a saber: puesto nuevo a desempeñar, tiempo de duración, gastos y dietas a abonar y, sobre todo -o en principio-, razones concretas para proceder al mismo.

La orden de desplazamiento es ejecutiva desde el día señalado. Por tal motivo, el empleado está obligado a acatarla, so pena de poder considerarla una infracción muy grave, merecedora, incluso, de la sanción de despido [STS, 19 febrero 1987 (Rec. de casación por infracción de ley)]; no obstante -y una vez más-, nada empece, tras el solve et repete, recurrir contra ella cuando la encuentre injustificada, conforme ocurría con la orden de traslado.

Cuando el desplazamiento tenga una duración superior a tres meses, el legislador entendió necesario introducir dos previsiones adicionales: de un lado, la antelación con la cual debe facilitarse la decisión al trabajador no puede ser

inferior a cinco días laborales; de otro, por cada tres meses de desplazamiento, el trabajador ostenta el derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen [que ha de ser negado cuando pernocte en el familiar (STJS País Vasco, 9 septiembre 1996 (Rec. 2506/1995)], sin computar en ningún caso los días de viaje, cuyos gastos deberán correr a cargo de la Administración [aun cuando no los desplazamientos efectuados en días festivos a efectos compensatorios [STSJ Andalucía/Sevilla, 25 junio 1996 (Rec. 3616/1995)].

**D.** Cualquier desplazado -con independencia, por tanto, de cuanto durare el desplazamiento- tiene derecho a que el empleador, además de abonarle el salario correspondiente, los gastos de viaje y las dietas, en cuantía no prefijada legalmente [aun cuando el RD 462/2002, de 24 mayo, sobre indemnizaciones por razón de servicio, no deja de constituir una pauta cierta consolidada], debiendo estar a lo acordado entre las partes o -más frecuentemente- en el convenio de aplicación.

Cuanto sí ha sentado el Tribunal Supremo es que el derecho a la percepción de dietas únicamente se genera con ocasión de un desplazamiento temporal efectuado con la idea de que el trabajador vuelva al cabo de un tiempo a su antiguo lugar de trabajo, sin que haya lugar a un cambio de residencia habitual del mismo [STS, 17 febrero 2000 (Rec. 2794/1999)].

**E.** El art. 68.6 ET garantiza la prioridad de los representantes de los trabajadores a la hora de no verse afectados por la medida adoptada por la Administración, cuya finalidad reside en la conservación del mandato representativo (ya provenga de un proceso electoral general, ya de una decisión interna de la sección sindical de quienes no formen parte del comité). Desde luego, para la efectividad de la garantía es necesario que existan varios empleados susceptibles de ser trasladados o desplazados, pues si las necesidades aducidas por la empresa no pueden ser satisfechas por el trabajo realizado por el representante -con especial exigencia justificativa, dados los intereses en presencia que abocarían, con toda probabilidad, a una demanda aduciendo la vulneración de derechos fundamentales-, esta posición privilegiada desaparece por la fuerza de los hechos amparados por el art. 40 ET [STS, Cont.-Adm., 6 mayo 2003 (Rec. 7034/1998)].

A este supuesto procederá añadir alguno muy singular, dado por la particularidad reconocida por el Tribunal Constitucional respecto a la inmunidad de los concejales respecto a decisiones de movilidad geográficas acordadas por el Ayuntamiento [STC 287/1994, de 27 de octubre].

### 3.- Movilidad geográfica por razones de salud y rehabilitación

Cuando el art. 25 LPRL alude a una movilidad "por razones objetivas", admite nuevas fuentes para la geográfica -además, por supuesto, de la funcional- vinculadas a la prevención de riesgos laborales, cuya dimensión última no considera pertinente aquilatar, dejándolo a la negociación colec-

tiva, al acuerdo entre las partes o a la decisión del empleador debidamente justificada.

De atender al primer referente, el fruto de la negociación colectiva ofrece un panorama más complejo, que beben sus fuentes de cuanto contempla el III Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, llevando a precisar aquellos motivos "objetivos", fijándolos en "razones de salud y posibilidades de rehabilitación". Con ello se transfiere cuanto ha venido siendo conferido por vía legal a los funcionarios [art. 81 EBEP] al personal laboral de algunas Administraciones, tratando de incorporar idéntica fórmula. Cabe asistir, de este modo, a un traslado voluntario, a instancia del trabajador.

Las causas para su solicitud, a aquilatar con tiento, vienen referidas a cuestiones relacionadas con la salud (vinculadas a proximidad con necesidades médicas de cualquier tipo que, por su frecuencia o cualidad, convirtieran el lugar donde se reside y trabaja en un obstáculo firme) y/o rehabilitación del empleado (seguimiento de programas para alcohólicos o toxicómanos, o para cuantos hubieran sufrido otros problemas físicos o psíquicos, como iniciativas que poco a poco van ganando posiciones entre los interlocutores sociales); en muchas ocasiones comprendiendo no solo la situación personal del empleado, sino también la de sus seres más cercanos [cónyuges o pareja de hecho acreditada, hijos a cargo etc.], vinculando la previsión a cuanto se predica como conciliación de la vida laboral, personal, social y familiar.

El indudable esfuerzo que comprende tal previsión, frente a cuanto no deja de ser un traslado voluntario, debe separar este supuesto -salvo previsión en expresa en contrario- de lo dispuesto para los traslados por pérdida de la capacidad laboral, motivo por el cual la indemnización económica prevista en la ley no tendrá lugar [STS 24 enero 2007 (Rec. 1723/2006)], siempre excepto cláusula expresa en otro sentido, en cuanto constituiría una segunda mejora incorporada a la anterior, destinada -ahora- a proteger un derecho fundamental del trabajador a la integridad física o el derecho reconocido en el art. 40.2 CE a la seguridad en el trabajo.

En su articulación convencional, abierta a múltiples variantes, suelen ser lugares comunes los siguientes:

**A)** En la totalidad de los convenios consultados aparece condicionada a la existencia de vacantes de necesaria cobertura, ya de su grupo profesional, ya de otro inferior; en este último caso, siempre con la aquiescencia del afectado.

**B)** Muchos de ellos contemplan, con ánimo cautelar, la necesidad de estar y pasar por el necesario seguimiento del tratamiento médico y del proceso recuperador; a tal efecto el informe del facultativo del servicio de prevención de riesgos laborales, o de quien asuma sus funciones, resulta

fundamental, dentro de sus márgenes de competencia, para avalar la oportunidad del traslado y la pertinencia de mantenerlo.

**C)** Salvo atribución expresa, la comisión paritaria del convenio carece de competencia para valorar y decidir la medida, que corresponde en exclusiva a la Administración. Así lo afirma de manera tajante algún pronunciamiento, estableciendo que la decisión "ha de ser lógicamente adoptada por el miembro de la corporación municipal que conoce el organigrama municipal y sabe cuáles son los puestos de personal laboral que pueden ser ocupados por aquél [por el empleado], después del informe médico emitido, de la información a los delegados sindicales y, en su caso, del control y vigilancia" por el órgano competente". Añade, también, que "si se mantuviese dicho art. 9 del convenio se vulnerarían las atribuciones que para ejercer la dirección superior de todo el personal (incluido el personal laboral) de la Corporación se reconocen al Alcalde en el art. 21.1 h) LBRL y 61.1 h) de la Ley (gallega) 5/1997, así como la competencia del Pleno del Concello respecto a la relación de los puestos de trabajo, recogida en el art. 22.1 i) LBRL y 64.2 k) Ley 5/1997. no sólo por disponerlo la legalidad, sino también por ser quienes mejor conocen el organigrama municipal y saben del puesto disponible que mejor se puede adaptar a las condiciones del trabajador (… ) en conjunción con el cumplimiento de la finalidad de la mejor prestación de servicio, éstos son los órganos que estarán en condiciones de adoptar la decisión de movilidad" [STSJ, Cont.-Adm., Galicia, 29 junio 2005 (Rec. 109/2005)].

**D)** En cuanto a los plazos para su ejecución, una vez adoptada la resolución por la Administración, estos varían en los distintos referentes convencionales, aunque se suelen ajustar bastante a los previstos en el III Convenio Único: tres días hábiles o un mes para la incorporación, en función de que sea menester o no el cambio de residencia, y dos años como período mínimo de permanencia en el nuevo destino.

**E)** Apartándose de cuanto contempla el art. 25 LPRL, y por tanto de dudosa legalidad (e, inclusive, de cuestionable constitucionalidad, dados los derechos en presencia), muchos convenios siguen el ejemplo contenido en el art. 64.2 del III Convenio Único cuando establece que esta movilidad "en ningún caso dará lugar a conservar derecho alguno respecto de la categoría profesional de origen". Así, y a pesar de los intereses en juego, a cambio de preservar su salud, deberá sacrificar, casi siempre, su categoría (cuando sea trasladada a una inferior), retribuciones y derechos devidos de su puesto anterior, algo que se reitera, amén de injusto, parece claramente opuesto a cuanto contempla la norma.

**F)** Por lo demás, obsérvese que las razones de salud que aconsejan el traslado pueden constituir motivo bastante para oponerse a cualquier decisión de movilidad geográfica fundada en otras causas cuando este apa-

rezca como un riesgo adicional, ya sea por el incremento del tiempo de desplazamiento para recibir los tratamientos médicos o terapéuticos, ya por la separación del empleado de su ámbito relacional y afectivo.

**4.- Traslado por razón de violencia de género**

Ordenado a luchar contra la lacra social de la violencia de género, el EBEP contiene para las mujeres que la pudieran padecer un régimen jurídico privilegiado que se proyecta especialmente en materia de movilidad, situaciones administrativas y, en menor grado, de permisos.

Con fundamento o anclaje último y directo en el art. 15 CE, el art. 82 EBEP desarrolla una de las medidas específicamente destinadas a proteger esta situación, consistente en otorgarle el derecho a ser trasladada a otro puesto de trabajo de su propio cuerpo, escala o categoría profesional de análogas características. Novación locativa, con o sin cambio de residencia, que ofrece una doble ventaja, pues al interés en trasladarse a un centro de trabajo que conlleve el cambio de domicilio a una población distinta, cabe unir aquel que consiste en prestar servicios en otro lugar que, por su cercanía a la vivienda habitual u otros motivos, proporcione mayores garantías a tales desplazamientos.

En su articulación práctica, varios datos merecen ser resaltados:

**A.** El precepto es común para todas las empleadas que prestan servicios para cualquier Administración, lo cual se desprende no solo del encabezado del artículo, en el que no aparece referencia alguna al estatuto de las destinatarias, a diferencia de cuanto ocurre con los dos precedentes y el subsiguiente; como también por el cuidado exquisito en no aludir nunca a las funcionarias o a las laborales, sino solo a las mujeres o las víctimas, y, sobre todo, en la referencia que se hace a su procedencia con independencia de cual sea el cuerpo o escala (implícitamente de las funcionarias) o categorías (propias de las trabajadoras). En consecuencia, y ex lege, régimen uniforme, aun cuando las diferencias entre ambos colectivos pueden venir dadas por la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, al cual se añade un nuevo apartado 3 bis en su art. 40 y, sobre todo, por el disímil trato que pudiera seguirse del producto de la negociación colectiva.

En esta delimitación subjetiva solo importa ser víctima de violencia de género y trabajar para la Administración, excluyendo a las restantes personas que, si bien podrían haber sido merecedoras de regímenes privilegiados (por ejemplo, por violencia doméstica, por conciliación de la vida personal, familiar y laboral o por acoso en el trabajo) no van a gozar de una vía más favorable en materia de movilidad, debiendo servirse, ante tales circunstancias, de las causas generales contempladas para el conjunto de los empleados públicos.

**B.** Se trata de un derecho pleno, no condicionado a la necesidad de co-

bertura de vacante en la localidad o lugar de destino; sustituyendo, en consecuencia, la anterior preferencia a alguna de las existentes por un reconocimiento incondicionado a ocupar un puesto aun cuando no concurriera aquella posición desocupada. No obstante lo cual, media idéntica obligación de informar a la empleada de las vacantes existentes en la propia localidad -cuando fuere esta su elección- o en otra u otras distintas.

**C.** La iniciativa corresponde a la mujer cuando considere que la medida resulta necesaria para hacer efectiva su protección o derecho a una asistencia social integral, a la cual recurrirá, con casi total probabilidad, cuando los permisos, la reducción de jornada o la reordenación del tiempo de trabajo no le resulten suficientes para hacer frente a la concreta situación en que se encuentre.

Por ello, el "verse obligada" a abandonar su puesto ha de remitir, no a un estado objetivo, sino a otro subjetivo, bastando con la decisión de la víctima, quien en su solicitud deberá dar cuenta de dos datos: en primer lugar, y desde el Decreto 255/2006, de 3 de marzo, es necesario que acredite su situación mediante la correspondiente orden de protección o, de forma excepcional, a través del informe del Ministerio Fiscal indicando que la empleada es víctima de violencia de género; en segundo término, que la petición venga referida a un puesto de su cuerpo, escala o categoría profesional de análogas características.

En tal contexto, el deber de información relativo a las vacantes adquiere gran transcendencia para la efectividad del derecho, pues en la mayor parte de los supuestos la necesidad de mujer será urgente, y sin la colaboración administrativa podría, ciertamente, ser cuestionada gravemente.

En todo caso, y al final, si no mediara posibilidad ninguna de ocupar un nuevo puesto de trabajo disponible en un breve plazo, y habida cuenta de que la empleada se ve obligada a abandonar el puesto que venía desempeñando para preservar su seguridad, no le quedará otro remedio que acogerse a una excedencia forzosa.

**D.** Tanto el art. 40.3 bis ET como el art. 82 EBEP parten de que se está ante un "traslado" en sentido técnico, es decir, con abandono de la localidad de residencia; sin embargo, y según ha quedado apuntado, el supuesto que cabría considerar más natural puede encontrar elementos de corrección, en tanto, sobre todo en las grandes ciudades, la orden de alejamiento puede ser acordada para ámbitos inferiores a los límites del Municipio, y, en consecuencia, la superación contenida en aquella resolución de protección puede no conllevar el desplazamiento fuera de la localidad, sino tener lugar dentro de la misma. Además de esta variante, cuando fueren varios los destinos con vacantes, obviamente podrá materializarse en cualquiera de ellos, debiendo la interesada determinar en su solicitud el puesto de preferencia y, por consiguiente, su ubicación geográfica.

**E.** El carácter incondicionado del derecho parece conllevar la absoluta prioridad de la empleada frente a cualesquiera otros trabajadores al servicio de la misma Administración que pudieran ostentar también algún otro tipo de derecho preferente o expectativa fundada de traslado. Nada establecen las normas al respecto, pero cualquier duda deberá saldarse a favor de la víctima de violencia de género, dada la superior urgencia y gravedad de la situación y la necesidad adicional de protección que se le quiere ofrecer y surge de abandonar el lugar y/o ciudad o pueblo donde ha trabajado y vivido para ocupar una plaza en otro distinto o cambiar de puesto dentro del mismo Municipio. La conclusión es especialmente segura a la luz de cuanto dispone la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad, y del rango legal de la LO 1/2004, así como del criterio hermenéutico fijado en el art. 4 de la primera, que insta a la interpretación de la legislación de acuerdo con el principio de efectividad de la igualdad entre sexos.

**F.** Sin un elemento de separación media entre funcionarios y laborales al servicio de la Administración en materia de traslado, este radica en su duración y la reversibilidad del mismo.

En ambos casos el traslado que se quiere expresamente "forzoso", tiene un distinto signo en este aspecto. Para las funcionarias adquiere un carácter aparentemente definitivo, según se desprende del art. 81 EBEP, con lo que cabe dar cuenta del aparente contrasentido de que frente a una medida de protección de carácter en principio temporal, el traslado a que da lugar viene a ser regulado en términos de permanencia. Además, y de acuerdo con lo contemplado en el art. 66 ter.2 RGIPPT, el cese en el puesto de origen y la toma de posesión en el nuevo deberán producirse en el plazo de tres días hábiles, cuando el traslado no implique cambio de residencia, o de un mes si lo comporta.

Al tiempo, y dada aquella nota de definitivo, salvo previsión en contrario, deberá permanecer en su nuevo puesto un mínimo de dos años, excepto en los supuestos previstos en el art. 41.2 EBEP, a los cuales procederá añadir las circunstancias de quien se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo por ser víctima, una vez más, de violencia de género según indica el RD 255/2006. En consecuencia, y de nuevo, excepto cláusula surgida del acuerdo entre los interlocutores negociales, no media ningún derecho preferente para el regreso a su puesto de origen; por tanto, si la fémina, en un futuro y tras dos años de permanencia, quisiera retornar a aquel no se verá beneficiada por cuando habilita el art. 75.2 EBEP (dada su extensión solo a los supuestos de excedencia, y no de traslado) y deberá someterse a los procedimientos previstos con carácter general.

Frente a tal regulación general, varios datos de contraste muestran la posición jurídica de la empleada en régimen laboral que, ex art. 40.3 bis ET, y una vez más siempre y cuando el convenio no contemplare algo dife-

rente, no encuentra referente alguno específico para conocer cuándo se ha de hacer efectivo el traslado. Esta decisión es puramente provisional, en tanto, y en principio, únicamente alcanza la duración de seis meses desde su materialización efectiva. Además -y fundamental-, se le confiere la facultad de poder optar, transcurridos esos seis meses, entre regresar a su puesto de origen o la continuidad en el nuevo.

De manera clara, el régimen laboral es aquel a imitar en la búsqueda del acercamiento de regímenes jurídicos; y aquí importarán menos circunstancias de detalle cuanto el hecho de destacar la especial rigidez del régimen para las funcionarias, en especial por cuanto se les dificulta y se les establecen plazos y condiciones más largos y duros para recuperar su precedente ocupación. Obviamente, y bajo tal perspectiva, aquí desaparece el objetivo de protección integral derivada del ejercicio del derecho, difícil de defender a la luz del art. 14 CE; más sencillo hubiera sido seguir el criterio de adscripción puramente temporal, conforme ocurre con las trabajadoras.

**G.** En esta última línea común parece inspirarse el art. 82 EBEP, aun cuando diste de poder considerarse acabada su redacción. Y ello por cuanto la solicitud de la interesada de movilidad, sea o no geográfica, debe aparecer condicionada a sus circunstancias de partida y la orden de alejamiento del agresor, pues son ellas las que hacen nacer su derecho al traslado y las que deberían ordenar su desenvolvimiento, no sólo para sentar que si las circunstancias desaparecen, el privilegio (este y todos los demás anejos) debe hacerlo igualmente, sino para servir de referente a unas decisiones administrativas que, si bien habrán de renunciar a la eficacia en algunos casos, están llamadas a adquirir un grado de flexibilidad parecido al proporcionado por el art. 40.3 bis ET: plazos más breves y opción a favor de la empleada con independencia de su estatus.

La tesis precedente alcanza argumentos adicionales cuando, por razón de cuanto hubiere sobrevenido, si la cobertura de puestos realizada dejara de garantizar la protección debida o la asistencia social integrada no pudiera ser prestada a pesar de la medida de movilidad geográfica, preciso será entender (otra vez recordando cuanto contiene el RD 255/2006) que lo consumado de forma instantánea puede resurgir otra vez, y recobrar nuevo impulso, si concurren -una vez más- las circunstancias que lo hicieron aparecer, amparándose en el dato de que la previsión legal nunca queda cerrada ni en el tiempo ni en el número de ocasiones en las cuales, por reiterarse el hecho causante, cabe reabrir esta posibilidad de movilidad.

**H.** En tanto el traslado calificado como forzoso, y a falta de un régimen retributivo específico [y del anunciado y no realizado desarrollo de lo previsto en el art. 20 1g) LMRFP], preciso será atender a cuanto disponen el art. 40 ET y los convenios colectivos para esta eventualidad, lo cual supone el mantenimiento del salario de su puesto de origen en tanto -y solo en

tanto- se encuentre consolidado. Además, y conforme ya consta, la compensación de los perjuicios sufridos, tales como gastos de viaje y dietas -tanto suyos como de los miembros de su familia-, el coste derivado de la mudanza y todos cuantos adicionalmente se hubieran pactado; en cambio, sí solo comportara mayores dificultades o costes de desplazamiento -una vez más salvo acuerdo en contrario-, tales partidas no proceden.

El elemento diferencial entre funcionarias y laborales reaparece en este punto cuando las primeras percibirán además, ex art. 81 EBEP, la indemnización de tres mensualidades de la totalidad de sus retribuciones, excepto el complemento de productividad, si se produce cambio de provincia e isla, mientras la trabajadora -en principio, pues una vez más, solo cabrá propugnar su devengo de haber sido contemplado expresamente, aun cuando hay quien propugna su aplicabilidad directa a partir de la remisión subsidiaria del art. 83 EBEP a lo previsto para la provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera- carecerá de derecho a esta última; he ahí, por tanto, un nuevo reto para los interlocutores sociales.

**I.** Ausente hasta ese momento en el resto de los preceptos dedicados a proporcionar adecuada cobertura frente a la violencia de género en cuanto incida en la continuidad y normal desempeño de su relación de servicios, el art. 83 EBEP considera necesario ordenar que en las actuaciones y procedimientos relacionados con esta cuestión será menester proteger la intimidad de la interesada, en especial de sus datos personales, así como de sus descendientes y cualquier otro que estuviera bajo su dependencia ("bajo su guarda o custodia"). En consecuencia, la Administración o Administraciones implicadas habrán de garantizar la pertinente confidencialidad de todos estos datos; y ello aun cuando este silencio a preservar, con particular atención al motivo de traslado, no dando conocimiento público del mismo a nadie, plantea un doble problema: en primer lugar, que ello supone un obstáculo fundamental para aplicar la preferencia incondicionada frente a otro empleado que también ostentare un derecho prioritario al traslado a la vacante solicitada por la víctima de violencia de género, en tanto le va a ser denegado sin la necesaria motivación, generando una indefensión que en vía judicial no resistiría nunca la expresión concreta de las razones para su adopción; en segundo término, también se desconoce el derecho de información a los representantes de los trabajadores, obviando un control interno que, pese a cuanto ofrece la cruda realidad -una falta demasiado reiterada de respeto al deber de sigilo-, en este caso, y dado los intereses en juego, podía suponer una vía de estabilidad interna capaz de evitar el entrar en conflictos, al menos si debidamente configurada en los planes de igualdad o a través de los oportunos protocolos vinculantes que expresamente refuercen el mandamiento legal con vías de reacción tan exigentes como demanda el supuesto en presencia.

**5.- Traslado como sanción disciplinaria**

Esta medida, pese a constituir un "clásico" normativo, apenas si se aplica en la práctica, aun cuando -desde luego- siempre sea factible acudir a ella ex art. 96.1º d) EBEP. En su operatividad, cabe destacar como aspectos más salientes:

1.- De conformidad con lo previsto en el art. 58 ET, la tipificación de las infracciones y sanciones en el ámbito laboral queda delegada en la negociación colectiva, capaz de modificar el poder empresarial -de la Administración aquí- en este punto [STSS, 14 julio 1989 (Rec. de casación por infracción de ley)].

**B.** Su alcance o extensión debe llevar a compatibilizar el derecho de la Administración con aquel relativo a la vida privada y familiar del empleado -art. 18.1 CE- y la libertad de residencia -art.19 CE-. Aun contemplada como posibilidad en el convenio como posible reacción ante un falta grave o muy grave, procederá ser muy prudentes en la aparente discrecionalidad para imponer la sanción que se estime apropiada [STS, 11 octubre 1993 (Rec. 3605/1992) o SSTSJ Madrid, 11 enero 2005 (Rec. 4776/2004) y Cataluña, 21 abril 2005 (Rec. 137/2005)], pues al final podrá invocarse, en sentido contrario, la relevancia constitucional de la movilidad geográfica en virtud del elemento locativo, habida cuenta de su vinculación al domicilio del trabajador y, ex art. 58.3 ET, también a los derechos a la salud y al equilibrio psicológico del empleado, con atención expresa, por supuesto, al salario y al adecuado descanso.

Es menester llamar, una vez tras otra, a la aplicación del principio de proporcionalidad por el empleador [que es a quien corresponde adoptar la decisión, STS, 11 octubre 1993 (Rec. 8655/1992) y STSJ Comunidad Valenciana, 4 marzo 1997 (Rec. 1310/1996)], el cual no deja de aparecer en los distintos pronunciamientos al respecto; [STS, 12 septiembre 1986 (Rec. de casación por infracción de ley); o, por su claridad, STSJ Cantabria, 11 noviembre 1994 (Rec. 761/1994) o Comunidad Valenciana, 21 enero 1997 (Rec. 1217/1996)], exigiendo una correlación razonable entre infracción, quien realizó la conducta repudiable y sanción [STSS, 3 marzo y 17 abril 1986 (Rec. de casación por infracción de ley, ambos) o SSTSJ Extremadura, 20 diciembre 1994 (Rec. 664/1994) y Cataluña, 7 octubre 1996 (Rec. 1299/1996)]; es decir, elementos objetivos (posición del empleado, entidad del perjuicio, antigüedad o reincidencia en la conducta o necesidades de la Administación) [STSJ Cantabria, 11 noviembre 1994 (Rec. 761/1994)] y subjetivos [voluntariedad o negligencia, siempre sopesando los deberes de buena fe en presencia -STSJ Comunidad Valenciana, 9 enero 1997 (Rec. 1217/1996)-] que acaben llevando a la oportunidad y procedencia, o no, de la medida.

Apuntando el problema, cabrá constatar cómo cada vez son más los con-

venios que dejan de contemplar el traslado como sanción para las infracciones graves, reservándolo únicamente para las faltas muy graves, acogiendo plenamente la impresión arriba significada. Ello cuando no llegan al extremo de prohibir su utilización con fines punitivos, como efectivamente pueden hacer.

**C.** La referencia a la duración del traslado aparece legalmente indeterminada, o determinada pero de manera indirecta, en referencia al período que en cada caso se establezca [STSJ Madrid, 25 abril 2005 (Rec. 5994/2004)]; no obstante, también en esta sede, y aunque con su imposición no se viere afectada la libertad de residencia como derecho fundamental [STS, 22 febrero 1985 (Rec. de casación por infracción de ley)], la concesión de un plazo abierto requiere acudir, de nuevo, al principio de proporcionalidad en su delimitación concreta, que casi nunca supera -en los convenios consultados- el de un año [SAN, 28 junio 2006 (Rec. 2702/2005) y STSJ, Cont.-Adm., Canarias/Las Palmas, 23 noviembre (Rec. 704/1998)].

El art. 16 del RD 33/1986, de 10 de enero, que aprobó el Reglamento de Régimen Disciplinario, recogía un período de tres años de haber sido impuesta la sanción por falta muy grave, o de uno si fuese por falta grave, a computar desde el momento en el cual hubiere sido efectuado el traslado.

**D.** Sea cual fuere su duración concreta, la medida de movilidad geográfica de naturaleza disciplinaria es, por definición, provisional, y no definitiva, atendiendo a la prohibición de sanciones que alteren con carácter definitivo o indefinido la relación de trabajo preexistente [STSJ Cantabria, 12 agosto 1993 (Rec. 8/1993); contra, no obstante, STSJ Comunidad Valenciana, 2 junio 1995 (Rec. 1318/1994)]. La conclusión anterior debe ser hecha extensiva a cualquier otra movilidad, funcional o geográfica, contemplada en convenio como reacción disciplinaria, para así recuperar el equilibrio contractual que afecta tanto a la vida laboral como a la privada y familiar del empleado.

Se está así, de manera natural, ante una situación de reversibilidad que, aun cuando no regulada de manera expresa, permite el reingreso al destino o puesto de trabajo originario, que, de atender únicamente al régimen legal -y no al convencional, susceptible de alterar la conclusión por su sola voluntad expresa-, habrá de llevarse a efecto mediante su participación en las convocatorias de concursos para la provisión de cualquier otro, o a uno provisional si hubiera vacante dotada.

**E.** A pesar de reconocer la distinta fuente jurídica del traslado, procedería plantear la aplicabilidad o no de ciertas previsiones del art. 40 ET al acaecido por razones disciplinarias.

La tesis judicial al respecto es concluyente, negando tal posibilidad en atención a que los unos tienen causa en una manifestación específica de decisiones vinculadas “directamente a patrones organizacionales”, que son

cuantas contempla directamente el art. 40 ET, y los otros a reacciones obedientes a una facultad sancionadora [SSTS, 25 mayo 1987 (Rec. de casación por infracción de ley) y 14 julio 1989 (Rec. de casación por infracción de ley)].

Con todo, preciso será reconsiderar tal conclusión teniendo a la vista otros factores apuntados por algunos autores que merecen una atención de potencial práctico indudable:

a) Constituye lugar común negar que proceda el abono de las indemnizaciones previstas en la norma, u otras compensaciones adicionales [STSJ Castilla y León/Valladolid, 15 septiembre 1998 (Rec. 947/1998)]; mas tal conclusión no deja de pugnar con el principio non bis in idem, a partir del cual no podrán recaer dos sanciones cada vez que sea factible apreciar una identidad de sujetos, hechos y fundamentos [por su claridad, STSJ Navarra, 10 noviembre 1992 (Rec. 1135/1992)]. En este supuesto, a la separación del trabajador de su domicilio -cuando tal acaeciera, pues caben, y se recuerdan por enésima vez, los traslados sin cambio de residencia- se uniría la falta de abono de los gastos o suplidos derivados del mismo, lo cual supone una doble reacción punitiva que no deja de presentar una íntima relación con la prescripción de las multas de haber que aquí, y por esta vía, pueden introducirse.

A este propósito, y en cuanto hace a la aplicación del principio mentado, distinta habrá de ser la conclusión en los supuestos en los cuales el traslado deba venir acompañado de una movilidad a otra categoría o grupo profesional, ya ordinaria, ya extraordinaria, pues las reglas contractuales comunes deben llevar a excluir la consideración de la medida como una sanción encubierta.

b) En cuanto hace a los desplazamientos -que también pueden ser adoptados como sanción, cambiando la permanencia por provisionalidad, y al permiso de cuatro días en el domicilio origen por cada tres continuados de movilidad, su no concesión pugna abiertamente con el principio constitucional de protección de los intereses familiares (art. 39.1 CE), al igual que ocurre con los plazos para la ejecutividad de la medida, en tanto su contemplación viene ordenada a asegurar una adecuada reorganización de la vida privada.

c) Sin resultar de aplicación ninguna prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, por cuanto la decisión es personal y no media elección alguna entre varios empleados, más compleja de resolver será la cuestión relativa a la posibilidad de que los convenios contemplen la posibilidad de prohibición de movilidad geográfica a ciertos colectivos, que -conforme ha quedado expuesto- enervará su aplicabilidad, pero no por vía legal, sino negocial.

d) De sopesar que en los supuestos más graves de reacción disciplinaria el traslado puede constituir una medida cautelar [frente a la más comunes de suspensión –STS, 30 junio 1989 (Rec. de casación por infracción de ley) y STSJ Andalucía/Sevilla, 1 septiembre 1994 (Rec. 731/1993)- o interrupción provisional], a partir de la cual separar al trabajador de manera temporal de su lugar o centro de trabajo y enviarlo a otro hasta tanto concluya el procedimiento disciplinario, ha lugar a la aparición de una nueva razón "organizativa" y temporal no prevista por la norma -y tampoco, en cuanto se conoce, por los convenios- que debe ser de recibo en tanto no puede ser considerada una sanción en sentido estricto, pero sin un régimen específico que remite al poder de dirección empresarial en la relación trabada.

e) El procedimiento a seguir al respecto viene marcado por el justo equilibrio entre las finalidades [celeridad, eficacia, eficiencia, economía profesional, etc.] a las cuales deben responder las organizaciones públicas [SSTSJ, Cont.-Adm., País Vasco, 31 enero 2003 (Rec. 4090/1996) o Asturias, 12 diciembre 2003 (Rec. 3281/1997) y 10 abril 2006 (Rec. 99/2005)] y el debido respeto a los derechos y garantías a salvaguardar por imperativo constitucional a la hora de ejercer la potestad disciplinaria.

A este respecto, conocido de todos es que para los trabajadores ordinarios el art. 58.2 ET solo demanda en este caso la comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan; requisitos de carácter esencial, al igual que cuantos otros hubieran podido ser introducidos adicionalmente por la negociación colectiva, al punto que el juez habrá de declarar nula la sanción de traslado si hubiera sido impuesta sin observar las exigencias formales establecidas legal o convencionalmente o cuando estos presenten defectos de tal gravedad que no permitan alcanzar la finalidad para la que fueron requeridos [art. 115.1d) LPL]. Además, debe mediar -cuando hubiera sido reputada como falta muy grave- la oportuna información a los representantes de los trabajadores, siempre y cuando existieran, pues, en caso contrario, no cabe requerir el cumplimiento de aquella formalidad [STS, 3 abril 1990 (Rec. de casación por infracción de ley)]. Sobre este último punto, la doctrina de los Tribunales puede quedar sintetizada en tres aspectos básicos: de un lado, basta con una simple información de la sanción de traslado, sin que resulte precisa una rigurosa notificación de la misma [STS, 20 febrero 1990 (Rec. de casación por infracción de ley)]; de otro, la información puede ser cumplimentada a posteriori [STS 12 julio 1988 (Rec. de casación por infracción de ley)]; en fin, la falta de comunicación no acarrea por sí misma la nulidad del traslado impuesto [STS, 21 marzo 1991 (Rec. de casación por infracción de ley) y STSJ Madrid, 25 enero 2005 (Rec. 5129/2004)].

La apertura a la ampliación de garantías por esta vía ha sido aprovechada con carácter general por los convenios aplicables al personal laboral de todas las Administraciones, en algunos casos para exigir la previa audiencia del empleado [que no es obligada cuando con ella se pudiera retrasar la decisión sancionadora sobrepasando los plazos de prescripción establecidos [SSTS, 15 abril 1994 -(Rec. 878/1993)- y 28 febrero 1995 (Rec.1564/1994)], en otros -los más- para buscar una aproximación clara al régimen previsto para los funcionarios, con la apertura de un verdadero expediente disciplinario.

En este punto, cabe recordar como ya en los casos de necesidad de expediente, y además de garantizar al interesado los reconocidos en el LRJAP, el art. 98 EBEP -con una redacción prácticamente coincidente con la establecida en el art. 74 Ley 55/2003, de 16 de noviembre- incorpora varios derechos: a la presunción de inocencia; a ser notificado del nombramiento de instructor y, en su caso, secretario [cuando fuere obligado -STS 30 octubre 1989 (Rec. de casación por infracción de ley), pues no cabe inferir la necesidad de su nombramiento aun cuando mediaren meros precedentes en tal sentido -STS 26 septiembre 1986 (Rec. de casación por infracción de ley)-; en todo caso, exigiendo su neutralidad -STS 14 junio 1990 (Rec. de casación por infracción de ley)-]; así como el reconocimiento de la facultad de recusar a los mismos [no necesario de no haber sido previsto de manera expresa -STS 2 noviembre 1989 (Rec. de casación por infracción de ley)-]; a ser notificado de cuanto se le imputa como infracción (y, últimamente, tras disminuir el elenco de posibles reacciones, la opción por el traslado); a formular alegaciones en cualquier fase del procedimiento; a proponer las pruebas necesarias y adecuadas para rebatir los hechos que se le atribuyen [cuestión nada pacífica, admitida en STS, 18 julio 1989 (Rec. de casación por infracción de ley), aun cuando en sentido contrario se manifiestan las SSTS 23 enero 1990 (Rec. de casación por infracción de ley) y 22 enero 1991 (Rec. de casación por infracción de ley)]; a ser asesorado y asistido por los representantes sindicales [STSJ, Cont.-Adm., Murcia, 27 febrero 2001 (Rec. 1986/1997)]; y, en fin, a actuar asistido técnicamente por letrado [STS, Cont.-Adm., 27 mayo 1997 (Rec. 2351/1994)].

Al margen de este supuesto queda el traslado de los representantes de los trabajadores, cuya materialización exige -y ahora por vía legal y no solo convencional- expediente contradictorio, en el cual deben ser oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal [art. 68 a) ET], siendo nulas las decisiones de movilidad locativa que ignoren tal previsión (art. 115.2 LPL). La extensión personal alcanza a los candidatos mientras dura el proceso electoral [STC 38/1981, de 23 de noviembre y 55/1983, de 2 de junio o STS, 18 febrero 1997 (Rec. 1868/1993] y, aun cuando no deje de ser controvertida la tesis, a quien va a ser movilizado como san-

ción durante el año siguiente al cese en el cargo representativo [STS 18 febrero, 1997 (Rec. 1868/1996); contra, no obstante, STS, 14 febrero 1997 (Rec. 1868/1996)].

La audiencia al empleado se estima suficiente para permitirle una adecuada y oportuna defensa [STS, 24 abril 1990 (Rec. de casación por infracción de ley)], debiendo formular el pliego de descargos en el tiempo que fije la Administración -salvo en el supuesto de previsión al efecto contenida en el convenio-, siempre que el plazo resulte adecuado para conseguir la finalidad pretendida por la norma [STS 20 marzo y 18 abril 1991 (Rec. de casación por infracción de ley, ambos)].

El requisito de audiencia al resto de la representación no se cumple con la notificación de la apertura del expediente disciplinario, resultando preciso comunicar el expediente íntegro o la propuesta conclusiva del mismo [STS, 30 abril 1991 (Rec. de casación por infracción de ley)].

En el expediente, que interrumpe la prescripción de la falta a sancionar [STS, 29 septiembre 1988 (Rec. de casación por infracción de ley)], excepto -procede insistir- cuando se demore de manera innecesaria o irrazonable [STS, 29 septiembre 1988 (Rec. de casación por infracción de ley)], ha de constar expresamente la solicitud de haber requerido el informe de los restantes representantes de los trabajadores, sin que, una vez transcurrido el plazo al efecto concedido -o en su defecto, el prudente a sopesar en función de las circunstancias concretas del caso-, su silencio impida finalizarlo a pesar de su ausencia [SSTS 22 y 31 enero 1991 (Rec. de casación por infracción de ley, ambos)].

El expediente debe ser concluido en el plazo eventualmente establecido por el EBEP o en el convenio [en cuyo caso siempre será menester atender a los días inhábiles -STS 9 abril 1990 (Rec. de casación por infracción de ley)] o, en caso contrario, en uno razonable y proporcionado a los fines perseguidos [STS, 30 octubre 1990 (Rec. de casación por infracción de ley)]. De finalizar sosteniendo el traslado, preciso será complementar el deber común a cualquier trabajador de notificarle la sanción haciendo constar la fecha y hechos que lo motivaron. La actuación administrativa obrará en el juicio como una prueba más a valorar de acuerdo con las circunstancias en presencia y en relación con el resto de los elementos de convicción [STS 26 diciembre 1990 (Rec. de casación por infracción de ley)].

Por último, si la sanción de traslado afecta a un empleado afiliado a un sindicato, y el empresario conociera tal dato [STC 30/1992, de 18 de marzo)], amén de la intervención en el expediente de los delegados sindicales miembros del comité de empresa, será menester oír a los restantes que no lo sean [cuya titularidad pertenece al delegado sindical y no al trabajador sancionado -STC 30/1992, de 18 de marzo-], para así tratar de vencer la eventual mayor vulnerabilidad del afiliado.

f) Al final, y por mor una vez más de cuanto impone en pro de la unificación el art. 93 EBEP, los plazos de prescripción de las infracciones han de prescindir del referente laboral (veinte días si la falta fuera grave y sesenta si muy grave) para pasar a los muchísimos más extensos recogidos en el art. 97.1.° EBEP (dos y tres años en función de la calificación precedente), que comenzará a contar desde la comisión de la falta [STS, 15 julio 2003 (Rec. 3217/2002)] o el cese de las actuaciones imputables si fueran continuadas, con unidad de propósito y vulneración permanente de bienes jurídicos de igual o análoga naturaleza [STS, 17 noviembre 1986 (Rec. de casación por infracción de ley)].

Iguales serán los plazos para imponer la sanción de traslado forzoso, la cual comenzarán a transcurrir, ora desde que la resolución que agote la vía administrativa sea firme por no haber sido impugnada en vía judicial, ora desde que la resolución judicial derivada de la demanda planteada contra aquella devenga igualmente firme, con o sin agotar las posibilidades de recurso. Todo ello teniendo presente, se reitera, que la instrucción del expediente interrumpe el plazo de prescripción, siempre y cuando sea indispensable y cumpla con una auténtica finalidad instructiva o investigadora [STS, 28 febrero 1995 (Rec. 1569/1994)], durante el plazo establecido para su resolución [STS, 27 septiembre 1987 (Rec. de casación por infracción de ley) o STSJ Cataluña, 7 diciembre 2007 (Rec. 39/2006)].

## VII.- MOVILIDAD VOLUNTARIA. LOS SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

La movilidad alcanza una nueva dimensión cuando, de traer causa en una decisión de la Administración Local o en previsiones legales ad hoc, pasa a depender de la voluntad del trabajador, en cuyo caso el art. 83 EBEP, con su remisión a los convenios colectivos y subsidiariamente a los sistemas de provisión previstos de los funcionarios, conduce a un panorama distinto, donde las necesidades de la organización y los intereses de los empleados lleva a un nuevo punto de equilibrio en el cual, una vez detectadas aquellas, las aspiraciones de estos han de hacerse efectivas a través de procedimientos que -por vía convencional o remisión a la norma administrativa- siempre habrán de estar inspirados en y respetar escrupulosamente los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, los cuales ya no solo por mor del art. 103.3 CE [título suficiente -SSTC 75/1983, de 3 agosto; 15/1988, de 10 febrero; 47/1989, de 21 febrero; 192/1991, de 14 octubre; 80/1994, de 14 marzo; 212/1993, de 28 junio; o, por no seguir, 235/2000, de 5 octubre-], sino por previsión legal específica, van más allá de la mera selección y alcanzan a la movilidad interna en el seno de la correspondiente organización, afectando, incluso, a aquella que puede tener lugar entre Administraciones.

Conocidas las implicaciones de los principios constitucionales mentados, bien cabría afirmar que el EBEP poco, o casi nada, innova en este punto, pues no hace frente a los tres problemas más graves que se vienen detectando: en primer lugar, y sobre todo, la insuficiente definición de los perfiles profesionales de los puestos de trabajo, que hace difícil identificar el "haz fundamental" de los mismos, y han dado lugar a un gran número de sentencias en las cuales la ausencia de información sobre un aspecto tan esencial enerva un control adecuado de los sistemas de provisión -y muy especialmente de la libre designación-, pues cuando falla la base, fácilmente cabe generar vacantes artificiales y necesidades puramente aparentes como proyección de personal de confianza; en segundo término, la falta de creación de órganos colegiados imparciales y especializados, de composición estrictamente técnica, [aun cuando así se propugnen, y hasta que se definan las condiciones para merecer tal calificativo], así como la ignorancia del consejo tantas veces impartido de contemplar la posibilidad de recursos frente a las decisiones o propuestas de aquellos ante órganos administrativos no sometidos a instrucciones jerárquicas; en último extremo, la ausencia de establecimiento del requisito de que los titulares del nuevo puesto de trabajo al que han accedido por la vía ordinaria de provisión ostenten y tengan el deber de permanecer y desempeñarlo durante el plazo mínimo establecido por la normativa aplicable en cada caso.

Sentado cuanto sin duda seguirá siendo un problema en la práctica, preciso será adentrarse en las fórmulas previstas para esta movilidad. Para ello procederá atender a las pautas dadas por las normas administrativas que, con algunos ajustes puntuales, suelen ser las acogidas por los convenios colectivos.

Tradicional viene siendo (y lo confirma el art. 78.2 EBEP) que la provisión de vacantes tenga lugar a través del concurso y de la libre designación; no obstante, el apartado 3.° del mentado precepto admite la posibilidad de que se pueda acudir a otros procedimientos, entre los cuales cita -de forma tasada en principio, pero claramente advierte de otras posibilidades en su configuración final- la ya analizada movilidad por motivos de salud o rehabilitación, el reingreso al servicio activo, las permutas, o el cese o revocación en los puestos de trabajo y la supresión de los mismos.

Distingue, así, entre las fórmulas ordinarias y aquellas otras extraordinarias que pudieran ser contempladas en atención a las circunstancias en presencia y en función de los intereses y posibilidades de las Administraciones que deciden llevarlas a cabo. Para las primeras sin posibilidad alguna de desarrollo que no sea el establecido a nivel legal y estatal (aun cuando lo determinante, al final, sea casi siempre la regulación concreta y detallada de los méritos a valorar o la incorporación de ciertas exigencias destinadas a objetivar en los procedimientos de libre designación, lo cual

sigue quedando en manos de quien realiza la convocatoria); para las segundas, y en cuanto no constituyen contenidos que en el pasado fueran declarados básicos [art. 20 c), e) y g) en relación con el art. 21.2 LMRFP], introduciendo la exigencia de reserva de ley; dato harto satisfactorio, en cuanto solían causar muchos problemas por las situaciones tanto organizativas como subjetivas de los empleados que dan lugar a las mismas.

**1.- Formas típicas de provisión de puestos de trabajo**

Al margen de cuanto pueda llegar a ser, parece clara la apuesta del EBEP por una línea de continuidad que prioriza las fórmulas tradicionales de provisión de puestos: concurso y libre designación.

**1.1.- El concurso**

En definición clásica, constituye el sistema o procedimiento normal o habitual de provisión de puestos de trabajo a partir de la designación del candidato que se considera más adecuado para ocupar un determinado puesto en la Administración, teniendo en cuenta los méritos por él alegados y que, tras la aplicación de un baremo detallado, acaba reflejado en una mayor puntuación frente al resto de los eventuales candidatos.

Los rasgos más salientes en su diseño legal pueden ser compendiados en los siguientes:

**A.** Siguiendo precedentes anteriores, el actual marco normativo no contempla exigencia específica alguna sobre cuanto cabe considerar requerimientos formales previos, es decir, la exigencia de que la vacante convocada figure en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo y se encuentre dotada presupuestariamente, lo cual no significa que no deban seguir siendo exigidos; no obstante, las RPT, a partir del art. 74 EBEP, quedan abiertas a un régimen a partir del cual cabe recibir cualquier otro instrumento organizativo que cada Administración competente decida incorporar a su normativa de desarrollo, los cuales pueden admitir las vías más generales o -y es lo más grave, según cabe apreciar en el día a día de los Tribunales- no confieran suficiente importancia al perfil profesional, únicamente aquilatado en el momento en que cada puesto va a ser convocado a provisión y en función de esta, de forma muchas veces improvisada y sin responder a un modelo previo de gestión, haciendo depender la definición de los puestos de los concursos o de los concursantes, y no al revés.

**B.** El aspecto más importante en esta materia viene dado por la convocatoria ["que no pertenecen a la categoría de disposiciones generales, sino a la de actos administrativos denominados plúrimos o generales, por tratarse de actos con pluralidad de destinatarios", STS, Cont.-Adm., 18 julio 2003 (Rec. 3428/2001)], el cual viene a ser atribuido, en sentido estricto, al ámbito de la potestad organizativa de la Administración [SAN, 21 junio 1999 (Rec. 505/1999)], y cuyas bases van a constituir la "ley del concurso",

vinculando a la Administración, a los encargados de la valoración y a los participantes [STS, Cont.-Adm., 18 abril 1998 (Rec. 1517/1996)]. Ello trae aparejadas tres consecuencias fundamentales: de un lado, analizadas e interpretadas en su conjunto, constituyen el primer elemento para resolver cuantas cuestiones se planteen [STS, Cont.-Adm., 12 enero 1998 (Rec. 3149/1992)]; de otro, y si no fueran impugnadas en tiempo y forma, queda vedado cualquier debate sobre las determinaciones contenidas en las mismas [STS, Cont.-Adm., 13 enero 2000 (Rec. 7312/1992)]; por último, y una vez publicadas, solo pueden ser modificadas con estricta sujeción a lo previsto en la LRJAP [STS, Cont.-Adm., 5 octubre 1994 (Rec. 874/1990)].

La convocatoria y sus bases deberán hacerse públicas a través de su inclusión en el Boletín Oficial correspondiente, incorporando, además de la denominación, el nivel, la descripción del puesto a cubrir, los requisitos indispensables para su desempeño, los méritos a valorar y el baremo, la puntuación mínima para adjudicar vacantes y la composición de la Comisión encargada de resolver.

Es indudable que todos esos elementos deben estar al servicio de los principios constitucionales que han de acompañar todo el proceso y que, en este momento inicial, llevan a exigir tener en cuenta todos, y solo, los méritos que permiten satisfacerlos adecuadamente [SSTC 55/1983, de 3 de agosto; 15/1988, de 10 de febrero; 192 y 200/1991, de 14 y 28 de octubre y 365/1993, de 18 de octubre]. A tal efecto, resulta absolutamente razonable mantener las pautas provenientes del art. 44 RGIPPT para intentar frenar o limitar el margen de discrecionalidad, en tanto: primero, solo podrán considerarse los meritos específicos adecuados a las características de cada puesto; segundo, la consideración del trabajo desarrollado debe ser cuantificada en función del tiempo de permanencia en puestos de cada nivel o categoría, de la experiencia en el desempeño del mismo área o especialidad funcional donde quede ubicada la vacante, pudiendo sopesar, también, las aptitudes y rendimiento apreciados a los candidatos en los anteriormente desempeñados; tercero, los cursos de formación y perfeccionamiento únicamente serán valorados si versan sobre materias relacionadas con las funciones propias de sus puestos de trabajo; y, cuarto, la antigüedad será ponderada por años de servicios, incluyendo las etapas durante las cuales todavía la vinculación con la Administración estaba sometida a término o condición, aun cuando se puede diferenciar en el baremo atendiendo a la ubicación concreta donde el interesado prestó sus servicios [SSTS, Cont.-Adm., 25 octubre y 11 noviembre 1992 (Rec. 3108/1990); SSAN, Cont.-Adm., 5 marzo y 22 junio 1998 (Rec. 1466/1995 y Rec. 287/1996) o SSTSJ, Cont.-Adm., Baleares, 12 abril 1994 (Rec. 748/1993), Andalucía/Málaga, 1 septiembre 1994 (Rec. 242/1993) y 30 julio 1998 (Rec. 2761/1994) o Comunidad Valenciana, 3 julio 1998 (Rec. 1629/1995)].

Pero no solo en la selección de los méritos a ponderar es donde radica el problema. Iguales o mayores cuestiones suscitan los términos empleados para aquilatarlos y la puntuación a otorgar a cada uno, donde la discrecionalidad no parece tener medida y puede llevar a desconfigurar los perfiles del concurso o a los temidos baremos "a la medida" [STS, Cont.-Adm., 28 mayo 2001 (Rec. 10266/1997)], debiendo controlarse de manera exquisita sus parámetros mínimos y máximos para no introducir, por esta vía fácil, predesignaciones ad hoc.

**C.** Por cuanto hace a las condiciones para poder tomar parte en los concursos, el art. 41 RGIPPJ admitió un criterio poco restrictivo, persiguiendo que fueran las más amplias posibles. Así, en principio, podrán hacerlo todos cuantos reúnan los requisitos expresados en la convocatoria en las fecha en la cual termine el plazo de presentación de solicitudes, con independencia de la situación en que se encuentre el interesado, siempre y cuando no esté suspendido a tal efecto (en su relación o para participar en el concurso de traslados) y dicha suspensión sea firme.

En todo caso, procederá recordar cómo las previsiones siempre van dirigidas a quienes mantienen una relación estable o permanente con la Administración; nunca a los temporales, ni siquiera a los indefinidos no fijos en régimen laboral.

Al contrario de cuanto venía haciendo el art. 20.1 f) LMRFP, no aparece ahora ninguna exigencia de permanencia durante determinado plazo en el último puesto de trabajo ocupado con carácter definitivo; medida con la cual se pretendía impedir una "insana" y estratégica movilidad en el interior de la Administración, distorsionando a todas luces su normal funcionamiento. En cambio, sí se exige la fijación del mismo en la correspondiente normativa de desarrollo, a la cual habrá que estar -en su momento- como una secuencia lógica de la delegación en manos de las distintas Administraciones de la fijación de su modelo de función pública y, por ende, la especificación de los procedimientos de provisión en sus requisitos de detalle.

Los interesados, por lo demás, deberán dirigir sus solicitudes de participación en el concurso al Ente convocante en un plazo -razonable- de quince días contados desde el siguiente al de publicación de la convocatoria (salvo norma especial contraria), indicando, si fueran varios, el orden de preferencia de los puestos solicitados; siempre con la entrega de la documentación pertinente [STS, Cont.-Adm., 5 marzo 1998 (Rec. 1466/1995) o SSTSJ, Cont.-Adm., Baleares, 25 marzo 1994 (Rec. 510/1993) y Navarra, 13 octubre 1994 (Rec. 81/1993)].

**D.** Valorando como "justificada y razonable" la protección a la familia, el Tribunal Constitucional ratificó en su momento, pero solo parcialmente, el denominado "derecho de consorte", consistente en otorgar preferencia para obtener destino en una determinada localidad al funcionario-cónyuge

de quien ya lo fuere en aquella [STC 192 y 200/1991, de 14 y 28 octubre]. La situación era similar a la del trabajador al servicio de la Administración a partir de lo previsto en el art. 40.3 ET, por cuanto el reagrupamiento familiar y, más en general, la conciliación de la vida familiar, si bien no podían ser considerados como causa directa de movilidad a instancia del empleado, dada la especial naturaleza del empleador, también venían a ser contemplados -por vía convencional- como mérito baremable a los efectos de la pretendida movilidad.

Media, de este modo, una doble secuencia común a tal derecho [que en alguna ocasión ha sido considerado, tan solo, como una facultad reconocida con carácter general, motivo por el cual sería perfectamente lícito optar por su supresión, "pues el ordenamiento jurídico no obliga a mantenerlo" (STS, Cont.-Adm., 8 abril 1992 - Rec. 2716-), aun cuando el contenido del art. 40.3 ET no pueda ser nunca ignorado, y tampoco su desarrollo por la negociación colectiva]: de un lado, y si estuvieran interesados dos empleados con los requisitos exigidos para las vacantes en un determinado concurso y para un mismo municipio, podrán condicionar sus peticiones, por razón de convivencia familiar (término más amplio que la mera relación matrimonial, acogiendo todas las variables posibles, aun cuando los problemas de prueba pueden ser importantes en supuestos de parejas de hecho no registradas como tales), al hecho de que ambos obtengan destino en ese concurso en el mismo municipio; de otro, admitiendo la valoración (con límite en la puntuación adecuada) del destino previo del cónyuge obtenido mediante convocatoria pública en el municipio donde radique el puesto o puestos solicitados.

**E.** En cuanto se refiere a los órganos encargados de la valoración, el EBEP señala su carácter colegiado y técnico, ordenado por los principios de profesionalidad y especialización, así como por el de paridad entre hombres y mujeres.

Es ésta una modificación cuya dimensión última dependerá -una vez más- del desarrollo legislativo que se haga de la misma; pero, de entrada, la exigencia de profesionalidad y especialización ofrece mejores perspectivas que la anterior referencia a partir de la cual bastaba con pertenecer a alguno de los cuerpos o escalas integrantes del grupo de titulación igual o superior al exigido para cubrir los puestos convocados, lo cual no otorgaría una mínima garantía en cuanto hace a la idoneidad técnica de quienes deben juzgar. Menos aún cuando se admite la participación de representantes unitarios y sindicales por tan sólo esta condición [STSJ, Cont.-Adm., Comunidad Valenciana 26 junio 1998 (Rec. 2094/1995)], lo cual puede estar bien en cuanto a garantía de "democracia interna" de las Comisiones o Tribunales, pero también puede dejar mucho que desear cuando, amén de la falta de competencia objetiva, se materialice favoreciendo al afiliado o

amigo sindical en detrimento de candidatos igual o mas notoriamente idóneos; su no mención en el nuevo texto legal debe ser saludado con alegría, aun cuando difícilmente evitará costumbres tan arraigadas.

Es éste un bastión importante contra el nepotismo y la arbitrariedad: que el enjuiciamiento corresponda a personas cualificadas como garantía de objetividad y neutralidad [STS, Cont.-Adm., 15 julio 2004 (Rec. 6765/1999)], en búsqueda de la ansiada "racionalidad técnica" que borre cualquier atisbo de parcialidad.

Por su parte, el principio de paridad entre mujer y hombre entronca de manera directa con cuanto de manera genérica contempla el art. 16 LO 3/2007, de 22 de marzo ("los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que le corresponden", y específicamente su art. 53 -concretando lo contemplado en el art. 52-, al señalar cómo "todos los Tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos."

En su trasposición, el EBEP, afectando ahora a todas las Administraciones, va un paso más allá, al imponer la presencia equilibrada en una paridad que no admite excepciones, aun cuando en algunas ocasiones (al menos a corto plazo) ello pudiera llevar a poner en cuestión el parámetro de la profesionalidad y especialización.

**F.** Estas Comisiones o Tribunales están llamadas a "la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos."

Obviamente no cabe reputar como casual la incorporación de las "aptitudes" entre las cuestiones a valorar, además del mérito y capacidad. Éste era el rasgo a partir del cual cabía separar la justificación entre el concurso ordinario y el específico, y que ahora puede incrustarse en el primero de manera natural si, "en su caso" -o "cuando así lo aconseje la naturaleza de los puestos a cubrir", en el literal del art. 45.1 RGIPPT-, se considerara oportuno.

Se introduce así un eventual plus de evaluación personal que pudiera trascender de los estrictos méritos en concreto, para entrar a valorar sus aptitudes en atención a los mismos, en cuanto quiere ser -y nunca logró a través de los concursos específicos- una provisión efectuada dando entrada a técnicas utilizadas en la empresa privada, y que, sin embargo, muchas veces puede acabar conduciendo a una evidente y transcendental evolución

desde el concurso ordinario, y por esta vía, a una designación más libre, en tanto se acogen factores de medición francamente abiertos a la más absoluta discrecionalidad, si no a una valoración estrictamente subjetiva, en cuanto necesariamente ha de constituir una segunda fase en el concurso típico cuya baremación procederá sopesar con tiento.

Hasta ahora, y frente a todas las posibilidades que ofrece la cuantificación de la aptitud (seminarios de evaluación, pruebas de personalidad, autoevaluación, cuestionarios de interés, grafología, biodata, profesiogramas, etc.), la Administración se ha inclinado prioritariamente por los tests psicotécnicos de personalidad, sobre cuyos problemas advirtió tempranamente la jurisprudencia [STS, Cont.-Adm., 5 octubre 1989 (Rec. de casación por infracción de ley)] y, con especial asiduidad, las entrevistas (a las cuales cabría añadir la exigencia -muchas veces ignorada- de la adecuada publicidad como garantía a partir de la cual poder obtener el oportuno contrato y evitar favoritismos a través del secreto, o encubrir animosidades patentes) y elaboración de memorias, que muchas veces admiten "contactos" con personas vinculadas al puesto, ayudas externas, copias más o menos discretas, etc. [SSAN, Cont.-Adm., 22 octubre y 3 diciembre 1996; (Rec. 632/1995 y 27/1995)]. Múltiples desviaciones en la práctica que, en las tres variables expuestas, más que sumar, restan, para llevar a entender que todas ellas no aparecen lo suficientemente depuradas de intereses espurios como para ser satisfactorias: cuanto realice un empresario en su ámbito privado repercute directamente en su perjuicio o beneficio; lo que realiza una Administración debe serlo en provecho de la comunidad, y nunca de algún empleado público favorecido a partir del sistema de provisión dado.

En su funcionamiento, las Comisiones o Tribunales habrán de obrar bajo los mentados principios de imparcialidad y objetividad en todo momento. En verdad no haría falta que la norma recordara cuantos son pautas de actuación comunes a cualquier órgano administrativo; sin embargo, no esta de más remarcarlo, en particular cuando la principal crítica que pesa sobre estos órganos radica en la falta de imparcialidad de sus miembros y la carencia de objetividad en sus propuestas.

Ello, al amparo de cuanto "señala doctrina jurisprudencial reiterada: que los órganos calificadores de oposiciones y concursos gozan de la denominada discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración, de modo que sólo en determinadas circunstancias, tales como la existencia de dolo, coacción, infracción de las normas reglamentarias que regulan su actuación o de las propias bases de la convocatoria, es posible la revisión jurisprudencial de sus actuaciones" [SSTS, Cont.-Adm., 25 octubre 1992 (Rec. 3108/1990), 11 diciembre 1998 (Rec. 743/1995) o 3 febrero y 30 noviembre 2000 (Rec. 180/1996 y Rec. 4/1996)]; pues, en otro caso, obrará la "presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación admi-

nistrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación" [STC 353/1993, de 29 de noviembre], de modo que son inadmisibles todas las pretensiones ordenadas a conseguir que los órganos jurisdiccionales realicen una valoración alternativa a la efectuada por la Comisión [SSTS, Cont.-Adm., 11 diciembre 1998 (Rec. 9543/1997), 8 junio 1999 (Rec. 6512/1992), 14 julio y 10 octubre 2000 (Rec. 258/1997 y 248/1997) y 19 junio 2001 (Rec. 6581/1994)].

En consecuencia, esta discrecionalidad técnica únicamente encuentra un límite en la desviación de poder, y su impugnación "sólo puede producirse cuando resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas consignados en los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución" [STS, Cont.-Adm., 21 febrero 1992 (Rec. 5843/1990) y 2 febrero 1996 (Rec. 774/1991)]. Así, la jurisprudencia [SSTS, Cont.-Adm., 13 marzo 1991 (Rec. de casación por infracción de ley), 5 julio 1993 (Rec. 3265/1991), 10 marzo 1999 (2979/1997) o 13 octubre 2004 (Rec.572/2001)] ha reconocido diversos límites concretos al ejercicio de la discrecionalidad técnica, que fundamentalmente pueden ser condesados en los siguientes: inobservancia de los elementos reglados del procedimiento, transgresión de las bases del concurso, infracción de las normas que regulan el régimen jurídico de su funcionamiento, actuación con desviación de poder, violación de las previsiones contenidas en el art. 9.3 CE o, entre más, vulneración del principio de igualdad o existencia de un error ostensible o manifiesto.

De todos modos, siempre procederá tener presente una diferencia fundamental, pues "es lo cierto que ya esta Sala, en una reiteradísima doctrina jurisprudencial ha fijado que hay aspectos de pura discrecionalidad técnica en la valoración de méritos y circunstancias, en los que no cabe negar a los Tribunales examinadores un amplio margen de libre apreciación -salvo supuestos de desigualdad, arbitrariedad, injustificación o irracionalidad, que incluso podrían atentar a los principios de mérito y capacidad-, y que, al lado de ellos, por ejemplo los que derivan de las propias bases de la convocatoria, hay otros aspectos normativamente establecidos y reglados cuyo control queda fuera de lo que es exclusivamente discrecional en la apreciación de los méritos, para integrarse en normas de obligado cumplimiento cuya guarda sí corresponde a órganos que no son puramente "examinadores", y a los que sí compete ese control del proceso selectivo en lo que atañe, por ejemplo, a un baremo previamente fijado en que aparezcan tasados y fijados los aludidos méritos, su contenido o su acreditación, porque son elementos objetivos y reglados en los que procede un control de la legalidad aplicable y en los que no cabe apreciación discrecional" [SSTS 11 diciembre 1998 (Rec. 743/1995), 1 julio 1999 (Rec. 349/1996) o 28 enero 2003 (Rec. 8199/2000)].

**G.** Efectuada la propuesta, y la resolución administrativa a partir de la misma, quien supere el concurso habrá de tomar posesión en el plazo [discutible a todas luces, al carecer de la necesaria cobertura normativa -SSTSJ, Cont.-Adm., Cataluña 3 y 9 julio 1998 (Rec. 958/1995 y 241/1995) o Canarias/Las Palmas 12 junio 1998 (Rec. 1602/1996)-] de tres días o un mes, según conlleve o no un cambio de residencia o reingreso al servicio activo, a computar -todavía- a partir de las referencias previstas en el art. 48.1.2.° RGIPPT y con las posibilidades de diferir, aplazar o prorrogar recogidas en el apartado 2.° del precepto. Lógicamente, una vez efectuada la toma de posesión, el plazo se considerará como de servicio activo -antigüedad, en términos laborales- a todos los efectos, excepto en los supuestos de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria o una vez ha transcurrido la reserva de puesto de trabajo en la de cuidado de hijos y familiares (art. 48.4.° RGIPPT).

Hasta este momento proyecta aun su haz de confusiones la norma reglamentaria; no, por supuesto, cuando reconoce el "carácter voluntario" del destino, para sentar que no genera derecho al abono de indemnización alguna, sino al establecer su irrenunciabilidad, salvo en el supuesto de haber obtenido otro distinto mediante convocatoria pública (art. 49.1 RGIPPT).

Se trata, de este modo, de dar cumplimiento a la excepción recogida en el art. 90 LRJAP, justificada como requisito de seriedad y de eficacia administrativa, atendiendo a la doble función que está llamada a cumplir: de un lado, impedir que los candidatos formulen solicitudes infundadas; de otro, servir de obstáculo para la creación de una vacante imposible de ocupar de nuevo hasta una convocatoria ulterior, convirtiéndose así en claro atentado contra el funcionamiento eficaz de los servicios públicos.

El problema se suscita, empero, a la hora de establecer el ámbito material de tal irrenunciabilidad, a acotar ex post por el derecho de renuncia al cargo (para los funcionarios) y por el desistimiento (para los trabajadores); también -parece- que ex ante, en cualquier momento previo a la resolución de la Comisión o Tribunal. No cabrá aludir, por consiguiente, a la "vinculatoriedad" de la instancia o solicitud, sino a la "vinculatoriedad" de la propuesta elevada a resolución por la Administración, reconociendo, por tanto, entre aquélla y ésta (y sólo hasta ese momento, sin posible extensión al de la notificación), un "derecho al desistimiento" que la Administración está obligada a admitir en favor del interesado.

**H.** Frente a cuanto sucede con la promoción interna de los funcionarios, donde el art. 18 EBEP exige un período de antigüedad de, al menos, dos años de servicio en el subgrupo inmediato inferior para poder concurrir, en la carrera vertical este plazo para poder participar en otros concursos de provisión aparece remitido a cuanto determinen las Leyes de función pública que se promulguen en desarrollo del EBEP, lo cual permitirá que

aquél se amplíe o acorte (aun cuando esta última alternativa se antoja más improbable) en función de cuanto estimen oportuno aquellos legisladores.

En paralelo, los ascensos de los laborales quedan remitidos a cuanto establezca la normativa social, sin ninguna previsión en este punto en el Estatuto de los Trabajadores, pero sí en numerosos convenios de las Administraciones, que suelen acoger el criterio previsto para los funcionarios en aras de garantizar una superior eficacia en el desenvolvimiento de los servicios públicos; sin embargo, no acostumbran a recoger tal cautela respecto a la movilidad vertical ahora analizada, aun cuando cabe esperar que, por mor de la influencia de la normativa de desarrollo para los funcionarios, acabe extendiéndose al personal laboral.

**I.** Particulares y diferentes son los procedimientos a seguir en un supuesto común: que el empleado deba ser removido por causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto realizado a través de las RPT, modificando los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria; o de una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición e impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto.

Ante tales eventualidades, la reacción en Derecho del Trabajo pasa por el ius variandi del art. 39 ET (cuando no por la más drástica y apenas si utilizada del despido por razones objetivas), modulado por cuanto la negociación colectiva pudiera establecer al efecto como procedimientos adicionales.

En contraste, el art. 79.3 EBEP establece que al funcionario "se [le] deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes a dicho sistema", variando de conformidad con cada normativa aplicable en el caso concreto, pudiendo operar unas garantías diferentes -en calidad y cantidad- por el mero hecho de afectar a una persona perteneciente a una organización administrativa distinta. Todo ello con una circunstancia nueva, como es la dada por la evaluación del desempeño contemplada en el art. 2.° EBEP.

**1.2.- La libre designación**

Bien pudiera afirmarse que nada ha cambiado en este procedimiento de provisión. Quienes están al frente de una Administración pueden seguir disfrutando de esta prebenda generalizada aplicable tanto a funcionarios como a laborales; los beneficiados ostentando este puesto adjudicado de manera privilegiada; el resto de los empleados públicos resignándose a no ser los elegidos; y, al final -y cuanto importa-, los ciudadanos recibiendo las consecuencias de quien ha sido seleccionado para un determinada plaza prácticamente "a dedo."

Permitiría calificarlo como requisito general- su recurso, bajo una pers-

pectiva o criterio que atribuye a la Administración una discrecionalidad máxima en la provisión de puestos de trabajo; motivo por el cual debería considerarse efectivamente como "normal", dada la falta de adjetivación legal y su ubicación sistemática, pero "excepcional" en su articulación, a riesgo de comprometer gravemente los principios de mérito y capacidad.

Las facultades de que disfruta la Administración a partir del art. 80 EBEP, y de cuanto establezcan las normas de desarrollo, suscitó -y sigue suscitando, aun cuando procederá someterse a quien mejor criterio ostente- importantes dudas sobre su constitucionalidad, habiendo superado a tal efecto cualquier tacha al establecerse cómo, "en nuestro ordenamiento, y en las diversas Administraciones Públicas, no existe un solo sistema o procedimiento para la provisión de puestos de trabajo, ni tampoco homogeneidad entre las situaciones de permanencia y estabilidad correspondientes a los diversos puestos. Pero, dada la variedad de Administraciones, de las tareas a desarrollar y de las diferentes circunstancias de los puestos de trabajo en ellas existentes, no resulta irrazonable, sino incluso fácilmente comprensible, esa multiplicidad de procedimientos y regímenes de permanencia. Ello se traduce en la existencia de diferencias entre las diversas Administraciones respecto del margen de actuación de que disponen para la provisión de puestos de trabajo, aun cuando ello no pueda significar que tal margen sea absoluto, y que pueda convertirse en arbitrariedad, pues los límites jurídicos generales y los concretos que en cada caso se establezcan siguen en estos casos encuadrando la acción administrativa" [STC 18/1987, de 16 de febrero; 207/1998, de 8 de noviembre; 10/1989, de 24 de enero y 235/2000, de 5 de octubre. En su aplicación, extraordinariamente ilustrativas la STS, Cont.-Adm., 21 noviembre 2003 (Rec. 167/2003)].

Atendiendo a tal norte, que nunca podrá ser ignorado, éstos son los aspectos más importantes que suscita el procedimiento en cuestión:

**A.** A pesar de los distintos intentos legislativos por frenar la expansión de su ámbito material en todas las Administraciones, y particularmente en las Corporaciones Locales, lo cierto es que hasta el momento de poco han servido los esfuerzos por destacar su carácter de excepción frente al concurso, "sólo ajustado a Derecho cuando está debidamente justificada en atención a la naturaleza de las funciones asignadas al puesto de trabajo" [STS, Cont.-Adm., 12 marzo 2007 (Rec. 1620/2002], pues el legislador en ningún momento ha descendido a detallar qué entender por "personal de carácter directivo o de especial responsabilidad" llamado a ocupar tales plazas, dejando abierto un listado meramente orientativo en el cual la referencia al nivel 28 como criterio de cierre es meramente sociológica y no normativa, extendiendo así la correa de transmisión entre una indecisión política y otra estrictamente administrativa a un número muy superior al inicialmente previsible y deseable.

Buena prueba de lo afirmado viene dada, en ejemplo palmario, por la Ley 10/1993, de 21 de abril, la cual permitió utilizar este cauce para cubrir los puestos de Secretario, Interventor y Depositario en las más importantes Entidades Locales, exigiéndoles únicamente la lealtad personal activa, y desconociendo cómo el desempeño de tales puestos requiere una garantía forzosa de imparcialidad frente a los cargos electos locales, que quedaría seriamente debilitada por el sistema de libre designación (y libre cese); motivo por el cual fue declarada inconstitucional [STC 235/2000, de 5 de octubre].

No avanzar en la dirección de una mayor determinación o concreción por vía legal de estos puestos no favorece, precisamente, la superación de la situación actual, forzando a apelar al control de los Tribunales, que siguen atados por el margen de discrecionalidad conferida -aquí menos técnica-, aun cuando consiguen abrir brecha atendiendo a pautas superiores no explicitadas, pero indudablemente operativas, que resaltan cómo la libre designación dista de constituir un poder omnímodo [STC 10/1989, de 24 de enero]: "haciendo una síntesis de la normativa puede afirmarse que el sistema de libre designación previsto en la ley difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio, ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos: a) Tiene carácter excepcional, en la medida en que completa el método normal de provisión, que es el concurso. b) Se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones. c) Sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad). d) La objetivación de los puestos de esta última clase ("especial responsabilidad") está incorporada a las RPT, que deberán incluir, "en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos" y serán públicas, con la consecuente facilitación del control" [STS, Cont.-Adm., 24 febrero 2004 (Rec. 8995/1998) y 13 julio 2005 (Rec. 8450/1990)].

Intento notable por aquilatar judicialmente cuanto resulta inabarcable salvo excesos manifiestos, con un margen amplio para el libre criterio político al amparo de la existencia de una especial relación de "confianza" entre la autoridad que lo nombra y el empleado designado, remitiendo a un concepto jurídico indeterminado susceptible de ser ampliado a conveniencia, y con un control cuyos efectos habrán quedado diferidos varios años en el tiempo, cuando tal vez quien firmó la resolución ya no ostente ningún cargo público y las repercusiones derivadas de tal movilidad ya han quedado consolidadas.

**B.** Cuando la regla de orden falla, el resto de la regulación sólo puede introducir parches más o menos efectivos -y lo último será la constante- al control, necesariamente muy relativos.

En primer término, cabe situar la exigencia de publicidad, como garantía de la transparencia en el proceso [art. 1.3 h) EBEP] y el derecho de los

ciudadanos a acceder -o progresar- en la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), en el BOE o, cuando se considerara necesario para garantizar su adecuada difusión, en otros Boletines o Diarios Oficiales (art. 38.2 RGIPPT), con el contenido específico de cada convocatoria que, ante el silencio del EBEP, seguirá lo recogido en las normas estatales y regionales de desarrollo.

Cuanto ha sido exigido reiteradamente como requisito imprescindible [y sin ignorar la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, es menester reconocer la aportación original presente en la STS, Cont.-Adm., 30 noviembre 1981 (Rec. de casación por infracción de ley)] poco soluciona, cuando ya era una regla general e ineludible [STSJ, Cont.-Adm., Cataluña 24 febrero 1998 (Rec. 2032/1994)], y aboca, en su extremo, a que la oferta conocida desanime -en vez de animar- a los posibles aspirantes, a la vista de un baremo -cuando aparezca, pues no es imprescindible y, de hecho, muchas veces directamente se ignora o aparece difuminado en un elenco de mérito diseñados ad hoc- configurado "a medida".

Publicidad, por tanto, que constituye premisa elemental de concurrencia, pero que, en la práctica, conduce tanto a la necesidad de cumplimentar una formalidad por la Administración, como la de justificar una resolución final a priori conocida en la mayor parte de las ocasiones, sobre todo al recoger especificaciones derivadas de las funciones encomendadas, conforme contempla el art. 52 RGIPPT [SSTS, Cont.-Adm., 14 julio y 11 septiembre 1993 (Rec. 2150/1991 y 28997/1990)].

**C.** En todo caso, y a pesar del amplio margen conferido al respecto [cuyos límites son tan extensos, en ocasiones, como los contemplados por la STSJ, Cont.-Adm., Cantabria 26 octubre 2006 (Rec. 463/2005)], nunca cabrá ignorar la exigencia de unos "mínimos" requisitos de mérito y capacidad [STS, Cont.-Adm., 17 mayo 1989 (Rec. de casación por infracción de ley)], los cuales, de no estar presentes -o verse adulterados-, frustrarán completamente el interés público, al abrirse "a una discrecionalidad absoluta que no es de recibo, y muchos menos a arbitrarias apreciaciones" [STS, Cont.-Adm., 4 noviembre 1993 (Rec. 4274/1991)], razón por la cual la motivación en la resolución adquiere una especial importancia, habida cuenta de que por muy amplia que pueda considerarse la potestad de la Administración para decidir de conformidad con su propio criterio, no cabe olvidar la finalidad de prosecución de los intereses públicos a los cuales propende cualquier actuación administrativa [SAN, Cont.-Adm., 9 octubre 2006 (Rec. 151/2006)].

**D.** Como única novedad interesante ofrecida por el EBEP, cabe reseñar la previsión incorporada al art. 80.3 EBEP -recogiendo cuanto aparecía en el Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación el EBEP-, consistente en la posibilidad (y únicamente eso, sin ninguna vinculación final) de que el órgano competente para designar al empleado be-

neficiado por la designación o nombramiento recabe la intervención de especialistas en el ámbito donde ha de tener lugar la provisión.

Constituye, ésta -conforme ha quedado expuesto-, una potestad de uso puramente discrecional a favor de quien ha de emitir la resolución, que desde luego no conlleva la constitución de una Comisión o Tribunal de valoración ni de otro tipo de órgano colegiado, sino que puede consistir en el mero recurso a un asesor -propio o ajeno a la propia Administración, permanente o variable, sin tener que justificar en cada supuesto el motivo por el cual se acude a uno o a otro-, cuyo criterio, por lo demás, en ningún caso será vinculante para quien ha de adoptar la decisión final.

A menudo se acudirá a profesionales de prestigio, y también "de confianza", para avalar cuanto se pretende -a cambio de un módico precio- y, al tiempo, preconstituir una prueba experta en caso de tener que acudir a un proceso judicial, no importando tanto la justicia de la solución final cuanto la defensa frente a cualquier recurso ulterior ante los hechos consumados.

**E.** Es obligado seguir un procedimiento, de carácter netamente "extraordinario" [STSJ, Cont.-Adm., Cantabria 12 diciembre 2005 (Rec. 707/2004)], pero que no por ello conlleva discriminación alguna [STS, Cont.-Adm., 3 octubre 1983 (Rec. de casación por infracción de ley)], siempre y cuando se ajuste a las exigencias legales, en particular que los puestos ofertados comporten realmente "especial responsabilidad" [pues, en otro caso, aparecería, de forma meridiana, la desviación de poder -STS, Cont.-Adm., 12 marzo 2001 (Rec. 8255/1996) o STSJ, Cont.-Adm., Cantabria 12 diciembre 2005 (Rec. 707/2004)-], como fórmula destinada a mantener el funcionamiento y eficacia de la actuación de la Administración [SSTC 18/1987, de 16 de febrero y 10/1989, de 24 de enero].

Entre sus fases, cobran singular relieve en la práctica las a continuación abordadas:

a) El procedimiento comienza con la necesaria convocatoria [Dictamen del CSP en atención de Consulta de 14 de junio 1991], en la cual habrán de aparecer señalados los puestos a cubrir de este modo [STSJ, Cont.-Adm., Cataluña 24 febrero 1998 (Rec. 2032/1994)] y figurar los requisitos exigidos para su desempeño, de modo que sólo quienes los reúnan pueden tomar parte en el mismo; cabe, además, recoger especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas [SSTS, Cont.-Adm., 14 julio y 11 septiembre 1993 (Rec. 2150/1991 y 2897/1990)]. En su detalle, empero, deberán aparecer como referencias generales o abstractas, no como reglas para la cobertura que contengan datos individuales y concretos que supongan una preselección del elegido [STC 18/1987, de 16 de febrero].

En tanto garantía de la transparencia del proceso [art. 1.3 h) EBEP], y

del derecho de los ciudadanos a que la provisión se efectúe en condiciones de igualdad [art. 23.2 CE], procederá su publicación en el respectivo Boletín o Diario Oficial [STC 235/2000, de 5 de octubre].

b) Trasladando cuanto el art. 54 RGIPPT exige para la Administración General del Estado, y cuando los solicitantes -quienes habrán de presentar la correspondiente instancia en el plazo de quince días- provengan de la propia Administración, será menester informe favorable del titular de la misma; si alguno proviniera de otra distinta, del titular de aquélla. En el supuesto de informes desfavorables cabría, no obstante, la designación previa autorización del superior jerárquico competente.

c) La modulación o debilitamiento del principio de imparcialidad característico de esta vía de provisión, que no resulta contrario al art. 103.3 CE, ni tampoco al principio de objetividad del art. 103.1 CE [STSJ, Cont.-Adm., Cantabria 26 octubre 2006 (Rec. 463/2005)], por cuanto obedece a aquella "confianza" necesaria para su especial responsabilidad [STSJ País Vasco 17 octubre 2000 (534/1998)], no alcanza los márgenes de un cargo político o del personal eventual del art. 12 EBEP [aun cuando, paradójicamente, muchas veces la fórmula ha sido utilizada, ignorando -o juzgando alevosamente- cuanto constituye un recto entendimiento de la norma, caracterizado por la "confianza o asesoramiento especial" de las funciones a encomendarle].

La "confianza" aquí a valorar es la derivada de la aptitud profesional de los candidatos, puesta de manifiesto en los méritos invocados a partir de su historial, razón por la cual la laxitud en los elementos a sopesar y en el procedimiento a seguir no pueden llegar a marginar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, a riesgo de frustrar el interés público, convirtiéndose en libérrima voluntad, cuando no en pura arbitrariedad [STS, Cont.-Adm., 3 enero 1996 (Rec. 607/1993)], que es cuanto ocurre cuando en la apreciación de los méritos alegados por los solicitantes del puesto no ha lugar según una razonable y objetiva ponderación de los mismos, pues ello no conduce más que a una trasgresión del ordenamiento jurídico [SAN, Cont.-Adm., 9 octubre 2006 (Rec. 151/2006)].

d) El aspecto anterior debe influir en el contenido de la resolución, pues la discrecionalidad que la acompaña hace imprescindible insistir en cómo, si la motivación tiene una importancia menor o secundaria en los actos reglados, debe adquirir una especial en cuanto aquéllos quedan relegados a favor de una amplia libertad, acudiendo a la confianza, la oportunidad o condiciones de tipo estrictamente personal -aun cuando, se insiste, deban venir, acompañados de un perfil profesional mínimo- [cuya exigencia y suficiencia debe ser requerida con particular atención y rigor, pues por muy amplia que se pueda consi-

derar la facultad de la Administración para decidir de conformidad con su propio criterio, no puede olvidarse la finalidad de perseguir los intereses públicos a los cuales se dirige cualquier actuación suya, a riesgo de llevar a la anulabilidad del acto que emite [STSJ Madrid, Cont.-Adm., 22 mayo 2006 (Rec. 1834/2003)].

A tal cuestión general cabe añadir alguna puntual de especial incidencia en el día a día de los Tribunales, sobre todo cuando el resultado esperado por el convocante no puede ser obtenido sin grave conculcación del ordenamiento jurídico o, en escenario preferible al otro -y menos habitual-, ninguno de los aspirantes muestra la aptitud requerida. Cabe plantear, de este modo, si quien ha iniciado el procedimiento debe resolver eligiendo a alguno de cuantos han presentado su candidatura (requisito sine qua non, en tanto una de las reglas de oro viene dada por el hecho -no inhabitual- de que pueda ser designado alguien para un puesto no solicitado) o, por el contrario, su margen de libertad alcanza a la posibilidad de no nombrar a quien más méritos demuestre, pero que no sea de su confianza.

El Tribunal Constitucional proporciona una respuesta contundente, que atiende a la finalidad del procedimiento, reconociendo amplias facultades al convocante, en tanto "se trata de propuestas realizadas libre o discrecionalmente, atendiendo a la idoneidad de los solicitantes que cumplen con los requisitos y características del puesto, y no de una pura valoración reglada de méritos, pues el fundamento último de este sistema se encuentra en la confianza depositada en quienes han de desempeñarlos" [STC 127/1995, de 25 de julio].

Por contra, y no sin razón, algunos otros pronunciamientos propugnan abiertamente "lo inviable de convocatorias contemplando la posibilidad de que, aun cuando haya peticiones, puedan declararse desiertas las plazas convocadas, pues aquéllas se producen para cubrirlas, por lo cual, si hay candidatos que reúnan los requisitos, se deberá producir este hecho" [STS, Cont.-Adm., 10 marzo 1986 (Rec. de casación por infracción de ley)].

Preciso será estar a la mayor autoridad del primer parecer, por cuanto la libre designación exige que el candidato elegido no sólo encaje en el perfil deseado por la Administración, sino que, también, esté en sintonía -política y administrativa- con quien lo designa para ocuparlo; todo ello bajo peligro cierto de convertir lo discrecional en reglado más allá de lo estrictamente necesario, lo cual resulta, también, desaconsejable.

**F.** Desoyendo voces autorizadas [la Comisión de Expertos entendía que "el Estatuto debe prever el libre cese de los titulares de puestos de trabajo que hayan accedido a ellos en virtud de decisión discrecional, si bien condicionado el cese a causas objetivas y justificadas durante un período mínimo de permanencia determinado por la legislación aplicable, cuando la provisión se fundó en la acreditación de idoneidad o la preselección de un

órgano técnico de valoración"], lo que surgió de la discrecionalidad -la designación o nombramiento-, puede finalizar de forma igualmente discrecional; cuanto tuvo su origen en la confianza, pierde cualquier sentido cuando, por cualquier motivo, aquélla desaparece [SSTS, Cont.-Adm., 6 marzo 1985 (Rec. 1053/1985), 3 abril 1992 (Rec. 6690/1990), 4 diciembre 1993 (Rec. 4274/1991), 30 noviembre 1999 (Rec. 3202/1999) y 15 mayo 2001 (Rec. 617/1996)].

Tras un período vacilación sobre los requisitos precisos para ejercer válidamente esta facultad, la jurisprudencia es ahora unánime a la hora de considerar que no es necesario tramitar expediente contradictorio alguno en el que consten las causas de remoción [que equivale al cese en estos supuestos –SAN, Cont.-Adm., 26 enero 1998 (Rec. 617/1996)-], apreciadas libremente por la autoridad que efectuó el nombramiento; más aún, también resulta innecesaria cualquier exposición de los motivos para el cese, pues la justificación se encuentra implícita en el propio acuerdo adoptado por el órgano competente, dado que "si en el nombramiento no se ha exigido valoración alguna (…), en correspondencia, tampoco deberá ser exigible argumentación alguna en el momento del cese" [SAN, Cont.-Adm., 31 marzo 1999 (Rec. 986/1996)]. Quien, cuando bajo su parecer, denota que el empleado ha perdido la competencia requerida para el desempeño del puesto de trabajo, y por consiguiente su confianza, procederá de la misma forma que cuando lo nombró, sin necesidad de de prueba alguna sobre las circunstancias concurrentes [SSTS 24 y 29 mayo 1995 (Rec. 1565/1992 y 10807/1991), 10 enero y 13 junio 1997 (Rec. 554/1995 y 697/1994), 17 diciembre 2002 (Rec. 1418/2000) y 29 septiembre 2006 (Rec. 155/2003)]; debiendo el interesado, si pretende anular la revocación, acreditar fehacientemente que la decisión administrativa supone una desviación de poder manifiesta [STSJ, Cont.-Adm., Galicia 17 marzo 1999 (Rec. 397/1996)].

Por lo demás, y frente a la compleja situación en que pueden encontrarse a los funcionarios cesados [en situación innominada hasta la adscripción provisional -con las solas garantías del complemento específico previsto en la Resolución de la Interministerial de Retribuciones de 29 de noviembre de 1995, y de que hasta la asignación de nuevo puesto habrán de serle encomendadas tareas adecuadas al cuerpo o escala al que pertenezca-], a quienes, en todo caso, "se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema" (art. 80.4 EBEP), cuando la plaza sea laboral los problemas se simplifican: de haberlo ocupado un funcionario, se encontrará con la ínsita a la situación de servicios especiales; de haberlo hecho un laboral, con la garantía contemplada en la práctica unanimidad de los convenios colectivos de prever una excedencia con reserva de puesto de trabajo, cubriéndose la vacante provisional a través de un contrato de

interinidad. En este caso, por consiguiente, el retorno al origen es, no sólo factible, sino sencillo.

**2.- Formas atípicas de provisión. Las permutas**

Examinados con detalle todos los preceptos del EBEP, pocos pueden ser considerados tan desafortunados como el apartado 3.° del art. 78, a cuyo tenor "las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán establecer otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad a que se refiere el art. 81.2, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o revocación en los puestos de trabajo y supresión de los mismos".

Mal se puede entender la remisión -subsidiaria- para el personal laboral a las fórmulas contempladas para la provisión de puestos de los funcionarios cuando éstas atiendan exclusivamente a su peculiaridad ("Leyes de la Función Pública", "art. 81.2", "reingreso al servicio activo" o "cese o revocación en los puestos de trabajo"), lo cual muestra a las claras que el empleado público de referencia para el legislador sigue siendo el funcionario, y la atención al laboral es puntual (por más que reiterada), asistemática y, más grave, claramente disfuncional.

Pero es que, además, en vez de simplificar el panorama existente hasta su promulgación -en tanto falta el necesario desarrollo legal-, lo complica: de un lado, se admiten variables dentro de los procedimientos dados, a desarrollar en atención a las peculiaridades de las distintas Administraciones; de otro, la referencia a "cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos" deja una puerta abierta al continuismo en el actual dislate, cuando no a la improvisación de nuevas vías, todas las cuales han presentado, y presentan, gravísimos reparos desde un punto de vista técnico-jurídico.

Bajo un planteamiento que adolece de lamentable provisionalidad prolongada, y a la espera de su concreción, ningún sentido tiene esbozar las figuras atípicas previstas para los funcionarios (redistribución de efectivos, readscripción de puestos de trabajo, comisión de servicios -forzosa o voluntaria-, atribución de funciones o adscripción provisional), por dos motivos fundamentales: de una parte, y atendiendo a su actual ordenación jurídica, resultan claramente inaplicables, a riesgo de dar pie a desajustes abiertamente incorregibles; de otra, por cuanto la negociación colectiva (atendiendo a las premisas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, adecuadamente adaptadas por los interlocutores sociales) muestra un sistema más fértil y ágil para resolver un problema que no se encuentra nunca con el obstáculo del despido objetivo como respuesta última y extrema.

En fin, se remite a lo ya expuesto en las páginas precedentes para la

movilidad por motivos de salud o rehabilitación y para la movilidad forzosa; y nada cabe exponer respecto al reingreso al servicio activo, cuando, en sentido propio, esta no es una forma de provisión de puestos de trabajo, y las fórmulas para la reintegración del personal laboral -ante supuestos diferentes- están claramente acreditadas para vías netamente dispares, sin que se encuentren cauces para su aplicación como tales.

A la vista de tal panorama, poco o nada cabe que decir sobre estos sistemas atípicos de provisión previstos para los funcionarios y que responden a un sistema jurídico específico, en evidente evolución, a cuyos problemas fundamentales ya dio respuestas años ha la legislación laboral y hoy recogen, con adecuada extensión -y mayor o menor acierto-, los convenios colectivos para los trabajadores al servicio de las distintas Administraciones.

Si acaso destacar una figura, la permuta, que perdura como residuo de otras épocas no tan lejanas, en las cuales el acceso a un empleo público llevaba a un concepto patrimonial del puesto alcanzado, que sólo satisface las aspiraciones de los interesados, se desconoce cómo influirá en las expectativas de las Administraciones -medido en términos de eficacia- y, desde luego, ignora a otros afectados en este proceso de movilidad horizontal; más aún cuando se realiza casi siempre a través de un procedimiento falto de la publicidad exigible y ajeno a los criterios de igualdad, mérito y capacidad.

En su origen prevista sólo para los funcionarios, se ha acabado extendiendo a los laborales; en ocasiones con amparo convencional, en otras por simple fuerza de los hechos. Cuando lo hace con la cobertura del convenio poco o nada cabe objetar, pero sí cuando proviene de su "aparente" regulación legal. "Aparente" en tanto "está regulada en el Texto Articulado de Funcionarios [Generales del Estado de 7 de febrero de 1964], pero su aplicación debe ser "excepcional", siempre que "concurran las circunstancias que contempla dicha norma". Esta norma "es supletoria de la Ley 30/1984 (…), y se observará que la permuta no se contempla en el art. 20 LMRFP como un sistema de de provisión de puestos de trabajo, artículo básico y de aplicación general para todos los Administraciones Públicas. Tampoco se contempla en el Reglamento aprobado por el RD 28/1990, de 15 de enero, y que también tiene carácter supletorio para todas las Administraciones Públicas, ni en el Decreto 61/1990, de 15 de mayo. Ante este panorama legislativo [que no acoge la figura en el RGIPPT] es verdad que no se contempla este sistema de provisión, pero tampoco se prohíbe, por lo que debe utilizarse de forma excepcional y en supuestos concretos que así lo aconsejen" [STSJ, Cont.-Adm., Castilla-La Mancha 23 marzo 1993 (Rec. 238/1991)].

Sorprende, por consiguiente, su renovada "modernidad" con la recuperación que efectúa el art. 78.3° EBEP, la cual, indudablemente, está huérfana de referentes normativos, a falta de previsión convencional al respecto.

Difícil resulta recibir, en este punto, lo contemplado en el art. 10 LFCE, el cual exige: a) que los puestos de trabajo sean de igual naturaleza y correspondan a idéntica forma de provisión; b) que quienes pretendan la permuta cuenten, respectivamente, con un número de años que no difieran entre sí más de cinco años [además -y según el Acuerdo CSP de 24 de julio 1986-, que el número de años de servicio de ambos interesados no difiera entre más de cinco años, debiendo haberlos cumplidos en puesto de trabajo de igual naturaleza (en términos generales: las funciones; la titulación, de ser exigida; las retribuciones complementarias y los requisitos para su desempeño, según el Acuerdo CSP de 16 julio 1990)]; c) que se emita informe previo de los superiores de los solicitantes; d) la no concesión de permuta anterior en el plazo de diez años; y e) que no falten a los interesados menos de diez años para cumplir la edad legal de jubilación.

Tampoco resultan, sino indicativas, las previsiones contenidas en el III Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, a cuyo tenor: a) no cabrá autorizar otra permuta a cualquiera de los interesados hasta una vez transcurridos cinco años a partir de su concesión, no cabrá autorizarla [sobre tal necesidad, o la de informe previo favorable de los responsables de las Administraciones afectadas, STS, Cont.-Adm., 27 abril 2001 (Rec. 6819/1995) o SSTSJ, Cont.-Adm., Andalucía/Sevilla 7 julio 2004 (Rec. 3996/2003)] cuando a algunos de los interesados les falten menos de cinco años para cumplir la edad de jubilación forzosa; y c) decaerán los efectos de la permuta si en los dos años siguientes a la fecha en que tengan lugar se produce la jubilación voluntaria de alguno de los permutantes.

Ambos son meros referentes a sopesar por las restantes Administraciones si deciden incorporarla normativa o convencionalmente, pero con muchos extremos a pulir; no sólo los genéricos -y mucho más favorables del III Convenio Único-, sino también los específicos que, a la postre, la convertirán, no en una figura mortecina, sino en una verdadero sin sentido en las Administraciones Autonómicas Locales, salvo intereses espurios que provoquen milagrosos “efectos Lázaro”.

# Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social en la Universidad de Vigo

## PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

### I. REPRESENTACIÓN UNITARIA EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO

Debe recordarse la concurrencia, en el ámbito del empleo público, de una doble representación derivada de la coexistencia de personas sometidas a régimen laboral y personas sometidas a régimen funcionarial. Es decir, existirá, en su caso, un comité de empresa –o unos delegados de personal- elegido en representación de los trabajadores, cuyas reglas de funcionamiento son las previstas en el Tít. II del Estatuto de los Trabajadores y en el RD 1844/1994, de 9 septiembre; y una junta de personal -o unos delegados de personal- para representar al personal funcionario -o, en su caso, estatutario-, regido por el Estatuto Básico del Empleado Público, que mantiene ciertas reglas vigentes de la Ley 9/1987, de 12 junio -disposición transitoria quinta del EBEP-.

Por otra parte, no puede olvidarse que estas estructuras representativas tienen su origen en el derecho de participación del at. 129 de la Constitución y no en el de libertad sindical del art. 28.1. Lo cual habría de matizarse, a la vista de cierta jurisprudencia constitucional conforme a la cual la vulneración de los derechos de los comités de empresa puede implicar una vulneración mediata del derecho de libertad sindical -por todas, STC 191/1996-.

Además de esta dualidad de estructuras que obedecen a la doble vinculación -administrativa o laboral- del empleo público, debe tenerse en cuenta, a su vez, el doble canal de representación que existe en el Derecho Sindical español: de una parte, hay que tener en cuenta las estructuras "unitarias" o "estatutarias" a las que se ha hecho referencia -delegados de

personal, comités de empresa y juntas de personal-. De otra, las representaciones genuinamente sindicales -secciones sindicales y delegados sindicales- reguladas por los arts. 8 y 10 de la LO 11/1985, de 2 agosto, de libertad sindical. Sobre ellas, se van a omitir en este escrito más comentarios.

**1. Representación unitaria de funcionarios públicos**

Conviene primero precisar que la disposición derogatoria mantiene las unidades electorales de la Ley 9/1987, al preservar la vigencia del art. 7 de esta Ley. Claro que esta vigencia es interina, porque el art. 39 EBEP prevé que el Estado y las CCAA podrán regular unidades electorales, dentro del ámbito de sus competencias específicas. Asimismo, y previo acuerdo con las organizaciones sindicales más representativas y suficientemente representativas, podrán adaptar dichas unidades en función del número y peculiaridades de sus colectivos.

Se trata de unas reglas -las de la Ley 9/1987- que describen con detalle las unidades electorales, a los efectos de las elecciones y de los ámbitos de representación. De una forma más o menos prolija, ostentan la ventaja -si se ponen en contraste con las homólogas del ET -arts. 62 y 63- de que ofrecen un notable grado de seguridad jurídica. En términos generales, es plausible la voluntad del legislador de clarificar el ámbito de las unidades electorales, si se compara con la situación de la empresa privada, sometida a los vaivenes y a los caprichos judiciales sobre la determinación del concepto "centro de trabajo".

En el ámbito de la comunidad autónoma de Galicia, es posible, pues, una reformulación de las unidades electorales. Haría mal el legislador autonómico en abordar una normativa que no contara con el respaldo de las organizaciones sindicales más representativas. Debe reconocérseles un importante éxito -con toda la actualización que necesitan- a los preceptos del Tít. II del ET, tal y como fueron consensuados en 1994 con los sindicatos más representativos de ámbito estatal. Por lo demás, y como manifestación de opinión, pienso que lo más aconsejable es mantener cierta homogeneidad entre las unidades electorales para el personal laboral y para el personal funcionario. En este sentido, creo que habrían de configurarse, en el ámbito de la Administración autonómica, unidades en cada Consellería y en cada provincia, manteniendo, eso sí, y como expresa el art. 7 de la Ley 9/1987, unidades específicas para los servicios centrales y clarificar la situación específica del SERGAS y de la Consellería de Sanidade, para diferenciar claramente la representación de personal funcionario y personal estatutario y acaso definir para este unidades electorales distintas, basadas en las áreas de salud.

Asimismo, habría que reflexionar acerca de todas y cada una de las Con-

sellerías, teniendo en cuenta sus especificidades. Con todo, parece adecuada la diferencia que formula el art. 7 de la Ley 9/1987 entre servicios centrales y personal adscrito a cada provincia. También, las referencias específicas que formula al personal docente de los centros públicos no universitarios, al personal al servicio de las instituciones sanitarias públicas y la diferencia, en el caso de las Universidades públicas, entre personal docente y personal de administración y servicios. Probablemente, para el caso de los organismos autónomos, habría que eliminar el límite de 150 funcionarios públicos para ubicarlo en 50, más consecuente con nuestra realidad organizativa.

En el ámbito de las administración local, las dudas tienen que ser necesariamente mayores. En la práctica, en los ayuntamientos de muy reducida dimensión no hay representación unitaria. Por consiguiente, sería aconsejable establecer estructuras representativas comarcales o de grupos de ayuntamientos. Por ejemplo, agrupando a todos aquellos que no lleguen a un número mínimo de funcionarios, que debería coincidir con el número mínimo para poder elegir estructuras representativas, esto es, seis funcionarios. En todo caso, se trata de una posibilidad coherente con la de negociar convenios supramunicipales, prevista en el art. 34.2 del EBEP.

Además, la disposición transitoria quinta prevé una reforma del sistema de elecciones sindicales de funcionarios, después de su profunda reforma con ocasión de la Ley 18/1994. En consecuencia, es de esperar una corta vida de los preceptos en la actualidad vigentes de la Ley 9/1987 y al RD 1846/1994, de 9 septiembre. Con todo lo discutible que es la regla de la disposición transitoria quinta, que contempla la revisión del procedimiento electoral general al margen del previsto para la empresa privada. Corre así peligro la lógica conjunta establecida en el año 1994. Aunque bien es cierto que las reglas orientadoras que aporta el art. 44 EBEP se dirigen más bien en una línea continuista, como continuista es también el art. 43, dedicado a la promoción electoral. Entretanto, existen diferencias sustantivas en la actualidad entre las elecciones del ET y las del EBEP-Ley 9/1987. Entre ellas, que los requisitos para las elecciones parciales sean mayores para las de funcionarios, pues para que procedan dichas elecciones parciales es necesario que se haya producido como mínimo un 50 por 100 de las vacantes o que la plantilla se haya incrementado en no menos de un 25 por 100.

No se trata ahora de describir los arts. 39 y ss. de la Ley. Quizá lo más significativo consista en que se ha asimilado la tabla del número de miembros de la junta de personal art. 39.5- a la del art. 66 ET, prevista para el comité de empresa. Sí que conviene introducir dos reflexiones:

–La primera consiste en que no se han introducido competencias en materia de igualdad para las juntas -y los delegados- de personal, como sí se ha hecho en la LO 3/2007, de 22 marzo, para los comités de empresa. Olvido

importante, que también afecta al tópico de los planes de igualdad, que tampoco ha trascendido en el EBEP al régimen jurídico de los acuerdos y pactos de funcionarios, más allá de su genérica consideración en la disposición adicional octava.

–La segunda se refiere a que no ha afectado la Directiva 2002/14/CE. Bien es cierto que muchos de sus tópicos corresponden a la empresa privada. Pero tengo la impresión de que los derechos de participación pugnan por convertirse en principios fundamentales del Derecho Comunitario, como lo refleja, en este caso, el amplio concepto de empresa que aporta el art. 2 a) de dicha Directiva. Por consiguiente, creo que debería haberse contemplado la posibilidad de modificar el EBEP cuando se modificó el Tít. II del ET con ocasión de la Ley 38/2007, de trasposición de dicha Directiva, después de que el Reino de España recibiera la condena en su pleito instado por la Comisión en verano de 2007. Y, más allá de cuestiones formales, sería una oportunidad inmejorable para abrir un debate sobre los derechos de información y consulta en el ámbito comunitario.

Por lo demás, en cuanto a las diferencias de funciones, subsiste la fundamental, consistente en que las representaciones unitarias carecen totalmente de competencias negociadoras, al revés de lo que sucede con los delegados de personal y comités de empresa del personal laboral, cuya legitimación para negociar establece el art. 87.1 ET. Esta diferencia condiciona de modo muy notable las mesas de negociación "híbridas", ahora expresamente legalizadas en el EBEP, muy en especial en el marco de las Administraciones locales, para las cuales resulta demasiado frecuente que comparezcan en la mesa unas representaciones unitarias y otras sindicales, unas para laborales y las otras para funcionarios, con las consiguientes dudas sobre la posibilidad de acumular en la misma mesa de negociación y sobre las formalidades que deben seguirse en cuanto a elaboración de actas o duplicidad de procedimientos.

**2. Representación unitaria de personal laboral**

Sin duda, la mayor especialidad que ostenta este tipo de elección se refiere a la disposición adicional tercera del RD 1844/1994 -por cierto, antes contenida en la disposición adicional 5ª de la Ley 9/1987-. Conforme a ella, "*constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo*".

Se trata de una regla de sumo interés, que además abre una posibilidad aparentemente vedada para la empresa privada, de que el convenio colectivo incida en la definición de las unidades de negociación. En la práctica, ha dado lugar a numerosos problemas y dudas en relación con organismos

autónomos y entidades públicas dependientes de ayuntamientos y diputaciones, y de situaciones concretas como casas de oficio y escuelas taller. Incluso tiene que ver con los convenios colectivos que sean de aplicación en una entidad local determinada, a veces normas sectoriales provinciales, o a veces excluyendo de su ámbito de aplicación los contratos subvencionados total o parcialmente por otras Administraciones Públicas. Y, dicho sea de paso, este tema pone muy de manifiesto la hipocresía de muchas situaciones en las que, *de facto*, el convenio colectivo teóricamente aplicable no rige las relaciones laborales de ciertos colectivos de personas contratadas con cargo a estas subvenciones.

### 3. El tema de los preavisos conjuntos y otros asuntos de competencia

Se trata de una cuestión muy habitual en el ámbito de las Administraciones Públicas, dotada por tanto de gran operatividad práctica, a la hora de ordenar los procesos electorales en las Administraciones Públicas. Tanto el ET -art. 67.3- como la Ley 9/1987 -13.3- la contemplan, siempre y cuando se conjugue la mayoría de la representatividad del ámbito de que se trate. Habitualmente, estos preavisos generalizados se formalizan de modo separado para personal laboral y funcionario, pero no hay óbice legal para que en un mismo documento se unifiquen ambos colectivos, siempre que se se alcance la mayoría en cada uno de ellos separadamente considerados.

A la vista de las reglas actuales y la disponibilidad de los preceptos del EBEP y de la propia Ley 9/1987, estos acuerdos generales pueden incluir contenidos más ambiciosos, de determinación de las unidades electorales, de establecimiento de las estructuras representativas, de atribución de competencias a las representaciones unitarias -respetando, eso sí, los mínimos previstos en los respectivos marcos legales- o de contenido de la colaboración que han de prestar las Administraciones Públicas involucradas. Claro que para estas dos últimas cuestiones es necesario el concurso y el acuerdo de las mismas.

Sobre esta materia existen notables dudas en torno a la solución de conflictos derivados de la concurrencia de preavisos. La regla general de que prevalece el preaviso *prior in tempore* sólo puede ser salvada en el caso de que el preaviso posterior haya sido suscrito por la mayoría de la representatividad del ámbito de que se trate. Al respecto, se plantean fundamentalmente dos cuestiones: la primera se refiere a que el ámbito de ambos preavisos puede no coincidir, si, vg., el anterior ha sido presentado para una unidad concreta -vg., un Ayuntamiento- y el posterior para un ámbito generalizado. En tal caso, para que pueda prevalecer este último no basta con que aglutine la mayoría de la representatividad en el conjunto de las entidades a las que afecta -lo cual, constituye, en sí mismo, un requisito de

validez del propio preaviso generalizado-. Se hace preciso además que alcance la mayoría en la propia unidad discutida, en la que concurre con el preaviso singular. Esta segunda es una exigencia de eficacia para el ámbito concreto, por el hecho de que exista un preaviso anterior válido.

La segunda duda se refiere a si es posible que un preaviso posterior minoritario pueda prevalecer sobre otro anterior, asimismo minoritario, en los casos en los que, con posterioridad, se produzcan adhesiones sindicales al posterior que lo conviertan en mayoritario. Dicho en otras palabras, si la mayoría de la representatividad del preaviso posterior debe constituir un requisito de origen, controlable de oficio por parte de la propia oficina pública, o puede conformarse progresivamente. Se trata de un tema que la ley no resuelve expresamente, pero que creo que debe resolverse a favor de esta segunda alternativa, más flexible y respetuosa con la voluntad de la mayoría de la representatividad.

Con todo, no debe olvidarse que la materia electoral, de acuerdo con una desafortunada interpretación del TS -sentencia de 4 mayo 2006- no alcanza el tema del preaviso. En consecuencia, estas "guerras de preavisos" no pueden sustanciarse por el procedimiento arbitral, sino a través de un proceso judicial ordinario, que puede ser objeto de recurso hasta llegar al TS. La celeridad de las resoluciones sobre estos complicados asuntos, que es un valor que debería preservarse, queda muy tocada a la vista de esta jurisprudencia.

Pero el tema tiene una vertiente aún más compleja en el específico caso de las elecciones a representantes de funcionarios públicos o de otro personal estatutario: si el preaviso es un tema ajeno a la materia electoral, podría decaer la atribución de competencia que el art. 2 n) de la Ley de Procedimiento Laboral, desde la Ley 18/1994, realiza a favor de la jurisdicción social. De modo que, en apariencia, la competencia se "devolvería" a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobre este tema conoció el TS en una sentencia de 10 noviembre 2009, la cual, en doctrina muy poco convincente, mantuvo la competencia en la jurisdicción social.

**4. El número de representantes que se deben elegir**

Es esencialmente correcta la regla del EBEP -art. 39.5 EBEP- que equipara la tabla de representantes, en función del número de funcionarios que existan en la unidad electoral, con la prevista en el art. 66 del ET. No existía una razón aparente para que la representación unitaria del personal funcionario pudiera ser comparativamente más reducida que la del personal laboral, a menos que la circunstancia obedeciera a las menores competencias que ostentan las juntas de personal en comparación con los comités de empresa.

Pero subsisten bastantes dudas. En la normativa para personal funcio-

nario o estatutario no existe una regla semejante a la del art. 72 ET en relación con el cómputo del personal eventual o que no ostente la condición de funcionario de carrera o estatutario titular de una plaza. Me refiero a los funcionarios de empleo, pero más en particular al personal eventual o interino estatutario. En mi opinión, no es posible aplicar por analogía las reglas del art. 72.2 del ET, de tal modo que habrá que entender que votan sin más, desde el momento que hayan sido incluidos en el censo electoral y mantengan su vinculación con la Administración pública en el momento de la votación.

Y una duda muy clásica se refiere a la fecha que hay que tomar en consideración a los efectos de determinar el volumen de la plantilla para establecer el número de representantes que deben ser elegidos. Se trata de un tema discutido y discutible sobre el que no es sencillo, dada la estructura de los procesos electorales, que se produzca unificación de doctrina. En mi opinión, y con la finalidad de evitar que la parte empleadora -en este caso, la Administración Pública- pueda manipular el censo para decrecer o acrecer la estructura representativa, la fecha más conveniente y convincente es la propia del preaviso. Se trata, además, de una opinión que encuentra sustento, para el caso del personal laboral, en la propia dicción literal del art. 72.2 del ET.

**5. Electores y elegibles**

En torno al personal al servicio de las Administraciones Públicas se plantean curiosos problemas que requieren soluciones específicas. Una primera cuestión alude a si pueden votar aquellas personas que ostenten la condición de personal directivo, de acuerdo con el art. 13 de la Ley 7/2007. La duda, evidentemente, se refiere a si les alcanza la exclusión de los derechos de participación prevista en el RD 1382/1985, de 1 agosto, de tal modo que no pueden participar en los procesos electorales. A la espera de que el art. 13 se concrete en las correspondientes normas de desarrollo legislativo, sean estatales o autonómicas, la postura de la exclusión absoluta me produce muchas dudas y cierto rechazo. No creo que exista una correspondencia exacta entre el concepto de alto directivo, que establece el art. 1.2 del RD 1382/1985, y el ámbito de aplicación que se esboza en el art. 13 del EBEP. Por consiguiente, y dado que la exclusión de los derechos de participación se debe interpretar restrictivamente, me parece que lo más correcto es reconocer a este tipo de personal, en regla de principio, el derecho de sufragio activo en las elecciones sindicales.

Otra cuestión distinta se refiere a las limitaciones que deban producírseles a estas personas en el concreto ejercicio de sus derechos electorales, del mismo modo que hay que restringir el ejercicio de ciertos derechos a las personas que, en la empresa privada, ostentan una posición jerárquica-

mente elevada. Lo contrario podría constituir, en la práctica, una vulneración del derecho fundamental del art. 13 LOLS dentro del concepto de injerencias del empresario.

Me produce muchas dudas la pregunta de si vota el personal eventual de confianza. En una acepción amplia del concepto "funcionario" del art. 16 de la Ley 9/1987 debería entenderse que sí. Claro que el carácter "político" del nombramiento y función de estas personas aconseja mucha precaución. Lo más razonable es seguir la misma doctrina que la expuesta para el personal directivo, aunque este vote en la urna de laborales: reconocer el derecho de sufragio activo, pero mantener una estrecha vigilancia sobre la conculcación del art. 13 de la LOLS. Y, en línea de principio, denegarle el derecho de sufragio pasivo y de hacer proselitismo a favor de cualquier candidatura.

En cuanto al derecho de sufragio activo y pasivo, hay una serie de cuestiones que deben apuntarse, a la vista de que las situaciones específicas de los funcionarios públicos no coinciden totalmente con las del personal laboral. En este sentido, parece claro que gozan de ambos quienes se encuentren en situación de servicio activo, ya sea porque se encuentran de hecho prestando servicios, ya sea porque se encuentran en alguno de los permisos configurados como tales, como pueden ser la maternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia, así como la incapacidad temporal. No los funcionarios excedentes, en servicios especiales o en suspensión. Por desgracia, la norma no le reconoce el derecho electoral a la mujer en excedencia por violencia de género, lo cual constituye una torpe omisión del legislador. Y hay que tomar en consideración lo dispuesto en el art. 16.2 Ley 9/1987: los eventuales en situación de servicios especiales en la función de origen tienen sufragio activo, pero no pasivo. No hay requisitos de antigüedad, incluso para el caso de personal interino o en prácticas. En este sentido, no hay parangón con las reglas establecidas al efecto en el ET.

Y otro tema de interés se refiere a cierta doctrina del TC en la que se debatió la condición de organización sindical de la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (Fedeca), a los efectos de poder presentar candidaturas a las elecciones sindicales. EL TC le reconoció tal condición y el derecho consiguiente en el ámbito de las elecciones sindicales. SSTC 152/2008, de 17 noviembre y 96/2009, de 20 abril. Pese a su condición de organización de cuadros, no deja de mantener su naturaleza sindical.

## II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Después de que la CE no hubiese reconocido expresamente el derecho de negociación colectiva funcionarial, por condicionantes históricos que ahora no son del caso, y de que la LO 11/1985, de 2 agosto, de libertad sin-

dical -LOLS- considerara contingente y no necesario que existiese un derecho -legal- con esta dimensión, fue primero la LOR, luego reformada por Ley 7/1990, de 19 julio, la que estableció dicho derecho, luego considerado contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical, en particular después de la STC 80/2000.

El EBEP ha cambiado sustancialmente las reglas de su predecesora, la LOR, pero justo es reconocer que unos meses antes de su entrada en vigor se había promulgado la Ley 21/2006, de 20 junio, que había introducido un par de reglas ahora recogidas en el Estatuto. No puede decirse que haya cambiado radicalmente el marco negocial del personal funcionario, y mucho menos del laboral, pero sí que es cierto que el modelo ha sufrido importantes retoques y ha ganado sensiblemente en coherencia.

**1. Mesas de negociación y sujetos legitimados**

En cuanto a la estructura de la negociación funcionarial, sigue basándose en unas unidades de negociación predeterminadas legalmente a través de las mesas de negociación, técnica antagónica de la del ET, basada, con cuantos matices se quiera, en el principio de la libre elección de los ámbitos convencionales. Ahora bien, este antagonismo disminuye, por lo menos en perspectiva dinámica, si se tiene en cuenta que ha disminuido el carácter reglamentista de la Ley en cuanto a la enumeración de las mesas sectoriales, como enseguida se va a comprobar.

Por supuesto, en la configuración legal de las mesas de negociación tiene importancia, y no poca, el reparto de competencias entre el estado y las CC.AA. diseñado por el art. 149.1.18 CE, de acuerdo con el cual al Estado le compete la legislación básica, sin perjuicio de las facultades de desarrollo legislativo que corresponden a las Comunidades Autónomas. También es trascendente a estos efectos que las reglas no sean las mismas que las atinentes a la legislación laboral, pues el número 7 del mismo precepto solo reserva a las CC.AA. la competencia ejecutiva, con todo lo importante que esta es.

Así las cosas, en los tres niveles de Administración Pública territoriales por antonomasia -Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales-, además de en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, se han de configurar -preceptivamente- las correspondientes mesas de negociación generales -se utiliza la expresión "generales" por oposición a sectoriales-, de la misma forma que sucedía con la LOR.

Ello no obstante, la experiencia de veinte años había demostrado qué poco se correspondía esta previsión legal, en cuanto a las entidades locales se refiere, con la realidad de la gran mayoría de los municipios, con una base personal tan endeble como para que este modelo no se ajustase a sus posibilidades y necesidades. Por eso, se contempla la posibilidad de que la parte "económica" -si se puede utilizar esta terminología- esté constituida

por asociaciones de municipios o entidades locales de ámbito supramunicipal. Bien es cierto que la realidad de estas entidades se ha dinamizado mucho desde que se aprobó, en 1985, la Ley de Bases de Régimen Local. Y también lo es que había alguna experiencia bien conocida y profusamente litigiosa en el País Vasco -el ARCEPAFE- había servido como banco de pruebas. Por consiguiente, esta regla del art.34.2 EBEP debe considerarse racionalizadora y acertada, como lo es la regla consiguiente de que es posible, e incluso recomendable, la adhesión a estos acuerdos supramunicipales.

Y, dentro del juego de las adhesiones, también constituye una novedad de cierto relieve el que las Administraciones o Entidades Públicas -territoriales o institucionales- puedan adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de una Comunidad Autónoma o a los Acuerdos alcanzados en el ámbito supramunicipal. En la práctica, esta posibilidad contaba ya con una cierta tradición y experiencia por lo que a los convenios colectivos del personal laboral se refiere, pero menor en la esfera funcionarial y estatutaria.

Las reglas de relación entre la mesa general y las mesas sectoriales siguen siendo las mismas que las previstas en la LOR -el ámbito objetivo de estas se limita a las materias no previstas o a las reenviadas por aquella-. Ello no obstante, hay dos novedades de calado: la primera de ellas ya se ha comentado, el hecho de que el EBEP opte por no enumerar las mesas sectoriales, confiando la creación de estas íntegramente a la autonomía de la voluntad de las mesas generales, única fuente creadora de las sectoriales, siempre con permiso de lo que pueda establecerse a través de la normativa de las CCAA. La segunda consiste en que la propia supremacía de las mesas generales sobre las sectoriales pasa a ser dispositiva. En efecto, el art. 38.9 dispone que los pactos y acuerdos, en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración Pública, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades de negociación.

La inspiración de este precepto en el art. 83.2 es evidente, con la evidente diferencia de que no limita su marco de juego a unos "macroacuerdos" a nivel estatal o de Comunidad Autónoma. El hecho de que se refiera a las respectivas competencias de cada Administración Pública implica que dicha estructura no puede alterarse con quebranto de la autonomía de cada una de ellas, lo cual tiene especial interés por lo que respecta a las Entidades Locales. En cualquier caso, es evidente que las mesas generales siempre habrán de prevalecer, pues su competencia, legalmente garantizada, no puede ser absorbida por las sectoriales contra la voluntad de las representaciones de intereses de las generales.

Más allá de estas novedades, y en reglas ya anticipadas por la Ley 21/2006, se consolida la existencia de dos tipos de mesas generales de negociación de gran interés:

–De una parte, la mesa general de negociación de las Administraciones Públicas, en la que deberán negociarse las materias que constituyan el régimen básico de la función pública, en los términos del art. 149.1.18 CE. Más en concreto, el art. 36.2, párrafo segundo del EBEP dispone que será específicamente objeto de negociación en esta mesa, "el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las AA. PP. que corresponda incluir en el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año".

Era evidente que no encajaba bien con la composición y atribuciones de la mesa general de la Administración del Estado la asunción por ella de estas materias consideradas básicas, por ser regla poco respetuosa con el reparto de competencias entre el Estado y las CC. AA. De ahí que la configuración de esta mesa constituyó una necesidad bien detectada hace ya años. En su regulación, y como es obvio, se presentan dificultades tanto en el banco social como en la representación de las AA. PP. En aquel, han de tener presencia, como es lógico, las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como las organizaciones sindicales suficientemente representativas en el ámbito de la Administración Pública considerada en su conjunto, aunque limitándose su cómputo al personal funcionario y estatutario, todo ello en proporción de la representatividad de cada organización. Por parte de las Administraciones, la presidencia la ostenta la Administración General del Estado, "y contará con representantes de las CC. AA., de las Ciudades de Ceuta y Melilla y de la Federación Española de Municipios y Provincias, en función de las materias a negociar". La Ley no resuelve expresamente la composición y el reparto numérico -no es de aplicación, al menos en apariencia, el límite de quince miembros del art. 35.4 EBEP-, aunque habrá que determinarlos, en apariencia, caso por caso, en regla que es más que probable que suscite un buen número de controversias.

–Y el otro tipo de mesas generales que regula el art. 36 del EBEP son las mesas mixtas, es decir, las que regulan conjuntamente las condiciones de trabajo que sean comunes a personal funcionario, estatutario y laboral. La constitución de estas mesas mixtas, en apariencia, también es preceptiva, en la Administración General del Estado, en cada una de las CC. AA., en las ciudades de Ceuta y Melilla y en las entidades locales. Aunque a este respecto, la regla legal no esté del todo clara, da la impresión de que la representatividad de las organizaciones sindicales debe computarse considerando de forma diferenciada ambos colectivos -estatutarios por un lado y laborales por otro- de tal forma que deben cumplirse acumuladamente los

requisitos del EBEP y del Tít. III del ET. Aunque, del tenor literal del art. 36.3, parece deducirse que, por lo que respecta a la representación del personal laboral, queda vedada la posibilidad de que negocie la representación unitaria.

Lo que sí es claro es que estos instrumentos, desde la perspectiva de los funcionarios, tienen la naturaleza de acuerdos o pactos, según las materias a las que se refiera, y desde la perspectiva del personal laboral, de acuerdos sobre materias concretas del art. 83.3 ET.

Por lo que respecta a las mesas ordinarias del art. 34 -tanto las generales como las sectoriales-, los titulares del derecho a la negociación colectiva -que son los sujetos negociadores y no las mesas, como ha declarado una inconcusa jurisprudencia de la Sala 3ª del TS- se identifican, por el banco social, con las organizaciones sindicales más representativas y suficientemente representativas, dentro de sus ámbitos específicos. Esto es, "en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución [de las mesas de negociación].

En cuanto a los representantes de las Administraciones Públicas, es interesante la regla de que podrán encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ella, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación a partir de las instrucciones políticas correspondientes, y sin perjuicio de la pertinente ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencias al efecto.

Por lo que respecta a la constitución de estas mesas de negociación, el EBEP resuelve la anomia anterior, que creaba una profunda inseguridad jurídica, con unas reglas miméticas a las del art. 88 del ET. Básicamente, se trata de dos requisitos tradicionalmente reconocidos en el ámbito de la negociación colectiva laboral: de una parte, la exigencia de que esté presente la mayoría de la representatividad sindical, entendida al modo de los arts. 6 y 7 LOLS. De otra, la regla de que la participación de cada organización será en proporción a su representatividad. A la vista de los más que previsibles y conocidos conflictos intersindicales que estas reglas propician, habrá que estar a la doctrina de la jurisdicción social que se ha pronunciado sobre el art. 88 ET. Como comentario adicional, quizá, la única duda que plantea la "exportación" de reglas del ET se refiera a la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, se utilicen mayorías sindicales de bloqueo por consideraciones puramente políticas o de estrategia sindical. O la de que la representación o representaciones unitarias se hayan presentado con avales de firmas. O la de que no exista representación unitaria. Por lo demás, es evidente que constituye una vulneración de la libertad sindical -de su contenido adicional- la exclusión de la mesa de una organización sindical legitimada. Aunque, de nuevo como declara la jurisdicción laboral, no

parece que deba identificarse el derecho a estar presente con un presunto -e inexistente- derecho a ser convocado.

Llama la atención que el cómputo de la representatividad, a efectos de la negociación colectiva funcionarial, no va a ser dinámico, como ocurre en el caso de la negociación colectiva laboral, contradiciéndose además la regla de la disposición adicional primera de la LOLS, de acuerdo con la cual, "… la condición de más representativo o representativo de un sindicato se comunicará en el momento de ejercer las funciones o facultades correspondientes, aportando el sindicato la oportuna certificación expedida a su requerimiento por la oficina pública establecida al efecto". Frente a esta regla, el art. 35.2 EBEP establece que "las variaciones de la representatividad sindical, a efectos de modificación en la composición de las mesas de negociación, serán acreditadas por las organizaciones sindicales interesadas, mediante el correspondiente certificado de la oficina pública de registro competente, cada dos años a partir de la fecha inicial de constitución de las citadas mesas. Esta regla "semifija", de revisión bianual no parece que deba estimarse ineficaz a causa de esta colisión de normas, aunque suscita dudas sobre sus porqués, cuando en apariencia no se presentan en este ámbito problemas distintos de los que puedan existir en el de la negociación colectiva laboral.

**2. El caso de la negociación colectiva laboral**

Al margen de la novedad -relativa- de las mesas generales "mixtas", el EBEP no introduce cambios sustanciales por lo que respecta a la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las AA.PP. El art. 32 remite a la legislación laboral, lo cual sigue produciendo una situación de numerosas dudas jurídicas, aunque muchas de ellas ya resueltas por la doctrina judicial. Entre otras, y fundamentalmente, las de aplicación de las reglas del art. 87.1 y 2 del ET, convenientemente adaptadas, en torno a la doctrina elaborada por los grupos de empresas, y que permite, al menos para el caso de los convenios del personal laboral al servicio del Estado o de las CCAA, la utilización del criterio "mixto", de acuerdo con el cual rigen las reglas de los convenios supraempresariales para el banco social y de los convenios de empresa para el banco de la Administración Pública. Aunque esta regla no debe extrapolarse a las unidades de negociación más sencillas, en las que es fácil recurrir el art. 37.1 por la existencia de una representación unitaria de estructura más o menos sencilla. Porque, dicho sea de paso, el propio concepto de centro de trabajo que ahora configura en exclusiva la disposición adicional 3ª del RD 1844/1994, de 9 septiembre, favorece que, al menos en el ámbito de la Administración Local, se configuren representaciones unitarias bastante simplificadas.

Otros temas de interés relativos a la negociación colectiva, más o menos

clarificados por los Tribunales, se refieren a la posibilidad de que determinados trabajadores de las Corporaciones Locales o de otras AA. PP. se rijan por convenios colectivos de sector, sin que ello deba reputarse ilegal, y como se ha declarado en relación con el ámbito de las guarderías infantiles. O el de la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación del convenio a determinados grupos de trabajadores por sus características singulares, como es el caso del profesorado de religión de algún convenio para el personal laboral de una Comunidad Autónoma o, con más dudas, el del personal cuyo contrato se financia en su totalidad, o en gran parte, a través de subvenciones públicas procedentes de otras AA. PP.

**3. Materias objeto de negociación**

La regulación que contiene el art. 37, con matices -como se va a ver- puede considerarse heredera de la que antes se incluía en el art. 32 y en el art. 34 de la LOR, aunque se ha subido un peldaño en técnica y seguridad jurídica. Como declaración de principios, el propio art. 33.1 del EBEP somete la negociación colectiva, entre otros principios, al de "legalidad" y al de "cobertura presupuestaria", como evidente reflejo de los conocidos conflictos relativos a la primacía de las leyes presupuestarias. En este sentido, el EBEP distingue entre una negociación colectiva "prelegislativa", que solo vincula la redacción del proyecto de ley presupuestaria, de una negociación colectiva más genuina, en la que ambas partes pueden vincularse con mayor libertad. Como expresa sin dejar margen a la duda el art. 37.1 EBEP, "serán objeto de negociación… con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes…"

No ha sido el tema de la legalidad presupuestaria el único problema. Como quiera que el régimen jurídico de los funcionarios públicos y demás personal estatutario ha estado sometido a un régimen normativo mucho más heterónomo y caracterizado por unas normas de orden público absoluto, que no admiten derogaciones *in peius* pero tampoco *in melius*, lo cierto es que detrás del art. 32 LOR se había proyectado una doctrina de la jurisdicción contencioso-administrativa en términos generales muy restrictiva y que dejaba escasos espacios a la negociación colectiva funcionarial. Eso sí, como pequeña ventana abierta a una consideración más amplia de este derecho, se había considerado que la utilización del futuro simple en dicho precepto de la LOR significaba que las AA. PP. se veían en la obligación de negociar todas esas materias antes de poder regularlas por la norma jurídica de rango idóneo, en atención a la materia de la que se tratase. En este sentido, los contenidos "naturales" de la negociación colectiva, potestativos para ambas partes en el art. 85 ET -con la excepción actual, en su caso, de la negociación de los planes de igualdad- se convierten en preceptivos para el caso de los acuerdos y pactos de funcionarios. Evidentemente, la doctrina

judicial debe ser la misma, al haber identidad de razón, a la vista del art. 37.1 EBEP.

Por lo demás, el legislador ha sido muy consciente de los límites objetivos y se ha marcado un escenario que podemos calificar de realista, prudente, o consecuente con la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS. No se trata ahora de entrar a definir el alcance de cada una de las letras del art. 37.1, pero predominan las remisiones generales al establecimiento de criterios, de planes, o a la pura y dura negociación prelegislativa. Bien es cierto que existen espacios de regulación directa y concreta, relativos a aspectos accesorios -aunque importantes- del régimen retributivo, tales como "la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las AA. PP. que se establezca en la correspondiente ley presupuestaria, o la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios -aunque no parece ser el caso del complemento de destino, de acuerdo con la tradición legislativa existente hasta la fecha, pero sí sin demasiadas trabas del complemento específico o de la productividad-. También resulta de intensidad la competencia negocial en materia de seguridad y salud en el trabajo, en la medida en la que la Ley 31/1995, de 8 noviembre, concede un amplio margen a los convenios colectivos y acuerdos de funcionarios. Y, como caso más prototípico, hay pocas restricciones legales -de nuevo al margen de las normas de desarrollo legislativo que puedan emanar del propio Estado o de las CC. AA.- en cuanto al régimen de la jornada y aspectos adyacentes, de acuerdo con la letra m) del art. 37.1 EBEP.

De forma paralela a cómo antes se pronunciaba el art. 34 LOR, el art. 32 excluye ciertas materias de la obligación de negociar. Alguna de ellas, con matices, ya estaban en el primero de dichos preceptos. Se trata de las decisiones de las AA. PP. que afecten a sus potestades de organización. Aunque, para el caso de que las consecuencias de dichas decisiones afecten a las condiciones de los funcionarios, anteriormente procedía la consulta. Dicha medida de diálogo social, expresamente prevista en el art. 6.3 de la LOLS, ha sido ahora suprimida y sustituida por la negociación colectiva, lo que sin duda tiene un doble efecto: de una parte, una indudable mayor calidad de la interlocución colectiva entre la Administración Pública y las organizaciones sindicales. De otra, y a la inversa, una interpretación necesariamente más estricta de qué quiere decir "repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos". Porque no cabe duda de que, directa o indirectamente, el ejercicio de potestades de organización -piénsese, vg., en la creación o supresión de órganos o unidades administrativas o el más liminar de la aprobación de relaciones de puestos de trabajo- siempre afecta a dichas condiciones. Es decir, al amparo del art. 37.2, la negociación colectiva en estos casos debe ser la excepción y no la regla.

También en términos matizadamente continuistas, la letra b) excluye

de la obligatoriedad de negociación -ahora ya sin alternativa alguna- "la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos -y también de los usuarios de los servicios públicos, en novedad del EBEP-, así como el procedimiento de formación de los actos y de las disposiciones administrativas. Y, a continuación, se incluyen tres nuevos objetos excluidos del deber de negociar: c) determinación de condiciones de trabajo del personal directivo, d) poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica y e) la regulación y determinación jerárquica, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Estas exclusiones merecen algunos comentarios. En cuanto al personal directivo, la regla es coherente con el art. 13 del propio EBEP y, sobre todo, con las reglas que, para el personal laboral, rigen en el RD 1382/1985. Pero habrá que ver el ámbito real de esta excepción a través de las normas de desarrollo del EBEP que, si se extralimitan, pueden abrir un campo demasiado extenso ajeno a las relaciones colectivas. Por lo que respecta a la exclusión de la letra d), se trata de una exclusión que no se entiende demasiado bien, en la medida en la que bastaba el silencio del legislador, mejor que una regla perturbadora que parece excluir en general este tema de la negociación colectiva. Bien es cierto que la especial sujeción de funcionarios y personal estatutario produce que el poder de dirección resulte más indisponible para la Administración Pública. No obstante, no creo que algunas modalidades de su concreción dejen de ser contenidos idóneos de los acuerdos o pactos de funcionarios. Y, en cuanto a la letra e), su solapamiento evidente con los contenidos de las letras c), f) y l) va a producir en la práctica que resulten muy difíciles las operaciones de deslinde.

En cualquier caso, debe insistirse en la idea de que las excepciones del art. 37.2 son excepciones a la obligatoriedad de negociación y no a la posibilidad de que se desarrollen procedimientos negociales.

### 4. Procedimiento de negociación, pactos y acuerdos. Solución de conflictos

Se elimina la regla anterior de que las mesas debían abrirse con cadencia anual. En su lugar, el art. 34.6 EBEP establece la apertura de común acuerdo. A falta de acuerdo, en el plazo de un mes desde que la mayoría de una de las dos partes legitimadas promueva el proceso negocial, salvo causa legal o pactada. Esta mayor aproximación al deber de negociar del art. 89.1.2 ET se acrecienta con la referencia expresa a la buena fe, antes inexistente y ahora reiterada en el art. 33.1 y en el art. 34.7, en este acompañada de su consecuente deber de proporcionarse mutua información.

Por lo demás, la diferencia entre pactos y acuerdos transita sin modificaciones de la LOR al EBEP. Se expresa de los acuerdos ya ratificados -art. 38.2-, para disipar dudas anteriores, que su contenido "será directa-

mente aplicable… sin perjuicio de que a afectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente". Aunque el acuerdo carecerá de eficacia directa cuando se trata de materias competencia de las Cortes o de Parlamentos Autonómicos. En tal caso, el órgano de Gobierno debe aprobar el correspondiente proyecto de ley en los términos acordados. Y, en caso de no ratificación o negativa a incorporar lo acordado en proyecto de ley, deberá renegociarse la materia en el plazo de un mes, si lo solicita la mayoría de una de las dos partes. Por supuesto, en caso de no producirse ratificación del acuerdo, realizada la oportuna renegociación, en su caso, y agotados, si se excitaran, los correspondientes procedimientos extrajudiciales, corresponde a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas el establecimiento de las condiciones de trabajo de los funcionarios, salvo, obviamente, para el personal laboral, para el personal eventual de confianza y para el personal directivo.

Por lo que respecta a los contenidos mínimos de los pactos - acuerdos - partes que los conciertan, ámbito personal, funcional, territorial y temporal, forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia, así como establecimiento de comisiones paritarias de seguimiento, con la composición y funciones que las partes determinen, son los mismos que los del art. 85.3 ET, omitiéndose, evidentemente, el tema de la cláusula de descuelgue salarial.

Por lo tanto, la duración de los acuerdos y pactos, temporal o indefinida, queda a la libre decisión de las partes. Eso sí, determinadas materias, por su estrecha vinculación con normas legales, deben tener una vigencia predeterminada, de carácter anual. Es el caso del tema retributivo, en relación con las leyes presupuestarias. Adicionalmente, el art. 38 establece en su apartado 11 una regla similar a la del art. 86.2 ET: salvo acuerdo en contrario, los pactos y acuerdos se prorrogarán de año en año si no media denuncia expresa de una de las partes. A su vez, el apartado 12 dispone que, una vez concluida su duración, la vigencia de estos instrumentos se producirá en los términos que hubieran establecido. Es decir, puede regularse una prórroga, vg., de su contenido normativo -con las limitaciones legales evidentes-, pero esta no es una regla subsidiaria, en defecto de pacto.

Además, y en regla que debe considerarse excepcional y dudosamente proporcionada, el art. 38.10 establece la posibilidad de que, "excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de Gobierno de las AA. PP. suspendan o modifiquen el cumplimiento de pactos y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público". Por desgracia, esta regla, en principio estrictamente limitada al juego del principio *rebus sic stantibus*, puede ampliarse en la práctica. Habrá que verificar su juego en un futuro a medio plazo.

En cuanto a la solución de conflictos, ya se ha visto que el EBEP concibe

las comisiones paritarias, al menos en su vertiente de contenido mínimo del convenio, de forma semejante al ET. Además, el art. 45 incorpora una serie de reglas adicionales que, desde luego, producen que la legislación española se amolde ahora mucho mejor a los parámetros del Convenio nº 151 de la OIT. Para empezar, y de forma semejante a como lo hace el art. 91 ET, el art. 45 EBEP da por descontado que las partes le atribuirán a dichas comisiones funciones de conocimiento y resolución de los conflictos colectivos derivados de la interpretación y aplicación de los pactos y acuerdos.

Pero, sin perjuicio de ello, las AA. PP. y las organizaciones sindicales más representativas y suficientemente representativas van a poder acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, ya se trate de conflictos de intereses -de negociación- o jurídicos -de interpretación y aplicación-. En la medida en que las materias en conflicto estén sometidas a reserva de ley, la ley las exceptúa de estos sistemas, lo cual parece proporcionado para el arbitraje, pero acaso no tanto para la mediación, en la medida en la que la Administración Pública preserva su decisión sobre el conflicto.

Además, y en una línea parecida a la concebida en los modernos acuerdos extrajudiciales de solución de conflictos para el ámbito de la empresa privada, se establece la mediación obligatoria a instancia de parte. Por supuesto, en caso de que el remedio extrajudicial obtenga éxito, su instrumento resultante tendrá la misma eficacia que un acuerdo o pacto de funcionarios, en atención a la materia de que se trate.

# Jesús Souto Prieto

Ex presidente del tribunal Superior
de Justicia de Galicia

Magistrado de la Sala IV, de los Social,
del Tribunal Supremo

**ÍNDICE**

**I.** Introducción y apunte histórico

**II.** El matrimonio poligámico en nuestro ordenamiento jurídico
- A. Principio monogámico
- B. Poligamia y libertad religiosa
- C. El orden público, la poligamia y la no discriminación de sexos

**III.** Matrimonio poligámico, orden público y extranjería
- A. Hostilidad del ordenamiento del foro frente al matrimonio poligámico: Cláusula de orden público.
- B. Reconocimiento de ciertos efectos jurídicos por el efecto atenuado del orden público.
- C. Efectos en relación con las normas reguladoras del derecho de extranjería.

**IV.** Coordinación dentro del ámbito del derecho internacional privado, entre la normativa sobre extranjería y la referida a las normas de conflicto

**V.** La poligamia y la pensión de viudedad en nuestro ordenamiento jurídico
- A. Plano normativo
- B. Plano doctrinal
- C. Plano judicial

# LA POLIGAMIA Y SUS EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

## I.- INTRODUCCIÓN Y APUNTE HISTÓRICO

Quizá el fenómeno más importante en orden a la conformación de la sociedad en la Europa actual sea el fenómeno migratorio. La llamada sociedad globalizada se caracteriza por el hecho de la llegada a los países de occidente de millares de personas que proceden de otros países con culturas y religiones diferentes (de África, Asia y América); afluencia masiva que en España se ha multiplicado en los últimos años. Este aumento de la población extranjera en España influye en diversos aspectos de las relaciones jurídicas, pues adquieren y transmiten bienes, celebran contratos en relación con dichos bienes o asumen otras obligaciones, pueden causar sucesiones hereditarias o ser beneficiarios de ellas y pueden ostentar derechos o asumir obligaciones en el ámbito familiar, contrayendo matrimonio (ciudadanos extranjeros entre ellos, de la misma o de distinta nacionalidad, o entre extranjeros y españoles, lo cual determina que puedan plantearse ante los Tribunales españoles las controversias relativas a la nulidad, divorcio, separación etc.). Y es en esta materia relativa a la relación jurídica matrimonial donde se produce con mayor intensidad la incidencia del elemento extranjero porque es donde entra en juego también la ley personal del extranjero.

La diversidad religiosa y cultural que preside hoy nuestra sociedad genera nuevos problemas, uno de los cuales es sin duda **la poligamia**, que se practica en determinadas culturas indígenas africanas o americanas, defendida o permitida por religiones como la musulmana y la mormona. La concepción matrimonial poligámica choca con la monogámica existente en nuestro país y obliga a plantearse la cuestión de si se puede otorgar algún efecto a la poligamia amparada en la libertad religiosa o, por el contrario, no debe reconocerse ningún efecto a la misma porque vulneraría el principio de igualdad y de no discriminación de sexos.

Como dice J. A. Rodríguez García, la poligamia no ha sido una figura totalmente ajena a nuestra historia y el reconocimiento de algunos efectos derivados de la misma se produjo por la vía del reconocimiento o respeto al estatuto personal: durante la reconquista (matrimonios islámicos y judíos) y en las colonias africanas en las que se permitía la inscripción de los matrimonios poligámicos islámicos en el Registro Civil (la Orden de 6 de enero de 1956 establecía: "7. Los matrimonios entre indígenas que voluntariamente se inscriban en el Registro Civil no producirán efecto especial alguno para los contrayentes, que continuarán sometidos a su propio Fuero. Estos matrimonios se inscribirán en el Registro Civil, mediante la trascripción del documento otorgado por los Adules, mediante su traducción al idioma

español por un intérprete oficial. En los asientos de estas inscripciones, además de los requisitos generales se consignará la referencia a los anteriores matrimonios que hubieran podido contraer los cónyuges. El divorcio de cualquiera de ellos se transcribirá mediante nota marginal"). No obstante, la regla general ha sido la prohibición de la poligamia durante toda nuestra historia.

## II.- EL MATRIMONIO POLIGÁMICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

En nuestro ordenamiento rige el principio monogámico, pero es necesario confrontarlo con el hecho de la poligamia y ver si esta viene amparada en el derecho a la libertad religiosa, así como las limitaciones que a este fenómeno pueden oponerse en virtud de los principios de orden público y no discriminación de sexos. Siguiendo el orden expositivo de J. A. Rodríguez García, podemos concretarlo así:

### A. Principio monogámico

El art. 32.1 de la CE establece*: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"*. De este artículo no se desprende explícitamente el carácter monogámico del matrimonio, que se fundamenta en la plena igualdad jurídica entre hombre y mujer; pero dicho carácter sí se desprende de la regulación contenida en el Código Civil y en el Código Penal:

-Código Civil: <u>El impedimento del vínculo</u>. El carácter monogámico del matrimonio se deduce de lo dispuesto en el art. 46 del CC que establece: *"No pueden contraer matrimonio: 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial"*. El impedimento de ligamen impide por tanto el matrimonio civil a quien esté unido por un matrimonio anterior, civilmente válido, cualquiera que haya sido la forma de celebración de dicho matrimonio. El impedimento de ligamen existe con independencia de que el matrimonio esté o no inscrito en el Registro, pues la inscripción no tiene carácter constitutivo, de modo que, aunque no haya sido inscrito en el Registro Civil, el referido impedimento existe y permanece mientras exista el primer matrimonio, es decir, mientras no haya sido declarado nulo o se haya disuelto.

**-**Código Penal**:** <u>El delito de bigamia</u>. El carácter monogámico del matrimonio en nuestro ordenamiento, como consecuencia de la prohibición derivada del impedimento de ligamen, se refuerza con la tipificación de la bigamia como delito en el Código Penal, dentro del Título de los "Delitos contra las relaciones familiares", en donde el art. 217 dispone*: "El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste el anterior, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a un año"*. Anteriormente se configuraba como un delito contra el estado civil de las

personas (el bien jurídico protegido era la fe pública registral), pero actualmente se le configura como un delito contra la familia (siendo el bien jurídico protegido el concepto monogámico del matrimonio).

**B. Poligamia y libertad religiosa**

No obstante la concepción monogámica del matrimonio en España, se polemiza sobre si la poligamia debe incluirse o no dentro del contenido de la libertad religiosa y sobre las consecuencias jurídicas derivadas de su inclusión. En este sentido pueden distinguirse dos posturas: una, que pretende amparar la poligamia en el derecho a la libertad religiosa, y otra línea doctrinal que la niega.

La primera concepción, según la cual la libertad religiosa ampara la poligamia como una forma de configuración espiritual del matrimonio, vendría representada por confesiones religiosas como la musulmana y mormona. Sin embargo, como dice Llamazares Fernández, así como la libertad de creer tiene carácter absoluto, la libertad para practicar el propio credo es relativa y admite límites (la prohibición de practicar la poligamia por ir contra el orden público sería un límite de la libertad religiosa). Respetar la libertad religiosa en relación con el matrimonio supone que el ordenamiento jurídico reconozca plenos efectos jurídicos a cualquier clase de matrimonio religioso, salvo en aquello en que atente contra el orden público. Según esto, no existe inconveniente en reconocer eficacia en España a un matrimonio musulmán o mormónico, pero se rechazaría, por contrario al orden público, un segundo matrimonio de tal naturaleza por introducir entonces el principio poligámico.

En contra de incluir la poligamia dentro del contenido de la libertad religiosa, existe una línea doctrinal que argumenta que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR) solamente hace mención a los "ritos matrimoniales", pero no ampara un contenido que vulnere el orden público y el principio de igualdad. Por otra parte, es necesario recordar -con Llamazares Fernández, citado por J. A. Rodríguez García- que a la forma matrimonial religiosa solo se le atribuyen efectos jurídicos civiles si constan los requisitos que exige el ordenamiento civil (en la celebración de cualquier matrimonio religioso debe constar el consentimiento de la mujer). De este modo, se puede permitir la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio religioso de aquellas confesiones, aunque admitan la poligamia, siempre que consten los requisitos esenciales que exige nuestra ley civil, pero no se admitiría un segundo o ulterior matrimonio porque no reuniría los requisitos civiles (impedimento de ligamen).

En este sentido, también la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que la libertad religiosa no se vulnera por no reconocer efectos jurídicos a un matrimonio religioso. Y nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado niega que la libertad religiosa pueda amparar el

reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios poligámicos, concluyendo que no se pueden inscribir dichos matrimonios en el Registro Civil porque uno de los contrayentes carece de la capacidad necesaria para contraer matrimonio (impedimento de vínculo). En este sentido, la Resolución de 17 de julio de 1991 señala que: "este principio (el de libertad religiosa) ha de ser desde luego respetado, pero el mismo no puede implicar que la organización social que compete al Estado haya de quedar supeditada a las particulares creencias religiosas de los ciudadanos. Esto explica por qué, sin mengua del principio, el Estado puede no conceder automáticamente efectos civiles a las ceremonias religiosas de celebración del matrimonio", y la Resolución de 20 de octubre de 1992, señala a su vez: "el principio constitucional de libertad religiosa no alcanza a dar eficacia a un matrimonio exclusivamente religioso cuando uno de los contrayentes carece de la capacidad para contraerlo, regulada por la ley civil". Como resume Suárez Pertierra: "No lesiona la libertad religiosa el hecho de que la mayoría de las legislaciones seculares no admitan la poligamia, aun cuando ciertas sectas religiosas la consideran como uno de sus principios básicos de organización social".

**C. El orden público, la poligamia y la no discriminación de sexos**

En nuestro ordenamiento el principio de orden público impide el reconocimiento de efectos jurídicos a la poligamia.

El concepto de orden público hace referencia a las creencias básicas de una sociedad, plasmadas en su estructura organizativa y en el ordenamiento jurídico, fundamentalmente en la Constitución, pero la dificultad surge a la hora de concretar cual sea el contenido de ese principio de orden público en relación con la poligamia.

Algunos autores, como Suárez Pertierra y Alenda Salinas, hacen referencia a que el principio de unidad del matrimonio, como contenido del orden público, viene configurado por el **principio de fidelidad**. La obligación de guardar fidelidad conyugal (art. 68 CC) formaría parte del objeto del consentimiento matrimonial y, por tanto, si en el momento de la celebración se excluyese el principio de fidelidad (mediante simulación parcial), el consentimiento emitido no sería válido y en consecuencia el matrimonio sería nulo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 73.1, en relación con el 45.1, ambos del CC).

También se puede configurar el contenido del orden público en esta materia desde el punto de vista del **principio de igualdad jurídica,** como hace Llamazares Fernández. Este principio de plena igualdad jurídica del hombre y la mujer, establecido con carácter general en el art. 14 de la Constitución Española (CE), se concreta, en relación al derecho a contraer matrimonio en el art. 32.1 CE. Para interpretar ese principio constitucional de igualdad jurídica habrá que acudir a los Tratados Internacionales sobre

Derechos Humanos suscritos por España, y en primer lugar la Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948, que menciona expresamente el art. 10.2 CE.

Siguiendo el resumen que hace J. A. Rodríguez García de esta Legislación Internacional, cabe señalar: en el art. 16 de la indicada Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948 se reconoce que los hombres y las mujeres disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio, *sin que los motivos religiosos puedan justificar la restricción de esta igualdad*. En el mismo sentido, el art. 23 del Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos de 1966 establece que los Estados partes en dicho Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos… Igualmente se recoge el principio de igualdad, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950. Importante es igualmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, en cuyo preámbulo se recuerda que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, señalándose luego que los Estados partes, entre ellos España, deben abstenerse de incurrir en todo acto o práctica discriminatoria contra la mujer, tomar las medidas apropiadas para eliminar las realizadas por cualesquiera personas organizaciones o empresas y adoptar todas las medidas, incluso legislativas, para modificar o derogar normas o prácticas discriminatorias. Las reservas presentadas por los países islámicos a la firma de esta Convención relativas al hecho de cumplir todas aquellas disposiciones de la Convención que no contraríen a la Sharia Islámica son claramente incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y socavan las bases del derecho internacional. La DGRN no permite la inscripción de matrimonios poligámicos basándose en que *atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer*.

La conclusión es que **el principio de igualdad** y no discriminación por razón de sexo forma parte del orden público no solo interno sino internacional, siendo por tanto incompatible con la poligamia. De ahí que en nuestro ordenamiento la Dirección General de los Registros y del Notariado niegue la posibilidad de inscribir matrimonios poligámicos basándose en la "*dignidad constitucional de la mujer"* (Resolución de 20 de febrero de 1997).

Siendo esto así, la discusión que se plantea a continuación es la de si, no obstante la vulneración del orden público, podrían reconocerse algunos efectos al matrimonio poligámico, por ejemplo en materia de Seguridad Social (fundamentalmente en materia de viudedad), a semejanza de los efectos que se reconocen a las uniones de hecho, o en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración (LO 4/2000, de 11 de enero).

## III.- MATRIMONIO POLIGÁMICO, ORDEN PÚBLICO Y EXTRANJERÍA

Teniendo en cuenta que el concepto de orden público no se configura del mismo modo en todas las estructuras normativas que hacen referencia al mismo, es conveniente hacer una referencia a esta cuestión en relación con las normas reguladoras del derecho de extranjería. Y en este sentido, siguiendo a Gómez-Urrutia, podemos hacer mención de los siguientes aspectos:

### A. Hostilidad del ordenamiento del foro frente al matrimonio poligámico: Cláusula de orden público.

El orden público responde a un conjunto de principios y valores que todos los sistemas jurídicos intentan preservar. La STS de 5 de abril de 1966 lo definió como *"el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada"*. Esta cláusula, presente en el art. 12.3 CC: *"en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público"* , es necesario interpretarla a la luz de los valores reconocidos en la CE (STC 43/86, de 15 de abril), sin olvidar el contenido propio del Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, al que se remite el art. 10.2 CE, como ocurre con los principios que en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 presentan un valor universal (Derecho a la libertad, al respeto a la vida privada y familiar, o a la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio).

Nuestro Ordenamiento Jurídico no regula el matrimonio celebrado en el extranjero entre extranjeros, pero su existencia puede suscitar problemas en nuestro ordenamiento (por ejemplo, cuando se solicita la nulidad de tal matrimonio ante nuestras autoridades judiciales, que resulten competentes en virtud de las normas de atribución de competencia judicial internacional, o cuando se suscita como cuestión prejudicial en un litigio sobre sucesión de un cónyuge; y también cuando, en virtud de la adquisición de la nacionalidad española por uno de los cónyuges extranjeros, deba inscribirse en el Registro Civil el matrimonio celebrado en el extranjero.

La apreciación sobre la validez de estos matrimonios se plantea fundamentalmente en relación con dos requisitos: la ley aplicable al consentimiento y a la capacidad, para lo que tradicionalmente se acude a la ley personal (art. 9.1 CC); y la ley aplicable a la forma de la celebración (la del lugar de celebración o la personal de cualquiera de ellos, art. 49 y 50 CC).

Pues bien, la hostilidad de nuestro ordenamiento al matrimonio poligámico se ha manifestado claramente en el plano registral al haber sido constante la DGRN en negar la inscripción de matrimonios poligámicos,

basándose en el impedimento de ligamen, en cuanto la ley personal extranjera del contrayente, aplicable en principio según las normas de conflicto españolas, quedará excluida por virtud de la excepción de orden público (atentado a la concepción española del matrimonio y a la dignidad constitucional de la mujer).

**B.- Reconocimiento de ciertos efectos jurídicos por el efecto atenuado del orden público**

No obstante, esa hostilidad en cuanto al reconocimiento del matrimonio poligámico se suaviza cuando nos colocamos en el plano de los efectos derivados de la unión poligámica, y así, la propia DGRN reconoce que, en principio, nada obsta para que un matrimonio poligámico pueda producir otros efectos "de distinto tipo para el ordenamiento español". Así ocurre, por ejemplo en materia de Seguridad Social, especialmente en cuanto a la pensión de viudedad. Ahora bien, como señala la referida autora, para evitar que el orden público atenuado pueda dar lugar a un efecto perverso de proteger a la parte que pretende beneficiarse de la divergencia de los regímenes de conflictos de leyes, se ha hablado de matizarlo teniendo en cuenta la intensidad entre los vínculos de la situación jurídica que se plantea y el ordenamiento jurídico del foro, en nuestro caso el ordenamiento español, a lo que se ha denominado orden público de proximidad. De este modo, cuando la cláusula de orden público opera sobre la relación jurídica matrimonial válidamente creada en el extranjero, se aplica el efecto atenuado; en cambio, cuando la excepción de orden público opera en el llamado orden público de proximidad, es necesario determinar cual es el contacto más relevante con el foro. Así, la práctica francesa, en materia de poligamia y de repudio se inclina a favor de aplicar la prohibición de orden público cuando la esposa que solicita la protección está vinculada con Francia, por razón de su nacionalidad o de su residencia habitual (ciudadano argelino -originariamente francés pero que luego pierde esta nacionalidad- que constante su matrimonio con la primera esposa de nacionalidad francesa, contrae un segundo matrimonio, válido según su ley personal, planteándose la atribución de la pensión de viudedad a dichas esposas. La COUR de CASSATION deniega el reparto con la segunda esposa declarando que la concepción de orden público francés *"se opone a que produzca efectos contra la primera esposa el matrimonio poligámico contraído en el extranjero por quien todavía es esposo de una francesa"*).

Se pregunta Gómez-Urrutia, qué ocurriría si la segunda esposa fuera quien ostentara la nacionalidad del foro, habiéndose casado válidamente en el extranjero -ese matrimonio poligámico no se podría celebrar en Francia por la excepción de orden público-.

En España tampoco podría celebrarse válidamente el segundo matrimonio por la cláusula de orden público que prohíbe la poligamia, pero ha-

biéndose celebrado en el extranjero válidamente con una española, sería muy cuestionable negarle a esta el reconocimiento de ciertos derechos como el de alimentos o derecho sucesorio.

Todos estos problemas han conducido a buscar nuevos argumentos, como por ejemplo el llamado de orden público económico o presupuestario, que valora los resultados económicos de la aplicación de la ley personal, o la toma en consideración de otros datos como los sociológicos (procedencia cultural de la esposa, unido a su buena fe).

Se puede acudir todavía a los criterios de integración familiar (conexión de la residencia habitual y conexión de la nacionalidad).

**C.- Efectos en relación con las normas reguladoras del derecho de extranjería**

Según la misma exposición doctrinal, la regulación de la posición jurídica del extranjero en la Ley de Extranjería se lleva a cabo mediante normas materiales directas, que en principio son ajenas al sistema de las normas de conflicto, porque la ordenación de aquel sector del ordenamiento jurídico atiende a factores predominantemente internos (factores económicos, políticos y sociales de tipo coyuntural), de modo que la técnica de acudir a las normas de conflicto adquiere un carácter residual o accesorio.

En esta ordenación sobre extranjería la noción de cónyuge tiene un significado muy preciso: se refiere a un **único cónyuge.** En este sentido, el art. 17.1 a de la Ley de Extranjería (LO. 4/2000, de 11 de enero, modificada por LO 2/2009, de 11 de diciembre) limita el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, prescribiendo que *"en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial"*. En el ámbito del derecho comunitario, la Propuesta de Directiva Europea sobre reagrupación familiar es más severa al prohibir, tratándose de matrimonio poligámico, la autorización de entrada y residencia de otra esposa ni de los hijos de esta, salvo si el interés superior del hijo lo exigiere. La ley exige al residente extranjero una serie de requisitos para poder ejercer el derecho a reagrupar consigo al cónyuge: a) existencia de matrimonio válidamente celebrado sin que se haya incurrido en fraude de ley; b) vigencia del vínculo matrimonial -no separados de hecho o de derecho al iniciar el expediente administrativo-; c) inexistencia de permiso de residencia otorgado previamente a otro cónyuge.

Por tanto, cuando se trata de controlar la entrada y residencia del extranjero en España deben aplicarse estas normas específicas de regulación material, y entonces el control del requisito de ser cónyuge se produce aplicando esta regulación y al margen de lo que disponga la norma de conflicto.

Como la cláusula de orden público frente al matrimonio poligámico puede atenuarse cuando se trata del reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a un matrimonio de este tipo válidamente celebrado en el extranjero,

se pregunta Gómez-Urrutia si puede aplicarse tal atenuación para obtener un permiso de residencia, y a este respecto distingue dos situaciones diferentes: si la cohabitación es voluntaria y si el mantenimiento del estatuto polígamico del cónyuge residente es un elemento suficientemente relevante para justificar la falta de asimilación en el territorio de acogida y, en su caso, denegar o no prorrogar el permiso de residencia a los miembros de la familia.

Respecto de la primera hipótesis distingue también si la cohabitación voluntaria se produce con o sin hijos comunes. Se señala que, en presencia de hijos comunes, tanto los tribunales alemanes como los franceses han resuelto que el hecho de la cohabitación de dos esposas con un polígamo no constituye un atentado al orden público de dichos países y que debe autorizarse la residencia de la segunda esposa y de los hijos teniendo en cuenta los diversos intereses concurrentes. Pero si no hubiera hijos comunes, se resolvió que el orden público de tales países prohíbe garantizar un deber de cohabitación múltiple, añadiéndose por la doctrina jurisprudencial francesa que "en ningún caso en presencia de cónyuge de la nacionalidad del foro podrá el marido imponer la presencia de la segunda esposa en el domicilio conyugal, por ir en contra del orden público francés"; solución que la autora califica como un tanto artificiosa, ya que el principio fundamental de la igualdad de los cónyuges en el matrimonio bastaría para impedir tal imposición por parte del marido, si cualquiera de las esposas, sea o no nacional del foro, se opusiera a la cohabitación al uso polígamico. En estos supuestos, es claro que el permiso de residencia se apoya, más que en la validez del matrimonio contraído en el extranjero, en un interés superior de los hijos, que es el derecho fundamental a no ser separado de sus padres, de modo que el orden público al que se atiende será el de los Derechos Humanos, que se sobrepone al orden público representado por los intereses de política nacional del país del foro. No obstante, la doctrina previene sobre la posibilidad de que por esta vía se utilice a los menores como salvoconducto para obtener el permiso de residencia de las esposas.

Respecto de la segunda posibilidad de valorar el mantenimiento del estatuto polígamico del cónyuge residente como elemento suficiente para justificar la falta de asimilación en el territorio de acogida y denegar la residencia a la familia ya instalada en el territorio o su prórroga, debe reseñarse, con la citada autora, el cambio de orientación que se produjo respecto de esta doctrina a raíz de la modificación del derecho positivo francés llevada a cabo por la llamada Ley Pascua de 24 de agosto de 1993, al prohibirse expresamente, tanto la reagrupación familiar de más de un cónyuge como la concesión del permiso de residencia al extranjero que viviera en situación de poligamia con sus esposas e hijos en el territorio francés. Adquiere así gran preponderancia el dato sociológico (**asimilación a la**

**cultura y a las costumbres francesas),** en el sentido de que el no abandono de la poligamia aparecería como un elemento indicador de la ausencia de voluntad de integración, y al tiempo podría suponer un freno a la práctica de la cohabitación poligámica como base de una pretensión posterior de regularización del Estatuto migratorio de la segunda o sucesivas esposas, o para denegar el derecho a la nacionalidad por residencia, bajo el pretexto, que le serviría de cobertura, del interés superior del menor.

No obstante, el Consejo de Estado (Resolución de 11 de febrero de 1994), lo ha matizado en supuestos en que se había decidido la negativa a nacionalizar como francés a un extranjero de estatuto poligámico pero casado solamente con una esposa, y consideró que no era suficiente para justificar la falta de asimilación la existencia de *"matrimonio potencialmente poligámico"***,** aún cuando el sistema poligámico fuera el común en su país de origen y no se hubiese optado en el contrato matrimonial por el régimen monogámico **(cláusula antipoligamia)**. Se ha criticado la utilización de este elemento valorativo como condicionante del grado de asimilación al país pues, dada la situación de las normas de extranjería en los países de acogida, se correría el grave riesgo de que el extranjero que viera amenazado su permiso de residencia por el cambio de orientación legislativa, se apresuraría a acomodarse a la nueva norma y ello podría alentar el repudio en el país de origen de una de sus esposas, lo que casa mal con el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio y con el respeto a la identidad cultural de estas personas.

## IV.- COORDINACIÓN, DENTRO DEL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, ENTRE LA NORMATIVA SOBRE EXTRANJERÍA Y LA REFERIDA A LAS NORMAS DE CONFLICTO

La coexistencia de sistemas que admiten el matrimonio poligámico con otros que lo prohíben hace que la condición de los valores propios de cada uno obliguen a examinar nuevos aspectos, resolviendo si debe actuar o no la cláusula de orden público. La dificultad surge ante la disyuntiva de respetar y mantener la identidad cultural de los inmigrantes y por otro lado integrar a estos en la sociedad de acogida, garantizando los valores propios del país de residencia. El modo en que interactúan la norma de conflicto y la norma material de extranjería ante un supuesto de matrimonio poligámico, puede examinarse, como señala Gómez-Urrutia, desde el punto de vista jurídico formal o desde la perspectiva jurídica sustancial o material:

Desde la perspectiva jurídico formal, mientras la norma de extranjería, como norma material directa, atiende a un "planteamiento global" y coordinado para el tratamiento de la inmigración en España, y en tal sentido, mediante la regulación de la reagrupación familiar, cierra la posibilidad de

la integración en el territorio de familias poligámicas, en cambio, la norma de conflicto, norma indirecta, toma en cuenta la existencia de una pluralidad de ordenamientos distintos, respetando su diversidad, y en tal sentido abre -mediante la aplicación de la ley de la nacionalidad y el reconocimiento de ciertos efectos al matrimonio poligámico- una posibilidad a la integración familiar.

Desde la perspectiva jurídico sustancial o material, la relación entre ambos sectores normativos se hace depender del proceso de aplicación. Y así, si lo que se trata de controlar es el acceso al territorio de la segunda esposa -es decir determinar la cualidad de cónyuge a efectos de reagrupación familiar-, la norma material de extranjería desplaza a la norma de conflicto, no permitiendo que se aplique esta ni por tanto que se haga una remisión al estatuto personal. Pero si la determinación de la cualidad de cónyuge tuviera por objeto la atribución de un determinado derecho, por ejemplo de Seguridad Social, es la norma de conflicto la aplicable, señalando los efectos que el derecho extranjero correspondiente al estatuto personal del inmigrante deba desplegar en el ordenamiento del foro. De este modo, si el derecho pretendido fuera el derecho a la residencia como cónyuge por la vía de la reagrupación familiar, no se le concedería al comprobarse que ya existía un cónyuge con tal estatuto; pero si el derecho pretendido fuera otro, como por ejemplo la viudedad, si podría reconocérsele por atenuación del principio de orden público, lo cual, como dice la citada autora, crearía una expectativa de obtener la residencia en el territorio, que antes se le negaba.

Existe, pues, un concepto de orden público con contenido diferente según el plano aplicativo: norma material de extranjería o norma de conflicto.

Como concluye la autora de referencia, la desacreditación del matrimonio y la llamada "monogamia sucesiva" que resultante del divorcio en los sistemas jurídicos occidentales, no impiden el choque entre dos concepciones fundamentalmente opuestas del matrimonio. Las directrices internacionales y comunitarias hoy favorecen la integración de la familia en el territorio de acogida, respetando la identidad cultural de las personas y sus derechos fundamentales; pero mientras la norma de extranjería, prohibiendo la reagrupación de más de un cónyuge aunque la ley personal del interesado admita la poligamia, no permite la instalación del inmigrante con su familia, salvo que responda al modelo occidental de familia nuclear, desplazando, en el proceso aplicativo, la intervención de la norma de conflicto; en cambio, cuando se plantea ante los tribunales los efectos que son reconocibles a un matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero, no puede aplicar el orden público que es propio de la norma de extranjería para no reconocer efectos, sino el orden público atenuado que se deriva de la norma de conflicto, la cual desplaza a la norma material de ex-

tranjería. Y lo que queda por ver es si, reconocido un determinado derecho al cónyuge de estatuto poligámico (por ejemplo una prestación de Seguridad Social), tal circunstancia y los intereses en presencia son lo suficientemente relevantes como para incidir sobre la norma de extranjería y modificar su respuesta en el caso concreto.

Lo que parece claro hoy es una progresiva orientación más restrictiva en las leyes de extranjería de los Estados miembros.

## V. LA POLIGAMIA Y LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Ya hemos visto que el Código Civil español establece el carácter monogámico del matrimonio, impidiéndoselo a quienes estén ligados con vínculo matrimonial (art. 46.2), sancionando con la nulidad (art. 73.2) el matrimonio celebrado por persona ya casada, y castigando como delito la bigamia (art. 217 del Código Penal) el acto de contraer nuevo matrimonio estando vigente uno anterior.

Siguiendo la exposición de Desdentado Aroca, E., cabe distinguir: si se trata de españoles casados, estos no pueden contraer nuevo matrimonio mientras no haya sido disuelto el anterior, y si, no obstante afectarle el impedimento de ligamen, lo contraen, tal matrimonio no puede producir efectos y no puede servir, por tanto, para causar el reconocimiento de una pensión de viudedad porque en tal situación los nuevos casados no son cónyuges legítimos (condición que exige el art. 174.9 de la Ley General de la Seguridad Social) ni pueden constituir una pareja de hecho (art. 174.3 LGSS). Sin embargo, se han reconocido judicialmente algunas pensiones de viudedad, sobre la base de su buena fe, a quienes contrajeron matrimonio ignorando que el otro contrayente ya estaba casado, invocando el art. 79 CC, según el cual, *"la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto (…) del contrayente o contrayentes de buena fe*", buena fe que se presume salvo prueba en contrario. Como señala la misma autora, a tal reconocimiento no debe oponerse que el art. 174.2 LGSS, en los supuestos de nulidad matrimonial condiciona la pensión de viudedad al derecho a la indemnización del art. 98 CC.

En cambio, cuando se trata de extranjeros que son originarios de países en los que la poligamia está admitida, se plantea el problema sobre los efectos que pueden desplegar en España los matrimonios poligámicos, en orden al reconocimiento y, en su caso, distribución de una pensión de viudedad a las esposas supervivientes.

Aquí no se trata de calificar la condición de cónyuge a efectos de controlar el acceso al territorio nacional de la segunda esposa (la Ley de Extranjería impedirá, normalmente, su reagrupación y residencia), sino de verificar su condición de cónyuge a efectos de acceder a ciertos derechos so-

ciales como el de viudedad, cuestión para cuya resolución habrá de acudirse a la norma de conflicto. En consecuencia, acudiremos en primer lugar a la norma de conflicto, del art. 9.1 CC relativa a la capacidad de las personas físicas en general, que remite a la "Ley personal" del extranjero, que es la de su nacionalidad. En virtud de este reenvío España reconocerá que el extranjero originario de un país que admite la poligamia puede casarse por segunda vez, aún estando vigente el anterior matrimonio. Pero el normal funcionamiento de la norma de conflicto puede sufrir excepción cuando la aplicación de la ley extranjera es contraria a los valores esenciales y derechos fundamentales del país del foro; excepción que en nuestro Derecho se contiene en el art. 12, del CC, según el cual *"en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público"*.

Así pues, la poligamia es contraria a principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, concretamente al valor esencial de la igualdad entre hombres y mujeres. Por ello, la Dirección General de los Registros y el Notariado no permite la inscripción registral de los matrimonios polígamicos, aunque lo permita la ley personal del contrayente, razonando que *"atenta contra la concepción española del matrimonio y la dignidad constitucional de la mujer"*. (Resolución de 14 de mayo de 2001) y la S. de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 señala que "el régimen familiar polígamico es... contrario al orden público en España porque presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquellas a estos y… no satisface el requisito de suficiente grado de integración en la sociedad española necesario para adquirir la nacionalidad". Ahora bien, el orden público internacional actúa con distinta intensidad según los casos: de modo absoluto si el matrimonio polígamico se pretende celebrar en España, donde se prohíbe radicalmente en celebración; pero de modo atenuado si dicho matrimonio se ha celebrado en país extranjero, pues en tal caso, si bien excluye los efectos denominados "nucleares", porque van en contra de la estructura básica y la cohesión de la sociedad española, permite en cambio los efectos llamados "periféricos" porque no producen un daño sustancial a la sociedad ni perjudican a ningún particular. La consecuencia es que el matrimonio polígamico celebrado en el extranjero nunca podrá ser inscrito en el Registro Civil, ni se podrá dar lugar a la reagrupación de la segunda esposa a efectos de adquirir la nacionalidad española; pero se le aplicará el orden público atenuado en orden a producir otros efectos periféricos y podrían reconocerse el carácter matrimonial de los hijos, el derecho a reclamar alimentos del polígamo, derechos sucesorios, etc.

Pues bien, entre estos efectos periféricos puede incluirse el derecho a la pensión de viudedad, porque con ello no se daña la estructura social ni se perjudica, como veremos, al INSS ni a otros particulares, protegiendo en cambio, la dignidad de la segunda esposa.

A este respecto, podemos distinguir diversas posturas sobre el reconocimiento de la pensión de viudedad a la segunda esposa del polígamo. En el plano normativo, en el doctrinal y en el judicial.

**A.- Plano normativo**

Debe hacerse mención aquí de los convenios internacionales bilaterales en materia de seguridad social, firmados con Marruecos y Túnez el 8 de noviembre de 1979 y el 26 de febrero de 2001, respectivamente. En el primero se establece (art. 23) que "la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente, entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarios de dicha prestación; y en el art. 24 del segundo se prescribe que "en caso de que existan más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales".

Así pues, cuando se trate de matrimonios poligámicos de marroquíes o tunecinos, no cabe invocar la cláusula de orden público contra los convenios bilaterales, porque ya no se trata de aplicar un derecho extranjero contrario a nuestro orden público, sino un derecho que ya se ha integrado en nuestro ordenamiento jurídico (art. 96 CE).

**B.- Plano doctrinal**

Como sigue diciendo Desdentado Aroca, se pueden identificar, entre los laboralistas, dos posturas extremas, una de negación total del derecho al reconocimiento en estos casos de la pensión de viudedad y otra partidaria de reconocer la pensión íntegra a todas la viudas; y una tercera, mayoritaria, que se inclina por reconocer la prestación y repartirla entre las viudas, variando luego la fórmula de reparto que se propone. La primera solución sostiene que la pensión de viudedad debe denegarse a la segunda o ulteriores esposas porque solo el primer matrimonio puede surtir efectos en nuestro país, ya que los matrimonios poligámicos contrarían nuestros valores constitucionales, hasta el punto de sostenerse la posible inconstitucionalidad de los convenios bilaterales firmados con Marruecos y Túnez por contrarios al principio de igualdad y a la dignidad de la mujer (manteniendo esta línea, cita Desdentado Aroca, a De No Vázquez, M.F., Sánchez Durán, y Pericás Salazar, L.. Sin embargo, como señala Desdentado Aroca, cabe objetar que la incompatibilidad del régimen familiar poligámico con los valores de nuestra Constitución puede impedir la producción de los efectos "nucleares", como el de que los españoles puedan celebrar válidamente un matrimonio poligámico en España o que surta efectos jurídicos en nuestro país el de este tipo contraído por estos en el extranjero, pero no debe impedir la protección de las mujeres extranjeras que han celebrado válidamente en el extranjero este tipo de matrimonio, porque se trata de efectos "periféricos, que no perjudican los valores de nuestra sociedad y que incluso son acordes con el principio de seguridad jurídica y con el prin-

cipio de igualdad. Todas las esposas de un polígamo son cónyuges legítimas conforme a su ley personal y negarle a la segunda o ulteriores la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad las haría de peor condición que a la primera.

La segunda tesis sostiene que, al fallecimiento del polígamo, todas las esposas tienen derecho a una pensión de viudedad íntegra, pues una sola pensión de viudedad a repartir entre todas no cubre su situación de necesidad. Esta tesis, minoritaria, no tiene en cuenta que el causante genera una sola pensión de viudedad y si existen varias beneficiarias -por poligamia o por haberse casado varias veces el causante, de forma sucesiva- la solución lógica es repartirla, pues, se trata de una prestación contributiva, sustitutiva de rentas, y la solución propuesta de pensión íntegra a cada una conduciría a la paradoja de que las beneficiarias percibirían más del 100% de la base reguladora.

La tercera solución, mayoritaria como dijimos, mantiene que la pensión de viudedad es única y debe repartirse entre las diversas beneficiarias, pero las discrepancias surgen en relación con la fórmula de reparto, o bien por partes iguales o bien en proporción al tiempo de convivencia con el causante. Cierto sector doctrinal defienden como más equitativa esta última fórmula, por aplicación analógica del art. 174.2 LGSS. Pero, como señala Desdentado Aroca, otro sector rechaza esta aplicación analógica, pues este artículo se refiere a supuestos diferentes, de nulidad, separación o divorcio, en los que pueden concurrir un cónyuge viudo con otro que lo fue pero ya no lo es (cónyuge histórico), mientras que en el matrimonio poligámico existen varias viudas, todas con vínculo matrimonial con el causante, vigentes al tiempo del fallecimiento.

**C.- Plano Judicial**

En el ámbito judicial no se ha producido el reconocimiento de una pensión íntegra a cada beneficiaria de una relación poligámica; pero sí existen ejemplos de atribución íntegra a la primera esposa, con denegación del derecho a la segunda; de reparto de la pensión en función de los años de convivencia con el causante y de reparto entre las diversas beneficiaras a partes iguales.

-La solución de atribuir a la primera esposa la pensión de viudedad íntegra, denegando todo derecho a la segunda, es la adoptada en la sentencia de la sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003, decidiendo un supuesto en que el causante era un ciudadano de Gambia, bígamo conforme a su ley personal. El Juzgado desestimó la demanda de prestación íntegra de la primera esposa contra el INSS, que había repartido la pensión entre ambas al 50%; pero el TSJ revoca tal decisión y resolvió que solo la primera esposa tenía derecho a la prestación, en cuantía íntegra, porque el segundo matrimonio vulnera el orden público español y “a los

efectos de la Ley española únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio".

-Muestra del criterio de repartir la pensión de viudedad en proporción al tiempo convivido con el causante, es la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 29 de julio de 2002. En este caso, se trata de un marroquí que contrajo un segundo matrimonio en Marruecos, estando vigente el primero, disolviéndose posteriormente el mismo con la segunda esposa -se dice que por divorcio- y en esta situación fallece en España. El INSS reconoció la pensión de viudedad, íntegra, a la primera esposa, pero luego, habiendo reconocido también el derecho a la mitad de la pensión de viudedad a favor de la segunda esposa divorciada, reclamó a la primera el reintegro de las cantidades que entiende percibidas indebidamente, y contra esta resolución demanda la primera esposa que se le reconozca el derecho a percibir íntegramente la pensión de viudedad. El Juzgado estimó su pretensión, pero el TSJ la revoca y distribuye la pensión entre ambas en proporción al tiempo convivido con el causante. El Tribunal tiene en cuenta que la remisión del art. 23 del Convenio con Marruecos, que ordena el reparto igualitario entre quienes tengan la condición de beneficiarios conforme a la legislación marroquí; pero como en dicha legislación, disuelto el matrimonio, el que fue cónyuge no tiene derecho a la pensión de viudedad, el Tribunal entiende que la remisión del art. 23 a la legislación marroquí no puede entenderse en bloque sino restrictivamente, es decir, "a la posible situación de poligamia del causante", mientras que conforme al art. 17.1 del mismo convenio el importe de la prestación se determinará conforme a la legislación que aplique el organismo competente -el INSS-, y por ello acude a la aplicación directa del art. 174.2 LGSS con reparto proporcional entre ambas esposas. Como señala Desdentado Aroca, es dudosa la aplicación del art. 23 del Convenio, que tiene por objeto regular el reparto de la pensión cuando concurren dos o más esposas, no cuando, como en este caso, concurren un cónyuge viudo con otra que lo fue pero ya no lo es (cónyuge histórico); y por otra parte, el precepto del convenio remite a la legislación marroquí para determinar quienes son beneficiarios de la pensión, y según esta legislación la mujer divorciada no lo es.

-La solución de repartir la pensión de viudedad a partes iguales se acoge en la sentencia de las Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (sede en Málaga) de 30 de enero de 2003.

En la primera se trató el caso de un nacional de Senegal casado con dos mujeres, conforme a su ley personal, y que trabajaba en España como autónomo, falleciendo de accidente. El Juzgado reconoció a cada una de las viudas la mitad de la pensión y recurren en suplicación todas las partes: El INSS, negando que el causante estuviera incluido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social española, y las viudas solicitando

cada una la pensión de viudedad íntegra. El TSJ desestima todos los recursos: el del INSS por entender que el causante sí estaba incluido en el campo de nuestro sistema de Seguridad Social y el de cada viuda porque "el concepto de orden público admite matizaciones o flexibilizaciones", por lo que "cabe el reconocimiento de efectos jurídicos [al matrimonio poligámico…] "en el contexto prestacional de la Seguridad Social". En cuanto al reparto, aunque razona sobre la procedencia de atender al criterio de proporcionalidad según el tiempo de convivencia, confirma el criterio de reparto igualitario que adoptó el Juzgado, porque este punto no había sido cuestionado en suplicación.

En la segunda sentencia, se resuelve el caso de un marroquí bígamo que fallece, constantes ambos matrimonios. El INSS reconoció la pensión íntegra a la primera esposa; pero ante la demanda de la segunda esposa, el INSS demanda solicitando la revocación de su resolución anterior, repartiendo la pensión por mitad, con el consiguiente reintegro de lo indebidamente percibido por la primera esposa. El TSJ confirma la sentencia del Juzgado, que estimó la demanda de la entidad gestora, argumentando que la alegación de bigamia era una cuestión nueva, añadiendo, a mayor abundamiento, que la situación familiar de un extranjero se gobierna por su estatuto personal, que permite la poligamia, y que los arts. 3 y 23 del Convenio Hispano-Marroquí establecen la distribución a partes iguales entre los beneficiarios, con independencia del tiempo de convivencia.

La conclusión para Desdentado Aroca, que compartimos, es que lo más lógico será acoger la solución del reparto igualitario, por ser la opinión mayoritaria en el sector internacionalista y en el del derecho comparado (Derecho francés, alemán y británico). Además, esta es la solución adoptada por el Estado español en los casos de nacionales de Marruecos o de Túnez a través de los correspondientes convenios, y si la razón es que en esos casos ambas son esposas legítimas a la fecha del hecho causante, no se entiende un tratamiento diferenciado entre supuestos iguales, por el mero hecho de que la solicitante sea nacional de otro país distinto.

Desdentado Aroca plantea la cuestión de que un polígamo sobreviva a sus esposas, que cumplan los requisitos para causar la pensión de viudedad, pueda percibir pensión de cada una de las esposas fallecidas. El supuesto vendría resuelto por el art. 122 LGSS, que establece la incompatibilidad y la facultad de optar por una de ellas.

## BIBLIOGRAFIA

Arce Gómez, Juan C. "El varón polígamo y la pensión de viudedad: transformaciones del derecho en la sociedad global. Revista de Trabajo y Seguridad Social n. 317-318, agosto-septiembre 2009.

Desdentado Daroca, Elena. "Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral nº 228, pgs. 22-27. 2009.

Molins García-Atance, Juan. "Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual. Aranzadi Social. P. 1161-1189. Pamplona 2005.

Rodríguez García, J.A. "Poligamia: Libertad religiosa y discriminación de la mujer". Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado (San Sebastián, 1 al 3 de junio del año 2000). Editorial: Universidad del Pís Vasco, pgs. 745-760. 2001.

Vargas Gómez-Urrutia, Marina. "Matrimonio poligámico, orden público y extranjería". Actualidad Laboral nº 33 del 8 al 14 de septiembre 2003.

# Toribio Malo Malo

Letrado de la Seguridad Social

Secretario General del Servicio Jurídico
de la Seguridad Social


## EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NOTAS PARA SU TRATAMIENTO

### SUMARIO


**I.-** Introducción.
**II.-** Ámbito de aplicación: tendencia a la globalidad.
**III.-** Análisis de cargas de trabajo y dotación adecuada de puestos de trabajo.
**IV.-** Igualdad de trato con el resto de la Administración General del Estado y demás Administraciones Públicas.
**V.-** Homogeneización progresiva del régimen jurídico y económico del personal al servicio de la Seguridad Social en funciones y servicios transferidos a las Comunidades Autónomas.


### I.- INTRODUCCIÓN

El tratamiento del régimen jurídico del personal al servicio de la Seguridad Social constituye un tema sugestivo no solo por el volumen de las personas a las que afecta sino fundamentalmente por la importancia objetiva del objeto de su gestión que le está encomendada constitucionalmente: el régimen público de Seguridad Social previsto en el artículo 41 de la CE y disposiciones concordantes de pertinente aplicación. Sin embargo, es preciso acotar dicho tema genérico dada la multiplicidad de enfoques del mismo. En esta participación, teniendo en cuenta el tiempo que ha sido adjudicado para su exposición, no se va a realizar un análisis histórico, sistemático, sociológico, económico, ni siquiera jurídico exhaustivo del colectivo afectado. Se van a exponer sucesiva y separadamente algunas reflexiones personales, extraídas de la experiencia de más de 3 décadas en los Servicios Jurídicos de las difernets entidades gestoras y

servicios comunes que han venido dando forma externa al sistema de Seguridad Social en España.

## II.- ÁMBITO DE APLICACIÓN: TENDENCIA A LA GLOBALIDAD.

El primer punto a destacar es la carencia de una definición actualizada de los términos Administración de la Seguridad Social que viene usándose desde el último tercio del siglo pasado y que pudiera aportarnos un concepto concreto y determinado del personal incluido dentro de la misma, si bien la Ley 30/1984, de 2 de agossto, a través de su artículo 1º en relación con su disposición adicional 16ª.1º contiene una descripción de dicho personal con referencia a los estatutos del personal que lo venían regulando hasta la fecha; sin embargo, las sucesivas reorganizativas de la Administración General del Estado y los procesos de transferencias de funciones y servicios en materia de sanidad y servicios sociales a las Comunidades Autónomas, unido a la homologación producida por el Decreto 2664/1986, de 19 de diciembre han dejado dicha definición descriptiva irreconocible, obsoleta y en consecuencia inservible para un diseño futuro del sistema.

Partiendo de tal carencia, es preciso buscar unos criterios definidores que nos sirvan de guía para precisar dicho ámbito de aplicación. En este sentido, desde el punto de vista racional se sugieren como tales criterios la naturaleza jurídica de la gesetión encomendada al personal correspondiente, esto es, que se trate de prestaciones o servicios de la propia Seguridad Social y conexo con el anterior el criterio de cobertura presupuestaria, es decir, todas aquellas materias que son financiadas de forma primordial con cargo a los Presupuestos de la Seguridad Social.

Siguiendo el primero de los criterios reseñados, la naturaleza de la cuestión encomendada, podemos incluir sin género de duda dentro del personal al servicio de la Seguridad Social, todo aquel que está vinculado a las actuales entidades gestoras, servicios comunes de la Seguridad Social, e Intervención General de la Seguridad Social, bien sea por vínculo administrativo o laboral, incluidos ambos en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público. Con una perspectiva de futuro debería incluirse en este apartado al personal que presta servicios actualmente en el Instituto Nacional de Gestión Sanataria y en el Instituto de Mayores y Servicios Sociales aunque, coyunturalmente, sen encuentren adscritos orgánicamente fuera de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

Como supuestos dignos de mención a efectos de seu razonable inclusión en el concepto que analizamos, se incluyen:

El personal que gestiona el reconocimiento y pago de la prestación por desempleo.

Esta prestación pertenece al concepto material de Seguridad Social, no

solo en los términos inequívocos del artículo 41 de la CE sino por la tradicional regulación del régimen jurídico de dicha prestación dentro de las integrantes dentro del sistema de Seguridad Social, vgr. en el artículo 196.1 c del texto refundido de la Ley de Seguridad Social de 1974. La configuración de la Entidad Gestora del pago del desempleo como Organismo Autónomo a partir de 1980, modificó la integración orgánica de la gestión de esta prestación, primeiro en el Instituto Nacional de Empleo y después en el Servicio Público de Empleo Estatal. No obstante, la recaudación de las cuotas correspondientes a la prestación se ha venido manteniendo de forma conjunta con el resto de las cotizaciones del sistema. Por todo ello se sugiere la inclusión del personal de la misma dentro del ámbito de la Seguridad Social.

El personal perteneciente al Cuerpo de Inspectores de trabajo y de la Seguriad Social que tienen encomendadas legalmente las funciones de investigación y liquidación de las cuotas de la Seguridad Social así como la sancionadora en la misma materia. En la actualidad, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social está incardinada orgánicamente en el Ministerio de Trabajo e Inmigración en el marco de una Dirección General, separada orgánicamente de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Nótese que a partir del Real Decreto 206/2010, de 26 de febrero se ha roto el tradicional régimen unitario de la dependencia orgánica y funcional de dichos funcionarios con respecto a la Administración General del Estado al traspasarse a la Comunidad Autónoma de Cataluña el colectivo encargado de desenvolver las competencias atribuidas a la misma en el ámbito laboral, traspaso que incluye la gestión del funcionamiento orgánico de los funcionarios trapasados, tal como ha confirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de junio de 2010 enjuiciando el recurso promovido por el Partido Popular frente al Estatuto de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio de reforma del Estatuto de Cataluña.

Puede considerarse incluido en el criterio señalado más arriba el personal adscrito actualmente a la Subsecretaría de Trabajo e Inmigración y cuyas funciones, al menos en parte, están relacionadas directamente con la gestión de la Seguridad Social en materia de recursos humanos.

Con respecto al criterio de cobertura presupuestaria, habría que excluir en todo caso, al personal al servicio de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y accidentes profesionales, dada la naturaleza híbrida de las mismas y las sustanciales diferencias de régimen jurídico con el colectivo procedente de la Administración General del Estado.

Por último, en este apartado se hace mención al personal que presta servicios en organismos y unidades administrativas encargadas de la gestión de prestaciones de servicios trasferidos a Comunidades Autónomas. Creemos que debe reseñarse su régimen jurídico en un apartado independiente dada la peculiaridad que dimana de la autonomía política que el ordena-

miento jurídico vigente atribuye a las Comunidades Autónomas con respecto al Estado.

## III.- ANÁLISIS DE CARGAS DE TRABAJO Y DOTACIÓN ADECUADA DE PUESTOS DE TRABAJO.

Las relaciones de puestos de trabajo de las actuales Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social proceden, básicamente, de los textos aprobados por resolución de la CECIR en su sesión de 11/11/87 publicada por resolución de 15 de febrero de 1988 de la Subsecretaría del Ministro para la Administración Pública, con ligeras modificaciones posteriores. Los cambios tecnológicos y de toda índole producidos desde esa fecha y, en particular, la incidencia de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, han tenido una repercusión muy considerable y sin traducción positiva hasta la fecha, en la reasignación de puestos de trabajo a cada uno de los niveles de la acción administrativa en materia de Seguridad Social; se hace por ello necesario un análisis global y pormenorizado de las respectivas necesidades en orden a una planificación a medio y largo plazo en cuanto a cubrir las eventuales necesidades de puestos de trabajo en aquellos casos que sea estrictamente necesario, procediendo al mismo tiempo una revisión de las estructuras existentes en orden a detectar y suprimir eventuales duplicidades de actuación en los citados escalones de la actuación administrativa. Estas actuaciones podrían ser realizadas prioritariamente con los medios propios existentes en la actual organización de la Seguridad Social, vg. Inspección de los servicios y, solo en caso de insuficiencia de las mismas mediante la contratación de firma o firmas externas debidamente especializadas al efecto.

## IV.- IGUALDAD DE TRATO CON EL RESTO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y DEMÁS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Una vez ralizadas las actuaciones de evaluación de cargas de trabajo y programación y dotación de los puestos correspondientes a que se alude en el párrafo anterior, se considera prioritario instar a través de las actuaciones legislativas procedentes una progresiva homogeneización en el régimen económico del personal al servicio de la Seguridad Social con respecto al procedente del resto de la Administración General del Estado y de otras Administraciones Públicas vgr. Órganos constitucionales con exclusión de las Comunidades Autónomas y corporaciones locales.

No se pretende la consecución de privilegios para el personal al servicio de la Seguridad Social, pero tampoco parece razonable la existencia de notables diferencias de régimen económico entre colectivos pertenecientes a

la misma Administración General del Estado y que realizan funciones similares; dichas diferencias se encuentran a veces muy agudizadas en el caso del personal al servicio de los óganos constitucionales, vgr. Tribunal de Cuentas, Consejo General del Poder Judicial, etc. y provocan en la práctica notables distorsiones en el funcionamiento de los servicios correspondientes de los que el personal afectado tiende "a emigrar" a zonas de mayor cobertura económica y de mejores condiciones de trabajo sin que en muchas ocasiones exista una justificación objetiva y razonable para las diferencias existentes. El instrumento técnico apto para llevar a cabo esta compleja y difícil tarea en la práctica no parece especialmente difícil técnicamente, teniendo en cuenta la justicia material de la reflexión que se expresa y la pertenencia de las Administraciones Públicas concernidas al mismo concepto de Estado coincidente con la expresión tradicional de Administración Central del Estado.

En todo caso, si por la vía del diálogo entre las correspondientes Administraciones Públicas no pudiera conseguirse el objetivo pretendido, podría utilizarse el instrumento técnico-jurídico de las bases que se expresa con más detalle en el apartado siguiente.

## V. HOMOGENEIZACIÓN PROGRESIVA DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ECONÓMICO DEL PERSOAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN FUNCIONES Y SERVICIOS TRANSFERIDOS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Si bien las Comunidades Autónomas poseen autonomía politica que incluye, entre otras, la potestad de organizar los servicios a prestar por la misma, no parece razonable que personas pertenecientes a un mismo cuerpo de funcionarios lleguen a tener condiciones de trabajo y retributivas notoriamente diferentes por el exclusivo motivo de haber sido transferidos los servicios y funciones que gestionaban a una determinada Comunidad Autónoma. La referida potestad tiene determinados límites en el tema que nos ocupa, debiendo citar señaladamente el concepto jurídico de "bases", incluido, por lo que aquí interesa, en el art. 149.1.18 de la vigente Constitución Española, donde se atribuye al Estado como competencia exclusiva la regulación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina jurispurdencial ya consolidada sobre el concepto de bases, últimamente completada por su sentencia 32/2010, de 28 de junio, en la que precisa el amplio margen de actuación que tiene el Estado para garantizar la igualdad de trato de los administrados ante las Administraciones Públicas así como el conjunto restante de derechos fundamentales que protege la Constitución en base a una utilización más amplia del concepto de base no solo a través de los tradicionales instrumentos legislativos sino in-

cluso a través de meros actos de ejecución; no es menos cierto que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999), de 16 de diciembre), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (SSTC 50/1990, 6 de abril y 147/1991, de 4 de julio, respectivamente). Y ello no como pura excepción al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base principal o de mínimo normativo, formalizada como ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado cuando este es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada. La misma sentencia en su fundamento jurídico 90, referiéndose a las competencias atribuidas a la Generalitat en el nombramiento de notarios y registradores y en la convocatoria, administración y resolución de las oposiciones y concursos correspondientes, declara que las competencias recogidas en el art. 149.1.18 c son, en principio, normativas, con lo que corresponde al Estado disciplinar, con el alcance y detalle que en cada caso se requiera, las oposiciones y conccursos de estos cuerpos acompañando dicha regulación las medidas de coordinación e incluso de carácter ejecutivo que deba realizar el propio Estado si resultan necesarias, bien por su dimensión supraautonómica, bien porque la actuación ejecutiva estatal sea imprescindible para asegurar el efectivo cumplimiento de las correspondientes regulaciones... la garantía de la unidad del sistema la proporcionan las potestades normativas del Estado.

En base a la doctrina expresada, cabe la utilización del término bases para homogeneizar aspectos carentes de justificación objetiva y razonable, sobre todo en el régimen económico, que permitan evitar vaciamento en determinadas organizaciones administrativas en detrimento de otras mejor dotadas económicamente; es igualmente aplicable a aspectos como la movilidad territorial de determinados cuerpos que se perdió con el hecho de las trasferencias y que no pueden quedar al albur de los eventuales resultados de la cooperación entre las distintas Comunidades Autónomas y el Estado.

Santiago de Compostela, 24 de septiembre de 2010

# Tomás Arrieta Heras

Letrado de la Seguridad Social

Presidente del Consejo de Relaciones Laborales del País Vasco


## LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES Y SUS CONEXIONES CON LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/2007 (LOIMH) es por muchas razones una norma novedosa. No solo por su contenido, sino también y en primer lugar por su propia concepción como norma jurídica de carácter transversal llamada a abarcar todas las áreas y sectores de la vida social e introducir en ellas, con diferente ritmo e intensidad, el principio de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Como ha afirmado alguna autora[1], esta transversalidad y el principio de corresponsabilidad son, seguramente, los dos pilares básicos en que se asienta la ley.

Abordar el análisis de las repercusiones de la ley en el campo de la negociación colectiva exige, por ello, hacer alguna breve aclaración sobre el alcance de aquellos conceptos transversales en su proyección específica sobre el ordenamiento jurídico-laboral.

De una manera muy general, puede afirmarse que la evolución reciente del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo por cuenta ajena ha transitado entre la interdicción de la discriminación directa por razón de sexo en un extremo y la denominada acción positiva en el otro. Aquella, la interdicción de la discriminación directa, encuentra apoyo normativo en el propio artículo 14 de la CE, y ésta se asienta en el mandato de igualdad real y efectiva del artículo 9.2. Entre una y otra se

[1] Perez del Río, Teresa: "La ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate", Revista de Derecho Social, nº 37 (Enero-Marzo, 2007), pág. 226.

inserta a su vez, como un paso intermedio, la prohibición de las discriminaciones indirectas que es un concepto ampliamente desarrollado en la normativa comunitaria y parcialmente traspasado también a nuestras leyes ordinarias con anterioridad incluso a la promulgación de la ley orgánica y al que la jurisprudencia constitucional[2] ya había prestado igualmente atención.

En todo caso, la aparición de esta ley orgánica significa que a partir de ahora el principio de igualdad no solo se traduce en la prohibición del trato desigual por razón de sexo, lo que incluye también la interdicción de medidas aparente o formalmente neutras que, sin embargo, restrinjan de forma mayoritaria los derechos de las mujeres (*discriminación indirecta)*, sino que adquiere una proyección novedosa que abarca medidas de acción positiva que pueden traducirse incluso en un trato formalmente desigual en algunos casos.

Una cierta cosmovisión del tratamiento legal de la interdicción de las discriminaciones directas e indirectas por razón de sexo permite afirmar que se trata de categorías bastante desarrolladas, al menos conceptualmente: se configuran como un derecho subjetivo de los trabajadores y trabajadoras que se asienta en un verdadero concepto normativo (artículo 6 de la Ley Orgánica) y su violación, además de provocar en todo caso la nulidad radical de la medida o decisión concreta en que se contenga, tiene consecuencias tanto en el plano sancionador para quien comete la infracción como en el reparador o indemnizatorio para quien la sufre[3].

Sin embargo, y pese al avance que representa su reconocimiento expreso en el plano de la legalidad formal, las medidas de acción positiva presentan todavía un desarrollo embrionario y, consiguientemente, ciertos problemas de interpretación o aplicación.

[2] STC 3/2007, de 15 de enero; relatora: Mª Emilia Casas. Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres, la sentencia citada afirmaba que "la prohibición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2 c) y 17.1 de la Ley de estatuto de los trabajadores, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la (citada) Ley 62/2003 (fundamento jurídico 3º).

[3] Una de las novedades de la ley es su proclamación inequívoca (art.10) de que los actos que causen discriminación por razón de sexo…… darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones e indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio causado. En coherencia con esta declaración de carácter general, la ley ha modificado los arts. 180 y 181 de la L.P.L. zanjando definitivamente la polémica sobre la compatibilidad de indemnizaciones en el ámbito laboral cuando aquella discriminación es invocada también como causa de extinción de contrato a instancias del trabajador por incumplimiento empresarial. Esta compatibilidad ya había sido declarada por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, 17 de mayo de 2006), (RJ 2006/7176).

## EL PRINCIPIO DE ACCIÓN POSITIVA Y SUS IMPLICACIONES CON LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En cualquier caso, si algo parece claro es que la negociación colectiva está llamada a jugar un papel clave en la articulación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales.

En efecto, la impresión que produce una lectura conjunta del título IV de la LOIMH y de las reformas que esta ley introdujo en la normativa laboral, básicamente en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), es que el reto de implementar la acción positiva en materia de igualdad de género en el mundo del trabajo asalariado solo podrá ser superado con éxito con la colaboración activa de los agentes sociales a través de la negociación colectiva, entendida ésta en sentido amplio.

Se trata de una visión coherente con los nuevos requerimientos de la negociación colectiva o, si se prefiere, del diálogo social como realidad más amplia, que se encuentra actualmente en tránsito desde una concepción clásica que le atribuye exclusiva o preferentemente la función de equilibrar -y en cierto modo neutralizar- poderes contrapuestos, a una visión mucho más moderna que concibe el diálogo como el método preferente para el desarrollo y la gestión compartida de intereses concurrentes.[4]

Consciente del papel relevante que la ley atribuye a la negociación colectiva, el propio legislador fijó un plazo para la revisión de todo el proceso a la vista de sus resultados[5] en relación con las medidas y planes de igualdad. Todavía no ha llegado el momento de hacer balance definitivo, pero el tiempo pasa muy rápido y los algo más de 3 años transcurridos desde la promulgación de la ley permiten obtener conclusiones bastante sólidas. Quizá la más evidente es que con más de la mitad del camino recorrido, los resultados de la negociación colectiva hasta el momento solo pueden calificarse como decepcionantes. Pero este relativo fracaso, ni siquiera la mayor parte de él, no debe ser atribuido solo a los agentes sociales. En mi opinión, las causas que lastran el proceso de establecimiento y desarrollo negociado de medidas de igualdad son básicamente dos.

En primer lugar, que los requerimientos de colaboración a los agentes

[4] Las referencias al necesario enriquecimiento de la negociación colectiva son numerosas y reiteradas. Un buen resumen se puede consultar en la obra colectiva Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del siglo XXI, presente y futuro, (UGT Andalucía, 2006), coordinada por Molina Navarrete, Cristóbal.

[5] La disposición final quinta de la LOIMH encomienda al Gobierno la función de evaluar, junto con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales, el estado de la negociación colectiva en materia del igualdad una vez transcurridos cuatro años desde su entrada en vigor, para estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que resulten pertinentes.

sociales -progresivamente más extensos y complejos- para completar y desarrollar los mandatos genéricos de ciertas leyes deberían ir acompañados de herramientas eficaces para abordar reflexiones y realizar propuestas que demandan una notable preparación técnica. En este sentido, y como ya señaló alguna autora[6] cuando se promulgó la LOIMH, la inexistencia de mecanismos que contribuyan a la formación activa de los interlocutores sociales era y es uno de sus pies de barro. Esta deficiencia estructural está influyendo, sin duda, en los resultados, o más bien en la ausencia de ellos, pero no es el único elemento, desde mi punto de vista, que dificulta un adecuado desarrollo de la ley a través del diálogo social. El fracaso relativo de éste se debe también al defectuoso encaje con nuestro complejo modelo de negociación colectiva por una parte, y a nuestra peculiar estructura negocial por otra.

Si se aborda el ejercicio de intentar conectar la pretensión de la LOIMH de someter a negociación no solo los planes de igualdad sino todas las medidas genéricas de promoción de la igualdad de género y de prevención de la discriminación con los elementos fundamentales de nuestro modelo de negociación colectiva, tanto en sus aspectos legales o normativos como en lo que se refiere a su estructura, se entenderá más claramente lo que se quiere expresar.

## EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN RELACIÓN CON EL MARCO LEGAL ESTABLECIDO POR LA LOIMH PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS.

*El carácter obligatorio y el alcance general de las medidas de igualdad de género*

Como se ha destacado por casi todos los autores que han examinado las repercusiones laborales de la LOIMH, ésta ha pretendido crear obligaciones de alcance general para la totalidad de los empresarios y empresarias. Se trata, sin embargo, de mandatos cuyos contornos no son fáciles de definir, no solo en cuanto a su contenido sino también en relación con su alcance o naturaleza jurídica, hasta el punto de que desde una perspectiva estrictamente jurídica podría hablarse más de obligaciones formales que sustantivas.

En todo caso, el objetivo de este trabajo no consiste en definir y concretar el problemático contenido de las medidas de igualdad de género o la dudosa

[6] Pérez del Río, Teresa, pág. 231: "... esta formación sería esencial si se quieren aplicar correctamente todas las normas que se refieren a la función de la negociación colectiva en (la) implementación (de las medidas).

obligatoriedad de algunas de ellas en sentido jurídico estricto, sino en tratar de analizar, desde una perspectiva más limitada, las dificultades que plantea la conexión de las obligaciones empresariales en materia de igualdad con el diálogo social como método preferente para su desarrollo, que es lo que caracteriza a toda la ley o, al menos, a sus manifestaciones más relevantes en el ámbito laboral.

El alcance de los requerimientos de la ley, diferenciados los niveles de exigencia en función del tamaño de las empresas, así como la existencia, en su caso, de mecanismos para sancionar sus eventuales incumplimientos, ha sido analizado ya con cierta extensión por la doctrina a la que cabe remitirse en lo sustancial[7]

A nuestros efectos, basta con recordar que la LOIMH diferencia, en relación con la acción positiva en materia de igualdad de género, dos niveles: los planes de igualdad y las medidas genéricas del artículo 45.1. En lo que se refiere a los planes, la obligación de su implantación efectiva en la empresa, al margen del eventual acuerdo con los representantes legales, y la existencia de mecanismos para sancionar el incumplimiento tiene en todo caso un perfil bastante más claro, a pesar de sus propias incertidumbres que no son pocas. En el caso de las medidas genéricas, sin embargo, es mucho más dudoso que exista una obligación empresarial autónoma más allá de lo que se haya acordado específicamente en la empresa con los representantes legales.[8].

Pero en sentido estricto, la obligación legal de implantar medidas para la promoción de la igualdad y la prevención de la discriminación por razón de género tiene un carácter unitario y un mismo fundamento legal, aunque su desarrollo sea progresivo. La frontera que separa las medidas genéricas y los planes de igualdad es puramente cuantitativa[9], y aunque el contenido de éstos se fije con mucho mayor detalle que el de aquéllas, ambas partici-

[7] Lousada Arochena, Jose Fernando, coordinador: "El principio de igualdad en la negociación colectiva", Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos (Informes y Estudios Relaciones Laborales, 2008), página 26, con cita de la bibliografía básica en relación con los aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2007.

[8] Escudero Rodríguez, Ricardo: "Planes de Igualdad en la Ley orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres" Relaciones Laborales, nº 9, sección Negociación Colectiva y conflictividad (quincena del 8 al 23 de mayo, 2007). El autor, después de hacer un repaso sobre las diferentes posibilidades interpretativas en relación con la existencia o no de un deber de acordar unilateralmente por parte del empresario medidas de igualdad al margen del acuerdo con los representantes legales, afirma que " (aunque) sería deseable… considero que no hay base legal para afirmar que ello tenga que ser así.

[9] Según el artículo 45.2 de la LOIMH, "en el caso de las empresas de más de 250 trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior, deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad".

pan de la condición de acción positiva[10] que desborda la mera proscripción de la discriminación (directa o indirecta) por razón de género y exige la adopción -previa negociación de su contenido- de medidas concretas para prevenir su aparición y corregir las desigualdades existentes.

Tiene sentido, por tanto, examinar de forma conjunta los principales mandatos de la LOIMH.

El primero de ellos se concreta en el deber de negociar el contenido de medidas y planes con los representantes legales.[11]

*La obligación legal de negociar el contenido de las medidas y planes de igualdad*

La primera característica, común a todas las medidas, es que la LOIMH obliga a negociar su contenido tratando de implicar así a los agentes sociales en el éxito de la iniciativa legislativa, lo que resulta coherente con la filosofía general de la norma y con la tendencia, cada vez más acentuada a enunciar objetivos genéricos confiriendo a los sujetos colectivos un amplio margen para definir el modo concreto de conseguirlos. El tránsito desde las obligaciones formales -genéricas- a los mandatos –concretos- con contenido real pasa así, casi necesariamente, por un diálogo social sin el que la ley, a pesar de su voluntad de crear verdaderas obligaciones empresariales, se sabe a sí misma manifiestamente insuficiente.

Pero esta obligación de negociación se ha trasladado a la norma laboral de una forma defectuosa e insuficiente, en mi opinión al menos.

*El encaje de la obligación de negociar con las características básicas del modelo de negociación*

Sin cuestionar conceptualmente el modelo definido en la LOIHM, que se asienta, de forma acertada según mi criterio, en el principio de colabo-

[10] En general se suele distinguir entre la interdicción de la discriminación, tanto directa como indirecta, que obliga al sujeto a abstenerse de realizar actos o adoptar decisiones que produzcan un resultado discriminatorio; la acción positiva que introduce la obligación de adoptar medidas para superar la situación de desigualdad existente, y la discriminación positiva que comparte con la acción positiva este carácter activo aunque se diferencia de ella en que las medidas de que se trata inciden individualizadamente en sujetos determinados que resultan desplazados por otros como consecuencia de su aplicación. Sin embargo, la LOIMH -que introduce algunos ejemplos de este último nivel, como su artículo 43 en relación con el artículo 17.4 del ET- ha prescindido de esta terminología que en cierto modo esta siendo cuestionada por algunos autores (Barrere "de la acción positiva a la discriminación positiva", en Jueces para la democracia 51, 26-33) que proponen denominarlas "acciones positivas fuertes o incisivas".

[11] La ley no aclara suficientemente si se refiere a los representantes unitarios o a los sindicales; ni mucho menos aún a quien corresponde la preferencia en caso de un eventual conflicto entre ellos, cuando coexistan en la misma empresa.

ración activa de los sujetos directamente concernidos: empresarios y trabajadores a través de sus representantes colectivos, la forma concreta en que la LOIMH y el ET reformado por ella han previsto la canalización de este diálogo está técnica -y prácticamente- plagada de dificultades.

Si se comienza el análisis a partir de los aspectos básicos en que la LOIMH ha pretendido asentar el establecimiento de las medidas de promoción de la igualdad de género, se comprueba que su modelo pivota sobre tres grandes decisiones:

a) El espacio para concretar tanto las medidas genéricas de promoción de la igualdad y de prevención de la discriminación de género como los planes es siempre la empresa.

b) El cauce previsto para definir su contenido concreto es, preferentemente, el convenio colectivo de la propia empresa.

En este sentido, los párrafos 1º y 2º del artículo 45 de la LOIMH, referidos a la implantación de medidas genéricas y planes de igualdad respectivamente, remiten ambos a *"la forma que se determine en la legislación laboral"* para negociar y decidir, en su caso, su contenido. Por su parte, el único precepto del ET que fue reformado por la LOIMH para dar cabida expresa a esta nueva obligación de negociación es el artículo 85 que regula el contenido obligatorio de los convenios colectivos estatutarios. La forma que la legislación laboral ha previsto se limita por tanto y con carácter general a un mandato genérico de extender la negociación del convenio colectivo a las medidas y/o planes previstos en la LOIMH. Es evidente, en cualquier caso, que las medidas solo quedarán incorporadas al propio convenio cuando se haya llegado a un acuerdo puesto que, como han señalado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina laboralista, la obligación de negociar es jurídicamente una obligación de medios y no de resultado[12]

c) Unicamente en el caso de los planes de igualdad la ley hace referencia a un pacto completivo de las previsiones generales del convenio de sector. Esta obligación de "negociación completiva" mediante un pacto atípico, cuyos contornos se suponen previamente fijados por la negociación sectorial afectará, por tanto, solo a las empresas (de más de 250 trabajadores) que no negocian un convenio propio.

[12] Sala Franco, Tomás: Derecho del Trabajo. Tomo I. Fuentes y Relaciones Colectivas, V edición. Pág. 445, y STS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999/895, entres otras, en cuyo FD 4º se afirma con rotundidad: "... el art. 89 ET... impone... a las partes el deber de llevara a cabo la negociación de buena fe... pero, como esta sala ha dicho reiteradamente, no impone el deber de llegar a alcanzar el acuerdo pretendido".

**EL COMPLEJO AJUSTE ENTRE LAS OBLIGACIONES INTRODUCIDAS POR LA LOIMH Y LAS PRÁCTICAS NEGOCIALES MAYORITARIAS DE BASE COLECTIVA.**

El cumplimiento efectivo de estos mandatos plantea, sin embargo, importantes dificultades. Entre otras razones, por la falta de correspondencia entre empresa y convenio tanto en nuestro modelo legal de negociación colectiva como en las prácticas negociales mayoritarias.

La determinación de la LOIMH de acotar la empresa como ámbito de negociación y decisión ha pasado bastante desapercibida, a pesar de su carácter ciertamente novedoso. De hecho, implica que la unidad negocial deja de ser el resultado de una decisión interna de los propios agentes negociadores y se impone a las partes. Esto altera significativamente el principio de libre elección de ámbito que, lógicamente condicionado a las exigencias de legitimación inicial y plena[13].

Pero con independencia del carácter novedoso de esta predeterminación de ámbito desde el punto de vista del modelo normativo,[14] el hecho de que el cauce para negociar sea "preferentemente" el convenio colectivo está llamado a generar, en mi opinión al menos, importantes distorsiones a la vista de las prácticas negociales mayoritarias y de la estructura de nuestra negociación colectiva derivada de ellas.

Negociar en la empresa, en el centro de trabajo, o someterse a convenios de ámbito supraempresarial es una decisión de los sujetos afectados, coherente, por lo demás, con el principio de determinación autónoma del ámbito del convenio garantizado por el artículo 83.1 del ET.

Es cierto que en ocasiones -las menos, como veremos- el instrumento elegido para el establecimiento de las condiciones de trabajo es un convenio colectivo negociado y suscrito en la propia empresa. En tales casos, la correspondencia entre unidad negocial (empresa) e instrumento de negociación (convenio colectivo) que la ley parece presuponer, se produce de forma efectiva.

Pero si se examinan los datos sobre la estructura de la negociación colectiva, se comprueba que el porcentaje de personas asalariadas cuyas con-

[13] El artículo 87 del ET se limita a exigir a quienes se implican en la (falta texto, el fucsia es solución mía) negociación un mínimo de implantación efectiva en el ámbito funcional acotado a través del propio convenio; y el artículo 89 sujeta los acuerdos de la comisión negociadora a un principio de mayoría absoluta de cada parte.

[14] Como afirma Escudero Rodríguez, Vid nota 8, " … se ha optado por la colaboración y articulación de un nivel de negociación superior desde el punto de vista funcional-, el sectorial o el de grupo- y otro inferior -el de empresa, lo que supone el reforzamiento de esta concreta unidad funcional. El mismo autor inscribe esta decisión en la "tendencia acentuada, con cierta intensidad, a partir de la reforma llevada a cabo en 1994.

diciones laborales se establecen a través de convenios sectoriales es altísimo, oscila entre el 80 y el 85%, y apenas ha variado a lo largo de los años[15]. La negociación en la empresa, claramente minoritaria como se ve, está concentrada, además, en empresas de tamaño medio-grande. En el estrato de empresas de más de 250 personas afecta casi a la mitad de ellas, mientras que en el segmento de empresas medianas, entre 50 y 250, el porcentaje, en términos de personas asalariadas, desciende hasta algo menos del 20%; por último, en las empresas pequeñas el convenio propio no pasa de ser una hipótesis casi marginal[16]

En todo caso, el análisis de esta problemática, es decir, la situación del gran número de empresas que no negocia un convenio estatutario propio debe abordarse diferenciando dos supuestos, ya que la ley ha arbitrado soluciones distintas –o más bien, solo ha previsto la posible solución en un caso- en función del tamaño de las empresas y del contenido, en consecuencia, de sus obligaciones específicas. Como veremos, se trata, sin embargo, de una distinción básicamente formal, ya que materialmente todas las empresas sin convenio están finalmente abocadas a negociar de forma autónoma las medidas de igualdad y a reflejarlas, en caso de acuerdo, en un pacto propio aunque de carácter atípico desde el punto de vista de nuestro modelo legal de negociación colectiva.

Estos dos supuestos son:

a) Las empresas obligadas a implantar un plan de igualdad

En el caso de las empresas de más de 250 trabajadores sin convenio colectivo propio, la LOIMH, a través de la modificación del artículo 85 del ET, introdujo, -o más bien, dio por supuesto- un modelo articulado de negociación que, curiosamente, constituye en el mejor de los casos una verdadera excepción en nuestro sistema de relaciones colectivas, al menos hasta ahora[17]

[15] Ante la ausencia de datos precisos, en lo que yo conozco al menos, sobre la estructura de la negociación colectiva en el conjunto del Estado, puede consultarse el "Estudio de la estructura de la negociación colectiva en la CAPV". Consejo de Relaciones Laborales, 2009.www.crl-lhk.org. Aunque se trata de un análisis territorialmente limitado, y sin perjuicio de las pequeñas desviaciones que puedan producirse entre las diferentes CCAA, no es aventurado suponer que los rasgos esenciales del mapa de la estructura de la negociación colectiva son sustancialmente similares en todas ellas.

[16] Con las mismas salvedades que en el caso de la nota anterior, se puede consultar el capítulo relativo a la estructura de le negociación colectiva en la obra, editada por los Consejos de Relaciones Laborales de Andalucía, Galicia, Cataluña y País Vasco (2010), El espacio para las instituciones de diálogo en el fomento, apoyo y dinamización de la negociación colectiva.

[17] Hasta ahora, únicamente de un modo muy parcial y limitado se podría hablar de ciertas manifestaciones de negociación articulada en nuestro modelo legal de negociación colectiva. Algún autor, Escudero Rodríguez, una nueva ordenación de poderes en las relaciones laborales. VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva (Ministerio de Trabajo y Se

Al margen de las dificultades intrínsecas para resolver mediante un esquema de negociación articulada -carente de una base legal sólida, como veremos- el problema de las empresas sin convenio colectivo propio, la solución aportada por la LOIMH con la reforma del artículo 85 ET es, cuando menos, manifiestamente parcial. El artículo 85.2 b) del ET se refiere solo a las empresas de más de 25O trabajadores y trabajadoras obligadas a implantar un plan de igualdad. Es en estas empresas sin convenio, y solo en ellas, donde la negociación -y el eventual acuerdo- deberá articularse a través de un pacto específico con el convenio sectorial, dentro de los términos y condiciones generales que se hayan establecido en éste.

b) Las empresas afectadas por las obligaciones genéricas del artículo 45.1 de la LOIMH

No existe, sin embargo, una regla similar para las empresas de tamaño inferior a 250 trabajadores, destinatarias únicamente del mandato genérico del artículo 45.1 de la LOIMH. La única forma de colmar este vacío legal consiste en una interpretación extensiva de la obligación legal de negociar según la cual la "forma en que determine la legislación laboral" no será con carácter exclusivo el convenio colectivo estatutario, -a pesar de la ubicación del artículo 85. 2 a) ET en el título III del ET que se refiere solo a los convenios típicos, regulados por la ley, es decir, estatutarios-, sino también el pacto de empresa en defecto de aquél.

Pero aunque se consiguiera evitar mediante esta interpretación correctora la neutralización del mandato de negociar formalmente impuesto a todas las empresas sin excepciones, rompiendo el estrecho círculo de las que negocian su propio convenio colectivo y resultan, por tanto, concernidas por el mandato del artículo 85 del ET, son muchos los problemas que la propia solución genera. En muy buena medida porque el instrumento que formalmente está llamado a recoger la mayoría de los acuerdos, e incluso una buena parte de los planes de igualdad, carece de un régimen de regulación suficientemente claro y constituye una pieza extraña en nuestro modelo normativo de negociación.

*El carácter atípico del pacto de empresa y su papel residual en el modelo estatutario de negociación colectiva*

En primer lugar, este acuerdo de empresa viene a complicar el ya complejo panorama de instrumentos negociales de base colectiva que configu-

guridad Social, al analizar la preeminencia dada a algunos convenios a partir de la reforma de 1994, afirma que ..con todos los matices que se quiera puede hablarse de una cierta jerarquización en materia de negociación colectiva.., pero en rigor no existen -o no existían hasta ahora- ejemplos claros de articulación (con la jerarquización consiguiente) de niveles de negociación distintos.

ran nuestro sistema de negociación. Se trata, además, de un acuerdo que no tendrá carácter subsidiario como ocurre con la mayoría de los que introdujo la reforma del año 1994,[18] sino obligatorio, y que está llamado a ocupar adicionalmente una parcela muy amplia de nuestra negociación colectiva. En efecto, a la vista de la estructura real de ésta, a la que ya se ha hecho referencia, la hipótesis de negociación mediante un acuerdo específico al margen del –inexistente- convenio propio, lejos de resultar excepcional será claramente -yo diría que abrumadoramente- mayoritaria[19]

La negociación de medidas de igualdad se desplazará así inevitablemente hacia una parcela cuyos contornos desde el punto de vista jurídico o normativo no son fáciles de definir, a pesar de que la negociación directa en la empresa al margen del convenio estatutario no sea un fenómeno novedoso, sino más bien todo lo contrario.

Parece, por tanto, que los acuerdos aprobatorios de planes de igualdad y de medidas genéricas de promoción vendrán a engrosar el importante número de pactos de muy diversa naturaleza, completivos de los convenios colectivos y/o sustitutivos de éstos, a través de los que se canaliza un porcentaje muy alto de la interlocución social en nuestras empresas.

Pues bien, a nadie se le escapa el nivel de indefiniciones en el que se sitúan estos pactos y acuerdos de empresa dentro de nuestro sistema de negociación colectiva[20].

No se trata de hacer una relación completa de estos problemas, pero es fácil, incluso en una aproximación superficial, advertir algunos: ¿Quiénes son sus interlocutores, la representación unitaria en todo caso o también la sindical?, ¿cuál es su régimen de publicidad?, ¿deben ser registrados, depositados?, ¿su existencia y su vigencia ha de ser probada específicamente en juicio cuando se invoquen?, ¿cuál será su vigencia, y su régimen de denuncia?, ¿estarán dotados de ultractividad?, etc.

[18] Los acuerdos de empresa introducidos por la reforma de 1994, pretenden posibilitar, en general, la negociación directa en la empresa en relación con materias requeridas de un acuerdo, en las que no existe, sin embargo, una previsión específica en el convenio aplicable, como en el caso de la clasificación profesional, la distribución irregular de jornada y otros similares. A partir de ahora, sin embargo, el acuerdo de empresa, instrumentado formalmente a través del propio convenio de la empresa, o negociado al margen de él, abandona aquel papel subsidiario y adquiere una posición central en materia de igualdad.

[19] Ver nota 14.

[20] Arrieta Heras, Tomás: "El diálogo social como eje del sistema de relaciones laborales en Boletín de Estudios Económicos, (Asociación de Licenciados Universidad Comercial de Deusto, abril 2009, nº 196. pág. 61. Toda esta negociación empresarial atípica, extramodelo o extraestatutaria en términos más generales, transita por un terreno de notable inseguridad jurídica y plantea enormes problemas de engarce con los instrumentos típicos de negociación colectiva".

En mi opinión, si la necesidad de establecer criterios para ordenar este importante volumen de negociación de empresa no estatutaria era ya una de las tareas pendientes de nuestro sistema de negociación colectiva, a partir de la LOIMH se ha vuelto todavía más acuciante y necesaria, si cabe. Los agentes sociales deberían avanzar, por tanto, en la elaboración y suscripción de compromisos de contenido general que contribuyan a aclarar el papel de los acuerdos de empresa y entre ellos, de los que desarrollan estas medidas de igualdad.

*La existencia de un amplio universo de empresas que carecen de interlocución y sin capacidad para abordar la implantación negociada de medidas de igualdad*

Con todo, la hipótesis de la negociación y eventual suscripción de pactos de empresa como medio alternativo de dar cumplimiento a las exigencias de la ley no es el problema fundamental. Lo más preocupante es que en muchas de las empresas que componen nuestro tejido productivo no existe siquiera la posibilidad de negociar un convenio colectivo, y por la misma razón tampoco un acuerdo atípico o "extra convenio", sencillamente, por falta de interlocutor.

Los datos muestran, en efecto, que un alto porcentaje de los trabajadores y trabajadoras están encuadrados en empresas en las que, a causa de su tamaño, no existe obligación de celebrar elecciones sindicales y que otro gran número de ellos lo hace en algunas que, aún superando los umbrales de empleo establecidos en el ET para permitir la elección de representantes, carece de hecho de ellos[21]

En puridad, ninguna de estas empresas podrá negociar específicamente medidas de igualdad. En la gran mayoría de los casos, como es fácil intuir, se trata de empresas de pequeño tamaño; pero, sin duda, ello las hace aún más vulnerables frente al incumplimiento de las obligaciones legales. Y aunque la negociación colectiva de ámbito supraempresarial podría introducir criterios, orientaciones e incluso mecanismos dirigidos a evitar situaciones discriminatorias, en sentido estricto, las empresas en los que no existe representación colectiva de los trabajadores se encuentran al margen del sistema diseñado por la LOIMH.

*La imposibilidad de evaluar con una mínima fiabilidad el desarrollo negociado del modelo por la ausencia de datos oficiales sobre los pactos de empresa*

Al margen de las dificultades provocadas por el hecho de que la mayoría

[21] Una aproximación a esta realidad en el informe sobre "elecciones sindicales en la CAPV, procesos y resultados". Consejo de Relaciones Laborales, (2008) www.crl-lhk.org.

de las medidas de igualdad acabarán canalizándose, en el mejor de los casos, a través de pactos de empresa, lo que plantea un buen número de cuestiones de orden técnico-jurídico y de conexión con la estructura de nuestro sistema de negociación a las que ya se ha aludido anteriormente, creo que no debería concluirse este apartado sin dejar constancia de otra dificultad añadida, ésta de carácter absolutamente práctico: la ausencia de datos oficiales sobre los pactos de empresa va a hacer difícil, cuando no materialmente imposible, conocer el grado real de desarrollo negociado de las prescripciones de la ley y, por tanto, va a impedir en buena medida la evaluación del comportamiento de la negociación colectiva en relación con los planes y medidas de igualdad al que alude la disposición final quinta de la LOIMH.

*La necesidad de (re)situar en parte la obligación legal de negociar colectivamente las medidas de igualdad*

La solución para paliar las insuficiencias de la negociación estatutaria en la empresa, no es fácil. En mi opinión, pasaría en cualquier caso por activar la negociación sectorial como instrumento de apoyo al desarrollo de las medidas de igualdad de género en el seno de cada empresa. Creo, como trataré de explicar en los apartados posteriores, que tal pretensión no es incompatible, o más exactamente, habría que compatibilizarla con el mantenimiento de la empresa como unidad negocial básica, ya que, desde mi punto de vista y a pesar de las dificultades técnicas que ello pueda entrañar, esta decisión de anclar las medidas de igualdad con la realidad específica de cada empresa constituye un acierto de la LOIMH.

## EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN SECTORIAL EN EL DESARROLLO DE LA LEY DE IGUALDAD. LUCES Y SOMBRAS

Sin desconocer que la LOIMH articula las medidas de igualdad en torno a la empresa y a través de convenios colectivos propios y/o acuerdos específicos, el desarrollo efectivo de éstas no podrá lograrse sin que la negociación de ámbito suipraempresarial asuma un papel activo en su implementación. Entre otras cosas, porque, como ya se ha señalado, más de las tres cuartas partes de la población asalariada se rige por convenios de sector.

Sin embargo, y a pesar de su importancia, al menos cuantitativa, el espacio para la negociación sectorial aparece defectuosamente perfilado tanto en la LOIMH como en los preceptos del ET reformados por aquélla.

A grandes rasgos, este espacio quedaría circunscrito a dos apartados:

a) La fijación del marco general en el que habrán de negociarse los planes de igualdad en empresas sin convenio.

Se trata, como se verá luego con más detalle, no solo de una previsión

indirecta difícil de aplicar ella misma sino que contrasta llamativamente con la omisión de otras referencias a la negociación sectorial, lo que dificultará notablemente su papel en el desarrollo negociado de la LOIMH. Tales omisiones, que vendrían a completar en negativo la radiografía del espacio atribuido a la negociación supraempresarial son básicamente:

-La inexistencia de una previsión específica para las empresas de menos de 250 trabajadores sin convenio colectivo propio que disponen de interlocución.

-La ausencia de un mandato expreso dirigido no ya al establecimiento de principios de carácter general, como en el caso anterior, sino a la definición misma de estas medidas para su aplicación directa en aquellas empresas que por carecer de representantes legales no están en disposición de negociar un pacto propio.

b) En segundo lugar, la negociación sectorial tiene conferida la función de extender, por vía de pacto y de forma voluntaria, la obligación de negociar un plan de igualdad a empresas que inicialmente no están obligadas por la ley.

Se trata de dos previsiones que plantean problemáticas diferentes, por lo que deben ser examinadas por separado.

*La función secundaria y supuestamente ordenadora de la negociación sectorial*.

Como se ha advertido en los apartados anteriores, los pivotes básicos en los que, con toda probabilidad, quedará finalmente asentada de forma mayoritaria la negociación de medidas y planes de igualdad son dos: de un lado, la empresa como núcleo básico para su negociación, y de otro, el pacto específico de carácter atípico como instrumento mayoritario para la concreción del eventual acuerdo sobre su contenido.

Aparentemente, por tanto, en el esquema de la LOIMH la negociación sectorial está llamada a ocupar un papel secundario. Mi impresión es, sin embargo, que a la negociación colectiva de base supraempresarial le corresponderá jugar, mas allá de lo que específicamente ha previsto la ley, una función mucho más relevante en la implementación de la igualdad de género.

A efectos formales y para abordar su análisis, resulta conveniente diferenciar nuevamente los planes de igualdad y las medidas genéricas del artículo 45.1 LOIMH, a la vista del diferente tratamiento que dispensan a aquéllos y éstas los apartados a) y b) del artículo 85.2 del ET. Y es que en el primer caso existe al menos una alusión a la negociación sectorial, en tanto que en el segundo la ley guarda un "expresivo" silencio.

a) Las empresas de más de 250 trabajadores sin convenio colectivo propio.

Como ya se ha señalado, la LOIMH sí reparó en el dato, ciertamente capital, de que no todas las empresas a las que se impone la obligación de implantar un plan de igualdad negocian un convenio colectivo propio. Según los últimos análisis de la estructura de la negociación colectiva[22] es posible calcular que en torno al 40% de las empresas de más de 250 trabajadores disponen de un convenio estatutario propio.

La solución arbitrada por la ley, mediante una fórmula técnicamente poco afortunada, es obligar a las empresas que se encuentran en tal situación (es decir que no negocian un convenio propio) a *formalizar* (su deber de negociar) *a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa, en los términos y condiciones que se hubiesen establecido en los indicados convenios* (los sectoriales)... *a través de las oportunas reglas de complementariedad*

Esta alusión indirecta a la negociación sectorial al abordar la hipótesis de la negociación en las empresas de más de 250 trabajadores que no se rigen por su propio convenio, presupone que el convenio aplicable -sectorial- contiene en todo caso principios generales y criterios de articulación para su desarrollo posterior en la empresa. Pero no hay ninguna norma que obligue a la negociación sectorial a establecer principios generales en materia de igualdad de género, ni a fijar reglas para el desarrollo articulado de tales principios a través de negociación posterior en las empresas. La LOIMH se olvidó por tanto, y quizá de forma consciente, de fijar la premisa en que asienta su intento de canalizar la negociación en las empresas sin convenio hacia un esquema de articulación con la negociación sectorial. Simplemente porque no tuvo en cuenta que dentro de las obligaciones de aquélla no está la de fijar criterios generales y reglas de articulación en materia de igualdad. Resolvió, o creyó resolver un problema, sustituyendo la realidad por el deseo o, si se prefiere, por la presunción de que las cosas son distintas de como son en realidad.

Hay que reconocer, sin embargo, que el problema no es sencillo. Si donde se quiere llegar, como primer eslabón, es solo a las empresas de más de 250 trabajadores, no hay forma de establecer desde la ley obligaciones de contenido diverso para la negociación sectorial en función del tamaño de las empresas, ya que los convenios supraempresariales delimitan su ámbito de aplicación en función de criterios territoriales y funcionales exclusivamente, y son potencialmente aplicables, por tanto, a todas empresas, pequeñas, grandes o medianas incluidas en él.

[22] Con las lógicas reservas sobre su total precisión, el dato ha sido extrapolado del análisis de la estructura de le negociación colectiva en la CAPV, que forma parte de la obra colectiva El espacio para las instituciones de diálogo en el fomento, apoyo y dinamización de la negociación colectiva. Consejos de Relaciones Laborales de Andalucía, Galicia, Cataluña y País Vasco, (2010).

Otra cosa distinta es que sea la propia negociación colectiva sectorial quien establezca la frontera entre unas y otras empresas, en función de la intensidad de sus obligaciones respectivas, planes de igualdad y medidas genéricas del artículo 45.1 LOIMH y la que acote las empresas destinatarias de los criterios generales a que se refiere el apartado 2º del artículo 85 del ET. Existen algunos convenios que lo hacen, pero no solo son minoritarios sino, en general, acuerdos de ámbito estatal que tenían ya una explícita voluntad articuladora[23]

Sin duda, la solución más lógica -y técnicamente más correcta- habría sido atreverse a incluir dentro del contenido obligatorio de los convenios colectivos una materia nueva, al modo como se hizo, por ejemplo, con el descuelgue salarial en la reforma del año 1994.

Pero debería tratarse, obviamente, de una norma dirigida a la totalidad de los convenios sectoriales, pues todos ellos son potencialmente aplicables a todo tipo de empresas con independencia de su tamaño. Si se hubiese optado por esta solución, digamos más radical, la negociación sectorial debería incorporar obligatoriamente contenidos generales y normas de articulación, aunque diferenciando en su caso entre los planes de igualdad y las medidas genéricas del artículo 45.1 LOIMH.

La pregunta o, más bien, la incógnita que suscita este planteamiento es, sin embargo, si la negociación colectiva sectorial, de base mayoritariamente provincial[24], está o no efectivamente preparada para asumir una obligación de este tipo.

Es comprensible quizá que el legislador tuviera dudas fundadas para atreverse a dar un paso tan contundente. La negociación sectorial, por su parte, al margen de ejemplos aislados que de momento al menos son solo la anécdota y no la categoría, tampoco ha recogido el guante de asumir para sí, de manera voluntaria, la tarea de ordenar y dirigir la negociación de empresa, en parte por falta de capacidad técnica y de recursos; en parte también por las propias oscuridades en que se desenvuelve la negociación infraestatal.[25]

[23] Constituye un buen ejemplo de ello el Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de hostelería (III ALEH) al que, en agosto de 2008 (BOE 12 de septiembre de 2008), se le incorporaron nuevos capítulos para introducir estas previsiones.

[24] Estudio de la estructura de la negociación colectiva en la CAPV. Consejo de Relaciones Laborales, 2009.www.crl-lhk.org. El mapa de la estructura (página 47) muestra que el convenio sectorial provincial se aplica a un 85 % de la población asalariada sujeta a convenios negociados en la propia CAPV que, a su vez, representa el 80% del conjunto de la negociación colectiva aplicable a la CAPV.

[25] Arrieta Heras, Tomás: pág. 64: "… El instrumento que de hecho asume la función de establecer las condiciones de trabajo de la mayor parte de los trabajadores y trabajadoras, el

Pero no debemos engañarnos; dado el papel protagonista de la negociación sectorial y la insuficiencia de normas legales y convencionales de articulación de los distintos niveles de negociación, el verdadero reto que el diálogo social tiene ante sí es definir bien aquel espacio sectorial y desarrollar a partir de él prácticas negociales que logren impulsar y facilitar el establecimiento consensuado de medidas de acción positiva con el propósito no solo de evitar que el mundo del trabajo asalariado, público y privado, incremente la brecha entre géneros, sino con el objetivo de superar progresivamente las desigualdades actuales.

b) Las empresas de menos de 250 trabajadores

Como ya se ha puesto de manifiesto de forma repetida a lo largo del presente trabajo, no hay alusión equivalente a la negociación sectorial en el caso de las empresas de menos de 250 trabajadores.

En apariencia, al menos, el legislador decidió aquí simplemente no afrontar los problemas generados por la combinación de ciertas características -debilidades- casi estructurales de nuestro sistema de negociación: un altísimo número de empresas sin convenio; la inexistencia de instrumentos claros para el desarrollo de la negociación "extraconvenio" y una negociación sectorial, básicamente de ámbito provincial, ciertamente pobre en contenidos.

Prescindió así de arbitrar una solución, ni siquiera indirecta o meramente voluntarista como en el caso de los planes de igualdad, para las empresas que por no negociar un convenio quedan al margen de la obligación -más formal que material; pero obligación al fin y al cabo- establecida por el artículo 85 ET. Con este expresivo silencio, la ley abandonó en manos de la negociación colectiva el establecimiento -voluntario- de fórmulas orientadoras y principios generales para la introducción negociada de medidas de igualdad en todas estas empresas que constituyen, por otra parte, el verdadero grueso de nuestro tejido productivo y que emplean a una buena parte de la población asalariada.

La insuficiencia de la ley en este punto es aún más clara si se repara una vez más en que un importantísimo número de empresas, y un significativo número de personas que prestan trabajo en ellas, ni siquiera tendría forma de desarrollar unos eventuales principios generales fijados a través de la negociación sectorial, lo que complica aún más el reto que ésta tiene ante sí: no solo ya dirigir la negociación en la empresa, sino sustituirla plenamente mediante el establecimiento de normas de aplicación inmediata para aquellas que no pueden negociar directamente un pacto.

convenio colectivo provincial, se mueve todavía en un campo de cierta indefinición jurídica. Quizá por ello, este nivel de negociación infraestatal debería ser no solo enriquecido en sus contenidos -lo que parece evidente- sino reforzado también desde el punto de vista de su posición específica en el modelo de negociación colectiva.

Por su parte y si en el caso anterior la negociación colectiva ha abordado, aunque sea de manera tímida y minoritaria la tarea de enunciar principios y ordenar la negociación empresarial de planes de igualdad, en éste se ha limitado, si se me permite la expresión, a escurrir el bulto y mirar hacia otro lado, pero mucho más en mi opinión por falta de capacidad real para afrontar una tarea técnicamente muy compleja que por ausencia de un compromiso real con las políticas de igualdad.

En efecto, los datos muestran que los convenios sectoriales que se han registrado desde el año 2008, fecha a partir de la cual puede considerarse plenamente en vigor la obligación establecida en la disposición final quinta de la LOIMH, apenas recogen referencias explícitas a las medidas y planes de igualdad, limitándose, en el mejor de los casos, a incorporar alusiones genéricas o simples reiteraciones de los mandatos legales.

*La negociación colectiva sectorial como instrumento de extensión de las obligaciones legales*

El artículo 45.3 de la LOIMH admite también que pueda ser la propia negociación colectiva la que imponga el plan de igualdad en empresas a las que, en principio, no alcanza la obligación legal. Es cierto que la ley no alude directamente al convenio sectorial, sino "al convenio aplicable" sin más matizaciones, por lo que podría estar refiriéndose al propio convenio colectivo de la empresa afectada. No parece ser ésta la hipótesis en que está pensando el legislador cuando se refiere a la negociación colectiva como fuente complementaria a la ley, pues la asunción voluntaria de un plan de igualdad en el convenio de la empresa tiene un encaje mucho más apropiado en el apartado 5 del mismo artículo 45 LOIMH[26].

Aunque la negociación colectiva estuviese preparada para asumir esta tarea, lo que a la vista de todo lo afirmado hasta ahora parece cuando menos dudoso, la propia hipótesis legal parece asentarse nuevamente en una valoración errónea del alcance y las características reales de nuestro sistema de negociación colectiva. En efecto, la LOIMH está pensando probablemente también aquí en un modelo articulado de negociación, que aún siendo coherente con el desplazamiento de las obligaciones en materia de igualdad al ámbito de la empresa, no casa, sin embargo, con la regulación legal actual (título III ET) que define un modelo de negociación colectiva básicamente desarticulado.

[26] El artículo 45.5 de la LOIMH dispone que "la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria en las demás empresas". Parece razonable pensar, por tanto, que el convenio colectivo a que se refiere el apartado 3 del mismo precepto como fuente de introducción de una obligación más estricta que la establecida en la ley, sea un convenio colectivo supraempresarial.

Enunciada como está, la hipótesis legal parece dar por supuesto que una empresa no puede sustraerse al mandato establecido en un convenio sectorial; o, expresado en otros términos, que éste goza no solo de la cualidad de afectación general en el ámbito geográfico y funcional para el que ha sido negociado, sino también del carácter de universalidad que es igualmente propio de las normas jurídicas. Se trata de una afirmación cierta, en principio, en relación con los convenios que se negocian de acuerdo con lo establecido en el título III del ET (artículo 82.3) y que constituye uno de los pilares básicos de nuestro sistema normado de negociación colectiva, pero que debe ser contextualizada y matizada. Como regla general, y al margen de la capacidad articuladora de los convenios a que se refiere el artículo 83.2 del ET[27], otro de los pilares capitales de nuestro sistema de negociación es su horizontalidad o, lo que es lo mismo, la equivalencia jerárquica inicial de los convenios colectivos que se aprueban en ejercicio de la autonomía colectiva[28]

Esto supone que las empresas con un convenio propio, vigente cuando se negocia el convenio sectorial, quedan al margen de las prescripciones de éste; e, incluso, que más allá de la preferencia aplicativa temporal del convenio sectorial negociado con anterioridad a que se refiere el artículo 84.1 del ET, las empresas pueden igualmente acabar sustrayéndose a su aplicación mediante la negociación posterior de uno distinto, específico para ellas[29].

En consecuencia, la correspondencia entre convenio sectorial que viniera a imponer planes de igualdad a empresas de menos de 250 trabajadores y "convenio aplicable" a todas las empresas potencialmente incluidas en su ámbito geográfico y funcional no se produce en todos los casos.

En este contexto, la referencia al "convenio colectivo aplicable" permitiría que dos empresas ubicadas en el mismo territorio, pertenecientes al

[27] Que permite que Acuerdos Laborales de ámbito estatal como el ALEH, al que se ha hecho referencia en la nota 23, asuman la función de ordenar y articular con carácter general la negociación colectiva en el sector.

[28] Ver Mercader Ugina, Jesús: páx. 254-259: Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios (Civitas, 1994): "En la legislación laboral ordinaria no pueden hallarse indicios de la existencia de propias y auténticas relaciones de jerarquía".
En parecido sentido, Merino Segovia, Amparo: La estructuración legal y convencional de la negociación colectiva (Civitas, 2000), pág. 25, que incluye el principio de equivalencia o igualdad de trato entre los principios básicos informadores de nuestro sistema de negociación.

[29] Sobre el alcance de la regla legal de no concurrencia y en general de las relaciones entre convenios colectivos, puede consultarse el extenso comentario al artículo 84 del ET de Martín Valverde, Antonio en Comentarios a las leyes laborales, dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz (Tomo XII-vol. 2). Editorial Revista de Derecho Privado.

mismo sector de actividad y con un nivel de empleo semejante, estén materialmente sujetas a obligaciones de contenido sustancialmente diferente en materia de planes de igualdad, en función de que una haya negociado un convenio propio y otra no. No creo, sin embargo, que este haya sido el propósito de la ley. Y no creo, en todo caso, que sea la solución más satisfactoria desde el punto de vista de la promoción y tutela de una negociación colectiva que la propia ley ha querido comprometer con la extensión progresiva de las medidas y planes de igualdad y con su implementación efectiva. En mi opinión, una lectura sistemática del bloque normativo muestra con suficiente claridad que lo pretendido por el legislador fue establecer un primer escalón –obligatorio- que afecta a todas las empresas, y un segundo nivel –voluntario- que pudiera progresar, por decisión libre de los negociadores de un convenio, hacia obligaciones más intensas y de contenido y contornos mucho más precisos, como son los planes de igualdad. Hay que reconocer, sin embargo, que no es fácil trasladar este propósito a un sistema de negociación colectiva no articulado –o solo parcialmente jerarquizado- en el que el convenio cuantitativamente mayoritario, el sectorial infraestatal (provincial), no está en condiciones de garantizar la aplicabilidad efectiva de sus previsiones a todos sus destinatarios naturales.

El convenio sectorial provincial se convierte así en el protagonista principal -puesto que es a él al que se sujetan la mayoría de los sujetos afectados por la negociación colectiva- de una función que solo parcialmente puede cumplir.

Es cierto que la negociación de empresa es, conforme ya se ha señalado, claramente minoritaria en nuestro sistema de negociación colectiva y que, por tanto, las posibilidades reales de que el convenio sectorial que estableciera la obligación de implantar planes de igualdad en empresas de menos de 250 trabajadores se vea desplazado por un convenio propio de alguna de las empresas potencialmente incluidas en su ámbito funcional de aplicación no son muchas, en la práctica. Pero también lo es que la obligación de implantar planes de igualdad a través de la negociación sectorial se referirá, con toda probabilidad, a empresas de tamaño medio, situadas en un estrato de empleo superior a 100 o 150 trabajadores, que son precisamente las que negocian en un porcentaje más significativo un convenio colectivo propio[30]

*Una aproximación a la respuesta real desde la negociación colectiva*

Como era previsible, una primera aproximación a la respuesta de la negociación colectiva, una vez transcurridos tres años desde la entrada en

[30] A modo de ejemplo que ilustre esta afirmación, pueden verse los datos que se aportan en "Los análisis de la estructura de la negociación colectiva", (páginas 97 a 125), en El espacio para las instituciones de diálogo en el fomento, apoyo y dinamización de la negociación colectiva. Consejos de Relaciones Laborales de Andalucía, Galicia, Cataluña y País Vasco (2010).

vigor de la LOIMH, muestra que las medidas de igualdad únicamente están teniendo un cierto éxito, aunque en todo caso muy relativo, en las empresas de más de 250 trabajadores a las que la ley impone la obligación de implantar un plan de igualdad[31].

Curiosamente, sin embargo, el procedimiento mayoritariamente elegido incluso por las empresas que negocian un convenio colectivo propio consiste en crear comisiones paritarias "ad hoc" para la realización de los diagnósticos y la negociación a partir de ellos de los planes de igualdad, sacando de hecho la negociación del plan de la del convenio.

En el resto de las empresas, las menciones a la igualdad de género no pasan de ser, en el mejor de los casos, meras reiteraciones de las previsiones legales.

Por lo que se refiere a la negociación sectorial, la situación es sustancialmente la misma, con alusiones genéricas a la igualdad de género pero sin un grado de desarrollo suficiente. Hay que destacar, sin embargo, la existencia de algún ejemplo significativo en el caso de la negociación estatal, especialmente cuando se trata de acuerdos con pretensión articuladora explícita[32].

Se trata, sin duda, de un pobre balance que contrasta con el papel capital que la LOIMH ha querido conferir a la negociación colectiva. En el presente trabajo se ha hecho alusión a alguno de los problemas que sin duda dificultan la implementación negociada de la igualdad de género en las empresas. No son todos, ni siquiera probablemente los más importantes; constituyen solo una aproximación a las dificultades que plantea el encaje de las previsiones legales en un sistema de negociación no solo complejo en su configuración técnica, sino también esencialmente rígido y con escasa capacidad de adaptación a las necesidades específicas de las empresas, y enormes dificultades, por tanto, para asumir un modelo, el de la LOIMH, que pivota sobre la empresa como unidad negocial básica. A estos problemas se une sin duda la limitada capacidad de la negociación colectiva para digerir nuevos contenidos cualitativos[33] por la falta, en muchos casos, de la suficiente preparación técnica de sus protagonistas directos, que las leyes, sin embargo, parecen ignorar a pesar de la tendencia de recurrir al diálogo so-

[31] Se puede citar como ejemplo significativo el convenio colectivo de la ONCE (BOE 14 de octubre de 2009)) cuyo anexo 7ª incorpora un plan de igualdad aplicable en el conjunto de la empresa.

[32] Ver nota 23.

[33] Lo que en expresión muy gráfica se ha llamado "el estresamiento de la negociación colectiva". Ver Molina Navarrete, Cristóbal en la obra colectiva El espacio para las instituciones de diálogo en el fomento, apoyo y dinamización de la negociación colectiva. Consejos de Relaciones Laborales de Andalucía, Galicia, Cataluña y País Vasco (2010).

cial como pieza básica de su desarrollo, olvidándose de habilitar a los agentes sociales de instrumentos y herramientas suficientes para asumir estos nuevos y crecientes retos.

Sea como fuere, en mi opinión al menos, la LOIMH no se ha equivocado ni en los propósitos ni en los objetivos, ni en la elección de los medios fundamentales para conseguirlos. En materias como la igualdad de género, el diálogo social y la negociación colectiva, típica y atípica, deben jugar un papel ciertamente central, pues se trata de una de las parcelas en las que de forma más clara subyace un interés concurrente de las personas trabajadoras y empleadoras y donde la idea de la negociación como instrumento de neutralización de fuerzas contrapuestas ha de dar paso a la del acuerdo como el medio más eficaz de mejorar simultáneamente la posición del conjunto y la de cada una de sus partes. El objetivo no debe ser, por tanto, cambiar el esquema, sino tratar de detectar sus disfunciones y de limar sus aristas.

## CONCLUSIONES

*1º.- La LOIMH optó por configurar formalmente la acción positiva en materia de igualdad de género como una verdadera obligación empresarial. A pesar de ello, y en consonancia, por otra parte, con el papel que las normas más modernas de contenido sociolaboral atribuyen al diálogo social, confirió a la negociación colectiva el cometido de determinar, en primera instancia, su contenido concreto. En este sentido, se podría afirmar que la verdadera eficacia e incluso el carácter obligatorio desde un punto de vista estrictamente jurídico de las medidas de promoción de la igualdad de género está fuertemente condicionada por el funcionamiento efectivo del diálogo social y por la capacidad real de los convenios colectivos de asumir este reto. Esta afirmación es predicable del conjunto de las empresas, con independencia de su tamaño y de las obligaciones específicas que imponga para ellas la LOIMH, planes o medidas genéricas de igualdad, pero es especialmente válida en el caso de las empresas de tamaño inferior a los 250 trabajadores que componen la parte esencial de nuestro tejido productivo y a las que el artículo 45.1 de la LOIMH impone una obligación genérica, sin más especificaciones.*

*2º.- Este papel cardinal de la negociación colectiva que se concreta en la*

*obligación de negociar en cada caso, tanto el contenido concreto del plan como el de las medidas genéricas, en el ámbito de la empresa, se ve notablemente dificultado por el problemático encaje de las previsiones de la ley, parcialmente trasladadas a la normativa laboral, en nuestro modelo de negociación colectiva y por las características de su estructura real, en la que predomina de forma clara el convenio sectorial de ámbito infraestatal.*

*3ª- En buena parte por ello, y a pesar de que la ley parezca partir de la presunción de que el vehículo preferente de negociación es el convenio colectivo estatutario negociado dentro de cada empresa, en la realidad muchas de estas empresas se verán abocadas inevitablemente a negociar la implantación y el contenido de las medidas de acción positiva a través de pactos o acuerdos específicos de carácter atípico dentro del modelo estatutario de negociación colectiva, lo que deja abiertas no pocas incógnitas sobre su alcance teórico y su funcionamiento práctico.*

*Aunque tal situación se dará de forma mayoritaria en las empresas de tamaño pequeño/medio afectadas por las obligaciones genéricas del artículo 45.1. de la LOIMH, se producirá también en una buena parte de las empresas obligadas por ley a implantar un plan de igualdad; no solo porque no negocian, dentro del principio de libre elección de ámbito que caracteriza nuestro sistema de negociación colectiva, su propio convenio, sino porque cuando lo hacen suelen atribuir la negociación y aprobación del plan a comisiones "ad hoc", diferentes de la comisión negociadora del convenio colectivo y que actúan bajo procedimientos específicos.*

*4º.- En cualquier caso, todas aquellas empresas que carezcan de representantes y, por tanto, de interlocución legal, quedarán fuera del proceso, típico o atípico de negociación, sin que la ley haya arbitrado una solución alternativa para tales supuestos.*

*5º.- El hecho de que mayoritariamente las medidas de igualdad de género se canalicen a través de pactos o acuerdos específicos de empresa, invisibilizará también en muy buena medida esta importante parcela de la realidad negocial colectiva, dificultando de forma muy significativa su seguimiento y evaluación, y con ello, el cumplimiento de la propia disposición final quinta de la LOIMH. En buena parte, esta es la razón por la que resulta extraordinariamente difícil realizar estimaciones sobre el grado de eficacia real hasta ahora de la negociación colectiva como instrumento preferente de introducción de medidas y planes de igualdad.*

*6º.- A pesar de la importancia que el diálogo social y la negociación colectiva tienen dentro del tratamiento de la acción positiva en la LOIMH, ésta se ha olvidado en buena medida de regular con claridad el papel de la negociación sectorial, lo que contrasta de forma muy llamativa con el hecho de que, según la estructura real de nuestra negociación colectiva, los convenios supraempresariales se aplican como instrumento único de regulación*

*de carácter estatutario, a más del 80% del conjunto de los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena.*

*7º.- La alusión formal a los convenios sectoriales que realiza el artículo 85.2 del ET, se asienta en un esquema teórico de negociación articulada al que, sin embargo, le falta en la práctica una de las piezas básicas, a la vista de la inexistencia de una verdadera obligación de contenido mínimo dirigida a la negociación sectorial para fijar en todo caso reglas y principios generales en materia de igualdad de género a desarrollar en el marco de las empresas. Con independencia de que el estado actual de la negociación colectiva plantee dudas sobre la capacidad de ésta para asumir el reto de pilotar realmente estos procesos en las empresas, ningún intento de implicar al diálogo social en el desarrollo concertado de la acción positiva puede prescindir del convenio sectorial y en especial del de ámbito infraestatal ya que sobre él descansa el peso mayor de nuestra actual negociación colectiva.*

*8º.- Desde otro punto de vista, el papel reservado a la negociación sectorial para la extensión de los planes de igualdad a las empresas de menos de 250 trabajadores y trabajadoras, choca también con un sistema que descansa como pieza fundamental en un tipo de convenio sectorial, el de ámbito provincial, que carece de cualquier capacidad articuladora, por lo que una decisión adoptada eventualmente por sus negociadores dirigida a reforzar la ley y extender sus previsiones a otras empresas, chocaría con la posibilidad real de que aquéllas o bien no se vieran afectadas por el mandato convencional, o bien se sustrajeran finalmente a él mediante la negociación de su propio convenio colectivo.*

*9º.- Por último, y de acuerdo con los datos oficiales disponibles, el porcentaje de convenios colectivos negociados desde la entrada en vigor de la LOIMH que incorporan medidas de promoción de la igualdad y de evitación de la discriminación es muy pequeño; no solo en lo que se refiere a las medidas genéricas del artículo 45.1, sino también en lo que se refiere a los planes de igualdad. En cuanto a los pactos de empresa, simplemente carecemos de información oficial, por lo que no es posible realizar estimaciones minimamente fiables* sobre ellos.

# Luis Gómez de las Heras

Letrado de la Seguridad Social
Profesor de Derecho del Trabajo
Universidad de Castilla-La Mancha. Abogado


## LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN 2010

Mi agradecimiento a la Consellería de Traballo e Benestar de la Xunta de Galicia, al Sr. Director de la Escola Galega de Administración Pública, Don Pablo Figueroa Dorrego; al Sr. Director de estas **Jornadas de Derecho Social y Administración Pública,** D. Germán Barreiro González; a su coordinador, D. Antonio Almansa Bernal; a D. Fernando Manrique López y a cuantos han colaborado en su organización, por concederme el honor de participar y compartir mesa redonda sobre **la Reforma de la Seguridad Social** con personas tan relevantes en la disciplina jurídica de la Seguridad Social como son mis queridos compañeros Letrados de la Seguridad Social que me acompañan en esta mesa. Especial agradecimiento por la vinculación que tienen estas jornadas con el homenaje a nuestro llorado compañero Don Manuel Peláez Nieto. Gratitud al maestro.

He de felicitarles por haber elegido el tema de la Reforma de la Seguridad Social, por su importancia y porque la reforma de la SS, además de ser un tema de rabiosa actualidad, es una constante histórica.

La Seguridad Social desde su nacimiento, ya se conciba como mecanismo de protección social o como disciplina jurídica, ya para cumplir su finalidad de proteger situaciones de necesidad, cambiantes con los tiempos o para dar respuesta a las concepciones políticas dominantes, también cambiantes, ha estado sometida a continua modificación y reforma.

Desde mi punto de vista, la peculiaridad de la reforma de futuro estriba en que así como las reformas anteriores, con alguna excepción, pretendieron objetivos de mejorar el nivel de protección, para ir adaptándolo a las exigencias del progreso y a las mejores condiciones de vida demandadas por la sociedad, las reformas de futuro, lejos de pretender mejoras, parece que

habrán de ir dirigida a evitar el deterioro del sistema público de seguridad social y, en todo caso, a rebajar el nivel de protección, para adaptarse a la grave situación económica y social que vivimos.

Este planteamiento no quiere ser alarmista, únicamente pretende describir a la realidad social como supuesto de hecho necesitado de una norma de seguridad social. Se trata de constatar los motivos que en cada momento han justificado la necesidad de una reforma de las normas de Seguridad Social.

1.- No se puede prescindir de que la primera manifestación reconocida de la creación de los Seguros Sociales en España, a través de las políticas de protección, se sitúan en la Comisión de Reformas Sociales (1883) que se encargó del estudio de cuestiones que interesasen a la mejora y bienestar de la clase obrera ante la situación e penuria en que vivía durante el siglo XIX, puesta de manifiesto en testimonios de Cerdá, Fontanta, Moulan, y Méndez Álvaro, cuyos dramáticos informes describen la situación de deficiente alimentación, hacinamiento, insalubridad, en definitiva, de pauperismo generalizado entre las masas trabajadoras en el periodo anterior a la Restauración.

En definitiva, la creación de la Comisión de Reformas sociales, presidida por Antonio Cánovas y compuesta por trece miembros, entre otros Gumersindo de Azcárate, Andrés Mellado, Federico Rubio y, posteriormente, Segismundo Moret constituye la primera reforma: "De la nada a las primeras políticas de protección".

2.- En ese contexto, se creó el primer seguro social por Ley de Accidentes de Trabajo de 30-1-1900, **que configuró** como social el riesgo de accidentes de trabajo, sobre el principio de responsabilidad empresarial objetiva o por riesgo y se creó el INP por Ley de 27-2-1908, con la función, entre otras, de difundir e inculcar la previsión popular.

Estableciéndose paulatinamente entre otros como seguros sociales independientes:

- El de vejez, 1919.
- El Seguro obligatorio de maternidad, 1923.
- El Seguro de paro forzoso, 1931.
- El de cargas familiares.
- En 1942, Seguro obligatorio de enfermedad. (SOE)
- El Seguro obligatorio de vejez e Invalidez (SOVI), 1947.

3.- A partir de 1946, empezó a desarrollarse un aseguramiento social también obligatorio, pero de naturaleza profesional o por ramas de la producción, representado por las **Mutualidades Laborales** a través de las cuales se estructuró un sistema de protección especialmente para los riesgos de vejez y supervivencia.

Las reformas que se produjeron durante este periodo de tiempo tuvieron

como objetivo reforzar el sistema de protección y ampliar la extensión del ámbito personal de cobertura para cada uno de estos riesgos, favoreciendo, además, la transición de la **PREVISIÓN SOCIAL A LA SEGURIDAD SOCIAL**. (Alonso Olea)

4.- Un hito histórico de las reformas de la Seguridad Social viene representado por **la Ley de Bases de la SS de 28-12-1963**, que sentó las Bases para la configuración de la Seguridad Social como sistema. El mandato de la Ley se agotó en el **Texto articulado de la Ley de Seguridad Socia**l, **aprobado por Decreto de 28-12-1966,** que fue modificado por el **de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social** de 21-6-1972, y ambos refundidos en el **Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 30-5-74**.

La importancia de esta reforma (Alonso Olea) estriba en que amplió el ámbito personal de cobertura frente a los riesgos; y así, los distintos seguros sociales que casi siempre comenzaron estableciéndose para los trabajadores por cuenta ajena, de la industria y de rentas de trabajo bajas. Paulatinamente se fueron extendiendo de los económicamente débiles a quienes no lo son, de los trabajadores industriales a los agrícolas y de servicios y, finalmente, de los trabajadores por cuenta ajena a los autónomos, con un último ideal de que allí donde sea posible alcancen a todos los ciudadanos y aún a todos los residentes en el país, es decir, la universalidad de la cobertura como derecho humano básico en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y en el Pacto Internacional de Derechos económicos sociales y culturales (Naciones Unidas 1966).

Como complemento de lo anterior se unificaron los varios seguros sociales, los recursos económicos que los sostienen y su recaudación, sus entidades gestoras y, en último término, las prestaciones.

5.- De trascendental importancia en la evolución de un sistema originariamente profesional hacia un modo de protección universalista es la reforma operada por la aprobación de la Constitución de 1978, no en vano el artículo 1º dice que *"España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho"*. El primer apellido del Estado es social, pese a lo cual no incluyo el reconocimiento de los derechos sociales en las secciones primera y segunda del Capítulo Segundo, *"De los derechos fundamentales y libertades públicas"*, y *"De los Derechos y deberes de los ciudadanos", dotados de la máxima protección constitucional (Recurso De amparo, etc. (artículo 53 de la Constitución Española), sino en el Capítulo tercero, bajo la rúbrica de "principios rectores de política social y económica", que "solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen"*. En todo caso, el artículo 41 consagró la existencia de la protección social en tres niveles: básico, profesional y libre, diciendo que obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de segu-

ridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, indicando que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

6.- Simultáneamente, o en desarrollo del principio rector de la política social contenida en el artículo 41 de la Constitución, se han producido otras reformas en la Seguridad Social que no siempre han respondido a tal enfática declaración. Así:

El Real Decreto Ley 36/1978 para la reforma de la Gestión Institucional de la Seguridad Social, que en función de lo acordado en los Pactos de Moncloa crea un sistema de participación institucional de los agentes, así como el establecimiento de un nuevo sistema de gestión, extinguiendo el INP y las Mutualidades Laborales y creando los Institutos Nacionales de la Seguridad Social, la Salud y los Servicios Sociales, y la TGSS, en un esquema inicialmente confuso donde hasta los mismos funcionarios tuvieron dificultades para saber a que organismo pertenecían pero no afectó a las prestaciones.

La Ley Básica de Empleo 51/80 derogada y sustituida por la Ley de Protección del Desempleo 31/84 restrictivas de la protección al aumentar los periodos de carencia y disminuir los tiempos de prestación.

La Ley 26/1985 de 31 de julio para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, familiarmente conocida como Ley de recortes de las pensiones por ser fuertemente restrictiva de las prestaciones públicas contributivas.

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución, que creó el sistema de salud a gestionar por las Comunidades Autónomas como algo distinto de la asistencia sanitaria, protegida en la Ley General de la Seguridad Social gestionada por el INSALUD (artículo 98 LGSS), originando en principio situaciones de desigualdad, pues mientras reconocía en su artículo 1 el derecho a la protección de la salud a todos los españoles y extranjeros residentes, el artículo 3 del Reglamento de asistencia sanitaria exigía estar afiliado, en alta y hallarse la Empresa al corriente en el pago de las cuotas (Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre).

La Ley 26/1990 de prestaciones no contributivas en cuya aplicación, y por lo que conocemos, se exigen muchos requisitos, se siguen criterios muy restrictivos y un tedioso trámite administrativo para la concesión de dicha protección insuficiente.

Y finalmente, completando el esquema del articulo 41 de la Constitución, las Leyes de Planes y fondos de pensiones.

7.- En el inicio de los 90 la crisis económica suscitó en la sociedad el debate sobre la estabilidad y validez financiera de la Seguridad Social y su

proyección futura e inició un proceso de reflexión política que concluyó con el compromiso de las distintas fuerzas en el mantenimiento del actual sistema de protección.

En 1995, fruto del consenso entre todas las fuerzas representadas en el Parlamento, se firmó el Pacto de Toledo cuyo objetivo fue hacer viable financieramente el actual modelo denominado de reparto y solidaridad intergeneracional. El Pacto establece las líneas de actuación y de reforma a introducir en el sistema de pensiones contributivo, así como las recomendaciones cuya adopción se propone, en orden al reforzamiento de la consolidación.

Las XV Recomendaciones del Pacto de Toledo se refieren, entre otros, a los siguientes extremos:

- Que la financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependerá básicamente de las cotizaciones sociales, y la financiación de las prestaciones no contributivas y universales (sanidad y servicios sociales) exclusivamente de la imposición general.
- La constitución de reservas que atenúen los efectos de los ciclos económicos sin acudir a incrementos de las cotizaciones.
- La coincidencia de las bases de cotización con los salarios reales.
- Igualar la acción protectora con la aportación contributiva en los regímenes especiales.
- Mejorar los mecanismos de recaudación.
- Integración orgánica de la gestión (INP).
- Facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa y mantenimiento de la jubilación anticipada.
- Garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.
- Reforzamiento del principio de solidaridad en pensiones de orfandad y viudedad.
- Potenciar la ordenación de la previsión social complementaria.

Por cierto, el pacto se discutió en los mismos salones del Parador Conde de Orgaz donde los Letrados de la Seguridad Social hemos rendido homenaje a nuestros mayores, los Letrados D. Manuel Alonso Olea y D. José Luis Villar Palasí.

8.- Tras El Pacto de Toledo se produjeron importantes novedades, tanto en los datos de la realidad social Española como en el terreno institucional, que dieron lugar a que en 2003 el Congreso de los Diputados aprobara la RENOVACIÓN DEL PACTO DE TOLEDO, fruto también del consenso político y social, actualizando las recomendaciones del Pacto de Toledo e incorporando nuevas propuestas para afrontar los cambios habidos desde 1995 en la realidad social e institucional española, en función de los objetivos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Entre ellas, y como recomendaciones adicionales, aparecen las relativas

a: Nuevas formas de trabajo y desarrollo profesional, en especial la extensión del trabajo a tiempo parcial, la incidencia del empleo temporal o las nuevas posibilidades de compatibilidad entre trabajo y pensión o subsidio.

Mujer y protección social, avance en las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral.

- Dependencia.
- Discapacidad.
- Inmigración.

9.- A partir de este momento, todas las reformas tienen la peculiaridad de ser el resultado del consenso entre las fuerzas políticas y sociales, y se incluyen dentro de los paquetes de Leyes de medidas urgentes referidas a materias políticas, económicas y Sociales.

A este esquema responde la reforma operada por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre de Medidas en materia de Seguridad Social.

Sus antecedentes se encuentran en la Declaración para el Diálogo Social firmada por el Gobierno, la UGT, CCOO, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, el 8 de julio de 2004, que dió lugar al Acuerdo sobre medidas en materia de seguridad social suscrito el 13 de julio de 2006, que tomó como referencia las prioridades marcadas por el Pacto de Toledo en su renovación de 2003. La pretensión de la norma, según su preámbulo, es hacer el sistema de pensiones más sostenible financieramente en el tiempo y adecuarlo a nuevas realidades sociales.

Sin embargo, refleja la situación de crisis económica en aquel momento no reconocida institucionalmente y restrictiva en el ámbito de la protección.

Las principales novedades son las siguientes:

1.- Se dificulta el acceso a la jubilación parcial (creada en enero de 2002) exigiendo, además de los requisitos anteriores, acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de seis años inmediatamente anteriores a la jubilación y acreditar 30 años de cotización sin contar los periodos de pagas extras.
2.- Aumenta el periodo mínimo de cotización efectivo que se exigirá para cobrar la pensión de jubilación, ya que se computarán únicamente los días efectivos de cotización y no los correspondientes a las pagas extraordinarias.
3.- Se crean incentivos para prolongar la vida laboral incrementando porcentajes de pensión por cada año trabajado mas allá de los 65 años.
4.- Mejoran las pensiones de aquellos que se jubilaron anticipadamente, como consecuencia de un despido, antes de 1 de enero de 2002, pero la mejora oscilará entre los 18 y los 63 euros mensuales.

5.- Se reconoce la pensión de viudedad a las parejas de hecho con convivencia acreditada (5 años) o hijos comunes.
6.- El Gobierno se compromete a abordar una reforma integral de la pensión de viudedad y jubilación parcial de los empleados públicos.

**En el momento presente, cuando se habla de rotura de la caja única de la Seguridad Social, de que el paro alcanza a 4.000.000 de personas, que el sistema de pensiones tiene déficit en 7 comunidades y el Ministro anuncia que la Comisión del Pacto de Toledo está estancada desde abril, etc. etc. etc. parece que se dan las condiciones objetivas que justifican una reforma de la seguridad social en la seguridad de que sus autores no van a pasar a los anales de la Seguridad Social con el mínimo relieve que lo hicieron Segismundo Moret, Gumersindo de Azcárate o Maluquer.**

# Blas Oliet Palá

Letrado de la Seguridad Social
Director de los servicios jurídicos de repsol


## CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS PIGNORATICIAS SOBRE LOS DERECHOS CONSOLIDADOS DE UN PLAN DE PENSIONES

### I.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El desarrollo y expansión en España de los planes de pensiones, desde la ya lejana publicación de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones, que por vez primera reguló este importante mecanismo de previsión social voluntaria y libre, independiente o complementario del sistema público de la Seguridad Social, amparado en el artículo 41 de la Constitución Española, ha venido desvelando importantes problemas de regulación que en el momento actual, de fuerte crisis económica, tienen interés económico y jurídico.

Los Planes de Pensiones, sean del sistema individual, asociado o de empleo, generan un patrimonio económico que se imputa o reconoce a los partícipes, una de cuyas básicas cualidades es la de su "indisponibilidad" hasta que acaece el hecho causante de la correspondiente prestación.

Si bien dicha indisponibilidad es en la actualidad relativa, pues se han venido flexibilizando los requisitos para acceder a dicho patrimonio, desde la inicial regulación que asociaba la disponibilidad de los fondos a la concurrencia de alguna de las situaciones protegidas por los Planes de Pensiones (jubilación, incapacidad laboral permanente y muerte del partícipe que puede generar derecho a pensión de viudedad u orfandad), hasta la actual que permite hacer efectivos los derechos consolidados, además de en los casos anteriores, en las situaciones de dependencia, desempleo de larga duración y enfermedad grave (artículo 8.8 RDL 1/2002 de 29 de noviembre sobre Planes y Fondos de Pensiones), es lo cierto que la indisponibilidad relativa de derechos sigue siendo una de las características esenciales de la institución.

En este marco general, la posibilidad de utilizar los derechos patrimo-

niales que pertenecen a los partícipes del plan, esto es, sus derechos consolidados para garantizar el cumplimiento de otras obligaciones, singularmente la devolución de préstamos, constituye cuestión de gran importancia económica, sobre todo en tiempos de crisis y restricción de créditos por parte de las entidades financieras.

En definitiva, se trata de determinar si es posible jurídicamente la constitución de un derecho real de prenda sobre los derechos consolidados de los partícipes de los planes de pensiones, como medio de garantizar el cumplimiento de obligaciones derivados de la obtención de cuentas de crédito y préstamos.

## II. LA PRENDA DE DERECHOS CONSOLIDADOS EN LA REGULACIÓN DE LOS PLANES DE PENSIONES

La posibilidad de utilizar los derechos consolidados de los planes de pensiones en garantía de cumplimiento de obligaciones contraídas por los partícipes es cuestión no regulada directamente en la legislación sobre la materia, Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, de Planes y Fondos de Pensiones (LPFP) y normas complementarias.

Ahora bien, en un inicial planteamiento de la cuestión, los derechos consolidados generados en cualquier sistema de previsión, en la medida en que se imputen al partícipe durante su generación, como es el caso, pueden constituir un derecho patrimonial susceptible de tráfico jurídico. La especialidad radica, como ya se anticipó, en que tales derechos consolidados no son disponibles para el interesado hasta que se producen los supuestos regulados en la Ley y en los reglamentos reguladores, normalmente el hecho causante de las correspondientes prestaciones.

El Código Civil establece (artículo 1.864) que pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal de que sean susceptibles de posesión.

Desde este punto de vista, los derechos consolidados constituyen bienes muebles (derechos de crédito) que, por su propia naturaleza, podrían ser objeto de prenda en garantía de cumplimiento de obligaciones contraídas por el partícipe correspondiente, si bien tratándose de derechos no disponibles hasta el momento del acaecimiento del hecho causante de las correspondientes prestaciones, su ejecución habría de demorarse razonablemente hasta tal momento.

La Legislación de Planes y Fondos de Pensiones no se refiere específicamente al tema de la constitución de garantías sobre derechos consolidados, aunque contiene alguna norma que indirectamente nos ofrece criterios para la solución del problema. En concreto, la LPFP prohíbe en su artículo 8.8 que los derechos consolidados sean objeto de embargo hasta que se cause el derecho a la prestación o se hagan efectivos en los supuestos de

enfermedad grave o desempleo de larga duración y en su artículo 8.10 permite que las prestaciones sean embargadas, en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento correspondiente.

En el mismo sentido el artículo 10.7 del RD 304/2004, de 20 de febrero, que aprobó el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones establece que las prestaciones de los planes de pensiones deberán ser abonadas al beneficiario o beneficiarios previstos o designados, salvo que mediara embargo, traba judicial o administrativa, en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento correspondiente.

Reitera el artículo 22.7 del indicado Reglamento que los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración. Y añade que cuando el derecho a las prestaciones del partícipe en un plan de pensiones sea objeto de embargo o traba, judicial o administrativa, esta resultará válida y eficaz, si bien no se ejecutará hasta que se cause el derecho a la prestación o concurran los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración previstos en este reglamento. Producidas tales circunstancias, la entidad gestora ordenará el traspaso de los fondos correspondientes a las prestaciones a quien proceda, en cumplimiento de la orden de embargo.

Todo ello ratifica que los derechos consolidados solo podrían hacerse efectivos, en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas por la prenda, cuando se cause la prestación o tales derechos sean disponibles para el interesado.

## III.- CRITERIO ADMINISTRATIVO

La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSPP) se ha pronunciado sobre la cuestión, en sentido negativo, en su Resolución de 20 de enero de 2010, que resuelve consulta planteada sobre pignoración de derechos consolidados y económicos en un plan de pensiones.

Considera la DGSPP que "un plan de pensiones es un contrato por el que se realizan aportaciones para constituir un ahorro finalista destinado al cobro de prestaciones por jubilación, incapacidad laboral, fallecimiento y dependencia. Por tanto, el ahorro constituido en el plan de pensiones solo podrá hacerse efectivo cuando se produzca alguna de las contingencias cubiertas por el plan o, en su caso, en los supuestos excepcionales de enfermedad grave o desempleo de larga duración."

Tras realizar un repaso sobre distintos aspectos de la regulación legal, destaca la DGSPP que, conforme al artículo 8.7 de la Ley y 22.7 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, los derechos consolidados no podrán ser objeto de embargo o traba judicial o administrativa hasta el

momento en que se cause derecho a la prestación o se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración y niega la posibilidad de constituir prenda con los siguientes argumentos:

*"Cuestión distinta a la situación descrita en el párrafo anterior, sería si en virtud de un contrato privado el partícipe o, en su caso, el beneficiario para caso de fallecimiento, se obliga al pago de la prestación a un tercero. En este caso, la existencia de dicho contrato privado es ajena al plan de pensiones y no afectaría a los derechos y obligaciones derivados del mismo. Por tanto, la entidad gestora no quedaría vinculada por el mencionado contrato y estaría obligada al abono de la prestación al beneficiario o beneficiarios previstos o designados, salvo que mediara embargo, traba judicial o administrativa…*

*El contrato de prenda se encuentra regulado en los artículos 1.857 y siguientes del Código Civil. El artículo 1857, 3º del Código Civil señala como uno de los requisitos esenciales de los contratos de prenda, "que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizados al efecto. Por otra parte, el artículo 1.858 del citado cuerpo legal establece que es también esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consista la prenda o hipoteca para pagar al acreedor.*

*Por tanto, sería requisito necesario para poder constituir un derecho de prenda sobre los derechos consolidados en un plan de pensiones, que estos pudieran hacerse líquidos una vez vencida la obligación principal, para poder pagar al acreedor. Sin embargo, si bien la titularidad de los derechos consolidados corresponde al partícipe, los citados derechos están fuera del comercio pues aquel no tiene la libre disposición sobre los mismos hasta que no se cause el derecho a la prestación. Muestra de ello es lo dispuesto en el artículo 17.4 del RPFP que dispone que a instancia de los partícipes deberán expedirse certificados de pertenencia a los planes de pensiones que, en ningún caso, serán transmisibles.*

*Por su propia naturaleza, los derechos consolidados no pueden ser enajenados y solo pueden hacerse efectivos cuando acaezca alguna de las contingencias cubiertas por el plan o, en su caso, cuando se de alguno de los supuestos excepcionales de liquidez. Por este motivo, una vez vencida la obligación principal, el acreedor no podría hacer efectivo su derecho de crédito sobre la cosa pignorada ya que los derechos consolidados solo pueden hacerse líquidos cuando se de alguno de los supuestos que la normativa de planes y fondos de pensiones prevé para su cobro.*

*En consecuencia, en virtud de lo anteriormente expuesto, este centro directivo considera que no se dan los requisitos legales para que se pudiera admitir la pignoración de los derechos consolidados de un partícipe en un plan de pensiones."*

La razón básica que impediría, según el criterio administrativo, la prenda de derechos consolidados es que el titular de dichos derechos no tiene la libre disposición de los mismos, al estar fuera del comercio y no poder hacerse líquidos hasta que se cause la correspondiente prestación. De esta manera faltaría uno de los requisitos básicos para la constitución de la prenda, establecido en el artículo 1857.3º del Código Civil, que la persona que la constituya tenga la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se halle legalmente autorizada al efecto.

Los requisitos esenciales para la constitución de los contratos de prenda e hipoteca, según el artículo 1.857 del Código Civil, son, 1) que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, 2) que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca y 3) que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

El primero de los requisitos no constituye problema, concurrirá en la medida en que la prenda garantice el cumplimiento de una obligación principal. El segundo, la propiedad de los bienes, está expresamente regulado en el artículo 8.4 de la LPFP, que atribuye la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan a los partícipes y beneficiarios, y en el artículo 8.7 de la misma Ley, que considera derechos consolidados de los partícipes, en los planes de aportación definida, la cuota parte que le corresponda determinada en función de las aportaciones, rendimientos y gastos, y en los planes de prestación definida, la reserva que le corresponda de acuerdo con el sistema actuarial utilizado.

El tercer requisito, la libre disposición de los bienes por parte del titular, ofrece mayores dificultades. Como precisa la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su antigua Resolución de 18 de abril de 1952, la libre disposición de los bienes que constituye un requisito esencial en los casos de prenda e hipoteca tiene un elemento subjetivo, que afecta a la persona titular y hace referencia a su capacidad y otro objetivo que afecta a la inexistencia de prohibiciones para disponer:

*"Que conforme a los artículos 1.857, número tercero, del Código Civil, y 138 de la Ley Hipotecaria, sólo pueden constituir hipoteca voluntaria quienes tengan la libre disposición de sus bienes, y si tales preceptos han sido analizados por autorizados comentaristas en un doble sentido subjetivo y objetivo, comprensivo tanto de la capacidad necesaria para hipotecar, como de la ausencia de prohibiciones de disponer, sin embargo, no deben confundirse la capacidad fundada en la aptitud psíquica de la persona, con las limitaciones indicadas del poder patrimonial, por lo que cabría deslindar la capacidad del deudor hipotecario de su poder de disposición afectado por habérsele prohibido durante un plazo la venta de los inmuebles."*

En el caso de los derechos consolidados, y con independencia de situaciones subjetivas de incapacidad de los titulares que no vienen al caso, no hay una clara y total prohibición de disponer en la legislación aplicable. Es cierto, como dice la Dirección General de Seguros, que los derechos no pueden hacerse líquidos hasta que acaezca la correspondiente contingencia protegida. El artículo 8.8 de la LPFP añade que los partícipes solo podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en los supuestos de desempleo de larga duración o de enfermedad grave. Ahora bien, no existe indisponibilidad de derechos, sino aplazamiento de la libre disposición hasta un momento temporal determinado, en el que se acreditan derecho a las prestaciones o se producen algunos de los supuestos en que los derechos consolidados pueden liquidarse.

La posibilidad de constituir prenda sobre derechos de crédito ha sido admitida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que, al menos a partir de la conocida Sentencia de 19 de abril de 1997, admitió que la garantía prendaria tuviera por objeto un derecho de crédito. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2008 realiza un amplio estudio sobre la evolución de la prenda de créditos y la posibilidad de que se constituya con y sin desplazamiento de la posesión.

La doctrina jurisprudencial ha admitido igualmente la prenda sobre créditos futuros, en los que evidentemente tampoco el titular del derecho puede hacer líquido el mismo hasta el momento de su vencimiento y exigibilidad. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 20 de junio de 2007 confirma que los créditos pueden ser objeto de prenda, incluidos los créditos futuros, en cuyo caso la garantía simplemente quedará condicionada jurídicamente a que el crédito llegue a existir. Señala la sentencia al respecto:

*"Se fundamenta [el recurso] en que no concurren los requisitos exigidos por los arts. 1.857 y 1.862 Cód. civ. para la constitución de un derecho real de prenda; tampoco el establecido "en el artículo 2 de su Ley específica de 16/2/54 ( RCL 1954, 1851) " (sic); que la obligación garantizada se crea el 7 de abril de 1997, mientras que la prenda que ahora se quiere hacer valer el 7 de febrero anterior, y para garantizar otro crédito; y que la cosa gravada (crédito contra la Hacienda Pública del deudor pignorante) no se halla en posesión del acreedor, sino de un tercero como es la Hacienda Pública.*

*El motivo, cuyas líneas argumentales en su defensa acaban de exponerse, se desestima por las siguientes consideraciones.*

*La cuestión de si los créditos pueden ser objeto de prenda ha sido estudiada y resuelta por la jurisprudencia de esta Sala en un sentido positivo. A sus sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1977, 27 de octubre de 1999, 25 de junio de 2001 ( RJ 2001, 7243) , 26 de septiembre de 2002 ( RJ 2002, 7873) y 10 de marzo de 2004 ( RJ 2004, 1821) , nos remitimos para*

*evitar superfluas repeticiones. Ha de resaltarse, además, que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 ( RCL 2003, 1748), que reconoce la aptitud de los créditos para ser objeto de derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio sobre ellos (art. 91.1.6º).*

*Respecto de las fechas de constitución de la garantía prendaria y del nacimiento de los créditos la recurrente omite que en la póliza de afianzamiento, que [Adnor, SL] concertó en favor de Banesto con intervención de Corredor de Comercio Colegiado, se pactó la garantía para "cualesquiera débitos que pudiera tener contraídos o que contraiga en el futuro con Banesto". El art. 1.861 Cód. civ. El art. 1.861 Cód. civ. dice que la hipoteca o la prenda pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. El crédito futuro puede ser considerado jurídicamente como sometido a la condición suspensiva de que llegue a existir, y la garantía quedará entonces condicionada de la misma forma. Además, si la Ley admite la hipoteca en garantía de créditos futuros (art. 142 Ley Hipotecaria [ RCL 1946, 886] ) y la fianza por deudas futuras (art. 1.825 Cód. civ. [ LEG 1889, 27] ), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de tales obligaciones.*

Desde este punto de vista, al igual que los derechos consolidados no pueden ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración (artículo 8.8 de LPFP), también podrían ser objeto de garantía prendaria, condicionada al acaecimiento de dichas contingencias o supuestos.

Tampoco el argumento del artículo 8.9 de la LPFP es convincente. La intransmisibilidad de los certificados de pertenencia a los planes de pensiones, que predica la norma, impide evidentemente la venta de los derechos, pero no la constitución de garantías que serán efectivas una vez sean disponibles los mismos. Precisamente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de abril de 1952 admitió la posibilidad de hipotecar un bien, pese a la prohibición de vender que tenía su titular que no comprendía, según el órgano administrativo, la de hipotecar el bien.

Los argumentos de la Dirección General de Seguros son discutibles a la luz de la legislación vigente, si bien la solución negativa final puede estar inspirada en la finalidad básica de previsión social de la regulación sobre planes y fondos de pensiones, que podría verse comprometida si los derechos consolidados pudieran ser disponibles indirectamente mediante la constitución de garantías. Ahora bien, dicha solución protectora de los derechos individuales de los partícipes, evitará que se comprometan los derechos durante su devengo, mas no impedirá su disposición una vez hechos líquidos, sobre todo si tales derechos pueden percibirse en forma de capital,

y constituye una traba para la obtención de créditos por parte de los partícipes de planes de pensiones, sobre todo en tiempos de falta de liquidez.

## IV. LA ESPECIALIDAD DE LOS PLANES DE EMPLEO

Teniendo en cuenta el carácter complementario de las prestaciones derivadas de los Planes de Empleo, su posible carácter de mejora voluntaria en los términos del artículo 39 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio), y la integración de su régimen jurídico con el de las prestaciones de la Seguridad Social, con cuya legislación la jurisprudencia tiende a solventar las posibles lagunas existentes, existen argumentos que permiten sostener, al menos en estos casos de planes de pensiones del sistema de empleo, la imposibilidad jurídica de constituir prenda sobre derechos consolidados.

De la regulación legal básica, constituida hoy por el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994 de 20 de junio, se deduce (artículos 191 y siguientes) que las empresas pueden mejorar directamente las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, costeándolas a su exclusivo cargo y podrá gestionarlas directamente, a través de la Administración de la Seguridad Social, Fundaciones Laborales, Montepíos y Mutualidades de Previsión Social o entidades aseguradoras de cualquier clase. Establece el párrafo segundo del artículo 192:

*"No obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que éste artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, este derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento".*

Como han declarado nuestros Tribunales, las mejoras otorgadas por las empresas constituyen pactos u obligaciones unilaterales asumidas por las mismas, que con el transcurso del tiempo y su aplicación efectiva han venido a convertirse en un negocio jurídico de comportamiento en el que la adhesión de los trabajadores implica su aceptación, resultando encuadrable dicha aceptación en el régimen de asistencia y prestaciones complementarias libres a que se refiere el artículo 41 "in fine" de la Constitución Española, cuyo tenor permisivo implica, además de la posibilidad de un sistema protector ajeno a la organización del Estado, la viabilidad de un régimen de prestaciones complementarias establecido directamente por la empresa, o concertado con los trabajadores, sin sometimiento a las normas de homologación legal establecidas en la sección primera del Capítulo XII de la Ley General de la Seguridad Social.

En ese sentido, el actual artículo 40 de la Ley General de la Seguridad Social establece que las prestaciones de la Seguridad Social, así como los

beneficios de sus servicios sociales y de la asistencia social, **no podrán ser objeto de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento**, salvo en orden al cumplimiento de las obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos o cuando se trate de obligaciones contraídas con la propia Seguridad Social. Es cierto que a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1989, de 22 de junio, los embargos (prohibidos igualmente por la norma precedente) son posibles y se rigen por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se encarga de establecer el propio artículo 40 (redactado tras la sentencia), pero no es menos cierto que las prohibiciones de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento siguen vigentes y afectan a mi juicio a la constitución de garantías sobre las mismas. Es verdad que la norma no se refiere expresamente a la prenda o a la garantía, pero también es cierto que la ejecución de la prenda exige, como veremos, la retención o descuento y que tales actos se encuentran prohibidos por lo que respecta a las prestaciones de la seguridad social.

Como la prenda se ejecuta, en caso de incumplimiento de la obligación principal, mediante los procedimientos establecidos en los artículos 1866 del Código Civil, que concede al acreedor derecho a retener la cosa en su poder o en el del tercero en el que esté depositada hasta que se le pague su crédito, y en el artículo 1872, que concede al acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, a la enajenación de la prenda ante Notario (que no sería razonablemente de aplicación tratándose los derechos consolidados de dinero líquido), el derecho de retención que resulta básico para la ejecución de la prenda podría verse afectado por lo dispuesto en la prohibición del artículo 40.

En definitiva, existe un obstáculo o riesgo jurídico para la constitución de prenda sobre los derechos consolidados de un plan de pensiones del sistema de empleo, que vendría constituido por la aplicación analógica del artículo 40 de la Ley General de la Seguridad Social que afectaría al derecho de retención. Ello no significa desde luego que la posible deuda garantizada no podría cobrarse con cargo a los derechos consolidados, pero exigiría acudir a un procedimiento judicial y obtener el embargo de tales derechos (supuesto expresamente permitido tras la Sentencia del Tribunal Constitucional en los términos del artículo 607 de la LEC), con pérdida de los beneficios de retención y en su caso enajenación previstos en el Código Civil que constituyen la esencia de la prenda.

**DOCTRINA JUDICIAL**

No existen antecedentes jurisprudenciales de interés que nos permitan pronosticar, sin riesgos, la evolución de la cuestión. En alguna sentencia, como la 556/2004, de 29 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2005 3698) se aborda la cuestión de un préstamo ga-

rantizado con los derechos consolidados de un plan de pensiones, que no se cuestiona, pero se trata de un plan de pensiones individual, no de empleo, y por tanto, la aplicación (directa o analógica) del artículo 40 de la LGSS no se suscita.

Alguna resolución judicial parece inclinarse con mayor claridad por la posibilidad de constituir prenda sobre los derechos consolidados, aunque no se aborda la cuestión en profundidad y se trata de jurisprudencia menor. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de mayo de 2006 argumenta en los siguientes términos:

*"A las razones expuestas en el auto que se recurre poco cabe añadir si bien se hace preciso indicar para rebatir las argumentaciones del apelante en primer lugar y respecto a la compensación opuesta que la cláusula 13º de la póliza de préstamo establece que lo pignorado en garantía del buen fin de la póliza son " los derechos a la prestación derivada de su plan de pensiones..(¿.)". (folio 22), siendo los planes de pensiones un derecho a una prestación futura vinculados a unas determinadas contingencias.*

*Ello permite afirmar que el Banco queda en prioridad y preferencia absoluta frente al partícipe y los beneficiarios de dicho plan de pensiones, pero en el momento en que el prestatario tenga derecho a percibir dichas prestaciones, lo que se produce cuando acaece alguna de las contingencias cubiertas por el plan de pensiones. Así viene expuesto en la propia cláusula que se comenta en coherencia y estricta observancia de la legislación vigente sobre el particular.*

*Así la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones 1/2002, tras indicar en su artículo 2º que los fondos de pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones , cuya gestión, custodia y control se realizarán de acuerdo con la presente ley, en el artículo 8.6º detalla que las únicas contingencias legales por las que se puede solicitar el rescate del plan de pensiones, momento en el que se podría predicar su liquidez, son la jubilación, la incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual o absoluta y permanente para todo trabajo, la gran invalidez, la muerte del partícipe o beneficiario o el desempleo de larga duración o de enfermedad grave.*

*En el mismo sentido se pronuncia el Reglamento que la desarrolla (RD 304/2004) cuando tras definir en su artículo 2º su naturaleza, en el artículo 7 se refiere a las mismas contingencias legales susceptibles de cobertura a través de un Plan.*

*Aparece claro pues que el Banco de Sabadell no puede hacer efectivo o rescatar el plan de pensiones a su libre albedrío y por el mero hecho de que se hayan impagado el préstamo y pignorado los derechos del plan de pensiones, pues sólo cuando se produzca alguna de las contingencias legalmente previstas y se solicite el rescate del Plan por el Prestatario el Banco tendrá*

*preferencia para aplicar el importe de dicha prestación a la liquidación del préstamo. Pues en ese momento podrá afirmarse que el saldo del Plan de Pensiones es líquido y exigible."*

En conclusión, las razones mantenidas por la Dirección General de Seguros para impedir la prenda de derechos consolidados, son objetables jurídicamente y pueden completarse con argumentos más sólidos en el caso de los planes de empleo. Será la doctrina judicial la que habrá de construir una tesis definitiva sobre la materia si, como parece probable, se suscitan litigios sobre el particular.

En cualquier caso, se echa en falta una regulación legal clara sobre la materia que, en beneficio de la seguridad jurídica, impidiera interpretaciones divergentes que sin duda se producirán si las entidades financieras incorporan la figura a sus instrumentos de crédito.

Madrid, 30 de junio de 2010

## REFORMA DE LAS PRESTACIONES DE ORFANDAD Y VIUDEDAD

Cualquier pretensión de reforma de las pensiones de viudedad y orfandad se mueve en la actualidad en el marco de dos circunstancias características:

Se trata de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social más influenciadas por los cambios sociales. La modificación del modelo familiar, con el nacimiento de nuevas estructuras familiares, que han sido reconocidas por la legislación (parejas de hecho, matrimonios entre personas del mismo sexo) ha de tener necesariamente -ya lo ha tenido- su influencia en el modelo de Seguridad Social, como en su momento lo tuvo la separación o el divorcio.

Las prestaciones de viudedad estaban ancladas en un determinado papel de la mujer, dependiente económicamente del marido. De ahí la inicial reserva del derecho a las mujeres y la compatibilidad absoluta entre la percepción de dichas prestaciones con las rentas de trabajo u otras prestaciones económicas de la Seguridad Social. La paulatina incorporación de la mujer al mundo de trabajo ha modificado profundamente dicha realidad histórica.

La **Recomendación 12** del Pacto de Toledo se ocupó, como es sabido, de las prestaciones de viudedad y orfandad, y se marcó un doble objetivo para la viudedad, i) cobertura efectiva de las necesidades familiares que se

producen como consecuencia del fallecimiento de una persona, ii) mejora sustancial de las prestaciones de viudedad de las personas que no disponen de otros recursos, especialmente en el caso de los mayores de 65 años.

Para la orfandad se propuso profundizar en su mejora, elevando la edad máxima de percibo.

Las modificaciones legislativas más relevantes sobre dichas prestaciones, acaecidas en los últimos tiempos, son las siguientes:

El **RD 1795/2003, de 26 de diciembre**, de mejora de las pensiones de viudedad, incrementó la base reguladora de la pensión al 52% (sobre el 48% anterior) con efectos 1 de enero de 2004.

La **Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social**, llevó a cabo un profundo cambio en las prestaciones por muerte y supervivencia, con las siguientes líneas esenciales, que se vinculan en las circunstancias mencionadas con anterioridad:

Endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión de viudedad, para evitar los fraudes de los matrimonios de conveniencia, al exigir una antigüedad mínima en el matrimonio de un año cuando la enfermedad causante del óbito es anterior al matrimonio.

Creación de la prestación temporal de viudedad, con duración de dos años, en aquellos casos señalados en la Ley en que no procede la pensión vitalicia.

Extensión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, siempre que se acredite una convivencia estable y notoria durante al menos 5 años con el causante y el miembro sobreviviente acredite dependencia económica del supérstite.

Modificación de las reglas de concurrencia de varios beneficiarios con derecho a pensión de viudedad.

Modificación de los requisitos para la percepción o mantenimiento de la pensión de viudedad, en los casos de separación o divorcio, pues el derecho no se adquiere o se pierde si la viuda se vuelve a casar o a constituir **pareja de hecho**. Además, se exige ser beneficiario de la pensión compensatoria civil (art. 97 CC) y acreditar que se ha perdido tras el fallecimiento.

Modificación de la regulación de la viudedad en los casos de violencia de género, impidiendo la percepción de la pensión, en tales casos, también a las parejas de hecho e incrementando la pensión de los huérfanos.

Supresión del requisito de periodo de carencia del causante, en los casos de pensiones de orfandad, cuando estuviera en alta.

Declaración expresa de igualdad entre los hijos, a efectos de prestaciones de orfandad, cualquiera que sea su filiación.

El **RD 296/2009, de 6 de marzo**, modificó determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, partiendo de la Sentencia 154/2006, de 22 de mayo, que cuestionó la denegación a

los hijos extramatrimoniales del derecho al incremento de la indemnización que han de percibir los huérfanos en caso de muerte del causante debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, por el hecho de que no existiera cónyuge sobreviviente con derecho a dicha indemnización especial. Se aprovecha para modificar globalmente la regulación de los incrementos mencionados, que se reservan a las situaciones de orfandad absoluta.

La **Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010**, tocó nuevamente las prestaciones de viudedad añadiendo que si las personas separadas o divorciadas judicialmente fueran acreedoras de la pensión compensatoria del artículo 97 del CC, que quedara extinguida tras la muerte del causante y dicha pensión fuera superior a la pensión de viudedad, esta quedará disminuida hasta alcanzar la cuantía de la pensión. También otorgando derecho a las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación o divorcio.

También se excepciona el requisito de percibo de la pensión compensatoria (necesario para acreditar derecho en los casos de separación o divorcio), para supuestos de separación o divorcio anteriores a 1 de enero de 2008, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a 10 años, el matrimonio haya durado al menos 1º años y se produzcan otras circunstancias que la norma enumera (existencia de hijos comunes, edad superior a 50 años en la fecha del fallecimiento del causante).

La misma Ley modifica algunos aspectos de la pensión de orfandad, en concreto la de los huérfanos incapacitados para el trabajo que, si perciben pensión de incapacidad, habrán de optar por una u otra, salvo en determinados casos.

**La Reforma que se anuncia por el Gobierno en el Documento sobre Revisión del Pacto de Toledo (29-01-2010)** tiene los siguientes ejes esenciales:

Se declara menos ambiciosa que otras de mayor calado realizadas en países europeos, pues los cambios sociales han sido más recientes y la desaparición de las prestaciones de muerte y supervivencia (que parece estar en el horizonte mediato) provocaría situaciones injustas (se resentiría claramente en términos de equidad entre sexos). En España, dice el documento, aun no se ha llegado al equilibrio entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, especialmente entre cotizantes con edades superiores a los 45 años.

No obstante, el contenido central de la reforma es, como se declara expresamente, vincular las prestaciones a la desprotección sobrevenida de

modo que la pensión no sea una garantía de ingresos, sino una compensación por ingresos que se pierden.

Conversión paulatina de la pensión vitalicia de viudedad en una indemnización de pago único o una prestación temporal. En el documento se habla "para los nacidos y nacidas en las últimas décadas" y se justifica en los casos de existencia de convivencias familiares breves e inexistencia de descendientes.

Modificación de las situaciones de concurrencia de prestaciones, limitando la actual compatibilidad casi absoluta con otras prestaciones o ingresos laborales, con base en la desaparición de la dependencia económica que constituyó el fundamento de la pensión de viudedad.

Definir con mayor precisión las situaciones derivadas de violencia de género impidiendo que la desaparición de vínculos económicos repercuta negativamente en las víctimas.

En la pensión de orfandad, atribuir un valor determinado a la prestación, con independencia de las unidades familiares en que haya participado el causahabiente, de la relación familiar de los padres y del número de beneficiarios, de modo que se atienda a las situaciones de necesidad con independencia de tales situaciones que son ajenas a los beneficiarios.

# Fernando Manrique López

Letrado de la Seguridad Social
Catedrático de Drecho del Trabaho y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto

## LA DESIGUALDAD EN EL TRATAMIENTO LEGAL DE LO QUE SE DENOMINA IGUALDAD LEGAL, EN EL AMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La LPL dedica escasos preceptos a su específica regulación de la prueba en el proceso laboral exigido fundamentalmente por sus propios principios informadores, quedando sometida en lo no previsto a las previsiones de la LEC, que actuará como norma de régimen supletorio.

La aludida parquedad reguladora no es incompatible en modo alguno con las exigencias de seguridad jurídica y de justicia, pero esta especial jurisdicción en atención a los litigios que ante ella se resuelven, va adoptando día a día una deriva que trasciende al proceso y especialmente a la prueba, por mor de planteamientos que exceden de lo que sería su natural socialización y su sometimiento de inmediación, oralidad, concentración y celeridad.

Esta deriva incide especialmente en un principio con enganche constitucional, y no es otro que el de la igualdad procesal de las partes en el proceso, que a mi modo de ver, quiebra en más ocasiones de las que sería deseable en atención a interpretaciones extraordinariamente proclives a una de las partes del proceso o a previsiones normativas, que hacen imposible articular prueba alguna.

Las partes en el proceso deben, como regla general, articular los medios de prueba que amparen sus pretensiones, las del demandante que ejercita su pretensión y las del demandado que se opone a las mismas. Una y otra parte, son soberanas para hacer valer sus derechos en el procedimiento y al Juzgador le corresponde desde la más estricta neutralidad ordenar el proceso garantizando el derecho a una tutela judicial efectiva.

Al margen de lo anterior, en el proceso laboral al igual que en otros procesos rige el principio de la carga de la prueba y en atención al mismo, de-

mandante y demandado, tienen una obligación inexcusable de no sólo alegar en que hechos y razones amparan su causa de pedir, sino que deben acreditar, probar su existencia. En efecto, el acreditamiento y prueba de los hechos constituvivos del derecho del actor, es carga procesal que corresponde al solicitante de un subsidio, de una prestación, de determinadas cantidades, etc., por cuanto que el actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho y el demandado tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los excluyentes y los extintivos

La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos o extintivos. La razón se encuentra, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias, en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho (STS (Social) de 30 de mayo de 2007 en relación con la prescripción) Pero, en cuanto a los otros hechos, el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse.

Amparada en esta doctrina es frecuente en procedimientos sustanciados frente a las resoluciones de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, que sus representantes legales, los Letrados de la administración de la Seguridad Social, arguyan causas de oposición que no se han tenido en cuenta en sede administrativa; ciertamente, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra, no impone al juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor, ello siempre que la decisión descanse sobre hechos que se desprendan del expediente administrativo; en definitiva que se acrediten con la prueba documental por excelencia de la Administración Pública, pero ello no es óbice para que, constituya una situación de preeminencia frente al demandante, que si bien en la instancia debe y puede argumentar en derecho su oposición a la nueva y sobrevenida causa de denegación.

En efecto, quien afirma en un proceso la existencia de un derecho ha de estar en condiciones de alegar y probar en ese proceso la concurrencia de los requisitos que fundan su derecho y no puede invocar una situación de indefensión porque se alegue por la demandada o se aplique por el juez una previsión legal en virtud de un hecho directamente relacionado con la pretensión ejercitada que se ha probado en el proceso y que además costaba ya en el ex-

pediente administrativo, en muchas ocasiones será extremadamente complicado articularla, dado lo imbricado de estos expedientes administrativos, integrados, cada vez con más frecuencia, por pantallazos informáticos de proyección críptica, cálculos de bases estimadas, porcentajes incompresibles de trabajos a tiempo parcial, claves de causa de baja y alta médica, etc., cuya asimilación en la inmediatez de la vista oral resulta muy complicada.

En ningún caso, las partes ni desde luego el órgano judicial pueden traer al debate cuestiones nuevas, es decir, pretensiones que no hayan sido planteadas ante la Administración, pero lo que no está vedado a las partes es invocar nuevos motivos o alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición, que el Tribunal a su vez puede introducir en la discusión y luego considerar en la sentencia, si bien será los órganos judiciales los que en cada caso deberán ponderar la trascendencia de las mismas, tratándose de una jurisdicción revisora por excelencia, y a las exigencias de espigueo en el expediente administrativo que aquella nueva alegación exigiría.

El legislador con acierto, sin duda ha considerado que esta exigencia lógica de la carga de la prueba debía ser matizada en este proceso en el que se presume la "debilidad de una de las partes", dada su subordinación frente a su empleador y por ello ha introducido particularidades en el proceso laboral, en evitación de lo que en la doctrina se ha considerado que de no haber sido habría degenerado en una prueba diabólica, pues en muchas ocasiones no estaría en condiciones de aportar al proceso datos o pruebas de las que dispone la empresa.

Aquella escrupulosa intervención en el proceso del Juez a la que aludí con anterioridad, en ocasiones, quiebra cuando con la interposición de la demanda se articulan peticiones documentales indiscriminadas (libros y cuentas…) amparadas en las previsiones del art. 77 de la LPL, sin una mínima justificación de su imprescindibilidad y son admitidas con el agravante de no ser valorado, que su razón de ser es poder fundamentar una demanda ya presentada.

Lo mismo cabe decir en relación con las previsiones del art. 94.2 de la LPL que exigen que aquellos documentos pertenecientes a las partes deban aportarse al proceso, cuando propuestos como medio de prueba por la parte contraria haya sido admitida por el Juez o Tribunal, sancionándose su no aportación de no aportarse sin causa justificada, al poder tenerse por probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada; si bien huelga decir, que ello constituye una facultad discrecional y no una obligación para el Juez, en el ejercicio regular de las facultades de valoración de la prueba que le confiere el artículo 97 párrafo 2º del mismo cuerpo legal.

No se trata de no aportar al procedimiento cualesquiera datos, sino que ello no constituya un abuso, que pueda afectar incluso a terceros ajenos a la litis.

Especial relevancia tiene este precepto en materia de procedimientos judiciales, en materia de prestaciones de seguridad social y en concreto cuando se trata de acreditar la realidad de cotizaciones que contribuyan a cubrir periodos de carencia o a incrementar la cuantía de las bases reguladoras de aquellas.

El Tribunal Constitucional mantiene criterio al respecto en sus SSTC 227/1991, de 28 de noviembre, 116/1995, de 17 de julio ( RTC 1995, 116), y 140/1994, de 16 de septiembre [ RTC 1994, 140], en casos parecidos al que aquí se debate.

En las citadas Sentencias declara "que en el proceso laboral «los órganos judiciales han de estar especialmente comprometidos en el descubrimiento de la totalidad de la relación jurídico-material debatida, a cuyo fin deben ser también exhaustivos en la introducción del material probatorio... a fin de obtener dicha plenitud del material instructorio sobre los hechos controvertidos en el proceso» (STC 227/1991, de 28 de noviembre, F. 4). De ahí que, ante situaciones en las que «las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución)» determine como lógica consecuencia que, en materia probatoria, «la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba», sin que «las deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo» puedan «repercutir en perjuicio del solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza» (STC 227/1991, de 28 de noviembre, F. 3, y STC 116/1995, de 17 de julio, F. 1).

La doctrina reproducida atiende a la finalidad de evitar la indefensión, entendida como «limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales» (SSTC 98/1987, de 10 de junio [ RTC 1987, 98], F. 3; y 26/1993, de 25 de enero [ RTC 1993, 26], F. 4), en que puede hallarse una parte cuando se le exige un comportamiento probatorio imposible o la prueba de hechos negativos en los casos en que resulta más simple la del acto positivo contrario por parte del otro litigante, «pues esta prueba imposible o diabólica es susceptible de causar indefensión al no poder justificar procesalmente las circunstancias relativas a sus derechos e intereses legítimos» (SSTC 116/1995, de 17 de julio, F. 3, y 140/1994, de 9 de mayo, F. 4). **Indefensión que se produce cuando el INSS se prevale de su situación hegemónica en fase probatoria y niega la aportación de la certificación de cotizaciones reiteradamente solicitada (STC 116/1995, de 17 de julio), o cuando el certificado que aporta es de ca-**

**rácter negativo, pero la ausencia de cotizaciones no está basada «en una indubitada falta de cotización durante el citado período, sino más bien en las dificultades e incluso en la imposibilidad de acceder a los datos correspondientes**», es decir, cuando la certificación negativa está justificada «no en una falta pura y simple de cotización, sino en la existencia de obstáculos y dificultades que a la sazón el INSS tenía para comprobar si las cotizaciones se habían o no efectuado» (STC 227/1991, de 28 de noviembre).

Esta doctrina parte de la ponderación, de las obligaciones probatorias que le son exigibles al trabajador, respecto de la obtención de un certificado de cotizaciones y de la aportación por la Gestora o de las razones de no hacerlo que ofrezca la Administración

Estos supuesto, es cierto, son cada vez menos frecuentes al haberse informatizado prácticamente la totalidad de las cotizaciones y haberse instaurado un procedimiento de recaudación extraordinariamente efectivo y eficaz, pero esos supuestos aislados pueden generar situaciones de auténtica indefensión como consecuencia de la vulneración del principio de igualdad de armas por lo que el TC ha considerado vulneraciones de derechos fundamentales aquellos supuestos en los que, por ejemplo, la beneficiaria no solicita el certificado de cotizaciones por tener en su poder un informe de cotizaciones proporcionado por el INSS, pero éste niega su valor vinculante y aporta un certificado negativo de cotizaciones basado, no en su inexistencia, sino exclusivamente en las dificultades internas que tiene para obtenerlas (STC 227/1991); o cuando, pese a la diligencia del solicitante de amparo requiriendo al INSS el certificado de cotizaciones, éste se resiste a lo largo del proceso sin justificación alguna y con clara arbitrariedad (STC 116/1995). Por el contrario, se ha negado el amparo cuando el INSS demuestra la imposibilidad de aportar los datos requeridos y es la parte interesada en que se le reconozca la pensión quien no realiza actividad probatoria sobre la que fundamentar los hechos positivos que alega (STC 140/1994).

A la luz de lo señalado ni el INSS ni el ISM podrían eludir las consecuencias del nº2 del art. 94 de la LPL, limitándose a manifestar la imposibilidad de aportar las cotizaciones respecto a un determinado período de tiempo de la vida laboral del recurrente que han de influir en la base reguladora de la pensión y, consecuentemente, en su cuantía

En evitación de estas situaciones de indeseable indefensión corresponde al órgano judicial, averiguar, si los datos desaparecidos podían obtenerse mediante otro tipo de pruebas, así como los motivos reales del INSS para no aportar aquéllos, ya que, según el Tribunal Constitucional no tiene la misma relevancia la acreditación de una imposibilidad definitiva de obtenerlos que la mera dificultad para conseguirlos.

Mención aparte merece el análisis de lo que se está exponiendo en relación

con la llamada conciliacion de la vida laboral y familiar como excusa para el incumplimiento de las obligaciones laborales. la desigualdad probatoria. decisiones criticas

Se hace indispensable examinar en relación con determinados principios y reformas de la legislación laboral sobre la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, un conjunto de cuestiones probatorias que limitan o neutralizan la posibilidad de una defensa de los derechos que puedan corresponder a la contraparte en el ámbito del contrato de trabajo y de la relación jurídica básica de Seguridad Social.

La reducción del tiempo de trabajo puede estar justificada en diversas razones y valores constitucionales. El trabajador puede tener una jornada reducida por razones de seguridad y salud laboral, por propia conveniencia plasmada en un contrato a tiempo parcial, por protección de la mujer victima de la violencia doméstica o por lo que hoy nos interesa, por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar.

## EL DERECHO A LA ADAPTACION DE JORNADA. ¿POSIBILIDADES DE NEGATIVA EMPRESARIAL? REDUCCION DE JORNADA E INDEMNIZACIONES POR DESPIDO. CONSECUENCIAS SOBRE EL DESEMPLEO

La Ley 3/2007, de 22 de marzo introduce en esta materia una importante novedad, reconoce el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho de conciliación, si bien como cada vez es mas frecuente se produce una remisión en su contenido a los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empresario respetando, en su caso, el convenio.

Mas allá del acervo comunitario el antecedente de este derecho a la adaptación de la jornada lo encontramos en la Ley órganica de protección a las victimas de violencia de género, que reconoce a la víctima la posibilidad de reducir la jornada reordenar el tiempo de trabajo y adaptar el horario para hacer efectivo su protección o derecho a la asistencia social.

La disposición adicional 11.3 de la ley 3/2007 de 22 de marzo introduce un nuevo apartado, el 8 en el art.34 del ET

> 8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.

La duración responde al acuerdo individual entre las partes, con sometimiento, en todo caso, al convenio colectivo y, en todo caso, con respeto al

límite máximo legal. Con esta novedad el legislador lo que permite es la posibilidad de que la duración de la jornada se pueda acondicionar con el fin de hacer efectivos los derechos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Obviamente, esta adaptación o acomodo, si se prefiere, de la jornada, se traducirá en una más que inimaginable ampliación o en su reducción.

La remota posibilidad de que esta adaptación discurra por la senda de la ampliación de la jornada, la baso en que ello no será posible, si el trabajador realiza una jornada completa. Y si nos situáramos en presencia de un trabajador a tiempo parcial se deberían tener en cuenta las disposiciones del art. 12.4 ET, sobre conversión del contrato de trabajo a tiempo parcial.

La adaptación por reducción es la que se antoja más verosímil. Sin embargo, es aquí donde se evidencia el vacío que la norma ocasiona, como lo pone de manifiesto alguien que lidia habitualmente con estos supuestos en los tribunales, la Magistrada Especialista Mª Lourdes Arastey Sahún: " puesto que la ley ya contempla supuestos específicos de reducción de jornada, vinculados a una concreta situación familiar. Se añade a ello la posibilidad de ordenar la jornada de modo distinto, en atención a esas necesidades. Sin embargo, el hecho de que el legislador introduzca ahora esta regla, separada de aquéllos, evidencia que no está englobando tales figuras, sino que abre el abanico de posibilidades para la reducción en atención a esas necesidades personales y/o familiares. El art. 34.8 ET se refiere a figuras distintas de las establecidas en el art. 37".

La norma regula un derecho, lo concede no pudiendo ser objeto de discusión respecto de su existencia pero cuyo disfrute y los términos en los que se ejercite, estará vinculado al pacto colectivo o individual. El empresario no podrá negar el derecho, debiéndose negociar los términos en los que se disfrutará.

La pregunta que todos nos formulamos inmediatamente es obvia, ¿que ocurre si el acuerdo colectivo no lo ha previsto o no se alcanza un acuerdo individual entre las partes?

En relación con este asunto, señalan Mª Antonia Castro Argüelles y Diego Alvarez Alonso: "Ahora bien no es un derecho de ejercicio directo para adaptar la distribución y duración de la jornada sino un derecho para negociar dicaha adaptación, atendiendo a los términos amplios en los que se ha formulado el derecho a la conciliación de la vida laboral y personal, con el que conecta este nuevo derecho a adaptar la jornada, y a diferencia de lo que ocurre para la victima de violencia, que podrá concretar ese derecho en defecto de previsión conveccional, el art.34.8 en defecto de convenio o acuerdo no le permite al trabajador ejercitar el derecho a adaptar la duración o distribución de su jornada.

A tal efecto surge la primera cuestión probatoria: No obstante lo anterior la negativa del empresario para llegar a un acuerdo podrá ser objeto de im-

pugnación ante el Juez, a través del procedimiento del art.138 bis de la LPL de manera que **cuando la empresa no evidencie razones suficientemente justificadas para no acceder a la elección de la específica jornada adoptada o solicitada por el trabajador, será esta la que prospere, en tanto que cuando esas razones queden demostradas y el trabajador no aduzca otras motivaciones de mayor significado o relevancia puede prosperar el horario propuesto por la empresa, todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación tanto empresarial como del trabajador"**

Como segunda cuestión probatoria: Hemos de traer a colación las consecuencias sobre el desempleo de las reducciones de jornada e indemnizaciones por despido.

La disposición adicional 11.21 de la Ley 3/2007 introduce una nueva disposición adicional en el Estatuto de los trabajadores, la decimoctava, acogiéndos euna doctrina del Tribunal Supremo ( S.11-12-2001).

***Decimoctava* .**Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida

1. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

2. Igualmente, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos establecidos en el párrafo décimo del artículo 48.4 y en el artículo 48 bis.

I.- Tercera cuestión probatoria: Se introduce una novedad en lo relativo al cálculo de la indemnizaciones previstas en la ley en los supuestos de los apartados 4 bis, 5 y 7 del art. 37 ET.

4. bis En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo.
5. 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 aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

7. Cuarta cuestión probatoria: La trabajadora víctima de violencia de género tiene derecho a la redación de su jornada de trabajo o reordenación de su tiempo de trabajo a fin de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social.

De esta manera triunfa la tesis, por otra parte, lógica de que el salario que debe tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización deberá ser el que le hubiera correspondido al trabajador de no haber mediado el supuesto de reducción siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

No obstante lo anterior, **las reducciones de jornadas por adaptación del art.34.8 del ET no tienen, en principio, el beneficio del cálculo de las indemnizaciones a las que se ha hecho referencia, sin perjuicio de que sean objeto de negociación colectiva o individual.**

**Tampoco alcanzará a aquellos supuestos en los que la reducción supere los plazos legales por acuerdo colectivo o individual**

En este ámbito de las indemnizaciones se pone fin y se zanja la polémica vinculada a la compatibilidad de las indemnizaciones a las que pudiera tener el trabajador cono consecuencia del trato discriminatorio y las que le pudieran corresponder por la modificación o extinción del contrato de trabajo.

Quinta cuestión probatoria: Se da una nueva redacción a los artículos 180 y 181 de la LPL

**ART.180**

1. La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cual-

quier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, que será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

2. De estimarse que no concurren en la conducta del demandado las circunstancias antedichas, el Juez o la Sala resolverá en la propia sentencia el levantamiento de la suspensión de la decisión o acto impugnado o de la medida cautelar que, en su momento, pudiera haber acordado.

Sexta cuestión probatoria.art. 181 Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.

Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse 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.

Séptima cuestión probatoria: Por último, se debe añadir en este apartado:

La modificación del apartado 4 del art.53 del ET (despido objetivo)

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, **riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural**, adopción o acogimiento **o pa-**

**ternidad** al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

Octava cuestiónprobatoria: Y del 55.5 del ET (despido disciplinario) del mismo texto en idéntico sentido

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:
a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

Novena cuestión probatoria: Las citadas modificaciones han tenido su trascendencia procesal en los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Y la incorporación a este último de un nuevo subapartado c)

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo que evitará, que el reconocimiento de los derechos de conciliación cualquier discriminación, vinculada a su disfrute.

**MODIFICACIONES LEGALES EN MATERIA DE REDUCCION DE JORNADA POR LACTANCIA**

Décima cuetión probatoria:

La lactancia natural es contemplada en la LOI desde un doble prisma.

El de la situación de riesgo.- Se trata de unas medidas mas prpias de la protección de la seguridad y salud, que de conciliación.

Por una parte, se incorpora como causa de suspensión del contrato de trabajo art. 45.1 d) y 48.5 ET]; por otra, genera la obligación de adaptación del puesto de trabajo del art. 26 de la LPRL. Todo ello con la consiguiente protección prestacional en caso de suspensión (se añaden los arts. 135 bis y ter de la LGSS), que tiene por objeto cubrir la perdida de ingresos que se produce cuando la trabajadora es declarada en suspen-

sión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses, en los supuestos en que, debiendo cambiar de puesto, el cambio no resulte posible.

La situación de riesgo durante la lactancia se deberá acreditar a través de los servicios medicos de la Entidad gestora o colaboradora que tenga cubiertos los riesgos profesionales de la empresa con el informe médico del Servicio Público de Salud que atiende a la trabajadora o su hijo.

La lactancia artificial no queda protegida por estas medidas

Inexistencia de riesgo. Situación en la que se reconoce a las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, el derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones, existiendo la posibilidad de un incremento proporcional en consideración a un parto múltiple. (art.37.4 párrafo 1), posibilidad, reconocida por algunos Tribunales Superiores de Justicia, anticipando la reforma legal.

Y la posibilidad de acumular en jornadas completas, si bien con sujeción a lo acordado en la negociación colectiva o individual, respetando, en su caso, lo establecido en aquella o bien sustituir aquel derecho por una reducción de la jornada de media hora con la misma finalidad (art. 37.4 párrafo 2). En relación a esta acumulación, Mª A. Castro Argüelles y D. Alvarez Alonso se preguntan si la referida acumulación de refiere a la hora de ausencia o ala media hora de reducción, concluyendo, que en principio se estará a los téminos del convenio o el acuerdo individual, y en falta de previsión, concluyen que la acumulación está referida a la hora de ausencia, atendiendo a que el derecho aparece formulado como un derecho de ausencia, que pudede ser sustituido por la reducción de la jornada en media hora.

## VARIACIONES INTRODUCIDAS EN EL REGIMEN DE LICENCIAS RETRIBUIDAS

**Undécima cuestión probatoria: I.- El permiso por enfermedad de familiares [art. 37.3 b) ET].** Se incluye la «**intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario (del hijo o pariente hasta el 2º)**». No se trata de una facultad discreccional, estando el empresario obligado a concederlo cuando concurra la causa que lo justifica prevista legalmente. No obstante ello, se exige previo aviso y justificación (informe médico).

Se han de cunplir, por tanto dos requisitos: la intervención quirurgica y que se prescriba el reposo.

A la vista de la redacción de este nuevo permiso tampoco parece posible acumularlo al de hospitalización como consecuencia de intervención quirúrgica (Mª A. Castro Argüelles y D. Alvarez Alonso).

**II.- Permiso por lactancia (art. 37.4 ET). En cuanto a esta figura se producen dos adiciones:**

Nos hemos referido a ello en el apartado anterior.

**III.-Permiso por guarda legal art. 37.5 ET.**

Cambia el lapso temporal de la reducción, con anterioridad, el mínimo de era de un tercio, ahora es posible que la reducción alcance un octavo de la jornada, con el límite máximo de la mitad. Cambia al ampliarse la edad del menor causante cuya guarda justifica el derecho a la reducción, pasando de 6 a 8 años.

**NOVEDADES EN MATERIA DE EXCEDENCIA**

Duodécima cuestión probatoria: Excedencia voluntaria. Art. 46.2 ET. El legislador parece haber pretendido vincular esta figura con la conciliación, sin que de antemano y a priori pueda establecerse un vínculo entre una y otra, es más su solicitud no esta condicionada a la concreta finalidad a la que venimos aludiendo.

Se ha tratado de ofrecer formulas que permitan lograr la conciliación, cuando para ello no puedan ser suficientes las nuevas formuladas articuladas por el legislador, como si de una formula cajón, se tratara.

En concreto y como novedad se rebaja el tiempo mínimo de excedencia voluntaria a 4 meses, con anterioridad era de dos años, contnuando sometido a la eventualidad de que no exista puesto al que incorporarse a la finalización del periodo de excedencia..

Apuntado lo anterior las discrepancias ¿se solventaran en un procedimiento ordinario o en el especial del art.138 bis?

**En la excedencia por cuidado de hijo y familiares (art. 46.3 ET)** se incluye por coherencia el acogimiento provisional y se amplia a dos años la de familiares (sin perjuicio de lo que se pueda acordar en el marco de la negociación colectiva).

Lo que a partir de su entrada en vigor permite la Ley es el fraccionamiento de estas dos excedencias. No obstante y como apunta Lourdes Arastey, "la ley no solventa el problema que se deriva de la coordinación entre la regla de la duración máxima de la excedencia (3 años), el inicio del cómputo de la misma (el nacimiento o la resolución administrativa de adopción o acogimiento) y la distribución del disfrute fraccionado. Habrá que entender que el disfrute fraccionado retrasa el tope final en el que se pueda disfrutar de la excedencia, que, en todo caso, podrá ser hasta de 3 años. Sin embargo también sería lógico pensar, que no sería posible prolongar más alla de los tres años desde el inicio del cómputo ( Antonia Castro argúelles y Diego Alvarez Alonso).

**LOS NUEVOS PERIODOS DE COTIZACION EFECTIVA**

Décimo tercera cuestión probatoria: En materia de seguridad social se amplía a dos primeros años el periodo de cotización efectiva, en el caso de los trabajadores que disfruten de la excedencia para el cuidado de hijo o menor acogido incluyéndose los casos de acogimiento provisional, y se incorpora por vez primera la misma protección para la excedencia por cuidado de familiares, pero sólo por el primer año, a los efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (art. 180.1 y 2 LGSS, respectivamente).

De conformidad con el art.180.4 cuando la excedencia hubiera venido precedida de un periodo de reducción de jornada por cuidado de hijo, la consideración de cotización efectivo periodo de excedencia se hará tomando las cotizaciones de la jornada reducida incrementadas hasta el 100%.

Del mismo modo, el artículo 124.3 LGSS se modifica con la finalidad de computar las cuotas correspondientes a las situaciones de paternidad y riesgo durante la lactancia natural a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones.

Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 124 LGSS que permite minimizar la exigencia de períodos previos de cotización en determinadas prestaciones.

De esta forma, extinguida la relación laboral y subsistiendo el periodo de maternidad o paternidad o iniciándose estos durante la percepción de la prestación por desempleo, se van a considerar como períodos de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. De esta forma se elimina una situación perjudicial en la carrera de seguro ya que no se consideraba cotizado el tiempo que el beneficiario percibía de la entidad gestora el subsidio por maternidad extinguido el contrato de trabajo, al no existir obligación de cotizar ni para la empresa, ni para la entidad gestora.

También, se van a considerar (disposición adicional 44.ª LGSS) a favor de la solicitante de la pensión un total de 112 días (16 semanas) completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días (2 semanas) más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda. a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social,

Lo anteriormente indicado se tendrá en cuenta para las prestaciones que se causen a partir del 24 de marzo de 2007, pero no para hechos causantes anteriores la referida fecha.

**EL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA: EL ESTADO DE LA CUESTION EN LA JURISPRUDENCIA.**

Déimo cuarta cuestión probatoria: El **artículo 55.5.b ET** califica como nulo aquel despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo, salvo que se acredite su procedencia, redacción, que ha generado una ingente producción doctrinal y jurisprudencial cuando no una más que justificada polémica.

El Tribunal Constitucional tenía un cuerpo de doctrina consolidado y así:

La STC 136/96 ( RTC 1996, 136) , con cita de otras muchas: " Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de declararlo incluso respecto de decisiones empresariales *ad nutum*, como la resolución de la relación laboral en período de prueba ( SSTC 94/1984 y 166/1988) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994) y sin duda la conclusión debe proyectarse a decisiones causales, como es el despido". Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994).

El TC, con su sentencia de 30 de enero de 2003, sentó la doctrina de que aunque no se pruebe el conocimiento empresarial del embarazo, la extinción contractual cercana al momento en que otros empleados ya lo conocen constituye indicio de discriminación.

La polémica gira en torno a si su aplicación con la consabida consecuencia exige, que el empresario conozca o no, que la trabajadora esta o no en estado de gestación

Aquella doctrina ha venido siendo traída a colación en defensa de unas tesis y las contrarias, pues el Tribunal ni zanjó la cuestión ni enjuició el asunto sometido a su consideración teniendo en cuenta la actual redacción del art. 55 del estatuto de los trabajadores

Con posterioridad el Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de febrero de 2004 calificó de nulo un despido al considerar que si el superior inmediato conocía el embarazo, "era de esperar que esa noticia conocida en el departamento de administración llegara al área de los recursos humanos, que fue la que decidió después el despido". No obstante ello, sus fundamentos jurídicos han servido para fundar resoluciones y argumentaciones de signo contrapuesto.

Este era, fundamentalmente, el estado de la cuestión hasta que la Sala General del Tribunal Supremo afrontó a cuestión y prácticamente dividió la opinión de sus miembros en su sentencia de 26 de febrero de 2004.

Nos estamos refiriendo, a las **SSTS de 19 julio 2006 (rec. 387 y 1452/2005)**, dictadas por el Pleno de la Sala Cuarta que concluyen, que que la protección del art.55.b)ET sólo se activa y resulta de aplicación si el empresario conoce la situación de gestación, si conoce el embarazo de la trabajadora

La decisión judicial se ampara, y comparto, en la necesidad de que haya móvil discriminatorio, la prueba de la razonabilidad de la decisión en ocasiones se torna diabólica, en la defensa de la seguridad jurídica y en el concepto comunitario de trabajadora embarazada.

Pero como señala la sentencia contó con el voto discrepante de 7 de los 17 Magistrados que propugnaban una calificación de nulidad sobre la base de considerar que el legislador había dotado de mayor protección a estas trabajadoras eliminando las exigencias probatorias sobre el conocimiento empresarial del embarazo.

Sobre los cimientos de estas resoluciones la presunción iuris et de iure de discrinación sólo se extiende a los supuestos en los que el empresario conoce la situación de gestación de la trabajadora.Pues bien, sobre la nueva redacción dada primero por la Ley 39/99 y hoy por la 3/2007, de 22 de marzo al art. 55.5 ET se pueden mantener idénticas conclusiones.

Nada, en la nueva redacción del referido ordinal, invita a concluir, que la simple concurrencia del embarazo, permita anudar la calificación de nulidad a la decisión extintiva, cuando la causa imputada no sea considerada suficiente o no acreditada, siendo preciso, que el empresario conozca el estado de la trabajadora

No obstante ello, hay quienes fundadamente sostienen conclusiones contrarias a la expresada. Asi… en el análisis de las sentencias citadas, sostiene, que el despido no sería nulo por discriminatorio, al no conocer el empresario el embarazo, sino por exigencia del propio ordenamiento. Estos son algunas de sus reflexiones: “Se razona así que el art. 55.5 ET constituiría la regla general de nulidad de todo despido discriminatorio, fuera cual fuera la causa y que los apartados a) y b) lo que vienen es a identificar (especificar y modalizar) esa regla general estableciendo un régimen de prueba de la discriminación particularmente favorable para la trabajadora, argumento este de la prueba que sirve de nexo del FJ 4º con el FJ 7º de la sentencia comentada”.

Y continúa “A mi entender el plano conceptual en que se debería asentar la interpretación de los apartados a) y b) del art. 55.5 ET no radica en el carácter discriminatorio del despido con causa en el embarazo de la trabajadora, cuestión por lo demás obvia a la vista del ordenamiento comunitario y nacional, sino en los límites con que contaba y cuenta el legislador para remover los obstáculos, art. 9.2 de la Constitución, que

impidan o dificulten que esa igualdad entre hombres y mujeres sea efectiva y pueda alcanzarse".

Contaba por tanto el legislador con argumentos suficientes, desde el art. 9.2 CE hasta el art. 141.4 del Tratado, para con la Ley 39/99 introducir una medida de acción positiva a favor de las mujeres embarazadas ante la tesitura de un posible **despido** y consistente en asegurarles, por razón directa de su estado, la permanencia en el empleo a no ser que el empresario justificara la procedencia de su decisión extintiva.

Y esto es lo que, llevó a cabo con la reforma emprendida en el art. 55.5 ET. Al respecto resulta muy significativo que la Exposición de Motivos argumente, cuestión que la sentencia elude pero el voto particular resalta, que se completa la trasposición a la legislación española de las Directivas comunitarias 92/85 y 96/34, superando los niveles mínimos de protección previstos en ellas".

De este modo, el despido de una trabajadora embarazada cuyo estado no fuera conocido por el empresario sería nulo, no por discriminatorio, que ciertamente al faltar el dato fáctico de su conocimiento por el empleador no lo es, sino por expresa y manifiesta voluntad del legislador que así lo califica.

El segundo argumento, de la sentencia no es baladí, nos referimos al de la salvaguarda de la seguridad jurídica ya que de lo contrario se estaría vinculando la calificación del despido a un hecho, que incluso en un primer momento podría hasta ser desconocido para la trabajadora.

Por último, las reformas, no han introducido, como lo han hecho, en materia de prestaciones de muerte y supervivencia, que introcuce a esos exclusivos efectos de la acción protectora de la seguridad social un concepto de pareja de hecho, una definición de trabajadora embarazada a los efectos de la extinción no voluntaria de la relación laboral siendo plenamente valido el de la Directiva 92/85 ( trabajadora embarazada) cualquier trabajadora que comunique su estado al empresario con arreglo a las prácticas o legislaciones nacionales), que acogían las sentencias del Tribunal Supremo

En definitiva, no se puede sostener, que la vigente regulación ampare un despido nulo ex lege, cuando desconocida la circunstancia del embarazo, los incumplimientos esgrimidos en la carta de despido no hayan podido ser constatados o mejor probados, siendo la consecuencia la de la declaración de su improcedencia.

En definitiva y sin perjuicio de los insondables derroteros que pueda tomar la doctrina de nuestro no menos insondable Tribunal Constitucional o la propia doctrina del Tribunal Supremo al albur de las tendencias sociales, que puedan ir imperando, ya que la declaración de nulidad exigiría estar precedida de la acreditación por parte de la trabajadora

de que estaba embarazda cuando fue despedida y de que el empresario conocía su estado, siempre y cuando el empresario no justificara la razonabilidad de su decisión extintiva.

Una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de octubre de 2007, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Trbunal du Travail de Bruxelles sobre la interpretación de los artículos 2, apartado1,5 apartado 1, y 6 de la Directiva 76/207 y del artículo 10 de la Directiva 92/85, declara que el artículo 10 de la Directiva relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en el periodo de lactancia debe interpretarse en el sentido de que prohibe no solamente notificar una decisón de despidoa causa de embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el periodo de protección al que se refiere el punto 1 8 el comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso por maternidad de dicho artículo, sino támbien adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expíar dicho plazo.

La cuestión prejudial se plantea en los siguientes términos ¿ debe interpretarse el artículo 10 de la Directiva en el sentido de que solo prohibe notificar una decisión de despido durante el periodo de protección , o en el sentido de que también prohibe tomar la decisión de despedir a la trabajadora y preparar su sustitución definitiva antes de que termine el periodo de protección?

Y respecto del despido notificado tras el periodo de protección pero que no es ajeno a la maternidad o al nacimiento del hijo, se cuestiona si en este supuesto la sanción debe ser la sanción, al menos, equivalente a la que el derecho nacional establece en aplicación del art.10 de la Directiva 92/85.

El Tribunal declara, que la protección, que esta disposición confiere a estas trabajadoras excluye tanto la adopción de una decisión de despido como los actos preparatorios del despido, como la busqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada de que se trate, debido al embarazo o al nacimiento del hijo, ya que una interpretación contraria podría generar un riesgo de elusión de esta prohibición por parte de los empresarios, en detrimento de los derechos reconocidos por la directiva.

Por lo que respecta a la segunda cuestión carece de relevancia el hecho de que tal decisión de despido se notifique una vez finalizado el periodo de protección, de tal forma que un despido a causa del embarazo onacimiento es contraria a los artículos 2 apartados 1y 5, apartado 1 de la Directiva 76/207.

Respecto a la sanción de estas conductas los Estados dedeberán adop-

tar las medidas necesarias para que cualquier persona afectada por una discriminación como la descrita pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional, debiendo los Estados,igualmente, lograr que la medida elegida cumpla con el efecto disuasorio que con la misma se pretende, amen de adecuada en relación con el perjuicio sufrido, concluyendo que la medida deberá ser como poco equivalente a la establecida por el derecho nacional.

Sorprendentemente nuestro Tribunl Constitucional ha mantenido la tesis de la nulidad aunque el empleador e incluso la trabajadora desconociesen el destado de gestación de la empleada, lo cual supone la última cuestión probatoria que nos referimos en el presente trabajo como quiebra del principio de defensa que a de corresponder por igual a las partes.

## NUEVO HORIZONTE DE LAS RELACIONES LABORALES

La nueva legislatura, con toda seguridad, debiera producir reformas legislativas necesarias en el ámbito de las relaciones laborales y de la seguridad social vinculadas, unas a la flexibilización, y otras a garantizar el sostenimiento de nuestro sistema de aseguramiento.

Es necesario, e incluso imperioso, iniciar, sin más dilaciones, la revisión de nuestro actual marco de relaciones laborales, tal como se acometió hace ya unos cuantos años en los países escandinavos, y en particular en Dinamarca, dentro de lo que hoy se conoce con el cursi término de "La Flexiseguridad", máxime cuando la Unión Europea ha sugerido a los Estados miembros que acometan reformas laborales (del mercado de trabajo y del sistema de previsión social) desde el enfoque de la flexiseguridad, en el bien entendido de que siempre habrán de ser tenidas en cuenta las peculiaridades de cada Estado.

Es ya inaplazable la reforma del INEM, al que solo se ha cambiado de nombre, por el aparentemente más rimbombante de Servicio Público Estatal, que sigue más preocupado de llevar a cabo estudios estadísticos absolutamente inauditos en sus conclusiones, como las del año 2008 en donde, entre otras cosas, se dice: "Tampoco se interesó ningún demandante de empleo por las ofertas relacionadas con el mundo del circo... no hubo interesados en convertirse en prestigitadores, ventrílocuos, hipnotizadores, contorsionistas, jefes de pista, ni tampoco para con las distitnas ocupaciones vinculadas al mundo de los toros: picador, banderillero o mozo de espadas, que corrieron igual suerte". (Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, correspondientes al tercer trimestre del Ministerio de Trabajo). Más ocupados de esas nimiedades, decíamos, que de elaborar y definir nuevas políticas activas de empleo, transferidas las obsoletas de los años ochenta y noventa a la suerte de su gestión por las Comunidades Autónomas, que, en no pocas ocasiones, dilapidan millones de euros sin ninguna eficacia. Muestra de ello es el Plan Formativo (*El programa implica una inversión de 35 millones de euros habiendo logrado tan solo una recolocación*) promovido por la Junta de Andalucía para facilitar la recolocación de los antiguos trabajadores de Delphi, que incluye la visita a una bodega de Sanlúcar de Barrameda para conocer el proceso de elaboración de la manzanilla, excursiones al zoológico de Jerez y el visionado, en clase, de películas comerciales aportadas por los propios "alumnos". La directora general de Empleo, haciendo gala de su nombre, decía hace unos días que los parados, aficionados al deporte de

"la escalada", podrían facilmente encontrar trabajo arreglando fachadas de edificios (!!!).

En el otro ámbito de la reforma necesaria nos encontramos con que cuando se discute acerca de las reformas necesarias para la viabilidad de los sistemas de la Seguridad Social, resulta que en el medio y largo plazo la protección de la vejez está en el punto de mira y nuestros políticos no pueden ampararse en la táctica de la avestruz para eludir por más tiempo esta cuestión, desde el prisma de la responsabilidad y no del interés partidista. En la misma línea deberán redefinirse los ámbitos de eficacia de los convenios colectivos y la depuración de las relaciones labores especiales que no tienen en la mayor parte de los casos encaje lógico dentro del Derecho del Trabajo.

Los hechos sociales son claros: en España, en 1908, cuando se creó el Instituto Nacional de Previsión y se ensayó el régimen de libertad subsidiada para la protección de la vejez, más de un tercio de la población tenía menos de 15 años; los de 65 o más años eran solo un 5% de la población total. En consecuencia, la sociedad era una sociedad con una altísima tasa de natalidad, una altísima tasa de fecundidad y una altísima tasa de mortalidad. O, si se quiere, con una bajísima esperanza de vida, que se cifraba en 37,5 años.

Así las cosas, no eran muchos los que se jubilaban; y si alcanzaban la condición de pensionistas, el curso de las pensiones era muy breve. El coste económico para el Reino Obrero era mínimo.

Hoy, el cuadro demográfico ha cambiado radicalmente. En la nueva sociedad española, en la presente y, en especial, en la inmediata, hay muchos máis viejos que adolescentes. En cifras absolutas esto quiere decir que las personas de 65, en el año 2020, llegará a los 8.000.000. Algunos demógrafos opitmistas prevén que los mayores de 80 o más años en el 2050 serán el 10% de la población total de España; es decir, la friolera de 3,5 millones de personas mayores de 80 años. Ciertamente, hay un envejecimiento rápido y fuerte en la población española. La causa de este crecimiento espectacular del grupo de edad de los mayores de 65 años está en el igualmente espectacular alargamiento de la esperanza de vida al nacer.

Los datos anteriores explican, sin mayor comentario, que se busque la continuidad de la vida laboral por encima de los 65 años.

Las medidas que lleguen a adoptarse en esta materia deberán ser razonables y equitativas para responder a una sociedad de sujetos "en soledad", cada vez más envejecida y con un número creciente de pensionistas. Los responsables deben ser conscientes de ello, y no pueden eludir sus obligaciones por más tiempo, por lo que se habrán de adoptar las necesarias reformas para garantizar, en todo momento, la

viabilidad y sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. Se ha perdido una oportunidad de oro con la reciente Ley 40/2007.

Cuestiones relativas al número de años que se han de tener en cuenta para el cálculo de la pensión, considerando el total cotizado a lo largo de la vida laboral del trabajador, a la elevación de la edad de jubilación -prevista en los 65 años, como hemos explicado, cuando las expectativas de vida eran muy inferiores a las actuales- o la ampliación del número de años mínimo necesario para acceder a la jubilación, deben ya ser abordadas.

Se hace igualmente indispensable tomar en consideración la necesaria celeridad de los procedimientos de impugnación de las altas médicas, ya que carece de cualquier sentido no dar solución, desde todos los puntos de vista, a los mismos, muchos meses después de haberse producido las altas, o la referida a la gratuidad del proceso laboral, así como la aclaración exigible al legislador en relación con el art. 149 de la Ley Concursal, relativo a la venta de las empresas en concurso, respecto a si las deudas de Seguridad Social son asumidas por el adquirente a través del mecanismo de la sucesión empresarial; algo que agradecería, sin ninguna duda, la seguridad jurídica y los jueces de lo mercantil, más, en estos tiempos.

# CAYETANA LADO CASTRO-RIAL

DIRECTORA GENERAL DE LA ASESORÍA JURÍDICA
DE LA XUNTA DE GALICIA Y ABOGADA DEL ESTADO

## LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS N RELACIÓN CON LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

### 1. PLANTEAMIENTO.

La importancia de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas se refleja con claridad en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ( en adelante, LRJ-PAC), que en su punto noveno viene a establecer que uno de sus objetivos ha sido precisamente lograr "*Una trascendente formulación de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, además de los que les reconocen la Constitución y las leyes*".

De esta frase pueden destacarse los siguientes aspectos. En primer lugar, la utilización del concepto ciudadano para referirse a todo aquel que se relaciona con la Administración Pública; en segundo lugar, que los derechos de los ciudadanos se vinculan a su ejercicio en el seno del procedimiento administrativo; y en tercer lugar, que la ley anteriormente citada no agota todos los derechos de los que los ciudadanos son titulares, pues existe una remisión expresa a otros derechos reconocidos en la Constitución y en otras leyes.

#### 1.1. Concepto de ciudadano.

Con carácter previo al estudio de los derechos de los ciudadanos, es preciso establecer el concepto de ciudadano, a efectos de lo previsto en la LRJ-

[1] La doctrina ha puesto de manifiesto que la introducción del concepto de ciudadano por la Ley 30/1992 se ha producido en paralelo al acogimiento de la categoría de ciudadano en el

PAC[1]. El término ciudadano es utilizado en la Constitución de 1978, si bien parece que se presupone el conocimiento de su contenido. Así, la misma proclama que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 25), así como a que la Ley limite el uso de la informática para garantizar su honor e intimidad personal (artículo 18). El ciudadano es, por tanto, según se deduce de la regulación constitucional, el titular de pretensiones activas frente a los poderes públicos y se define por su capacidad de ser fuente misma de la configuración de la composición de los poderes públicos o parte de los mismos.

Por otro lado, ciudadano es también, y a determinados efectos, el extranjero comunitario residente al que la misma Constitución le reconoce el derecho de participar en los procesos electorales municipales. La LRJ-PAC predica de los ciudadanos el conjunto de derechos enumerados en el artículo 35 y es evidente que ciudadanos son los españoles y los extranjeros en cierta medida, pero, en todo caso, las personas físicas.

Cuestión distinta es si las Administraciones Públicas o los poderes públicos en general pueden ser titulares de los derechos de los ciudadanos frente a las Administraciones. Aquí se hace necesario distinguir dos formas de actuación de la Administración Pública: que la misma actúe para propiciar o facilitar el ejercicio de sus propias competencias como poder público o que, por el contrario, su actuación venga obligada por el previo ejercicio por otra Administración Pública de las competencias que a ella confiere el ordenamiento como propias.

Es preciso también deslindar el concepto de ciudadano respecto del concepto de administrado, recogido en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y en normas preconstitucionales, que presupone una posición de subordinación respecto a la Administración. En todo caso, cabe resaltar que no parece que resulte vacío de contenido en la actualidad, por cuanto es la misma Constitución la que lo emplea, si bien en un sentido distinto, pues ya no se vincula a constituir un mero objeto de la actuación de las Administraciones Públicas.

Tal concepto sólo puede aparecer referido a personas físicas, a diferencia de lo ya visto respecto al concepto de ciudadano. Por otro lado, históricamente ha estado muy ligado a la titularidad de derechos políti-

Tratado de la Unión Europea regulando la denominada «ciudadanía de la Unión». La misma conllevaría, según el TUE, la titularidad de una serie de derechos y deberes, entre los que cabe citar de ser elector y elegible en las elecciones municipales, de ser elector en las elecciones al Parlamento Europeo en el país en el que resida y con independencia de su nacionalidad, el de circular y residir libremente en cualquier país de la Unión, así como el derecho de petición al Parlamento Europeo y al Defensor del Pueblo.

cos. Por el contrario, el concepto de ciudadano es más aséptico, y sirve para referirse a cualquiera que se relacione con la Administración Pública en una relación jurídica, sea éste nacional o extranjero, persona pública o privada, física o jurídica.

**1.2. Las Administraciones Públicas**

Teniendo en cuenta que la función administrativa se realiza por cualquier poder público independiente y no sólo por el Ejecutivo; la doctrina suele definir la Administración Pública, en su sentido funcional, como aquella actividad que el Estado, a través del poder Ejecutivo, y otros entes públicos realizan y que consiste en la gestión subordinada y concreta de fines de interés público y de los medios necesarios y adecuados para ello, con sujeción al ordenamiento jurídico.

La actividad administrativa está sometida, previa iniciativa de los particulares que consideren infringidos sus derechos, al control jurisdiccional. Asimismo, debido a la variación de la posición constitucional de los particulares, que pasan de súbditos a ciudadanos, la Administración debe responder de muchas formas frente a los particulares.

La Administración, aun estando separada de los demás poderes (como el ejecutivo y el judicial), se ve influenciada de forma muy diversa. Al igual que el Estado, está condicionada por lo que realizan Administraciones internacionales, multinacionales y transnacionales y responde ante los ciudadanos. Deben considerarse, por tanto, las Administraciones transnacionales, el poder parlamentario, el gubernativo, el judicial y el de los particulares que actúan como factores condicionantes, dominantes, de control, etc. También es preciso considerar, desde otro punto de vista, la concepción de la Administración, como aparato al servicio del Gobierno y como un instrumento ejecutivo de un poder que desciende del otro, desde el vértice constitucional.

**1.3. Clasificaciones de los derechos de los ciudadanos**

Como indica BEATO ESPEJO[2] salvo el derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de la Comunidad Autónoma, el acceso a los registros y archivos de las Administraciones, el derecho a ser tratado con respeto por las autoridades y funcionarios o el de obtener información y orientación sobre futuras actuaciones, los demás derechos del catálogo llevan implícita

[2] BEATO ESPEJO, M.: *" Tratamiento jurídico de los derechos reconocidos a los ciudadanos en el artículo 35 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura"*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura n.º 11 (1995).

la condición de titular de un derecho o un interés legítimo en el asunto de que se trate.

Cabe mencionar la clasificación de los citados derechos propuesta por SÁNCHEZ BLANCO:

1. *Derechos de los ciudadanos previstos por la Constitución y objeto de desarrollo por la LAP.*

***A)*** Derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento jurídico.

***B)*** El derecho al acceso a los registros y archivos administrativos de las Administraciones Públicas.

***C)*** La interconexión del derecho de acceso a archivos y registros con el derecho a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.

***D)*** El derecho al trámite de audiencia como parte del derecho al procedimiento.

*a)* El derecho a obtener copia sellada de los documentos que presenten aportándolos juntos a los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento,

*b)* El derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia,

*c)* El derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tenga la condición de interesados y obtener copia de los documentos contenidos en ellos.

*E)* Derecho a exigir la responsabilidad de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio.

2. *Derechos ciudadanos reconocidos por la Ley de Administraciones Públicas.*

***A)*** El derecho de los ciudadanos a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarse al ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

***B)*** El derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

Otra clasificación es la de DEL RÍO SÁNCHEZ[3], que señala que todos los derechos recogidos en la Ley pueden ser agrupados del siguiente modo:

- Derechos de los ciudadanos a la información en el procedimiento administrativo.

[3] SÁNCHEZ BLANCO, A.: "*Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas",* Revista de Administración Pública, núm. 132,1993.

- Derechos a la economía del procedimiento.
- Derechos a exigir responsabilidades a la Administración.
- Derechos a la mínima intervención administrativa.

Finalmente, siguiendo la clasificación recogida por BEATO ESPEJO[4], en el artículo 35 LRJPC se reconocen los siguientes derechos:

**A)** Referidos a los ciudadanos como tales:

1. Derecho al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas.
2. Derecho a utilizar la lengua oficial en el territorio de su Comunidad Autónoma.
3. Derecho a ser tratado con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios.
4. Derecho a obtener información y orientación sobre los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar los ciudadanos.

**B)** Derechos que exigen la participación en un procedimiento concreto:

1. Derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos y obtener copia de los documentos contenidos en ellos.
2. Derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos.
3. Derecho a obtener copia sellada de los documentos que se presenten ante las Administraciones Públicas.
4. Derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia.
5. Derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.
6. Derecho a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio.

Ha de señalarse, además de su escasa novedad en relación con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y de la acogida de similares derechos de otros antecedentes legislativos introducidos a través de la Constitución de 1978, el expreso desequilibrio en la norma entre derechos y deberes como contenidos claros de la relación que se establece o se pretende establecer y el carácter imperfecto de su formulación, ya que, unas veces

[4] DEL RÍO SÁNCHEZ, A. *"Los ciudadanos frente a la Administración",* El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 5, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Mar. 1999, Ref. 772/1999, pág. 772, tomo 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

reconoce el cumplimiento de meros trámites que hacen posible el ejercicio de auténticos derechos y como tales recogidos en otros preceptos de la misma Ley (por ejemplo, el derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento, que también preceptúa el artículo 79.1 LRJ-PAC) y otras veces expresa más bien obligaciones de la Administración que derechos de los ciudadanos (por ejemplo, a informarles o a no solicitar lo no exigido por la norma).

## 2.- REGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LOS DERECHOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 35 DE LA LEY 30/1992

### 2.1. Introducción

La regulación de los derechos de los ciudadanos se recoge en la LRJ-PAC bajo la rúbrica *"De la actividad de las Administraciones Públicas"*, por cuanto que se entiende que la actividad de la Administración viene limitada por el respeto a los derechos de los ciudadanos.

En todo caso, importa retener que hay derechos de los ciudadanos no sólo en los artículos 35 a 37 de la ley y en el Título IV de la misma, sino también fuera de estos preceptos. La LRJ-PAC en su conjunto y no sólo los preceptos dedicados a los derechos de los ciudadanos contiene derechos cuando impone deberes a la Administración o regula posiciones jurídicas activas sustantivas de los ciudadanos/interesados en el procedimiento. Así sucede, como señala SÁNCHEZ BLANCO[5] en las siguientes obligaciones de las Administraciones Públicas y derechos correlativos de los ciudadanos:

La obligación de resolver y la prohibición de abstención de las Administraciones Públicas

El establecimiento de reserva legal para imponer a los ciudadanos el facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación y para poder obligar a los ciudadanos a comparecer en las oficinas públicas.

La realización de los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales;

El reconocimiento de la asistencia de los interesados por asesor y la garantía del principio de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

Los derechos de los ciudadanos quedan bajo el ámbito de la legislación básica del Estado, de aplicación a todas las Administraciones Públicas, pu-

[5] BEATO ESPEJO, M.: *"Tratamiento jurídico de los derechos….."*, *ob. cit.*

diendo existir, en desarrollo de la misma, normativa autonómica que configure derechos de los ciudadanos en el procedimiento, ampliando o desarrollando la LRJ-PAC.

Tales derechos existen también en los procedimientos que quedan al margen de la adecuación impuesta por la LRJ-PAC (ej. Procedimientos tributarios, seguridad social, etc).

No son derechos ante funcionarios públicos, aunque alguna norma los califique como tales equivocadamente, como señala EMBID IRUJO[6] (vid. Art. 15 de la Ley 19/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas).

**2.2. Origen del artículo 35 de la LRJ-PAC**

El artículo 35 de la LRJ-PAC presenta importantes novedades con respecto a la legislación anterior, pero no demasiadas. La mayor parte de los derechos estaban ya presentes en nuestro ordenamiento jurídico. Así, aparecían en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 los derechos previstos en los apartados a) -art 62 de la LPA- c)- arts 63 y 64- e) -art 83-, y g) -art 33-. Existen otros que son desarrollo de la Constitución, como el recogido en el artículo 37 y el apartado h), en consonancia con el art 105.b) de la CE. Por su parte, el derecho a utilizar lenguas oficiales de la CA en las actuaciones y ante la Administración Pública, contemplados en los artículos 35.d) y 36_ del cual existían antecedentes legales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El apartado i) deriva del ordenamiento jurídico de funcionarios y más concretamente de normas disciplinarias, ya que aparece previsto en el art. 7o) del RD 33/1986, de 10 de enero, al considerar falta grave *"grave falta de consideración con los administrados"*. También derivan del ordenamiento general administrativo como el apartado j) (arts 40 y siguientes de la LRJAE 1957 y en los arts 139 y siguientes de la LRJ-PAC)

Por lo tanto, pueden calificarse como novedades propiamente el apartado b), esto es, el derecho a identificar autoridades y funcionarios ante los cuales se tramitan los procedimientos; y el apartado f), el derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate o se encuentren en poder de la Administración.

**2.3. Naturaleza jurídica de los derechos de los ciudadanos**

Los derechos codificados o creados por la LRJ-PAC han sido calificados

[6] SÁNCHEZ BLANCO, A.: *"Los derechos ciudadanos……."*,*ob.cit.*

por GARCIA DE ENTERRIA como el *"Estatuto ordinario de los ciudadanos españoles"*.

No estamos ante derechos fundamentales o libertades públicas, desde una perspectiva constitucional. Ahora bien: el carácter no fundamental de los derechos de los ciudadanos en la LRJ-PAC no implica que no tengan el carácter de derechos subjetivos, otorgados por el procedimiento administrativo y ejercitables en el curso de los procedimientos administrativos.

Así, como acertadamente señala EMBID IRUJO[7] los actos que los desconozcan podrán ser nulos de pleno derecho, pero no por vulneración del artículo 62.1. a) *"lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional",* sino por la vía del artículo 62.1.e), haber sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

**2.4. Estudio de los derechos de los ciudadanos en particular.**

De acuerdo con el artículo 35 de la LRJ-PAC, los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

**a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.**

Como ya se ha adelantado, el reconocimiento de este derecho no se produce ex novo en la LRJ-PAC, puesto que ya la LPA de 1958 le reconocía al administrado la facultad de conocer el estado de la tramitación de un procedimiento en que fuera parte y a obtener copias de los documentos.

La LRJ-PAC ha venido a unificar ambos derechos (arts. 62 y 63 LPA de 1958). El artículo 62 de la LPA de 1958 establecía:

*«Los interesados en un expediente administrativo tendrán derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de su tramitación, recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes*».

Señala GONZÁLEZ PÉREZ[8] que su finalidad es la poner en conocimiento de los interesados el estado de la tramitación. En consecuencia, el acto por el que se contesta a la petición de información no constituye un acto administrativo impugnable.

Por otro lado, el artículo 63 de la LPA de 1958 señalaba:

*«1. Los interesados podrán solicitar que se les expida copia certificada de extremos contenidos en el expediente.*

*2. La expedición de estas copias no podrá serles negada cuando se trate de acuerdos que les hayan sido notificados».*

Existen una serie de matizaciones respecto a la regulación precedente,

[7] EMBID IRUJO, A.: *"El ciudadano y la Administración (los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)".* INAP, 1994.

[8] EMBID IRUJO, A.: *"El ciudadano y la Administración…."ob.cit.*

como se puede observar. De un lado, los interesados pueden solicitar copias, siendo que antes quedaba limitado el derecho a acuerdos que les hubieran sido notificados, ahora no se establece tal limitación. Por otro lado, las copias de la LPA eran certificados, ahora no se hace constar tal carácter, siendo que las solicitudes aparecían referidas a una parte concreta del expediente, por ello tenía sentido la certificación.

Es necesario para obtener copias de los documentos la acreditación de la condición de interesado en el procedimiento, haya habido o no efectiva personación.

El artículo 24 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto a las competencias en materia de información a los ciudadanos, señala que los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas coordinarán la información sobre los programas y actividades del Gobierno y la Administración General del Estado en la Comunidad Autónoma. Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas promoverán, igualmente, los mecanismos de colaboración con las restantes Administraciones Públicas en materia de información al ciudadano.

El RD 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano, en su artículo 3, considera información particular la concerniente al estado o contenido de los procedimientos en tramitación. Esta información sólo podrá ser facilitada a las personas que tengan la condición de interesados en cada procedimiento o a sus representantes legales de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 31 y 32 de la LRJ-PAC. Igualmente podrá referirse a los datos de carácter personal que afecten de alguna forma a la intimidad o privacidad de las personas físicas. La información sobre documentos que contengan datos de esta naturaleza estará reservada a las personas a que se refieran con las limitaciones y en los términos establecidos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y en el art. 37 de la LRJ-PAC. Esta información será aportada por las unidades de gestión de la Administración General del Estado. No obstante, para asegurar una respuesta ágil y puntual a los interesados, podrán estar dotadas de las oportunas conexiones con las unidades y oficinas de información administrativa que colaborarán con aquéllas cuando así se establezca.[9]

En el ámbito tributario, el artículo 34 de la Ley 58/2003, LGT, recoge como derecho del obligado tributario a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte. Asimismo tendrá derecho a solicitar

[9] GONZÁLEZ PÉREZ, J., *"Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo"*, Civitas, 1989, pág. 481.

certificación y copia de las declaraciones por él presentadas, así como derecho a obtener copia sellada de los documentos presentados ante la Administración, siempre que la aporten junto a los originales para su cotejo, y derecho a la devolución de los originales de dichos documentos, en el caso de que no deban obrar en el expediente.

La LRJ-PAC prevé un momento concreto para acceder al expediente: el trámite de audiencia, previsto en el artículo 84. Los problemas planteados en relación al ejercicio de este derecho se refieren, entre otros, a la solicitud de copias indiscriminadas; a las menciones de datos protegidos, derecho a la intimidad, etc. Puede citarse al respecto la problemática específica suscitada en el ámbito del derecho de la competencia, en cuanto a la posibilidad de vedar el acceso a determinada documentación por tener carácter confidencial al verse afectado el secreto comercial e industrial.

También con respecto a las consecuencias de la información proporcionada por la Administración y en su caso, de la negativa a darla. Así, respecto a las consultas urbanísticas, cabe citar la eventual reclamación por responsabilidad extracontractual de la administración local por información errónea (vid. STS 15 de julio de 2001, Sala 3º, sección 6º, ponente Puente Prieto, casación 6694/1998). Otro ejemplo lo constituye la información pedida por tres concejales con antelación de 48 horas a la celebración del pleno y la injustificada negativa del alcalde a proporcionarla (objeto de la STS 16 de septiembre de 2002, sala 3º, sección 7º, ponente Goded Miranda, casación 2299/1998). La falta de contestación vulneró el artículo 23 de la CE al negarle una información que tenía derecho a obtener para el ejercicio de las funciones públicas que le están atribuidas

Importa retener en el ámbito de este derecho que la realización del mismo (como en todos) no puede ir en perjuicio de los derechos de otros ciudadanos, de acuerdo con el principio general neminem laedere.

**b) A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.**

Se ha hecho, según COBO OLVERA[10], demasiada demagogia alrededor

[10] Como veremos posteriormente, el artículo 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en este artículo 35, así como obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones. Del mismo modo elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas. Igualmente a conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos.

El artículo 37 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los

de este derecho, pues indica que siempre se ha conocido o podido conocer quién o quiénes eran los responsables de la tramitación de un procedimiento, destacando que a efectos de responsabilidad en todo momento se ha conocido al empleado público que ha intervenido en un determinado procedimiento. Su plasmación normativa es consecuencia de los principios de publicidad y de transparencia. Por otro lado, no parece excesivo, a efectos de su concreto ejercicio, exigir la condición de interesado en el procedimiento concreto en que se pretenda hacerlo efectivo.

El problema que plantea el precepto es la interpretación que hay que otorgar al término responsabilidad, pues puede aludir tanto al responsable de la iniciación, al responsable de la instrucción o al responsable de la resolución final. En cualquier caso, en la práctica suele entenderse que abarca todo el iter procedimental.

En relación a este derecho, conviene recordar que el RD 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regula los Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano, en su artículo. 3 considera información particular la concerniente a la identificación de las autoridades y personal al servicio de la Administración General del Estado y de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la misma bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos. Esta información sólo podrá ser facilitada a las personas que tengan la condición de interesados en cada procedimiento o a sus representantes legales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos. 31 y 32 de la LRJ-PAC. Esta información será aportada por las unidades de gestión de la Administración General del Estado. No obstante, para asegurar una respuesta ágil y puntual a los interesados, podrán estar dotadas de las oportunas conexiones con las unidades y oficinas de información administrativa que colaborarán con aquéllas cuando así se establezca.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley 58/2003, LGT, en relación con este derecho, dice que los obligados tributarios tienen el derecho a conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración tributaria bajo cuya responsabilidad se tramitan las actuaciones y procedimientos tributarios en los que tenga la condición de interesado.

---

Servicios Públicos, señala: "*1. En los procedimientos administrativos gestionados en su totalidad electrónicamente, el órgano que tramita el procedimiento pondrá a disposición del interesado un servicio electrónico de acceso restringido donde éste pueda consultar, previa identificación, al menos la información sobre el estado de tramitación del procedimiento, salvo que la normativa aplicable establezca restricciones a dicha información. La información sobre el estado de tramitación del procedimiento comprenderá la relación de los actos de trámite realizados, con indicación sobre su contenido, así como la fecha en la que fueron dictados. 2. En el resto de los procedimientos se habilitarán igualmente servicios electrónicos de información del estado de la tramitación que comprendan, al menos, la fase en la que se encuentra el procedimiento y el órgano o unidad responsable*".

**c) A obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento.**

El derecho del ciudadano a obtener copia sellada de los documentos que presente ante la Administración, hay que relacionarlo con el mismo derecho reconocido en el artículo 70.3, que hace referencia a las solicitudes y comunicaciones que se presenten ante la Administración. No obstante, entendemos que en este sentido, existe una diferencia entre ambos (documentos y solicitudes); mientras que los primeros se podrán sustituir por copias, los segundos, además, podrán -para tener constancia de su presentación- emitirse recibos que acrediten la fecha de presentación.

Este derecho tampoco surge *ex novo* con la LRJ-PAC, pues el art. 64 de la LPA 1958 decía:

*«1. Al presentar un documento podrán los interesados acompañarlo de una copia para que la Administración, previo cotejo de aquélla, devuelva el original».*

Otro derecho recogido en este apartado es el referente a la devolución de los documentos originales, salvo cuando éstos deban obrar en el procedimiento. Tampoco es novedoso este derecho, pues el artículo 64 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 señalaba:

*«2. Los interesados podrán pedir desglose y devolución de los documentos que presenten, lo que acordará el funcionario que instruya el procedimiento, dejando nota o testimonio, según proceda».*

No se procederá a la devolución de documentos originales cuando deban obrar en el procedimiento. DA SILVA OCHOA[11] señala que en interpretación estricta, el documento original deberá obrar en el expediente y sólo aquellos cuya propia materialidad deba ser objeto de examen: prueba grafológica de un autógrafo, examen de un título valor o de cualquier documento cuyas garantías de autenticidad no sean admisibles para las partes por el mero cotejo administrativo. Ello tendrá lugar cuando lo que se discuta sea la autenticidad del documento.

El derecho que examinamos aparece desarrollado en los artículos 7 y 8 del RD 772/1999, de 4 de mayo. Establece el artículo 7:

*"1. Cuando las normas reguladoras del correspondiente procedimiento o actuación administrativa requieran la aportación de documentos originales por los ciudadanos, éstos tendrán derecho a la expedición por las oficinas*

[11] COBO OLVERA, T.: *"El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial"*, edición nº 3, Editorial LA LEY, Madrid, 2008.

*de registro de una copia sellada del documento original en el momento de su presentación. Las oficinas de registro no estarán obligadas a expedir copias selladas de documentos originales que no acompañen a las solicitudes, escritos o comunicaciones presentadas por el ciudadano.*

*2. Para el ejercicio de este derecho el ciudadano aportará, junto con el documento original, una copia del mismo. La oficina de registro cotejará la copia, y el documento original, comprobando la identidad de sus contenidos, unirá el documento original a la solicitud, escrito o comunicación al que se acompañe para su remisión al órgano destinatario y entregará la copia al ciudadano, una vez diligenciada con un sello en el que consten los siguientes datos:*

*a) Fecha de entrega del documento original y lugar de presentación.*

*b) Órgano destinatario del documento original y extracto del objeto del procedimiento o actuación para cuya tramitación se aporta.*

*La oficina de registro llevará un registro expresivo de las copias selladas que expida, en el que anotará los datos señalados en el párrafo anterior.*

*3. La copia sellada acreditará que el documento original se encuentra en poder de la Administración correspondiente, siendo válida a los efectos del ejercicio por el ciudadano del derecho reconocido en el artículo 35 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para solicitar, en su caso, la devolución del documento original una vez finalizado el procedimiento o actuación o de acuerdo con lo que disponga la normativa de aplicación.*

*La copia sellada será entregada a la Administración correspondiente en el momento en que el documento original sea devuelto al interesado. Si se produjera la pérdida o destrucción accidental de la copia, su entrega se sustituirá por una declaración aportada por el ciudadano en la que exponga por escrito la circunstancia producida."*

Por su parte, el artículo 8 dispone:

*"1. Cuando las normas reguladoras de un procedimiento o actividad administrativa requieran la aportación de copias compulsadas o cotejadas de documentos originales, el ciudadano podrá ejercer su derecho a la inmediata devolución de estos últimos por las oficinas de registro en las que se presente la solicitud, escrito o comunicación a la que deba acompañar la copia compulsada, con independencia del órgano, entidad o Administración destinataria. Las oficinas de registro no estarán obligadas a compulsar copias de documentos originales cuando dichas copias no acompañen a solicitudes, escritos o comunicaciones presentadas por el ciudadano.*

*2. Para el ejercicio de este derecho el ciudadano aportará, junto con el documento original, una copia del mismo. La oficina de registro realizará el cotejo de los documentos y copias, comprobando la identidad de sus contenidos, devolverá el documento original al ciudadano y unirá la copia, una vez dili-*

*genciada con un sello o acreditación de compulsa, a la solicitud, escrito o comunicación a la que se acompañe para su remisión al destinatario.*

*El sello o acreditación de compulsa expresará la fecha en que se practicó así como la identificación del órgano y de la persona que expiden la copia compulsada.*

*3. La copia compulsada tendrá la misma validez que el original en el procedimiento concreto de que se trate, sin que en ningún caso acredite la autenticidad del documento original.*

*4. En el acceso a las actividades de servicios, en el caso de documentos emitidos por una autoridad competente, según la definición de ésta establecida por el artículo 3, apartado 12, de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, no se exigirá la presentación de documentos originales o copias compulsadas ni traducciones juradas, salvo en los casos previstos por la normativa comunitaria, o justificados por motivos de orden público y de seguridad pública. No obstante, la autoridad competente podrá recabar de otra autoridad competente la confirmación de la autenticidad del documento aportado.“ (*añadido por el RD 136/2010).

En el ámbito tributario, el artículo 34 de la Ley 58/2003, LGT, señala que los obligados tributarios tienen derecho a solicitar certificación y copia de las declaraciones por él presentadas, así como derecho a obtener copia sellada de los documentos presentados ante la Administración, siempre que la aporten junto a los originales para su cotejo, y derecho a la devolución de los originales de dichos documentos, en el caso de que no deban obrar en el expediente.

En términos análogos se pronuncia el artículo 99 de la misma Ley:

*«3 Los obligados tributarios tienen derecho a que se les expida certificación de las autoliquidaciones, declaraciones y comunicaciones que hayan presentado o de extremos concretos contenidos en las mismas.*

*4. El obligado que sea parte en una actuación o procedimiento tributario podrá obtener a su costa copia de los documentos que figuren en el expediente, salvo que afecten a intereses de terceros o a la intimidad de otras personas o que así lo disponga la normativa vigente. Las copias se facilitarán en el trámite de audiencia o, en defecto de éste, en el de alegaciones posterior a la propuesta de resolución»*

**d) A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto de Ordenamiento Jurídico.**

Este derecho es plasmación del artículo 3 de la Constitución, que dispone:

*«1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho de usarla.*

*2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos».*

El derecho al uso de las lenguas viene desarrollado en el artículo. 36, que es objeto de estudio posteriormente.

Este derecho viene igualmente recogido en el artículo 34 de la Ley 58/2003, para el ámbito tributario.

**e) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.**

El contenido de este derecho se reitera en el artículo 79.1 de la Ley. Este derecho, asimismo, venía reconocido en la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 83:

*«Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento y siempre con anterioridad al trámite de audiencia, aducir alegaciones que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución».*

GONZÁLEZ PÉREZ[12], comentando el antiguo artículo 83, señala que el trámite que se regula en este precepto tiene su razón de ser desde el momento en que, por desgracia, los procedimientos administrativos, son interminables, excediendo su tramitación, en la mayoría de las veces, el tiempo de seis meses que establecía el artículo 61.1 de la LPA. Durante todo este tiempo pueden aparecer documentos nuevos o puede ser que se adopten otros actos en procedimientos semejantes, ignorados al inicio del procedimiento. Por ello puede resultarles de utilidad alegar aquello que en principio no podían.

El enunciado de este derecho tiene antecedente en el artículo 83 de la LPA de 1958, si bien en el párrafo primero del correlativo artículo 79.1 de la LAP, dentro de la instrucción del procedimiento, se reproduce el precepto de 1958. Hay que destacar, como novedad, que en su párrafo segundo se suprime la reclamación en queja ante el superior jerárquico por defectos de tramitación, que se sustituye por la facultad de poder alegar ante el órgano encargado de la instrucción del procedimiento los defectos de tramitación, a efecto de que puedan ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto, siendo que estas alegaciones pueden dar lugar a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

SÁNCHEZ BLANCO[13] sostiene que la conceptuación como derecho ciudadano de la posible formulación de alegaciones, en el artículo 35, se con-

[12] DA SILVA OCHOA, J. A., "*Administraciones Públicas y Ciudadanos"*, 1993, pág. 310.

[13] GONZÁLEZ PÉREZ, J., "*Comentarios…" ob. cit.* Pág. 626.

trapone al condicionamiento de que es objeto este inicial derecho, por el artículo 79, desde la efectiva reserva de su ejercicio a los interesados en el procedimiento. Continúa indicando que esta falta de correspondencia conceptual admite ser reconducida desde la relativización del enunciado del derecho ciudadano mediante el condicionamiento de su ejercicio, pero tendría como efecto la consecuente desnaturalización del derecho.

Para evitar tal resultado, considera admisible que se mantenga la doble vía, de permitir que cualquier ciudadano alegue o presente los documentos que estime en relación con el procedimiento y lo mismo pueda hacer aquel que posea la condición de interesado. No obstante, esta posible interpretación estaría condicionada desde la perspectiva del pleno ejercicio de los derechos ciudadanos, sustraídos a la exigencia de legitimados.

En el ámbito tributario, el artículo 34 de la Ley 58/2003, LGT, señala que los obligados tributarios tienen derecho a formular alegaciones y a aportar documentos que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente propuesta de resolución. Y derecho a ser oído en el trámite de audiencia, en los términos previstos en esta Ley.

**f) A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.**

SÁNCHEZ BLANCO[14] señala la interconexión de este derecho con el de acceso a archivos y registros, regulado en el artículo 37. Añade que la carencias del sistema de archivos o la estanqueidad de las distintas bases de datos público, obligan al ciudadano a tener que operar con la carga de la solicitud de documentos para dejar constancia documental, ante las distintas Administraciones Públicas e incluso organismos dentro de la misma Administración, de datos que ya obran en su poder, sin excluir el tener que presentar reiteradamente documentos que ya han sido presentados ante ellas, pero que, por carecer de buen orden en la tramitación, conservación y archivo de los expedientes administrativos, obligan al ciudadano y a la estructura organizativa de las Administraciones Públicas a soportar la misma.

En consecuencia, si bien este derecho desde el punto de vista de la simplificación cara al administrado es importante, presenta ciertos riesgos en su aplicación efectiva, como dice COBO OLVERA[15]. La problemática se plantea si la Administración exige, a pesar de lo proclamado por el precepto, la documentación que ya consta en las oficinas de dicha Administración, en principio sólo le quedaría al administrado acudir a los tribunales para

[14] SÁNCHEZ BLANCO, A.: *"Los derechos ciudadanos…", ob. cit.*

[15] SÁNCHEZ BLANCO, A.: *"Los derechos ciudadanos….·, ob.cit.*

que se le exima de dicha aportación. Opción ésta inviable en la práctica, pues dada la duración de los recursos contencioso-administrativos (alrededor de dos años), al administrado le resultará más factible la presentación pura y simple de dichos documentos.

Otros autores como PARADA VÁZQUEZ[16] indican que aunque esta norma lo que realmente contiene no es tanto un derecho del ciudadano, sino una prohibición dirigida más bien a la Administración, esto es, de no importunar al ciudadano con inútiles peticiones irregulares de documentos, prohibición que opera como eliminadora de la antijuricidad en un eventual expediente sancionador que se instruyera a aquél por no presentarlos o excluyente de una eventual causa de caducidad de procedimientos o derechos sustantivos.

La efectividad del derecho está condicionada por la previsión de la Disposición final de la LAP, en cuyo párrafo primero, defiere al desarrollo reglamentario del Consejo de Ministros *«la efectividad material y temporal del derecho reconocido en el artículo 35.|)».* Este precepto y su Disposición final ilustran, sin necesidad de datos complementarios, sobre el déficit organizativo de las Administraciones Públicas y sobre las dificultades intrínsecas para que aspectos tan elementales sean asimilados por las estructuras y la operativa administrativa.

El párrafo f) del artículo 35 ha sido aplicado por la STSJ de Baleares de 24-9-1996, en los siguientes términos:

*«Primero. [...] Las agencias de viajes recurrentes, "Viajes Internacional Sol y Turismo, Sociedad Limitada" y "Alice Tours, Sociedad Limitada", comunicaron a la Administración de la Comunidad Autónoma en 1994 los transportes turísticos que se proponían realizar, siendo autorizados por la demandada. Pues bien, el 23 de febrero de 1995, una y otra recurrente comunicaron a la propia demandada que, alcanzando las autorizaciones a que antes nos referíamos "hasta el 1 de marzo de 1995", a partir de esa fecha pretendían realizar "los mismos transportes turísticos autorizados", "en iguales condiciones de servicios, itinerario y precio de los autorizados", no presentando copias de dichos transportes por cuanto ya obraban en poder de la Administración quien los había recibido con las comunicaciones presentadas en 1994. Sin embargo, la demandada exigió que la comunicación de 1995 se completase con la relación de servicios a realizar ese año, aunque fuesen los mismos que en 1994 y de los que ya se le presentó en su día la correspondiente relación. Puestas así las cosas, el tema neurálgico del recurso, dejando a un lado argumentaciones sin peso anudadas a supuesta sanción sin cobertura legal, e incluso otras motivaciones alrededor del verdadero al-*

[16]COBO OLVERA, T.: *"El régimen jurídico…" ob. cit.*

*cance del deber de comunicar los transportes turísticos a realizar, en definitiva, se concreta en determinar si el presente es caso en que las recurrentes quedasen amparadas por el art. 35.f) de la Ley 30/1992.*

*Segundo. El principio de eficacia o de eficiencia exigible a toda Administración Pública -art. 103 de la Constitución- comprende también los principios de celeridad y economía, encontrándose la Administración Pública, en todo caso, al servicio de los ciudadanos. La Ley 30/1992 -art. 35.f)- reconoce el derecho a no presentar documento que ya se encuentre en poder de la Administración actuante. La autorización al Consejo de Ministros para dictar disposiciones que se refieran a la efectividad material y temporal del derecho reconocido en el art. 35.f) -disposición final de la Ley 30/1992- no cabe aceptar que suponga que la intención del legislador fuese "subordinar el reconocimiento efectivo de este derecho a lo que dispongan las normas reglamentarias de aplicación", que es lo que aduce la Comunidad Autónoma. Por contra, el precepto habilita tanto al ciudadano para negarse a presentar documentos que ya obren en poder de la Comunidad Autónoma como impone a la Comunidad Autónoma la correlativa prohibición de solicitarlos imperativamente, máxime cuando se trata de la misma Conselleria y de la misma Dirección General. Además, en buena lógica, el término "documentos" a que se refiere el precepto debe interpretarse en un sentido amplio, de modo que comprende también, como es el caso, aquellas informaciones que ya obren en poder de los órganos de la Comunidad Autónoma».*

DA SILVA OCHOA[17] suscita la importante cuestión la interpretación que ha de darse, en este contexto, al término Administración Pública. La respuesta a la misma permitirá determinar la utilidad práctica de esta previsión, pues si entendemos que ello simplemente exime al ciudadano de presentar el mismo documento solicitado por idéntico organismo cuantas veces lo exija, el precepto carecería de utilidad.

Lo que no parece permitir el precepto es eximir de presentar documentos que obren en poder de otra Administración Pública territorial, como indica SANTAMARÍA PASTOR[18] , al señalar que un Ministerio (o Consejería) o Dirección General no pueden, exigir documentos que obren en poder de otro u otra. En todo caso, parece que tal derecho ha de extenderse a los entes instrumentales dependientes de las Administraciones territoriales.

Con respecto al contenido concreto del derecho, el artículo 2 del RD 1778/1994, de 5 de agosto, prescribe que para poder acogerse a lo establecido en dicho precepto no han debido pasar mas de cinco años desde que el

[17] PARADA VÁZQUEZ, J.R.. *"Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común",* Marcial Pons, 2.a ed., Madrid 1990.

[18] DA SILVA OCHOA, *"Administraciones..."*, ob. cit., págs. 307 y 308.

documento fue presentado y que los interesados deben indicar la fecha y el órgano ante el cual se presentó.

El RD 522/2006 suprime la exigencia de presentación de la fotocopia del DNI en los procedimientos tramitados ante la Administración General del Estado, pudiendo la Administración comprobar los datos mediante un sistema de verificación de datos de identidad, sistema que aparece establecido en la orden de 27 de diciembre de 2006[19].

**g) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.**

Este derecho ya aparecía contemplado en el artículo 33 de la Ley de 1958, aunque la redacción de ambos preceptos es distinta. En concreto, el artículo 33 regulaba la información acerca de los fines, competencia y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios. En tal sentido, el apartado 1.a) de la Orden de 22 de octubre de 1958, al regular las oficinas de información, decía que comprendería cuanto se refiere a la organización de los servicios, localización de dependencias..., trámites de los diferentes tipos de expedientes, documentos que se exijan, formas de gestión y, en general, cuantos informes sirvan de ilustración a quienes hayan de relacionarse con la Administración.

De este modo, la Orden de 22 de octubre de 1958, respecto a los efectos de la información establecía:

*«1. Tales informes no originarán derechos ni expectativas de derechos a favor de los solicitantes ni terceros, ni podrán lesionar derechos o intereses legítimos de los interesados u otras personas.*

*2. No ofrecerán vinculación alguna con el procedimiento a que se refieren, y en este sentido no podrá ser invalidada la información a efectos de interrupción o paralización de plazos, caducidad, prescripción, ni servirá de instrumento de notificación en el expediente a que haga referencia».*

En la actualidad, el RD 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano, en su artículo 2, distingue:

«información general»: es la relativa a la identificación, fines, competencia, estructura, funcionamiento y localización de organismos y unidades administrativas; la referida a los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que los ciudadanos se propongan realizar; la referente a la tramitación de

[19] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., en «*Estudios sobre el procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas*», 1993, CEMCI, *TAL*, núm. 53, pág. 132.

procedimientos, a los servicios públicos y prestaciones, así como a cualesquiera otros datos que aquéllos tengan necesidad de conocer en sus relaciones con las Administraciones Públicas, en su conjunto, o con alguno de sus ámbitos de actuación. La información general se facilitará obligatoriamente a los ciudadanos, sin exigir para ello la acreditación de legitimación alguna. Cuando resulte conveniente una mayor difusión, la información de carácter general deberá ofrecerse a los grupos sociales o instituciones que estén interesados en su conocimiento. Se utilizarán los medios de difusión que en cada circunstancia resulten adecuados, potenciando aquellos que permitan la información a distancia, ya se trate de publicaciones, sistemas telefónicos o cualquier otra forma de comunicación que los avances tecnológicos permitan. En el Real Decreto 208/1996, en su artículo 4, y dentro de las funciones de atención al ciudadano, se refiere a la orientación e información, cuya finalidad es la de ofrecer las aclaraciones y ayudas de índole práctica que los ciudadanos requieren sobre procedimientos, trámites, requisitos y documentación para los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, o para acceder al disfrute de un servicio público o beneficiarse de una prestación. Esta forma de facilitar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos, en ningún caso podrá entrañar una interpretación normativa, a la que se refiere el art. 37.10 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni consideración jurídica o económica, sino una simple determinación de conceptos, información de opciones legales o colaboración en la cumplimentación de impresos o solicitudes.

"información particular": es la concerniente al estado o contenido de los procedimientos en tramitación, y a la identificación de las autoridades y personal al servicio de la Administración General del Estado y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma bajo cuya responsabilidad se tramiten aquellos procedimientos. Esta información sólo podrá ser facilitada a las personas que tengan la condición de interesados en cada procedimiento o a sus representantes legales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31y 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Igualmente podrá referirse a los datos de carácter personal que afecten de alguna forma a la intimidad o privacidad de las personas físicas. La información sobre documentos que contengan datos de esta naturaleza estará reservada a las personas a que se refieran con las limitaciones y en los términos establecidos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Esta información será aportada por las unidades de gestión de la Administración General del Estado. No obstante, para asegurar una respuesta ágil y puntual a los interesados, podrán estar dotadas de las oportunas conexiones con las unidades

y oficinas de información administrativa que colaborarán con aquéllas cuando así se establezca.

El art. 35.g) no permite -según criterio de la STS de 12-9-1997- solicitar y obtener información de la Administración para interponer un recurso contra el acto dictado por dicha Administración, que ha cumplido el ordenamiento resolviendo la petición.

SANTAMARÍA PASTOR[20] entiende que el empleo acumulativo de los términos «información y orientación», así como la referencia a que una y otra puedan afectar a «los requisitos jurídicos o técnicos» de los proyectos o solicitudes particulares, permite hablar de un auténtico derecho a recibir asesoramiento en la confección de los mencionados documentos por parte de los servicios directamente competentes en la materia de la Administración respectiva.

En el campo urbanístico, el RD-Leg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba la Ley del Suelo, recoge en esta materia concreta este derecho del ciudadano. El artículo 4 de la misma dice: *«Todos los ciudadanos tienen derecho a:*

*d) ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora».*

En este mismo sentido, la Ley 58/2003, LGT, en el ámbito tributario, contempla el derecho de información al contribuyente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias[21].

**h) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes.**

En relación con este derecho nos remitimos al análisis particular que se realiza posteriormente del artículo 37.

**i) A ser tratados, con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.**

Este derecho, como se ha indicado con anterioridad, es trasunto del deber establecido en la normativa reguladora del régimen disciplinario de los funcionarios públicos. El RD 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el

[20] Como veremos posteriormente, en el ámbito de la Administración Electrónica, el RD 1671/2009 dispone en su artículo 2 que los ciudadanos al ejercer tal derecho deberán ser informados de que ello implica su consentimiento para cada procedimiento concreto sin que implique un consentimiento general. En tal supuesto, se incorporarán los datos o documentos sin más trámite dejando constancia en los ficheros.

[21] SANTAMARÍA PASTOR,.J.A.. *"Estudios...",* ob. cit., , págs. 119 y 120.

Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, recoge una serie de conductas vinculadas a este derecho, que se tipifican como faltas.

Así, el artículo 6 considera faltas muy graves: *"b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."*

Por su parte, el artículo 7 indica que son faltas graves: *"o) La grave falta de consideración a los administrados."*

Finalmente, el artículo 8 considera falta leve: *"c) La incorrección con el público."*

El nuevo precepto incorpora como novedad un deber de colaboración que se impone a autoridades y funcionarios para facilitar no sólo el ejercicio de los derechos, sino también de las obligaciones de los ciudadanos. En este aspecto, el derecho que analizamos ha de conectarse con el previsto en el apartado g), ya comentado.

El artículo. 34 de la Ley 58/2003, LGT, en relación con este derecho, dice que los obligados tributarios tienen derecho a ser tratados con el debido respeto y consideración por el personal al servicio de la Administración tributaria.

**j) A exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.**

COBO OLVERA[22] sistematiza los siguientes supuestos de responsabilidad concretos, previstos en la LRJ-PAC:

- Responsabilidad por no abstenerse, cuando proceda (art. 28.5).
- Responsabilidad en la tramitación de los asuntos (art. 41).
- Responsabilidad por no resolver de forma expresa (art. 42).
- Responsabilidad por no guardar el orden en la tramitación de los asuntos (art. 74).
- Responsabilidad en la emisión de informes (art. 83).
- Responsabilidad patrimonial (título X).

Añade SÁNCHEZ BLANCO[23] que la consecuencia que es obligado extraer de los preceptos citados, a efectos de materializar el derecho ciudadano a la exigencia de responsabilidad en la tramitación de los procedimientos administrativos, tiene concreción en la necesidad de particularizar el responsable de la tramitación de cada procedimiento en estricta aplicación de las previsiones establecidas por los preceptos legales considerados.

[22] Artículo 85 y concordantes de la LGT.

[23] COBO OLVERA, T.: *"El régimen jurídico…"* ob.cit.

El artículo 41 de la LRJ-PAC prevé la posible exigencia de responsabilidad por tramitación, instando a los titulares de las unidades administrativas y al personal que tuviese a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, a que adopten *«las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de los procedimientos»*

El artículo 34 de la Ley 58/2003, LGT, contempla igualmente el derecho de los obligados tributarios a formular quejas y sugerencias en relación con el funcionamiento de la Administración tributaria.

**k) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.**

- Entre los que se reconocen por la Constitución, se pueden mencionar, siguiendo a AGÚNDEZ FERNÁNDEZ[24], el derecho a la tutela judicial efectiva en todo procedimiento administrativo, y especialmente en el sancionador, de conformidad con los artículos 24 y 25 de la misma; los derechos de audiencia en el procedimiento y de acceso a los registros y archivos públicos, según el artículo 105; los derechos de recurrir ante los Tribunales en supuestos de ilegalidad del acto administrativo y de exigir responsabilidades administrativas por daños causados durante la tramitación del expediente, según el artículo 106.

- Por su parte, siguiendo la exposición de dicho autor, cabe citar, entre los previstos en la LRJ-PAC, el derecho de recepción de documentos en centros y oficinas de las Administraciones Públicas y otros que legalmente se establezcan (artículo 38, puntos 4 y 5); pago de tributos mediante giros postales y telegráficos y transferencias bancarias (artículo 38, punto 6); derecho a obtener resolución definitiva en el expediente (artículos 42, 43 y 44); etc.

### 2.5. Estudio especial del derecho a usar las lenguas oficiales en el territorio de la Comunidad Autónoma.

#### 2.5.1. Regulación legal

Establece el artículo 36 de la LRJ-PAC:

*"La lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella.*

*En este caso, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado. Si concurrieran varios interesados en el procedimiento, y exis-*

[24] SÁNCHEZ BLANCO, A.: "*Los derechos ciudadanos …", ob. cit.*

*tiera discrepancia en cuanto a la lengua, el procedimiento se tramitará en castellano, si bien los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos.*

*En los procedimientos tramitados por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, el uso de la lengua se ajustará a lo previsto en la legislación autonómica correspondiente.*

*La Administración pública instructora deberá traducir al castellano los documentos, expedientes o partes de los mismos que deban surtir efecto fuera del territorio de la Comunidad Autónoma y los documentos dirigidos a los interesados que así lo soliciten expresamente. Si debieran surtir efectos en el territorio de una Comunidad Autónoma donde sea cooficial esa misma lengua distinta del castellano, no será precisa su traducción."*

El Estado de las Autonomías se caracteriza, entre otras notas, por permitir la utilización de lenguas propias de la Comunidad Autónoma que la tenga, distinta al castellano. Como ya se ha visto, el artículo 3 de la CE declara al castellano lengua oficial del Estado, y asimismo declara oficiales en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, a las demás lenguas españolas[25]. En función de este precepto, varias Comunidades Autónomas se dotaron en sus Estatutos de Autonomía de lenguas cooficiales (País Vasco, Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Navarra y las Islas Baleares), mientras que otras (Principado de Asturias, Aragón y Cataluña para el habla aranesa) no han reconocido más que *"peculiaridades lingüísticas"* en ellas.

**2.5.2. Tratamiento jurisprudencial**

Teniendo presente el artículo 3 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha examinado las normativas lingüísticas de las Comunidades Autónomas, que en lo esencial las ha considerado conformes al texto constitucional. Si bien, ha incluido la matización, partiendo incluso de un régimen de privilegio de las lenguas autonómicas, de no permitir la exclusión o una posición marginal del castellano. En efecto, las sentencias 82/1986 (RTC 1986/82), 83/1986 (RTC 1986, 83) y 84/1986 (RTC 1986, 84) prohibieron respectivamente la exclusión del castellano en municipios vascos atendiendo a criterios sociolingüísticos, la primacía del catalán en la interpretación de textos dudosos y el deber de los gallegos de conocer su propia lengua**.** [26]

Es obligatoria la cita de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucio-

[25] AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.:"*Las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30 de 26 de noviembre de 1992 con las modificaciones de la Ley 4 de 13 de enero de 1999. Comentarios y jurisprudencia*".Editorial Comares, Granada, 1999.

[26] La STC 27/1996, de 15 de febrero, señala que *«ninguna duda se puede albergar de que sólo las lenguas cooficiales se encuentran permitidas como vehículo de los procedimientos administrativos, y el bable no lo es puesto que el Estatuto del Principado no lo establece así»* (FJ 3).

nal en relación a la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 31/2010, de 28 de junio). La misma, en relación a la materia que nos ocupa, anula la expresión "y preferente" del apartado 1 de su artículo 6. Es decir, del artículo *"La lengua propia de Cataluña es el catalán. Como tal, el catalán es la lengua de uso normal y preferente de las Administraciones públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña, y es también la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza."*

En la misma línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 1230/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 3 de diciembre de 2003, en el marco de la anulación de parte de la normativa lingüística de la Universitat Pompeu i Fabra, señaló que *"es reprochable la imposición del uso institucional de una de las dos lenguas oficiales excluyendo la utilización de otra, que se evita con la adjetivación de expresiones como "normalmente", etc., de acuerdo con su recto sentido, tal como ya sentó la citada sentencia de este Tribunal, de 18 de enero de 2001, teniendo a la vista la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional"*.

Respecto a la configuración de este derecho, procede traer a colación la doctrina contenida en la STS 25-9-2000[27], que declara como derechos básicos en materia lingüística indisponibles para el legislador ordinario:

a) El derecho de uso de dichas lenguas para realizar validamente y con plena eficacia actuaciones de relevancia jurídica en el ámbito territorial correspondiente.
b) El principio de no discriminación por razón de lengua, de manera que una actuación realizada en una lengua cooficial no puede otorgar unos efectos diferentes respecto a la misma actuación realizada en castellano, y viceversa.
c) El derecho de elección de lengua oficial, como derecho que asiste a los ciudadanos derivado directamente del art. 3.2 CE. Al mismo tiempo, se indica que no cabe ignorar que la libertad lingüística se plasma en los llamados derechos lingüísticos que, sobre la base estatutaria, comprenden: el conocimiento de las dos lenguas oficiales, expresarse pública y privadamente en cualquiera de ellas, ser atendido en una y otra; utilizarlas libremente en todos los ámbitos; y no ser discriminado en razón de la lengua oficial que se utilice[28].

[27] Vid., extensamente, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.:, *"Spain is different (el mito de las lenguas)",* Revista de Administración Pública , 156, 2001, pgs. 157 y ss.

[28] Reproducimos la STS de 25 de septiembre de 2000, en sus fundamentos de derecho quinto y sexto, que se ocupan de esta materia: *«Quinto. La lengua tiene una dimensión constitucional derivada de su triple significado: como instrumento de comunicación con efectos jurídicos*

*relevantes, como factor de integración política y como patrimonio cultural. Así la CE contiene diferentes normas relativas a las lenguas españolas.*

*La fundamental es el art. 3 que dispone:*

*"1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.*

*2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.*

*3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección".*

*Pero, también, expresamente se refieren a ellas: el art. 20.3 que exige el respeto al pluralismo lingüístico en los medios de comunicación; y el art. 148.1.17 que prevé la competencia autonómica para la enseñanza de la lengua propia.*

*Con tales previsiones constitucionales se sustituye el anterior monolingüismo por el reconocimiento del plurilingüismo como un valor positivo, y se establece un régimen de cooficialidad lingüística territorializado. Y, como señala la STC 82/1986, de 26 de julio, "aunque la Constitución no define, sino que da por supuesto lo que sea una lengua oficial, la regulación que hace de la materia permite afirmar que es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y eficacia" (cfr. STC 49/1991, de 28 de febrero, y STS 14 de marzo de 1996).*

*Ahora bien, junto a esta noción de cooficialidad debe tenerse en cuenta que la Norma Fundamental no impone un modelo único o uniforme para los diferentes territorios multilingües, sino que, como advierte la STC 337/1994, se remite a las disposiciones estatutarias respectivas (Serán también oficiales [...] de acuerdo con sus Estatutos, art. 3. 2 CE). Y sobre estas bases el art. 5. 1 del Estatuto de Autonomía de Galicia (EAG, en adelante) dispone que "la lengua propia de Galicia es el gallego". Por consiguiente, resulta que la lengua vernácula no es sólo cooficial en Galicia, junto con el castellano por serlo en todo el Estado español, sino también "propia", lo que comporta una singular consideración jurídica anudada a su condición de factor de identidad política.*

*Sexto. Del bloque de constitucionalidad integrado por las normas a que acaba de hacerse referencia resultan una serie de condicionamientos que se traducen en límites para el legislador ordinario, de manera que la legitimidad de las posibles opciones políticas que incorporen las normas está supeditada a su observancia.*

*Así, del régimen de doble cooficialidad, del castellano y gallego, proclamado directamente por el art. 3.1 CE y reconocido por el art. 4.2 EAG, resulta un estatus básico integrado por la igualdad de las lenguas y territorialidad, del que derivan una serie de principios y derechos que articulan la relación de ambas lenguas.*

*La igualdad supone la posibilidad de que castellano y gallego sean utilizados como medio de comunicación válida entre los poderes públicos y los ciudadanos, convirtiéndose así en lenguas válidas para cualquier actuación jurídicamente relevante; y la territorialidad, a su vez, comporta que tal validez se proyecte en relación con las actuaciones jurídicamente relevantes que se produzcan en el ámbito de la Comunidad Autónoma, no sólo de la Administración comunitaria sino también de las Administraciones locales gallegas. De esta manera los derechos básicos en materia lingüística indisponibles para el legislador ordinario son:*

*a) El derecho de uso de dichas lenguas para realizar validamente y con plena eficacia actuaciones de relevancia jurídica en el ámbito territorial gallego.*

*b) El principio de no discriminación por razón de lengua, de manera que una actuación realizada en gallego no puede otorgar unos efectos diferentes respecto a la misma actuación realizada en castellano, y viceversa.*

**2.5.3. Régimen de uso de las lenguas oficiales**

El artículo 36 delimita dentro de cada Administración Pública el régimen del uso de la lengua[29]:

**-** En los procedimientos tramitados por la Administración del Estado, la lengua será el castellano; no obstante, los interesados que se dirijan a la Administración Estatal, con sede en una Comunidad Autónoma, podrán

*c) El derecho de elección de lengua oficial, como derecho que asiste a los ciudadanos derivado directamente del art. 3.2 CE. Al mismo tiempo, no cabe ignorar que la libertad lingüística se plasma en los llamados derechos lingüísticos que, sobre la base estatutaria, comprenden: el conocimiento de las dos lenguas oficiales, expresarse pública y privadamente en cualquiera de ellas, ser atendido en una y otra; utilizarlas libremente en todos los ámbitos; y no ser discriminado en razón de la lengua oficial que se utilice.*

*En concreto, el derecho de elección consiste, en abstracto, en que los ciudadanos puedan optar por el castellano o por el gallego como lengua con la que desean realizar sus actuaciones jurídicas y comunicarse con los poderes públicos. Si bien su alcance se concreta sobre la base de distinguir un aspecto o vertiente activa, en cuanto derecho a dirigirse a los poderes públicos en la lengua de su elección, y un aspecto o vertiente pasiva, en cuanto derecho a ser atendido por dichos poderes o Administraciones públicas en una de las dos lenguas. Y, así, mientras en su dimensión activa el bloque de constitucionalidad reconoce un derecho de elección pleno en las actuaciones jurídicas de los ciudadanos, de tal manera que tienen plena validez y eficacia todas las actuaciones realizadas por ellos ante las Administraciones en la lengua oficial libremente escogida, en la dimensión pasiva del derecho, el alcance no es absoluto, admitiendo límites la elección en relación con la lengua de la actuación administrativa o del procedimiento administrativo, siempre, claro está, que tales límites no se traduzcan en indefensión del ciudadano. De tal manera que, de una parte, en todos los procedimientos ha de aceptarse la realización de manifestaciones y la aportación de documentos por las partes en cualquiera de las lenguas oficiales, castellano o gallego, con plena validez y eficacia porque ello constituye la vertiente activa del derecho; y, de otra, los ciudadanos tienen el derecho, previa solicitud, a obtener testimonio de lo que les afecta debidamente traducido en la otra lengua oficial distinta de la seguida en el procedimiento (art. 36.1 y 2 LRJ y PAC)».*

[29] Puede citarse, por su interés, si bien referida al uso de la lengua catalana ámbito educativo, la reciente STS de 13 diciembre de 2010 (RJ 2010/8090), por la que se estima el recurso contencioso administrativo en su momento interpuesto, y declarar el derecho del recurrente a que *"el castellano se utilice como lengua vehicular en el sistema educativo de la Comunidad Autónoma de Cataluña en la proporción que proceda dado el estado de normalización lingüística alcanzado por la sociedad catalana, de modo que el mismo no quede reducido en su uso al de objeto de estudio de una asignatura más, sino que se haga efectiva su utilización como lengua docente y vehicular en la enseñanza."*

Y, en segundo lugar, en lo que hace a la lengua a utilizar en sus comunicaciones por los centros educativos (en el caso de la sentencia, concertado) indica lo siguiente:
*"Entendida la relación que se entabla entre el centro docente y las familias de los alumnos como una actividad más de la enseñanza de la que se considera al núcleo familiar colaboradora esencial y necesaria, y estableciendo la Administración la obligación para los centros de que estos posean un proyecto educativo que contendrá un proyecto lingüístico propio, que tiene que ser autorizado por el Departamento de Educación, en el que se adaptarán los principios generales y la normativa a la realidad sociolingüística del entorno y que: "establecerá pautas de uso de la lengua catalana para todas las personas miembros de la comunidad educativa y garantizará que las comunicaciones del centro sean en esta lengua" es claro que*

hacerlo en la lengua de dicha Comunidad. Cuando se produzca este supuesto, el procedimiento se seguirá en la lengua que elija el interesado. En caso de existir en un mismo procedimiento varios interesados y no exista acuerdo en la lengua a utilizar, se utilizará el castellano, si bien los documentos y testimonios se expedirán en la lengua elegida por cada uno de los interesados.

- En los procedimientos tramitados por la Administración de las Comunidades Autónomas, el uso de la lengua se ajustará a lo prevenido en la legislación autonómica correspondiente. En todo caso, los expedientes y documentos han de ser traducidos al castellano cuando deban surtir efectos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma y cuando los interesados lo soliciten. La Ley 4/1999, de 13 de enero, dio una nueva redacción al apartado 3 de este art. 36, matizando que no será necesaria la traducción si los documentos van a surtir efectos en otra Comunidad Autónoma, pero que tenga la misma lengua cooficial que la Comunidad de la que proceden. De esta forma se unifican los criterios administrativos y judiciales a estos efectos, pues el art. 231.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya decía que las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán, sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia. De oficio se procederá a su traducción cuando deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, salvo si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente.

- En los procedimientos tramitados por la Administración Local el uso de la lengua se ajustará a lo previsto en la legislación autonómica correspondiente[30].

*esa obligación se exige por una Administración pública que es la responsable última del servicio de educación que presta el centro, y que no puede obligar aún a través del pretexto del uso del catalán como lengua vehicular el que las personas responsables del alumno no puedan utilizar en su relación con el centro el castellano como lengua cooficial en el ámbito territorial de Cataluña.*

*En consecuencia y, desde este punto de vista, el centro debe dirigirse en las comunicaciones que envíe al recurrente también en castellano al ser ésta la opción ejercitada por el demandante".*

[30] Si bien se alude a una cuestión que será objeto de estudio posteriormente, es oportuno traer a colación lo establecido en la disposición adicional sexta de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en relación con el uso de las lenguas oficiales, dice:

"*1. Se garantizará el uso de las lenguas oficiales del Estado en las relaciones por medios electrónicos de los ciudadanos con las Administraciones Públicas, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la normativa que en cada caso resulte de aplicación.*

*2. A estos efectos, las sedes electrónicas cuyo titular tenga competencia sobre territorios con régimen de cooficialidad lingüística posibilitarán el acceso a sus contenidos y servicios en las lenguas correspondientes.*

Otro avance legislativo en esta materia viene constituido por el Real Decreto de 14 de abril de 1997, sobre la publicación de las leyes y disposiciones generales en las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas.

**2.5.4. El principio de garantía de atención al ciudadano en las lenguas cooficiales**

Por su parte, el artículo 54.11 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba Estatuto Básico del Empleado Público[31] opta por consagrar el carácter decisorio de la voluntad del individuo en relación a la lengua, como se desprende del artículo 36 ahora comentado[32].Se plasma una suerte de derecho de todo individuo, sea español o no[33], a ser contestado en la lengua oficial deseada, que se refleja, a su vez, en el deber del empleado público de utilizar esa lengua.

Resulta de todo punto relevante el dato de que la norma haga referencia a la solicitud del ciudadano, dado que la misma va a condicionar la actuación del empleado público, en cuanto a su derecho a expresarse en castellano o en cualquiera de las lenguas cooficiales. El nudo gordiano de la cuestión reside en saber si la petición ha de ser expresa o sería suficiente

*3. Los sistemas y aplicaciones utilizados en la gestión electrónica de los procedimientos se adaptarán a lo dispuesto en cuanto al uso de lenguas cooficiales en el art. 36 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.*

*4. Cada Administración Pública afectada determinará el calendario para el cumplimiento progresivo de lo previsto en la presente disposición, debiendo garantizar su cumplimiento total en los plazos establecidos en la disposición final tercera."*

[31] El art. 86 del ROF, en relación con el uso de las lenguas en el ámbito local, dice :

*«1. Las convocatorias de las sesiones, las órdenes del día, mociones, votos particulares, pospuestas de acuerdo y dictámenes de las Comisiones Informativas se redactarán en lengua castellana o en la lengua oficial en la Comunidad Autónoma a que pertenezca la entidad, conforme a la legislación aplicable y a los acuerdos adoptados al respecto por la correspondiente Corporación.2. En los debates podrán utilizarse, indistintamente, la lengua castellana o la cooficial de la Comunidad Autónoma respectiva».* En cuanto a la redacción de las actas será aplicable lo dispuesto en el art. 86.1 del ROF (art. 110 ROF).

[32] El artículo 54.11 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que los empleados públicos *"Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio."*

[33] Este principio de conducta, ya que no se configura formalmente como un deber, es el único que no aparecía recogido en ninguno de los Borradores del Estatuto, y tampoco se había incluido en el Informe de la Comisión. Surge a raíz de la enmienda núm. 241, presentada en el Congreso por el Sr. Rodríguez Sánchez del Grupo Mixto (Bloque Nacionalista Galego) y aceptada literalmente por el Informe de la Ponencia y el Dictamen de la Comisión. Su justificación era la siguiente: *"Para garantizar el derecho de los ciudadanos a que la Administración los atienda en la lengua propia de la Comunidad Autónoma con lengua cooficial, se debe incluir entre los principios de conducta el empleado público debe atender al ciudadano en la lengua o lenguas oficiales del territorio. Se incluye a tal efecto la obligación hacia la Administración de formar a sus empleados en caso necesario".*

una afirmación tácita, como dirigirse de palabra al empleado público o presentar un escrito o una comunicación telemática en una de las lenguas. Un análisis somero de la cuestión conduce a la conclusión de que para que el derecho de los ciudadanos sea efectivo y éstos puedan manifestar su voluntad de la forma más sencilla posible, es necesario que estén disponibles versiones de todos los materiales necesarios en castellano y las lenguas cooficiales, sin exigir excesivo rigorismo en su manifestación[34].

El Título VII del Estatuto básico desarrolla las bases del régimen disciplinario de los empleados públicos sin perjuicio del desarrollo que puedan efectuar las distintas Administraciones públicas, lo que puede afectar al precepto mencionado. Ninguna falta muy grave específica del artículo 95 castiga el incumplimiento de este deber, por lo que en este punto la sanción compete a las normativas específicas de las Comunidades Autónomas donde existan idiomas cooficiales, o bien a la Administración General del Estado en esas Comunidades Autónomas. Sin tal desarrollo, contestar en una lengua distinta a la solicitada no parece que deba tener trascendencia alguna. Ahora bien: la subsunción de la conducta pudiera producirse en las causas de discriminación reprobadas en el artículo 95.2.b) del Estatuto Básico, que precisamente incluye la lengua como uno de los motivos objeto de prohibición.

### 2.6. Estudio especial del derecho de acceso a archivos y registros

#### 2.6.1. Regulación legal

La Constitución ha consagrado *"el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*" (artículo 105.b). La amplitud con que se configura el derecho de acceso en el texto constitucional permite sostener el principio de transparencia en la actuación administrativa (que la Ley 6/97, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado ha reconocido expresamente como uno de los que disciplinan su actuación -artículo 3.2.g-); la jurisprudencia española ha hecho notar que la Constitución establece *"la imagen de una Administración pública auténticamente democrática"*, fijando para ello el denominador común en el art. 105 que

[34]La STJCE 24-11-1998 (TJCE 1998, 290) , Bickel y Franz , asunto C-274/96, Rec. 1998, pgs. 1-7637, prescribe en su fallo que *"el artículo 6 del Tratado se opone a una normativa nacional que confiere a los ciudadanos de una lengua determinada, distinta de la lengua principal del Estado miembro de que se trate, que residen en el territorio de una entidad territorial determinada, el derecho a obtener que el proceso penal se sustancie en su lengua, sin conferir el mismo derecho a los nacionales de la misma lengua, de los demás Estados miembros, que circulen o permanezcan en dicho territorio"*. Se deduce claramente de tal doctrina que el mismo régimen resulta de aplicación a la actuación de las Administraciones públicas.

*"consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática"* (STS de 19 de mayo de 1988). Este derecho aparece plasmado en el artículo 37 de la LRJ-PAC, en los términos que pasamos a analizar.

**2.6.2. Referencia a otras leyes**

Pueden destacarse, entre otras, las siguientes:

a) La Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, reconoce el derecho de los vecinos *"a ser informados, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución* " (artículo 18.1.e), añadiendo su artículo 69.1) que *"las Corporaciones Locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local"*.

b) La Ley 27/2006, de 18 de julio, sobre acceso a la información en materia de medio ambiente ha concretado la regulación de este derecho en dicho ámbito.

**2.6.3. Fundamento**

Los derechos de los ciudadanos al carácter reservado de la información que les afecta y se encuentra en los archivos y registros de los poderes públicos, tienen su fundamento, principalmente, en el derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE), vinculado a la protección de la privacidad frente al uso de la informática (artículo 18.4 CE). Por ello, resulta obligado exceptuar del derecho de acceso todo aquello que afecta a la intimidad de las personas, en cuanto que una limitación de tal derecho. Afectan también a este derecho la confidencialidad de los datos sanitarios de los pacientes y el secreto profesional.

Como intereses públicos dignos de protección se recogen el principio constitucional de seguridad y defensa del Estado y los de protección de los derechos y libertades de terceros junto con el de eficacia (artículo 103.1 CE), para justificar, respectivamente, el secreto oficial y el secreto de la investigación de los delitos.

Los actos políticos, que no se incluyen en los archivos y registros administrativos, están igualmente exceptuados del derecho de acceso a dichos archivos y registros, por su propia esencia y por determinación de la norma constitucional del artículo 105.b); pero eso no implica, necesariamente, que se encuentren excluidos de otros derechos de acceso, por lo que LÓPEZ MERINO[35] ve el fundamento de la exclusión, bien en el principio de eficacia,

[35] Así se recoge en el artículo 5 del Real Decreto 1465/1999, de 17 de septiembre (RCL 1999, 2435, 2749) , por el que se establecen criterios de imagen institucional y se regula la pro

bien en razones de seguridad del Estado. Siguiendo a dicho autor, cabe decir que dichos principios de eficacia o de seguridad del Estado se esgrimen asimismo como fundamento de la excepción que se concede a las medidas de política monetaria, lo que es congruente con la opinión de quienes estiman que obedece a su naturaleza de acto político.

Pero concurren otros intereses privados e intereses públicos. Al respecto, pueden citarse, como dice el autor citado, los principios de protección de la libertad (art. 9.2 CE ), de legalidad y de eficacia, en concurrencia con los de confianza legítima y buena fe en las relaciones entre Administración y ciudadanos, derivados del de seguridad jurídica, y acaso del derecho a la intimidad, dan fundamento constitucional al secreto estadístico. Así sucede con el secreto comercial e industrial. Aquí confluyen los principios de libertad de empresa del artículo 38 CE y de promoción del progreso social y económico del artículo 40.1, con los de legalidad y eficacia, buena fe y confianza legítima.

**2.6.4. Naturaleza jurídica**

El derecho de acceso a archivos y registros es un derecho de configuración legal, a tenor de lo señalado por la doctrina. Por lo tanto, nos encontramos ante un derecho de carácter «no» fundamental, aunque íntimamente relacionado con otros derechos que sí gozan, en cambio, de esta caracterización: así ocurre con los derechos fundamentales de participación política (artículo 23 de la Constitución), o la libertad de expresión (artículo 20).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999, afirma respecto a este derecho:

«*Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder político acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de Derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permi-*

---

ducción documental y el material impreso de la Administración General del Estado. *"1. Los impresos normalizados que se pongan a disposición de los ciudadanos en las dependencias situadas en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma con lengua cooficial serán bilingües en castellano y en la lengua cooficial, de acuerdo con los siguientes criterios: Los impresos deberán expresar todos sus contenidos y epígrafes en las dos lenguas por líneas o por bloques de texto diferenciados, dejando espacios únicos para su cumplimentación por el ciudadano en la lengua por la que haya optado. En aquellos impresos para los que, por razón de su extensión o complejidad, así se determine, se pondrán a disposición de los ciudadanos dos modelos alternativos redactados uno de ellos en castellano y el otro en la lengua cooficial. En tal caso, en ambos modelos, figurará destacada la advertencia de que existen impresos redactados en la otra lengua a disposición del ciudadano"*

*tir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa)» (fundamento jurídico 3.º).*

Configurado el derecho de acceso a registros y archivos administrativos como un derecho medial o instrumental, que contribuye a la formación de una opinión pública libre, a la vigencia efectiva del principio de transparencia administrativa y, en fin, a posibilitar el efectivo control de la actuación administrativa, es difícil sostener que la negativa a su ejercicio pueda suponer una correlativa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.[36]

**2.6.5. Ámbito subjetivo de aplicación**

El derecho aparece vinculado a los archivos y registros administrativos, por lo que comprende desde luego a las Administraciones Públicas territoriales. Deben incluirse igualmente las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, las cuales tendrán asimismo la consideración de Administración Pública, y sujetarán su actividad a dicha Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.

Quedan excluidas del ámbito de la Ley las entidades creadas por las Administraciones Públicas con forma jurídico-privada y, en consecuencia, de su regulación del derecho de acceso, aunque sus documentos, lo mismo que el de las personas jurídico-privadas que prestan servicios públicos, en lo relativo a su gestión, pueden formar parte del patrimonio documental. Además, debe aplicarse el derecho de acceso igualmente a los concesionarios de servicios públicos[37].

**2.6.6. Titularidad**

Por lo que hace a la titularidad del derecho, tanto el artículo 105.b) CE, como el artículo 70.3 LBRL, artículos 35 y 37.1 LRJPAC reconocen el derecho a los ciudadanos en general. Si bien, según se desprende del propio

[36] LÓPEZ MERINO, F.:" *Los derechos de acceso"* en el libro *"El acto de certificación"* edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Marzo 2009.

[37] Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de enero de 1989 al desestimar la demanda indicando al respecto en su fundamento de derecho tercero:

*«(....), porque para poder reclamar los bienes, derechos, archivos públicos y fuentes documentales que le fueron incautados precisa realizar una investigación en los archivos públicos; así planteada la cuestión está claramente excluida en resolución del cauce de la Ley 62/78, pues el derecho a la devolución de su patrimonio está regulado por ley ordinaria, desarrollada en reglamento, y el derecho al acceso a los archivos y registros administrativos, que es la petición denegada, no está incluida en los preceptos constitucionales que abarca este precepto preferente y sumario, sino en el art. 105.2 CE, derecho que habrá de ser regulado por ley, por lo que habría de ser desestimado dado el cauce procesal elegido por la recurrente, para hacer valer su derecho.»*

debate parlamentario de la LRJPAC[38], aquí el término ciudadano no se utiliza en sentido estricto como ciudadano español, sino en términos amplios, ya que con ello se pretendía sustituir el tradicional de *«administrado»* porque daba una imagen de dependencia y subordinación respecto a la Administración.[39].

Por ello, cabe incluir a los extranjeros, sin perjuicio, en opinión de algún autor, de ampliar respecto de ellos determinadas excepciones en materias de seguridad y defensa del Estado y de orden público.

Respecto a las personas jurídicas, cabe recordar que pueden ser titulares de derechos fundamentales y se aducen los artículos 18.1.*e)* y 72 LBRL, respectivamente, por su reconocimiento expreso a favor de los vecinos y de las asociaciones de vecinos, para que reciban de las entidades locales la *«más amplia información sobre sus actividades»*.

Finalmente, acerca de las Administraciones Públicas como sujeto activo del derecho, autores como EMBID IRUJO[40] entienden que habrán de apelar normalmente al deber de colaboración (artículo 4 º LRJPAC), excepto cuando su posición sea similar a la del ciudadano, circunstancia en que podrían invocar tal derecho. Otros autores se manifiestan a favor de su reconocimiento bajo cualquier circunstancia.

**2.6.7. Formas de acceso**

La LRJ-PAC, al regular el derecho general de acceso, hace referencia a la *consulta* de documentos (art. 37.7), aunque también establece que *«el derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas»* (art. 37.8). Por tanto el texto legal distingue el derecho a obtener copias o certificados respecto del de acceso, aunque este conlleve aquél respecto de los documentos cuyo examen hubiera sido autorizado.

Al mencionar la Ley el acceso directo refiriéndose a investigadores (artículo 37.7), parece indicar que en los demás casos el acceso no será directo.

[38] Tal aserto se vería corroborado por la regulación contenida en el art. 49.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español que establece las categorías de documentos que forman parte del Patrimonio Documental, incluyendo expresamente: *"los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas, y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos, en lo relacionado con la gestión de dichos servicios"*.

[39] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. IV Legislatura 1992.

[40] Así lo manifestaba EMBID IRUJO en la obra ya citada *" El ciudadano y la Administración"*, al extender el concepto de ciudadano, utilizado por la Constitución y la Ley como sujeto activo del derecho, toma en cuenta la posición de los extranjeros, la de las personas jurídicas y la de las propias Administraciones Públicas.

Seguramente utiliza la denominación directo impropiamente, porque entendemos que la regla general, en todo caso, ha de ser el acceso directo, y que sólo podrá ser indirecto cuando existan razones que hagan imposible o inconveniente aquél.

**2.6.8. Requisitos objetivos**

El art. 37 LRJPAC dispone en su párrafo 1: *«Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud».*

Empero, aunque se citan registros y documentos, la regulación legal menciona sólo documentos. Teniendo en cuenta que la Ley distingue entre registros y documentos obrantes en los archivos administrativos, parece que de tal forma se regula el acceso a los archivos, pero no se trata el acceso a los registros.

Los documentos a los que se refiere la Ley son aquellos en los que concurren estas circunstancias:

- Que formen parte de un expediente.
- Que obren en los archivos administrativos.
- Que el expediente corresponda a un procedimiento terminado a la fecha de la solicitud.

1) El primer requisito que establece la Ley es que los documentos formen parte de un expediente[41]. Comúnmente se define el expediente por la doctrina como la materialización del procedimiento. FERNÁNDEZ RAMOS[42] señala que tal exigencia deja fuera del objeto enunciado muchos documentos depositados en los archivos administrativos, como: las solicitudes no subsanadas en plazo, archivadas por ello sin más trámite (art. 71.1 LRJPAC); las denuncias manifiestamente infundadas (art. 103.2 LGT); las informaciones previas cuando se decida su archivo sin iniciar el procedimiento (art. 69.2 LRJPAC, y SSTS. 24 de diciembre de 1976, 2 de octubre de 1976 y 25 de octubre de 1985); la documentación de apoyo informático y la contenida en registros internos. Concluye que *«esta exigencia legal es absolutamente perturbadora del dispositivo del derecho de acceso».*

2) El segundo requisito fijado por la Ley es el de que los expedientes obren en los archivos administrativos. Propiamente, el objeto del derecho, son los archivos y registros administrativos, de modo que el momento en

[41] EMBID IRUJO, A.: *"El ciudadano...". ob. cit.*

[42] En nuestro ordenamiento jurídico la única definición de expediente es la del art. 164 ROF, incluyendo todas las actuaciones del procedimiento.

que se inicie un expediente será relevante, pues entonces ha de entenderse que obra en los archivos de la Administración que lo ha iniciado. Sin embargo, la ley no establece la posibilidad de acceso en tal momento.

3) El tercer requisito es que el expediente corresponda a un procedimiento terminado a la fecha de la solicitud. Procede, en consecuencia, fijar el momento en que se produce la terminación, para lo que ha de acudirse al concepto de terminación de la LRJ-PAC, sin incluir la ejecución, que se configuraría como un procedimiento especial.

Por lo que se refiere a los registros cabe interpretar las reglas aplicables, por analogía con los documentos, si bien no resultará aplicable el requisito de corresponder a expedientes concluidos, por la propia esencia del objeto de los registros.

4) El cuarto requisito, de carácter negativo, es que no se trate de un supuesto excluido, que puede serlo por determinación constitucional o legal. En primer lugar, cabe deducir ya de su concepto un supuesto de exclusión, a saber, documentos que no forman ni deben formar parte de un expediente y figuran en los archivos administrativos.

La propia Constitución excluye de la regulación legal los supuestos en que se afecta a la seguridad y defensa del Estado, a la averiguación de los delitos y a la intimidad de las personas. Por su parte, el artículo 37.5 de la LRJ-PAC, al enumerar los supuestos exceptuados se refiere a las exclusiones constitucionales del objeto y añade otras excepciones, estableciendo:

**a)** Los que contengan información sobre actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.

**b)** Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.

**c)** Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

**d)** Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

**e)** Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

En los supuestos b) y c) se recogen exclusiones que deriva de lo establecido en la Constitución.

Sobre el supuesto b), destaca la doctrina el hecho de que no parezca referirse a sólo las materias clasificadas, ya que sobre éstas existe en la Ley una remisión expresa a su legislación específica (art. 37.6.*a* LRJ-PAC), con lo cual puede entenderse que la Ley parte del amplio concepto de defensa nacional del art. 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de junio, por la que se aprueban los criterios básicos para la Defensa Nacional y la Organización

Militar, o por el contrario, incluir sólo a los supuestos que permiten declarar los estados de excepción y sitio o limitarse a los documentos clasificados[43].

En el supuesto c), la ley restringe la declaración constitucional, puesto que precisa que la exclusión concerniente a la investigación de los delitos sólo tendrá lugar *«cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando».*

En los supuestos no previstos por la Constitución, pero considerados por la LRJPAC como límites al derecho, se pregunta EMBID IRUJO[44] si la ley puede aumentar las limitaciones previstas constitucionalmente; la respuesta es afirmativa para él siempre que las nuevas cláusulas de exclusión tengan una justificación objetiva, porque, dice, no estamos ante un derecho fundamental. Los casos enunciados, a su juicio, responden a causas razonables. Compartimos la afirmación de dicho autor, puesto que pueden establecerse otros límites siempre que tengan como finalidad proteger otros bienes o derechos dignos de protección constitucional., dado que los derechos que la Constitución reconoce no son compartimentos estancos, sino que deben integrarse y compatibilizarse recíprocamente.

Así, el supuesto a), referido a expedientes que contengan información sobre actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo, tiene su justificación en que son actos políticos, excluidos por su propia naturaleza del derecho de acceso, aunque no faltan posturas matizando la exclusión.

Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o indus-

[43] FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *"El derecho de acceso a los documentos administrativos"*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997. Págs. 430-431.

[44] En realidad, la respuesta a esta cuestión la da el Reglamento de Archivos Militares, aprobado por Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, el cual se enmarca en el art. 105.*b* de la Constitución, y en los dispuesto en las Leyes 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, que dan cumplimiento al precepto constitucional, respectivamente, desde la perspectiva del acceso a la cultura y desde la del derecho de los ciudadanos al acceso a la documentación administrativa. Proclama la norma reglamentaria la libertad de acceso a la documentación administrativa de los archivos militares, con las excepciones contempladas en las leyes citadas (art. 64), si bien no admite la consulta pública de los documentos o series documentales que no habiendo sido objeto de clasificación conforme a la ley de secretos oficiales, afecten a la Defensa o a la Seguridad nacionales, exigiendo en tal caso, para el acceso, autorización del Ministro, previo informe de la Comisión Calificadora de Documentos, e incluso regula la exclusión meramente cautelar de la consulta pública, decidida por los directores de los archivos militares, dando cuenta al Ministro de Defensa, cuando a su juicio puedan contener información sensible para la Defensa o Seguridad del Estado.

trial responden a un límite justificable, entendiendo algunos que tiene un fundamento constitucional en la libertad del empresa (art. 38 CE) y es objeto de protección en diversos sectores de nuestro ordenamiento, lo que no significa que dicho secreto ampare cualquier información relacionada con las empresas.

Se dice que la excepción referida a las actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria es una limitación por razones de interés público.

Esta enumeración, en todo caso, tampoco es completa, porque existen regulaciones específicas que impiden el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos, por ejemplo, a los ficheros policiales, o a los gastos reservados (cfr. Ley 11/95, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados).

Finalmente, indicar que es preciso efectuar una interpretación favorable al ejercicio del derecho, cuando se producen colisiones con otros bienes dignos de protección, siempre que resulte viable suministrar parcialmente la información, excluyendo la que afecte a aquéllos[45].

Hay otras materias que gozan de una regulación específica, en su mayoría enunciada en  artículo 37.6 de la Ley , como materias clasificadas, datos sanitarios, régimen electoral, función estadística pública, Registro Civil, Registro Central de Penados y Rebeldes, otros registros públicos específicos, Archivos Históricos, así como las singularidades del ejercicio del derecho por parte de los representantes populares.

**2.6.9. Especial referencia a los datos íntimos o nominativos**

El derecho de acceso lo tienen los ciudadanos, en cuanto tales, sin necesidad de ningún requisito especial para su legitimación, con carácter general. Ahora bien: existen dos supuestos en que se restringe el derecho: uno concierne a documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas; otro, a los denominados documentos de carácter nominativo que reúnan determinadas condiciones.[46]

El primer supuesto aludido, el de la protección del derecho a la intimidad, es contemplado en el artículo 37.2 LRJPAC, que dispone lo siguiente:

[45] EMBID IRUJO, A. *"El ciudadano..·". ob. cit.*

[46] Así se deduce de la Directiva de 7 de junio de 1990, que impone a los Estados miembros (art. 3.2) la obligación de facilitar parcialmente la información que posean las autoridades públicas cuando sea posible separar de la misma la información digna de ser protegida por la confidencialidad o el secreto; de donde se sigue (según ha declarado el TJCE en la Sentencia de 9 de septiembre de 1999) que esta disposición impone a los Estados miembros una obligación de resultado precisa, y regula directamente la situación jurídica de los particulares que de este modo disfrutan del derecho de obtener información en las condiciones enunciadas en aquél precepto.

*«El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificados o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno».*

La intimidad es evidente que hace referencia a la vida privada, el único problema radica en delimitar el contenido de este concepto, ya que la intimidad *«es por sí misma un concepto relativo y cambiante que depende de la evolución social»*, no habiendo unanimidad doctrinal en su extensión, pues cada autor ofrece una definición.[47]

Así pues, el acceso queda reservado a las personas de cuya intimidad trate el documento, y no sólo se concede para acceder a él, sino también para exigir, salvo caducidad de los expedientes en que figuran, la rectificación o compleción de éstos. En tal sentido, hay que indicar que este derecho es disponible por su titular, de forma que éste puede conceder su consentimiento expreso para que otras personas accedan a tales documentos, de acuerdo con lo previsto en el art. 2.º.2 de la Ley Orgánica 1/1982

En cuanto a los documentos de carácter nominativo, dispone el mismo artículo 37 LRJPAC, en su párrafo tercero: *«El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo».*

La regulación legal incluye los documentos que presenten estas características:

- ser de carácter nominativo;
- no incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas;
- figurar en los procedimientos de aplicación del derecho;
- no ser de carácter sancionador o disciplinario, y

[47] La doctrina ha señalado que en esas restricciones subyace la idea de legitimación, bien porque se requiere ser titular de un derecho a la intimidad, bien de un interés legítimo y directo. Compartimos la idea de que más que restricciones son límites del derecho de acceso del ciudadano para proteger los de terceras personas. La diferencia estribaría en que si se consideran requisitos de legitimación, su examen sería competencia del órgano decisorio, el cual deberá denegar cualquier solicitud de quien no la posea. Si, por el contrario se entienden como límite, por afectar al derecho protegido de una tercera persona, cabe la remoción del límite por consentimiento de ésta. Parece que ésta es la solución más acorde con la regulación legal.

- poder hacerse valer, en consideración a su contenido, para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

En este supuesto, el derecho de acceso corresponde a sus titulares y a quienes acrediten un interés legítimo y directo[48].

Por otro lado, doctrinalmente se han criticado las expresiones utilizadas por el precepto, como *«documentos de carácter nominativo», «procedimientos de aplicación del derecho», «documentos que puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos."*

La referencia a los procedimientos en el que no se aplique el derecho es la que ha recibido las mayores críticas pues todo procedimiento administrativo en mayor o menor grado o medida aplica normas jurídicas. Teniendo en cuenta que el precepto no sólo regula el derecho de acceso a expedientes o procedimientos sino también a los documentos, parece que a lo que hay que hacer referencia no es a *«procedimientos de aplicación del derecho»* sino a *«que puedan hacerse valer para el ejercicio de su derecho».*

Con respecto a los documentos nominativos, la ley no contiene ninguna definición al efecto[49]. Si se parte de considerar como tales aquellos que contengan referencias al nombre de una persona o grupo de personas, parece claro que ello afectará a la mayor parte de los expedientes administrativos, tanto los iniciados de oficio como a instancia de parte. Por ello, se hace preciso proceder a acotar el concepto, lo que, ante la ausencia de una definición legal en derecho español, podemos acudir al derecho francés, del que parece tomada dicha expresión, de conformidad con el cual:

*«se consideran documentos nominativos a efectos de esta Ley, las informaciones que permitieren de la forma que fuere, directa o indirectamente, la identificación de las personas».*

[48] Con carácter general, desde el punto de vista subjetivo sólo son titulares del derecho a la intimidad las personas individuales, no las personas jurídicas. Es cierto que el TC ha reconocido que las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales, pero les ha negado el derecho a la intimidad personal y familiar porque es un derecho de la personalidad que en su propio contenido y naturaleza se refiere a las personas individuales. La persona jurídica no está protegida por el derecho a la intimidad, sólo las personas individuales que forman parte de ella.

En cuanto a los datos y aspectos que pueden considerarse íntimos, se incluyen desde luego los llamados datos sensibles, especialmente protegidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Tratamiento Automatizado de datos de carácter personal (art. 7 LORTAD), y por tanto, la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, el origen racial, la salud, y la vida sexual. El estado civil y la filiación se consideran también datos íntimos.

[49] El TS, en Sentencia de 30 de marzo de 1999 ( RJ 1999, 3246) , de acuerdo con los principios constitucionales a efectos del derecho de acceso a los documentos, declaró que se entiende por interesado: *«aquella persona que legítimamente justifica una razonable expectativa de obtener provecho en la consulta de los antecedentes cuyo examen puede serle útil para decidir sobre la presentación de una solicitud ante la administración o el ejercicio de un derecho frente a ella, como en este caso el derecho de reversión».*

Sin embargo, conviene matizar que la interpretación de tal precepto en derecho francés es que un documento es nominativo cuando contenga apreciaciones o datos que permitan la identificación, lo que no ha sucedido en la LRJ-PAC, ya que aunque se tome la noción de documento nominativo del derecho francés, se le da otro significado, considerando como tales los que tengan datos de identificación.

El párrafo 3 del artículo 37, por su parte, dispone literalmente: *«El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario [...]».* En él, como se puede observar, se excluyen los procedimientos de carácter sancionador o disciplinario. Entiende FERNÁNDEZ RAMOS[50] el acceso a los documentos nominativos que figuran en estos procedimientos se reserva de forma exclusiva a sus titulares, lo que resulta criticable por cuanto existen intereses legítimos de denunciantes que ejercen la acción popular o de aquellos que cumplan los requisitos previstos en el artículo 31 LRJPAC.

Finalmente, es reseñable la cláusula general limitativa incluida por la Ley en su art. 37.4: *«El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada».*

En consecuencia, el precepto habilita a la Administración a denegar el ejercicio del derecho:

- Cuando prevalezcan razones de interés público.
- Por intereses de terceros más dignos de protección.
- Cuando así lo disponga una ley.

Han sido numerosas las críticas vertidas en relación con dicha cláusula, en cuyo análisis no podemos detenernos. Si bien, resulta necesario dejar constancia del dato de que es claro que de los tres motivos que permiten a la Administración denegar el derecho de acceso, solamente el último, cuando lo disponga una ley, resulta plenamente constitucional, a juicio de la doctrina. En todo caso, una interpretación restrictiva del precepto puede conducir a resultados ineficaces en el ejercicio del derecho, dado que además la consulta que se realice ha de ser individualizada, como veremos posteriormente.

[50]Limitación que no fue recogida inicialmente, siendo el Consejo de Estado en su dictamen al proyecto de ley quien advirtió que el reconocimiento de este derecho a todos los ciudadanos sin limitaciones subjetivas llevaría a demandas indiscriminadas de información por cualquier ciudadano.

**2.6.10. Procedimiento**

En el artículo 37 LRJPAC no se disciplina pormenorizadamente el procedimiento de acceso, de forma que han de aplicarse las disposiciones generales de la propia Ley y, en su caso, con las de carácter específico. En cuanto a las disposiciones generales del denominado «procedimiento administrativo común» nos remitimos a su regulación en la Ley, siendo que las específicas quedan fuera del supuesto general de acceso

Dichas normas se aplican al procedimiento para autorizar la consulta, por lo que la copia o certificación sobre sus extremos no requerirán el otorgamiento de una nueva autorización (artículo 37.8).

La iniciación del procedimiento se produce necesariamente a instancia de parte, previa solicitud. La Ley distingue a estos efectos entre solicitudes de particulares y solicitudes de investigadores. Dentro del primero, a su vez, la ley diferencia entre: peticiones individualizadas de documentos y solicitudes genéricas sobre una materia o un conjunto de materias.

En el caso de las solicitudes individualizadas de documentos la actividad de la Administración tiene naturaleza reglada, y en los restantes supuestos será discrecional. La individualización supone que la solicitud debe identificar nominatim el documento, o uno por uno los documentos, o permitir dicha identificación. Y ello por cuanto que rige el principio de que *«el derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos».* En todo caso, parece que si no se ha llevado a cabo la individualización, o ésta no permite determinar el documento, debe acudirse al trámite de subsanación de defectos (art. 71.1 y 2 LRJPAC). Por otro lado, si surgen dudas sobre el documento requerido, deben entrar en juego las normas modificación o mejora de la solicitud (art. 71.3 LRJPAC).

También parece lógico que se incluyan en la solicitud, según el art. 71.1 LRJPAC, entre otros extremos, los hechos y razones en que se concrete la misma.

Las solicitudes genéricas sobre una materia o conjunto de materias parece que no precisan la identificación de los documentos, sino que bastaría simplemente con aludir la materia o conjunto de materias cuya documentación vaya a ser objeto de la consulta.

En cuanto a las solicitudes de investigadores, indicar que las mismas exigen la identificación de los documentos, bastando la expresión de las materias objeto de su investigación; pero deberán acreditar *«un interés histórico, científico o cultural relevante».*

En lo que hace a la instrucción, es importante recordar lo establecido en el artículo 34 de la LRJ-PAC, esto es, que si durante la instrucción del procedimiento se advierte la existencia de personas titulares de derechos o intereses legítimos y directos, cuya identificación resulte del expediente y que

puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, es obligatorio comunicar a dichas personas la tramitación del procedimiento. Por lo tanto, ha de abrirse un trámite de audiencia siempre a los titulares de derechos y a lo interesados que se han personado en el procedimiento, poniéndoseles de manifiesto el expediente, salvo en lo que afecte a la información y datos excluidos del derecho de acceso, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.5 y el artículo 84 LRJPAC.

Finalmente, en cuanto a la resolución, de ser favorable, ha de fijar las condiciones de acceso; si es denegatoria, ha de ser motivada, por determinación legal.

Una última cuestión cabe citar en relación al precepto examinado, cual es el dato de que la LRJ-PAC prevé, al igual que en el derecho comparado y en el comunitario, la posibilidad de percibir *"las exacciones que se hallen legalmente establecidas"* cuando el ejercicio del derecho comprenda la obtención de copias o certificados de los documentos (artículo 37.8), lo que ha de cumplir el principio de que su cuantía no puede establecerse en forma tal que imposibilite o desincentive injustificadamente el ejercicio del derecho[51].

**2.6.11. La reutilización de la información del sector público**

Es preciso citar la regulación contenida en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el régimen jurídico aplicable a la reutilización de los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público. Establece la ley que su aplicación se hará sin perjuicio del régimen aplicable al derecho de acceso a los documentos y a las especialidades previstas en su normativa reguladora.

Se entiende por reutilización, según la citada norma legal, el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública. Los documentos de las Administraciones y organismos del sector público serán reutilizables en los términos previstos en dicha Ley.

La misma excluye, empero, de este concepto el intercambio de documentos entre Administraciones y organismos del sector público en el ejercicio de las funciones públicas que tengan atribuidas. La Ley se aplicará a los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público, cuya reutilización sea autorizada por éstos. Se entiende por documento toda información cualquiera que sea su soporte

[51] FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *"El derecho..., "ob.cit*., págs. 506-514.

material o electrónico, así como su forma de expresión gráfica, sonora o en imagen utilizada.

La ley declara que no será aplicable, entre otros, a los documentos sobre los que existan prohibiciones o limitaciones en el derecho de acceso en virtud de lo previsto en el artículo 37 de la LRJ-PAC, y las demás normas que regulan el derecho de acceso o la publicidad registral con carácter específico.

## 3. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS A RELACIONARSE CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

### 3.1. Introducción.

La importancia de los medios electrónicos para el desarrollo de la actividad administrativa había sido ya destacada por la ley 30/1992, al decir que *"se abre decididamente a la tecnificación y modernización de la actuación administrativo en su vertiente de producción jurídica y a la adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas"*.[52]

En esta línea se mueve la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, LAE)[53], una norma que consagra el derecho básico de todos los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, así como la obligación de éstas de garantizarlo.

En la Exposición de motivos ya se dice que una de sus grandes novedades es pasar de la declaración de impulso de los medios electrónicos e informáticos a que estén obligadas a hacerlo, porque la Ley reconoce el

[52] Así lo ha proclamado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la Sentencia de 9 de septiembre de 1999 (Comisión/Alemania), al hilo de lo establecido en la Directiva de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente *("los Estados miembros podrán cobrar una cantidad por el suministro de la información, pero dicha cantidad no deberá exceder de un costo razonable"* -art. 5-) declarando que *"procede excluir cualquier interpretación del concepto de "importe razonable".. /..que pudiera tener un efecto disuasorio en las personas que deseen obtener información o que pudiese limitar el derecho de acceso a ésta"*. Ello *"no autoriza a un Estado miembro a repercutir en la persona que haya presentado una solicitud de información la totalidad de los gastos, en particular los indirectos, efectivamente ocasionados al erario público por la búsqueda de la información"*.

[53] Dicha declaración se concretó en el artículo 45 de la Ley 30/1992; en el mismo sentido se expresó la LGT 58/2003, declarando como objetivo el posibilitar la utilización de las nuevas tecnologías y modernizar los procedimientos tributarios (artículo 96). Por su parte, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización del Gobierno Local, introdujo la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación de forma interactiva, para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, así como para facilitar la realización de trámites administrativos (nuevo artículo 70.bis.3 de la Ley 7/1985).

derecho de los ciudadanos a establecer relaciones electrónicas[54]. Con la LAE, señala la doctrina[55] se ha instaurado un nuevo modelo de relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos, que pasan de ser meros usuarios, a ser, en palabras de ARENA *"verdaderos coprotagonistas de su gestión."*[56]

Es importante indicar que la simplificación administrativa operada por mor de la nueva Ley viene impuesta por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, (denominada comúnmente Directiva de Servicios). De ella se derivan derechos para los administrados, y la obligación de implantar servicios electrónicos. De hecho, en la propia Directiva se vincula la vía electrónica de prestación de servicios con la simplificación administrativa, siendo que de dicha simplificación en ocasiones se derivan auténticas posiciones jurídicas para los ciudadanos (como la articulación de la llamada "ventanilla única"). De hecho, una parte de los derechos reconocidos en el artículo 6 de la LAE son transposición de la citada Directiva.

Ahora bien: la actuación administrativa a través de estos medios debe rodearse de unas garantías que permitan ejercer junto a los tradicionales derechos de audiencia, acceso al expediente,..etc. Junto a ellos, otros se generarán por la transformación de esas relaciones, y que se identifican por las propias características de este proceso, pues, comos se ha de comprobar, están íntimamente relacionados con los principios que han de guiar la actividad administrativa en esta materia, generando las correspondientes obligaciones públicas, que afectan a la utilización de las tecnologías, a la participación en los asuntos públicos, a la transparencia y la privacidad

Así, el principio de legalidad se establece como un principio general de la utilización de las tecnologías de la información en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante

[54] La LAE ha sido desarrollada por el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, en el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, en lo relativo a la transmisión de datos, sedes electrónicas y punto de acceso general, identificación y autenticación, registros electrónicos, comunicaciones y notificaciones y documentos electrónicos y copias.

[55] Se dice así que los ciudadanos *"han de ser los primeros y principales beneficiarios del salto, impensable hace sólo unas décadas, que se ha producido en el campo de la tecnología de la información y las comunicaciones electrónicas. Al servicio, pues, del ciudadano, la Administración queda obligada a transformarse en una administración electrónica regida por el principio de eficacia que proclama el artículo 103 de la Constitución."*

[56] COTINO HUESO, L.:*"Derechos del ciudadano"*, pág. 122, en *"La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos"*.VV.AA. Thomson Aranzadi, 2009.

las Administraciones Públicas establecidas en la LRJ-PAC ( art. 4.d) de la LAE).

En realidad, estamos ante derechos que estaban ya en el ordenamiento (tanto en la Ley 30/1992, como en otras normas), si bien ahora se han reformulado para adaptarlos a la nueva forma de relación que se contempla, mientras otros se recogen en su normativa específica (Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, Ley de Firma Electrónica, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico).

Puede considerarse que la introducción de un catálogo de derechos no era estrictamente necesaria en su mayor parte, ya que realizando la LAE la adaptación a las relaciones electrónicas, su ausencia no comportaría una desprotección al ciudadano. Cuestión distinta son los derechos que se originan como consecuencia de esa relación, que es preciso identificar y garantizar, aunque en realidad son aspectos de principios que han de presidir la utilización por la Administración de estas tecnologías.

Partiendo del derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos, la LAE regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información con la finalidad de garantizar esos derechos (artículo 1). Junto a ellos, se señalan como fines de la Ley, tanto el facilitar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes por medios electrónicos, facilitar por estos medios el acceso de los ciudadanos a la información y al procedimiento, intimidad, protección de datos de carácter personal y transparencia administrativa.

### 3.2. Título competencial

Ello se ha realizado al amparo del artículo 149.1.18 de la CE, de modo que la regulación presenta carácter básico, lo que dota a los derechos allí reconocidos tal condición, previendo la correspondiente adaptación de las AAPP para el ejercicio de los mismos.

Ahora bien: la vinculación de cada Administración Pública es diferente en el tiempo, de modo que en el ámbito de la Administración General del Estado y los Organismos Públicos, vinculados o dependientes de ésta, tales derechos podrán ser ejercidos con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009, mientras que en las CCAA podrán serlo a partir de esa fecha siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias, al igual que sucede con las entidades locales.

Se deja, en consecuencia, margen para que las Comunidades Autónomas desarrollen la regulación básica, garantizando un tratamiento común ante todas las Administraciones Públicas, partiendo del derecho a relacionarse electrónicamente con ellas. No habrá en principio necesidad de que la normativa autonómica recoja también un catálogo de derechos, sin perjuicio

de que pueda ampliar los fijados en la LAE, pero no podrá rebajar las garantías establecidas en ella.

**3.3. Requisitos subjetivos**

En el artículo 6 de la LAE se reconocen los derechos a los "ciudadanos", empleando la misma expresión que en los artículos 35 y siguientes de la LRJ-PAC. Sin embargo, en cuanto a lo que deba entenderse a estos efectos por ciudadano, es preciso acudir a lo conceptos definidos en el Anexo de la LAE, que en su letra h) incluye el término que nos ocupa:

*"Ciudadano: Cualesquiera personas físicas, personas jurídicas y entes sin personalidad que se relacionen, o sean susceptibles de relacionarse, con las Administraciones Públicas."*

Esta amplia definición legal no implica que en ocasiones haya derechos que tengan un campo de actuación más limitado, por cuanto que en ocasiones es la propia ley la que exige que concurra la condición de interesado.

En segundo lugar, los obligados por los derechos reconocidos, según señala la propia LAE, son las Administraciones Públicas, entendiendo por tales la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de derecho público, vinculadas o dependientes de las mismas, según su artículo 2.1º.a). Ello ha planteado numerosas dudas interpretativas, sobre la inclusión o no de entes no mencionados en la citada Ley.

**3.4. Naturaleza jurídica**

La mayor parte de los derechos reconocidos en la LAE implican, según indica COTINO HUESO[57] una obligación de hacer para conseguir el resultado prefijado, lo que requiere de una acción positiva fáctica o jurídica para la Administración obligada. Se afirma, en consecuencia, que dicha naturaleza prestacional, conlleva dificultades especiales en cuanto a la determinación del contenido del derecho, de su incumplimiento y de su exigibilidad por el ciudadano.

En el presente supuesto, cabe recordar que la Ley opera con una forma categórica en cuanto al reconocimiento del derecho, por lo que la inactividad o una defectuosa realización del mismo pueden dar lugar a considerar vulnerado el derecho de que se trate. El problema se planteará más bien a la hora de determinar cuándo se produce tal incumplimiento y las vías de reparación correspondientes.

[57] ARENA.G.:"*e-Government y nuevos modelos de Administración*". Revista de Administración Pública, núm.163, 2004.

### 3.5. Análisis particular de los derechos reconocidos por la Ley

En el artículo 6 de la LAE se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la LRJPAC, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.

#### 3.5.1. El derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración (artículo 6.1º).

El artículo 6.1º establece el derecho a relacionarse con la Administración utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la LRJPAC, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos. Este primer apartado del artículo 6 recoge, como se puede observar, la previsión de todo aquello que es posible realizar por medios electrónicos[58].

Se trata de un derecho categórico, de forma que pudiera apreciarse un incumplimiento en el caso de que no sea posible para el ciudadano establecer la relación electrónica con la Administración. En todo caso, dado el tenor del artículo 27.1º, las excepciones al derecho a interactuar electrónicamente deben fijarse por ley, cuando ésta establezca y de ella se infiera que no es posible utilizar el medio electrónico.

Dentro de este derecho, cabe distinguir, siguiendo al autor citado, dos momentos: el primero, facilitando efectivamente dicha relación con todas sus consecuencias, si bien con el margen de discrecionalidad atribuido igualmente a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales; y un segundo momento, una vez establecido lo anterior, en que entran en juego los derechos, obligaciones y responsabilidades previstos en la Ley.

De este modo, corresponderá a los poderes públicos la promoción de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para evitar la denominada brecha digital, debiendo citarse, como ejemplo de esta actividad, el *"Plan de Acción sobre administración electrónica 2010"*. Aquí se enmarca igualmente la previsión del artículo 8 de la LAE, tendente a garantizar la prestación de los servicios electrónicos a todos los ciudadanos, sobre la base del principio de igualdad[59]. En segundo lugar, el derecho com-

[58] COTINO HUESO, L.:*"Derechos del ciudadano"*, *ob. cit.* pág. 137.

[59] BLASCO DÍAZ, J.L.:*"Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración",* Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 136, 2007.

prende también la llamada *"accesibilidad electrónica"*[60], principio que tiene por objeto garantizar la eliminación de obstáculos que impidan la efectividad del principio de igualdad en este ámbito.

La realización efectiva del derecho requiere igualmente que la Administración fije los requisitos tecnológicos para acceder a la misma, lo que se recoge bajo los principios de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas[61].

Ello se proyecta, de un lado, en la utilización de estándares abiertos, que permitan la disponibilidad y gratuidad, así como la compatibilidad de las plataformas informáticas de las distintas administraciones, la llamada interoperabilidad, que requiere la articulación efectiva del principio de cooperación entre las Administraciones Públicas[62].

Finalmente, hay que recordar que nos movemos en el campo de la voluntariedad, pues no se impone el uso de la vía electrónica al ciudadano, sino que se configura como una opción a utilizar por éste[63].

[60] *"Artículo 8. Garantía de prestación de servicios y disposición de medios e instrumentos electrónicos.*

*1. Las Administraciones Públicas deberán habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos, garantizando en todo caso el acceso a los mismos a todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, en la forma que estimen adecuada.*

*2. La Administración General del Estado garantizará el acceso de todos los ciudadanos a los servicios electrónicos proporcionados en su ámbito a través de un sistema de varios canales que cuente, al menos, con los siguientes medios:*

*Las oficinas de atención presencial que se determinen, las cuales pondrán a disposición de los ciudadanos de forma libre y gratuita los medios e instrumentos precisos para ejercer los derechos reconocidos en el artículo 6 de esta Ley, debiendo contar con asistencia y orientación sobre su utilización, bien a cargo del personal de las oficinas en que se ubiquen o bien por sistemas incorporados al propio medio o instrumento.*

*Puntos de acceso electrónico, consistentes en sedes electrónicas creadas y gestionadas por los departamentos y organismos públicos y disponibles para los ciudadanos a través de redes de comunicación. En particular se creará un Punto de acceso general a través del cual los ciudadanos puedan, en sus relaciones con la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, acceder a toda la información y a los servicios disponibles. Este Punto de acceso general contendrá la relación de servicios a disposición de los ciudadanos y el acceso a los mismos, debiendo mantenerse coordinado, al menos, con los restantes puntos de acceso electrónico de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.*

*Servicios de atención telefónica que, en la medida en que los criterios de seguridad y las posibilidades técnicas lo permitan, faciliten a los ciudadanos el acceso a las informaciones y servicios electrónicos a los que se refieren los apartados anteriores."*

[61] Vid. Artículo 4.c) de la LAE.

[62] Vid. Artículo 4.i) de la LAE.

[63] Vid. Artículo 41 de la LAE.

**3.5.2. Los derechos reconocidos en el apartado 2º del artículo 6. El denominado Estatuto jurídico del administrado electrónicamente**.

Siguiendo a COTINO HUESO[64], procede distinguir entre los derechos reconocidos en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa en el apartado segundo del artículo 6 las siguientes categorías:

- Derechos que son proyección de los derechos contemplados en el artículo 35 de la LRJ-PAC.
- Derechos que comportan una libertad de elección respecto de los medios para la relación electrónica.
- Derechos que suponen premisas inherentes a la relación electrónica.
- Derechos que expresan una insistencia en la protección de los derechos expuestos en el entorno electrónico.¡

Destaca dicho autor la utilización de una fórmula no recogida para el apartado primero, cual es que el reconocimiento de dichos derechos se realiza "en los términos previstos en la presente Ley", lo que a su juicio, restringe el alcance jurídico de los citados derechos.

Los ciudadanos tienen en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa, y en los términos previstos en la Ley, los siguientes derechos:

**a) A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas.**

El precepto garantiza que el ciudadano pueda elegir el canal[65] a través del cual desea relacionarse con las Administraciones Públicas, aunque, lógicamente la elección ha de recaer entre los que se encuentren disponibles.

La lista de canales no es exhaustiva, tal y como se deduce de la LAE, por cuanto que la Ley no se limita a regular el uso de los canales electrónicos disponibles en la actualidad, sino que debe dar cabida a la aparición de nuevos instrumentos electrónicos que pudieran aplicarse para la administración electrónica en el futuro.

A juicio de COTINO HUESO[66], el derecho a elegir opera en relación al canal a utilizar, no respecto a la elección entre la vía presencial y la elec-

[64] Vid. Artículo 4.b) de la LAE.

[65] COTINO HUESO, L.:*"Derechos del ciudadano"*, ob.cit. págs. 190ss.

[66] Es preciso tener en cuenta la definición de canal contenida en el Anexo de la LAE:

*"Canales: Estructuras o medios de difusión de los contenidos y servicios; incluyendo el canal presencial, el telefónico y el electrónico, así como otros que existan en la actualidad o puedan existir en el futuro (dispositivos móviles, TDT, etc)."*

trónica, y se encuentra limitado a los disponibles en cada momento, entendida como relativa a la interactuación concreta de que se trate y los canales por los que se ha implantado la posibilidad de llevar a cabo la relación electrónica.

Finalmente, indica dicho autor que el derecho no incluye la obligación de crear canales, ya que éste se encuentra integrado en el artículo 8.1º con carácter general, y en el artículo 8.2º en particular para la Administración General del Estado.

**b) A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos**

El derecho está muy vinculado a las restantes prescripciones de la LAE[67]. En concreto, cabe mencionar aquí el medio a través del cual se hace efectivo este derecho entre las distintas administraciones, los convenios interadministrativos, utilizando la Red del MAP SARA (Sistema de aplicaciones y redes para la Administración General del Estado).

El derecho supone un notable avance respecto a la regulación contenida en el artículo 35.f) de la LRJ-PAC, tratando de superar las limitaciones del precepto. Pero tal avance no debe suponer menoscabo alguno de las garantías que asisten al derecho fundamental a la protección de datos de los ciudadanos afectados por la utilización dinámica de sus datos y los documentos en que se contienen para facilitar el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas, o al ejercicio de sus derechos, así como al cumplimiento de sus obligaciones por medios electrónicos.

El cumplimiento por las Administraciones Públicas de todos los principios recogidos en el Título II de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal , así como el respeto debido al ejercicio de los derechos de los interesados o afectados, singularmente el de acceso y los de rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de sus datos en los términos y con los requisitos contemplados en el Título III de la LOPD y en el Real Decreto 1720/2007, por el que se desarrolla su Reglamento, son la premisa básica en todo tratamiento de datos de carácter personal de los ciu-

[67] COTINO HUESO, L.:*"Derechos del ciudadano",ob. cit.* pág. 191,

dadanos. El consentimiento del ciudadano constituye un requisito para que una Administración acceda a los datos que obren en otra.

En todo caso, hemos de traer a colación la limitación ya analizada, en cuanto a que los derechos previstos en el apartado segundo del artículo 6 están sometidos a lo dispuesto en la LAE, por lo que las Administraciones Públicas distintas de la actuante sólo deberán facilitar los datos que se encuentren en su poder y que estén en soporte electrónico.

**c) A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones Públicas.**

Este derecho es trasunto del principio y derecho fundamental de igualdad y no discriminación. Se encuentra a su vez relacionado con otros preceptos de la LAE[68]. Se debe garantizar la igualdad de trato a quienes utilicen medios electrónicos y no electrónicos. La utilización de la vía electrónica se configura como voluntaria para el ciudadano, pudiendo utilizar medios tradicionales si así lo desea, así como cambiar la forma de tramitación en cualquier momento, manteniendo dicha dualidad con idéntica eficacia jurídica[69].

Los supuestos en que puede producirse tal discriminación son variados. Así, puede tener lugar en el ejercicio de elecciones que la ley permite, como el uso de canales disponibles, de los distintos sistemas de firma electrónica, con su derecho al uso del DNI electrónico, etc. La cuestión estriba en analizar si el ciudadano recibe un trato diferente por razón del canal, sistema de firma electrónica o dispositivo en concreto utilizado, debiendo considerarse si dicha diferencia de trato tiene una justificación objetiva y razonable, como exige la doctrina del Tribunal Constitucional, que habla de *"criterios o juicios de valor generalmente aceptados"* (STC 107/1986, RTC 1986/107) a la hora de buscar tal justificación.

En todo caso, conviene precisar que sí está permitida la discriminación positiva, esto es, la que tiene por objeto favorecer el acceso electrónico de colectivos desfavorecidos, al amparo igualmente de la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada, entre otras, en la STC 216/1991 (RTC 1991/216).

**d) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos.**

[68] De un lado, a las transmisiones de datos entre Administraciones Públicas (artículo 9), al intercambio electrónico de información de datos en entornos cerrados de comunicación (artículo 20), a los criterios de gestión electrónica (artículo 34), etc.

[69] Entre otros, artículo 3.2º, en cuanto a las finalidades de la ley de facilitar el acceso y eliminar las barreras que lo dificulten; el principio de accesibilidad del artículo 4.c); el artículo 8, relativo a la igualdad material, etc.

Este derecho es trasunto del contemplado en el apartado a) del artículo 35 de la LRJ-PAC, teniendo por objeto garantizar el conocimiento por medios electrónicos el estado del procedimiento, con independencia de que éste sea un procedimiento electrónico o no.

Es el Título III el que contempla la obligación a cargo de las Administraciones Públicas de poner a disposición de los usuarios información por medios electrónicos sobre el estado de tramitación de los procedimientos, tanto para los gestionados en su totalidad por medios electrónicos como para el resto de procedimientos. De ahí que sea preciso acudir a lo establecido en el artículo 37, que dispone que en los procedimientos administrativos gestionados en su totalidad electrónicamente, el órgano que tramita el procedimiento pondrá a disposición del interesado un servicio electrónico de acceso restringido donde éste pueda consultar, previa identificación, al menos la información sobre el estado de tramitación del procedimiento, salvo que la normativa aplicable establezca restricciones a dicha información.

La información sobre el estado de tramitación del procedimiento comprenderá la relación de los actos de trámite realizados, con indicación sobre su contenido, así como la fecha en la que fueron dictados. Señalando también que, para el resto de los procedimientos se habilitarán igualmente servicios electrónicos de información del estado de la tramitación que comprendan, al menos, la fase en la que se encuentra el procedimiento y el órgano o unidad responsable.

**e) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.**

Si bien este derecho, en su dicción literal, es similar a lo establecido en el artículo 35.c) de la LRJ-PAC, pero se encuentra condicionado por la generación de acuses de recibo, prevista en los artículos 25.3º y 4º y 35.2º de la LAE.

Por otro lado, el derecho a la obtención de copias supone el acceso al expediente por aquel que ostenta la condición de interesado en el procedimiento de que se trate, a la luz del concepto de documento electrónico y la regulación que de la copia hace la propia ley, en los artículos 29 y siguientes. En esta dirección, el artículo 24 de la Ley regula los Registros electrónicos que se crearán para la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones. En cada Administración Pública existirá, al menos, un sistema de registros electrónicos suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración Pública.

Las Administraciones Públicas podrán, mediante convenios de colaboración, habilitar a sus respectivos registros para la recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones de la competencia de otra Administración

que se determinen en el correspondiente convenio y, en el ámbito de la Administración General del Estado, se automatizarán las oficinas de registro físicas a las que se refiere el artículo 38 de la LRJ-PAC[70], a fin de garantizar la interconexión de todas sus oficinas y posibilitar el acceso por medios electrónicos a los asientos registrales y a las copias electrónicas de los documentos presentados.

Finalmente, es preciso reseñar que el derecho aquí contemplado estará relacionado con el derecho a conocer el estado de la tramitación del procedimiento, ya visto, pues si el acceso es directo, permitirá obtener copias de los documentos integrantes del expediente electrónico. Asimismo, este derecho puede igualmente concurrir con el derecho de acceso a archivos y registros, debiendo tenerse en cuenta sus disposiciones reguladoras en cuanto a su concreto ejercicio.

**f) A la conservación en formato electrónico por las Administraciones Públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente.**

La conservación hace referencia aquí no sólo al documento electrónico, como señala COTINO HUESO[71] , sino en general a toda la información elec-

[70] Vid. Artículo 28.4 de la LAE.

[71] El citado precepto establece:

*«1. Los órganos administrativos llevarán un registro general en el que se hará el correspondiente asiento de todo escrito o comunicación que sea presentado o que se reciba en cualquier unidad administrativa propia. También se anotarán en el mismo, la salida de los escritos y comunicaciones oficiales dirigidas a otros órganos o particulares.*

*2. Los órganos administrativos podrán crear en las unidades administrativas correspondientes de su propia organización otros registros con el fin de facilitar la presentación de escritos y comunicaciones. Dichos registros serán auxiliares del registro general, al que comunicarán toda anotación que efectúen. Los asientos se anotarán respetando el orden temporal de recepción o salida de los escritos y comunicaciones, e indicarán la fecha del día de la recepción o salida. Concluido el trámite de registro, los escritos y comunicaciones serán cursados sin dilación a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes desde el registro en que hubieran sido recibidas.*

*3. Los registros generales, así como todos los registros que las Administraciones públicas establezcan para la recepción de escritos y comunicaciones de los particulares o de órganos administrativos, deberán instalarse en soporte informático. El sistema garantizará la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registra. Asimismo, el sistema garantizará la integración informática en el registro general de las anotaciones efectuadas en los restantes registros del órgano administrativo.*

*4. Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse: En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan. En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a*

trónica, bases de datos, ficheros, sistemas y aplicaciones. Por ello, afirma, debe conectarse este derecho con el que se reconoce en el apartado i) *"a la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas"*.

Señala dicho autor que el derecho supone igualmente que la información sea susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, pues en otro caso, si incluyera meramente la conservación pero no los aspectos indicados, la información, aunque se conserve, puede llegar a resultar inservible.

Por otro lado, en lo que hace a la destrucción de los originales, el artículo 30.4º de la LAE se remite a lo establecido por cada Administración Pública, debiendo tener en cuenta, a estos efectos, las reglas generales sobre la destrucción de la documentación administrativa, que no resultan modificadas por este precepto.

**g) A obtener los medios de identificación electrónica necesarios, pudiendo las personas físicas utilizar en todo caso los sistemas de firma electrónica del Documento Nacional de Identidad para cualquier trámite electrónico con cualquier Administración Pública.**

---

*la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio. En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca. En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero. En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes. Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros.*

*5. Para la eficacia de los derechos reconocidos en el art. 35.c) de esta Ley a los ciudadanos, éstos podrán acompañar una copia de los documentos que presenten junto con sus solicitudes, escritos y comunicaciones. Dicha copia, previo cotejo con el original por cualquiera de los registros a que se refieren los puntos a) y b) del apartado 4 de este artículo, será remitida al órgano destinatario devolviéndose el original al ciudadano. Cuando el original deba obrar en el procedimiento, se entregará al ciudadano la copia del mismo, una vez sellada por los registros mencionados y previa comprobación de su identidad con el original.*

*6. Cada Administración pública establecerá los días y el horario en que deban permanecer abiertos sus registros, garantizando el derecho de los ciudadanos a la presentación de documentos previsto en el art. 35.*

*7. Podrán hacerse efectivas además de por otros medios, mediante giro postal o telegráfico, o mediante transferencia dirigida a la oficina pública correspondiente, cualesquiera tributos que haya que satisfacer en el momento de la presentación de solicitudes y escritos a las Administraciones públicas.*

*8. Las Administraciones públicas deberán hacer pública y mantener actualizada una relación de las oficinas de registro propias o concertadas, sus sistemas de acceso y comunicación, así como los horarios de funcionamiento».*

Son los artículos 13 a 16 de la LAE los que regulan las formas de identificación y autenticación, tanto de los ciudadanos como de los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias. Debe tenerse particularmente en cuenta lo establecido en el artículo 8 de la ley y sobre todo la garantía de acceso a los medios para la relación electrónica con la Administración.

El Documento Nacional de Identidad electrónico está habilitado con carácter general para todas las relaciones con las Administraciones Públicas, fomentando el uso general de la firma electrónica[72]. Por otro lado, la garantía se extiende no sólo a la expedición, sino también a su utilización ante cualquier Administración Pública, y los restantes sistemas habilitados.

**h) A la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las Administraciones Públicas.**

El artículo 16 de la LAE, en relación con esta cuestión, bajo la rúbrica *"Utilización de otros sistemas de firma electrónica",* establece que las Administraciones Públicas podrán determinar también, teniendo en cuenta los datos e intereses afectados, y siempre de forma justificada, los supuestos y condiciones de utilización por los ciudadanos de otros sistemas de firma electrónica, tales como claves concertadas en un registro previo, aportación de información conocida por ambas partes u otros sistemas no criptográficos.

Continúa señalando que en aquellos supuestos en los que se utilicen estos sistemas para confirmar información, propuestas o borradores remitidos o exhibidos por una Administración Pública, ésta deberá garantizar la integridad y el no repudio por ambas partes de los documentos electrónicos concernidos.

Además, cuando resulte preciso, las Administraciones Públicas certificarán la existencia y contenido de las actuaciones de los ciudadanos en las que se hayan usado formas de identificación y autenticación a que se refiere este artículo.

**i) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas.**

Se ha hecho patente a lo largo de todo el articulado de la LAE la necesidad de garantizar la seguridad de los datos en poder de las Administraciones Públicas, dadas las amenazas existentes en el contexto actual a las aplicaciones, bases de datos y sistemas informáticos. Ello, lógicamente, está en íntima conexión con el derecho a la conservación de los documentos electrónicos, ya analizado.

[72] COTINO HUESO, L.:*"Derechos del ciudadano"*, *ob. cit.* pág. 208,.

**j) A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.**

En relación con el contenido de este derecho, es preciso traer a colación, siguiendo a DAVARA RODRÍGUEZ[73] la regulación contenida en el artículo 4 de la LAE, al enunciar los principios generales, que señala que la utilización de las Tecnologías de la Información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, y ajustándose a principios, como el de responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones y servicios ofrecidos por las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos.

En la LAE son continuas las referencias a la noción de calidad. Sin ánimo de ser exhaustivos, cabe citar, entre otras, el principio de simplificación administrativa (artículo 4.j), principio de calidad y responsabilidad, ya vistos (artículo 4.h), principio de calidad en la creación de las sedes electrónicas (artículo 10.3º), al señalar que cada Administración Pública determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, con sujeción a los principios de publicidad oficial, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad; el aseguramiento de las medidas de seguridad en relación a los medios o soportes en que se almacenan los documentos (artículo 31.3º); en la regulación de la *«Actuación administrativa automatizada»*, de acuerdo con la cual deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad, y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente ( artículo 39).

**k) A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones Públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.**

La interpretación del precepto exige definir en primer lugar el concepto de estándar abierto, para lo cual ha de acudirse a la letra k) del Anexo de la LAE, que establece que es aquel que reúna las siguientes condiciones: a) sea público y su utilización sea disponible de manera gratuita o a un coste que no suponga una dificultad de acceso, y b) su uso y aplicación no esté condicionado al pago de un derecho de propiedad.

[73] Vid. Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula el DNI y los certificados de firma electrónica, así como la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, para las personas jurídicas.

La ley fija los principios que han de presidir la utilización de las Tecnologías de la Información. Al hilo de dichos principios, la ley contempla el de neutralidad tecnológica (apartado i) del artículo 4), siendo que el uso de estándares abiertos y estándares de uso generalizado tiene por objeto garantizar la independencia en la elección de alternativas tecnológicas por parte de los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado.

Por su parte, el artículo 10, apartado quinto, dispone que la publicación en las sedes electrónicas de informaciones, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y usabilidad de acuerdo con las normas establecidas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

También el artículo 35.1º recoge la necesidad de tales estándares para los modelos o sistemas electrónicos de solicitud en la sede electrónica. En punto a evitar la discriminación por razón de la tecnología a utilizar, nos remitimos a la regulación contenida en la ley relativa a la interoperabilidad (artículos 41 y siguientes).

**3.6.3. El derecho a obtener información sobre establecimiento de actividades de servicios (artículo 6.3º).**

Establece el artículo 6.3º, en su redacción dada por la Ley 25/2009, de 23 de diciembre:

*"En particular, en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tienen derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de la siguiente información a través de medios electrónicos, que deberá ser clara e inequívoca:*

*Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.*

*Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como los datos de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener asistencia o ayuda.*

*Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios.*

*Las vías de reclamación y recurso en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores."*

Según la Exposición de Motivos, con la regulación de dicho precepto se incorporan los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva 2006/123, CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado inte-

rior, si bien autores como COTINO HUESO[74] dudan de que a la luz de tales preceptos se puedan considerar traspuesta la garantía de acceder a la información y tramitar determinados procedimientos a través de ventanillas únicas.

El derecho se limita a procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicio, siendo que la Directiva en su artículo 4 los define como los procedimientos administrativos necesarios para el ejercicio efectivo de una actividad económica por cuenta propia, prestada a cambio de una remuneración, con duración indeterminada con una infraestructura estable.

Señala igualmente el autor citado que con la excepción relativa a la información sobre litigios, el resto de las previsiones contenidas en el apartado 3º del artículo 6 son reconducibles al apartado 1º de dicho precepto.

**3.6.4. El defensor del usuario de la Administración Electrónica.**

En orden a la protección y defensa de los derechos de los ciudadanos en este ámbito, se crea en la ley la institución del Defensor del Usuario, encargado de atender las quejas, realizar sugerencias y propuestas para la mejora de las relaciones de los ciudadanos en el ámbito de la Administración Electrónica.

El artículo 7 de la LAE establece al efecto lo siguiente:

*"1. En la Administración General del Estado, se crea la figura del Defensor del usuario de la administración electrónica, que velará por la garantía de los derechos reconocidos a los ciudadanos en la presente Ley, sin perjuicio de las competencias atribuidas en este ámbito a otros órganos o entidades de derecho público. Será nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas entre personas de reconocido prestigio en la materia. Estará integrado en el Ministerio de Administraciones Públicas y desarrollará sus funciones con imparcialidad e independencia funcional.*

*2. El Defensor del usuario de la administración electrónica elaborará, con carácter anual, un informe que se elevará al Consejo de Ministros y se remitirá al Congreso de los Diputados. Dicho informe contendrá un análisis de las quejas y sugerencia recibidas así como la propuesta de las actuaciones y medidas a adoptar en relación con lo previsto en el apartado 1 de este artículo.*

*3. Para el ejercicio de sus funciones, el Defensor del usuario de la administración electrónica contará con los recursos de la Administración General del Estado con la asistencia que, a tal efecto, le presten las Inspecciones Ge-*

[74] DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.:"*Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.*" El Consultor de los Ayuntamientos, LA LEY, Madrid, 2010. pág. 70.

*nerales de los Servicios de los Departamentos ministeriales y la Inspección General de Servicios de la Administración Pública. En particular, las Inspecciones de los Servicios le asistirán en la elaboración del informe al que se refiere el apartado anterior y le mantendrán permanentemente informado de las quejas y sugerencias que se reciban en relación con la prestación de servicios públicos a través de medios electrónicos. A estos efectos, la Comisión Coordinadora de las Inspecciones generales de servicios de los departamentos ministeriales realizará, en este ámbito, las funciones de coordinación que tiene legalmente encomendadas.*

*4. Reglamentariamente se determinará el estatuto del Defensor del usuario de la administración electrónica, así como la regulación de sus relaciones con los órganos a los que se refiere el apartado anterior de este artículo.*

Según señala DAVARA RODRÍGUEZ[75] la figura suscita dudas en cuanto a su independencia, y a que realmente pueda configurarse como un auténtico defensor del usuario, dada su integración en el Ministerio de Administraciones Públicas, considerando que hubiera sido más útil crear un adjunto al Defensor del Pueblo, con funcionalidades específicas. Igualmente llama la atención sobre la inexistencia de dicha figura en el ámbito autonómico y/o local.

Autores como COTINO HUESO entienden que su creación en cualquier caso es un avance, para canalizar la información sobre la implantación efectiva de la Administración Electrónica, a nivel estatal, autonómico y local, sin que en ello deba generar conflicto competencial alguno[76].

**3.6.5. Los deberes del ciudadano en su relación electrónica con la Administración.**

A pesar de que no existe una relación ordenada de deberes de los ciudadanos ni se identifican a lo largo del articulado, existen ciertas responsabilidades que los ciudadanos deben asumir en el seno de las relaciones electrónicas, tal y como señala BLASCO DÍAZ[77],como que el uso de las tecnologías debe hacerse de buena fe y evitando su abuso, que la información que se facilite a la Administración ha de ser veraz y completa, o que se custodien los elementos identificativos personales e intransferibles utilizados en estos medios.

Si bien señala dicho autor que en ocasiones la utilización de esta forma de relación puede ser obligatoria, cuando se establezcan determinadas relaciones o se utilicen concretos procedimientos. Actualmente, ello se recoge

[75] COTINO HUESO, L.:*"Derechos del ciudadano"*, *ob. cit.* pág. 218

[76] DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. :*"Acceso electrónico…" ob. cit.* pág.73-74.

[77] COTINO HUESO, L.:*"Derechos del ciudadano"*, *ob. cit.* pág. 223.

[78] BLASCO DÍAZ, J.L.:*"Los derechos de los ciudadanos…", ob. cit.*

en el artículo 27 LAE, obligando a la Administración a utilizar medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos siempre que así lo hayan solicitado o consentido expresamente.

Existen excepciones previstas en el precepto, cuando una norma con rango de ley así lo establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico, o cuando reglamentariamente se establezca tal obligatoriedad, como en los casos de personas que tengan acreditado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos, y en los casos de relaciones de sujeción especial.

## BIBLIOGRAFIA

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.:*"Las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30 de 26 de noviembre de 1992 con las modificaciones de la Ley 4 de 13 de enero de 1999. Comentarios y jurisprudencia".* Editorial Comares, Granada, 1999.

ARENA. G.:*"e- Government y nuevos modelos de Administración".* Revista de Administración Pública, núm.163, 2004.

ÁLVAREZ RICO, M. Y ÁLVAREZ RICO, I.: *"Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"* Revista de Administración Pública, núm 135, 1994.

BEATO ESPEJO, M.: *" Tratamiento jurídico de los derechos reconocidos a los ciudadanos en el artículo 35 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura".* Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura n.º11 (1995).

BLASCO DÍAZ, J.L.:*"Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración",* Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 136, 2007.

CHAVES GARCÍA, J.R.: *"" Los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas (Estudio y comentario de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero).* Ed. Trea Jurídica, Gijón, 1999.

COBO OLVERA, T.: *"El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial"*, edición nº 3, Editorial LA LEY, Madrid, 2008.

COTINO HUESO, L.:*"Derechos del ciudadano*", en *"La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos".*VV.AA. Thomson Aranzadi, 2009.

DA SILVA OCHOA, J. A., "*Administraciones Públicas y Ciudadanos*", 1993.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.:"*Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.*" El Consultor de los Ayuntamientos, LA LEY, Madrid, 2010.

DEL RÍO SÁNCHEZ, A. "*Los ciudadanos frente a la Administración",* El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 5, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Mar. 1999, Ref. 772/1999, tomo 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

EMBID IRUJO, A.: *"El ciudadano y la Administración (los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)".* INAP, 1994.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *"El derecho de acceso a los documentos administrativos".* Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., "*Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo"*, Civitas, 1989.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.:, *"Spain is different (el mito de las lenguas)",* Revista de Administración Pública , 156, 2001.

LÓPEZ MERINO, F.:" *Los derechos de acceso"* en el libro *"El acto de certificación"* edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Marzo 2009.

PARADA VÁZQUEZ, J.R.. *"Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común",* Marcial Pons, 2.a ed., Madrid 1990.

SÁNCHEZ BLANCO, A.: "*Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas",* Revista de Administración Pública, núm. 132,1993.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., en «*Estudios sobre el procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas*», CEMCI, TAL, núm. 53,1993.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A.J.*:"El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos "*.Actualidad Administrativa, Sección Doctrina, Ref. I, pág. 1, tomo 1, Editorial LA LEY, 2001.

# JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIVERSIDAD DE A CORUÑA


## LA READMISIÓN OBLIGATORIA DEL EMPLEADO PÚBLICO IMPROCEDENTEMENTE DESPEDIDO*

**SUMARIO**:


**I.** El artículo 96, apartado 2 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público
**II.** Su contextualización histórica.
**III.** Su contextualización comparatistas.


### I. EL ARTÍCULO 96, APARTADO 2, DE LA LEY 7/2007, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

**1.** Desde la promulgación de nuestra sexta Ley de Procedimiento Laboral de 1990, el Derecho español regulador de la readmisión del trabajador injustamente despedido[1] había acabado adquiriendo un carácter inequívocamente estable -en el sentido de vivir al margen de polémicas entre los llamados interlocutores sociales, de demandas rectificadoras planteadas por la doctrina científica o por nuestros tribunales laborales, y por supuesto, al margen también de novedades legislativas impactantes[2]-, hasta que se promulgó la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. En efecto, el Título VII de esta Ley (rotulado "Régimen Disciplinario") -presidido por la regla de que "el régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la

[1] Sobre él, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2006), págs. 348 y ss.

[2] Acerca de la placidez en cuestión, véase J. B. VIVERO SERRANO: "El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Revista de Derecho Social*, núm. 40, 2007, págs. 63 y ss.

legislación laboral"[3]- contiene un precepto muy breve, pero determinante de que el tema de la readmisión del trabajador despedido haya dejado de ser en España un asunto mortecino, precisamente desde el punto de vista de la legislación laboral. Se trata del apartado 2 de su artículo 96, a cuyo tenor "procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave".

**2.** Desde el punto de vista del Derecho regulador de la readmisión del trabajador -relativamente estable, repito, hasta la promulgación de esta Ley-, la novedad del precepto en cuestión es evidente. Fundamentalmente, por tres razones. En primer lugar, porque la consecuencia de la readmisión no se liga a la declaración de nulidad, sino inequívocamente a la declaración de improcedencia del despido (recuérdese, "... cuando sea declarado improcedente el despido acordado..."). En segundo lugar, porque la consecuencia de la readmisión beneficia a trabajadores ordinarios (recuérdese, "procederá la readmisión del personal laboral fijo..."), frente a lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores -a propósito del despido improcedente-, en donde aparece ligada al hecho de que "el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical"[4]. En tercer lugar, porque el derecho a ser readmitidos estos empleados públicos ordinarios es un derecho simple, frente al carácter de derecho alternativo de que goza el representante de los trabajadores improcedentemente despedido, al amparo del precepto del Estatuto de los Trabajadores recién citado, a cuyo tenor "la opción ["entre la readmisión del trabajador ... o el abono de ... percepciones económicas"] corresponderá siempre a este"[5].

**3.** A pesar del relativamente poco tiempo transcurrido desde su entrada en vigor -cosa que ocurrió el 13 mayo 2007[6]-, las novedades garantistas del precepto explican que ya exista una litigiosidad laboral significativa, encauzada por la vía del recurso de suplicación. De entre los varios temas abordados por esta jurisprudencia incipiente, creo que merecen ser destacadas al menos tres llamadas de atención. La primera, relativa a que la garantía del precepto solo cubre al personal laboral "fijo", por lo que "los trabajadores no fijos... sean temporales o incluso indefinidos, según la tipología jurisprudencial, asumida por la Ley 7/2007, ...no quedan comprendidos dentro de la regulación de dicho precepto, y por

[3] Artículo 93, apartado 4.

[4] Cfr. su apartado 4.

[5] *Ibídem*.

[6] Cfr. la disposición final cuarta, apartado 1, de la Ley 7/2007

tanto respecto de dicha clase de personal la consecuencia del despido declarado improcedente será la tradicional opción por el empresario entre readmisión e indemnización"[7]. La segunda, relativa a que la garantía en cuestión solo se refiere al despido disciplinario, pero no a cualquier otro tipo de despido distinto declarado improcedente, visto que "a la hora de interpretar esta norma hay que atender al tenor literal de la misma, del que resulta que la readmisión obligatoria la ha establecido el propio legislador solo para el despido disciplinario", pues "de haber querido aplicar tal regla a otros despidos (objetivos; contratación irregular, etc.), le hubiese bastado con no hablar de disciplinario o citar los restantes despidos"[8]. Y la tercera, relativa a que la garantía cubre al trabajador disciplinaria e improcedentemente despedido, cualquiera que sea la razón formal de improcedencia de su despido, cabiendo "equiparar el caso expresamente previsto [por el artículo 96.2] de incoación de expediente disciplinario a los casos en que el despido es improcedente precisamente porque no se ha incoado tal expediente..., pues de otra forma se primaría injustificadamente a la Administración que incumple la norma preceptiva de incoación de expediente... frente a quien cumple con tal requisito formal"[9].

## II. SU CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA

**4.** Examinado desde una perspectiva diacrónica, el artículo 96, apartado 2, de la Ley 7/2007 ha supuesto un verdadero paso adelante en el blindaje del régimen jurídico contractual de ciertos colectivos de empleados públicos, aunque para otros no haya implicado verdadera novedad de fondo, puesto que ya disfrutaban -por la vía de la negociación colectiva- de un régimen privilegiado de extinción de su contrato de trabajo como empleados públicos. Entre los colectivos beneficiados, se cuenta sobre todo el grueso del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, visto que el convenio colectivo aplicable al mismo cuando entró en vigor la Ley 7/2007[10] no excepcionaba para ellos el régimen común previsto por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, llegando a precisar dicho convenio

.

[7] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 mayo 2008 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia AS 2008/1596), Fundamento de Derecho sexto.

[8] Sentencia de la Sala de lo Social de Las Palmas, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 30 octubre 2008 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia AS 2009/389), Fundamento de Derecho segundo.

[9] Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 diciembre 2007 (*Aranzadi WESTLAW*, referencia AS 2008/1141), Fundamento de Derecho cuarto, aunque se trataba de una declaración *obiter*, dada la imposibilidad de aplicar al supuesto de hecho enjuiciado -por razones cronológicas- la Ley 7/2007.

colectivo, incluso, que "en el supuesto de despido disciplinario declarado improcedente por razones de fondo, si la Administración optase por la indemnización deberá informar a la Subcomisión Delegada en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia"[11], teniendo en cuenta –continuaba- que "semestralmente deberá dar cuenta a la CIVEA [esto es, a la comisión paritaria del convenio] de los supuestos de estos despidos"[12]. En cambio, para muchos colectivos de empleados públicos de las Administraciones autonómica y local, el precepto legal en cuestión se limitó a enlatar el derecho subjetivo fresco de que ya disfrutaban al amparo de sus peculiares convenios colectivos, según acredita la jurisprudencia laboral clásica sobre el tema, que procedemos a tratar a continuación.

**5.** Esta jurisprudencia está integrada por tres sentencias, las tres falladas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina, de fechas 26 diciembre 2000[13], 5 octubre 2001[14] y 22 septiembre 2005[15]. Son sentencias significativas no solo desde el punto de vista de los concretos empleados públicos afectados, sino también en atención al peculiar derecho de readmisión que el convenio colectivo aplicable les reconocía en caso de resultar despedidos. En efecto, la primera se refiere al "Convenio Colectivo de Colectivos Laborales al servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi' para 1996-1997"[16], en el que se afirmaba que "al trabajador que sea objeto de despido como consecuencia de la comisión de una falta disciplinaria, se le garantiza el derecho a reincorporarse en su puesto de trabajo en los supuestos de que el despido sea declarado improcedente

[10] Se trataba del "II Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado", publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 14 octubre 2006. Este convenio colectivo excluía de su ámbito de aplicación, como es lógico, el "personal incluido en el ámbito de aplicación de los Convenios del *Boletín Oficial del Estado*, Agencia Estatal de Administración Tributaria, Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Buque Cornide Saavedra, Buque García del Cid, Buque Esperanza del Mar, Buque Juan de la Cosa, Instituto Astrofísico de Canarias, el personal local que preste servicios a las Fuerzas de los Estados Unidos, y el de los Institutos de Gestión Sanitaria (INGESA) y Social de la Marina, respecto del personal de los mismos que presta servicios en sus Instituciones Sanitarias", (artículo 1, apartado 2, número 2º).

[11] Artículo 58, apartado 2, inciso primero.

[12] *Ibídem*, inciso primero. No deja de resultar chocante que el vigente "III Convenio Colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado", publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 12 noviembre 2009, continúe afirmando exactamente lo mismo, por pura inercia negocial.

[13] *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2001/1877.

[14] *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2002/1421.

[15] *Aranzadi WESTLAW*, referencia RJ 2005/8607.

[16] Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo segundo.

por la autoridad laboral competente"[17]. La segunda, al denominado "Acuerdo marco para el personal laboral del Ayuntamiento de Cabra"[18], que disponía que "en el supuesto de que el despido pueda considerarse improcedente por la autoridad laboral correspondiente, la readmisión del trabajador será siempre a opción del interesado"[19]. Y la tercera, al convenio colectivo de "la empresa municipal demandada, Promoción y Comunicación de Estepona, SL, dedicada a la gestión de la Televisión Local"[20], en el que "la previsión de opción a favor de los trabajadores se halla incluida dentro de un precepto relativo a la política de empleo, y con independencia de que el despido sea o no disciplinario"[21].

**6.** A pesar de marcar el contexto "histórico" del artículo 96, apartado 2, de la Ley 7/2007, la doctrina unificada por estas tres sentencias no ha perdido ni un solo ápice de su interés, a efectos de la interpretación (y aplicación) literal y sistemática del precepto en cuestión. De un lado, porque a este último le calza como un guante la afirmación de dos de dichas sentencias (a propósito del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores), relativa a que esta norma 2tiene carácter de derecho necesario relativo que, como tal, puede ser mejorado por la autonomía colectiva"[22], abriéndose así la vía para poder cubrir vacíos subjetivos y objetivos del nuevo precepto del Estatuto Básico del Empleado Público (por ejemplo, su no aplicación a trabajadores de empresas privadas de titularidad administrativa[23] o a despidos improcedentes que no sean despidos disciplinarios[24]). Y de otro lado, porque el descuido clamoroso del legislador -que se olvidó de retocar el tenor del artículo 280 de la Ley de Procedimiento Laboral- mantiene viva la doctrina de la primera de tales sentencias, a propósito de que en dicho precepto procesal "caben otros supuestos allí no previstos" (esto es, además y aparte del "supuesto de que el trabajador fuese representante de los trabajadores y hubiese optado por la readmisión y cuando el despido sea declarado nulo")[25];

[17] Cfr. Fundamento de Derecho tercero, párrafo tercero.

[18] Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo segundo.

[19] *Ibídem*.

[20] Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo primero.

[21] Cfr. Fundamento de Derecho quinto, párrafo segundo.

[22] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 octubre 2001 (cit.), Fundamento de Derecho segundo, párrafo tercero. Además, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 septiembre 2005 (cit.), Fundamento de Derecho quinto.

[23] Acerca de su problemática inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2007, véase J.B. VIVERO SERRANO: "El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público", cit., págs. 79 y ss.

[24] Véase *supra*, núm. **3**.

y ello, como es lógico, "aplicándose, en caso de que no se diese cumplimiento a tal mandato, las previsiones contenidas en el artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral"[26].

## III. SU CONTEXTUALIZACIÓN COMPARATISTA

**7.** En el contexto de nuestro ordenamiento laboral, resulta evidente que el artículo 96, apartado 2, de la Ley 7/2007 -promulgada en el pico de la euforia inmediatamente precedente al llamado «*crack* del 2008"[27]- es una norma de privilegio que acentúa la existencia en España de una segunda división de "trabajadores", a la que pertenecen los asalariados ordinarios del sector privado (cubiertos, sin más, por el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores y que, a su vez, son trabajadores privilegiados frente a los de la tercera división, representada por los trabajadores autónomos económicamente dependientes, regulados en la prácticamente coetánea y asimismo eufórica Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo)[28]. El privilegio en cuestión resulta todavía más notorio si es que se analiza el tema desde el punto de vista del Derecho comparado del Trabajo, concorde en la conclusión de que los trabajadores del sector público y los del sector privado juegan en exactamente la misma división, si es que resultasen ser disciplinaria e improcedentemente despedidos. Para probarlo, creemos suficiente examinar, de un lado, los ordenamientos laborales de Italia, Alemania y Francia, en cuanto que exponentes poderosos de lo que ocurre en el continente europeo, laboralmente hablando[29]; y de otro lado, el ordenamiento laboral de los Estados Unidos de Norteamérica, que en nuestro concreto tema -aunque sorprenda- no resulta ser en absoluto, frente a lo que suele ser usual en él, nada sorprendente ni chocante.

**8.** En efecto, en Italia -inquietante siempre desde el punto de vista del funcionariado español, dada la privatización que allí se produjo del grueso

[25] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 diciembre 2000 (cit.), Fundamento de Derecho tercero, párrafo segundo.

[26] *Ibídem*, párrafo séptimo.

[27] Véase mi "Recensión" a A. BAYLOS y J. PÉREZ REY: "El despido o la violencia del poder privado", Trotta (Madrid, 2009), en *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. II (2010), pág. 145.

[28] Acerca de dicha "euforia", véase A. ARUFE VARELA: "Tres modelos distintos de formalización del Estatuto de los empleados públicos, al hilo de la exposición de motivos del Estatuto español", *Temas Laborales*, núm. 96 (2008), págs. 85 y ss.

[29] Acerca de nuestra metodología relativa al Derecho comparado, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA: *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. XX y ss.

de su función pública[30]-, los empleados públicos gozan de la misma protección que los trabajadores ordinarios de las empresas medianas y grandes del sector privado, en caso de "despido injustificado, ineficaz y nulo [*licenziamento ingiustificato, inefficace e nullo*]", pues -supuesto que el artículo 18 de la Ley núm. 300 de 1970, popularmente llamada "*Statuto dei lavoratori*"», regula las consecuencias de tales despidos, ciñéndolas a la «readmisión [*reintegrazione*]"[31]- resulta que "la Ley de 20 mayo 1970, núm. 300, y sucesivas modificaciones e integraciones, se aplica a las Administraciones públicas prescindiendo del número de trabajadores"[32]. Lo mismo sucede en Alemania, donde la "Ley de Protección contra el Despido [*Kündigungsschutzgesetz*]" o, en abreviatura, KSchG de 1951[33] -que prevé la "readmisión [*Weiterbeschäftigung*]", en caso de despido "socialmente injustificado [*sozial ungerechtfertigte*]"[34]- afirma que "los preceptos de los capítulos primero [sobre "Protección general contra el Despido"] y Segundo [sobre "Protección contra el despido en el marco de la organización de la empresa y de la representación de empleados públicos"] rigen en las empresas y Administraciones de Derecho público y privado"[35]; y además, que "los preceptos del Capítulo Tercero [sobre los despidos colectivos o, según su terminología, "Despidos con deber de anuncio"] rigen para las empresas y las Administraciones de Derecho privado, así como para las empresas que sean dirigidas por una Administración pública, supuesto que persigan una finalidad económica"[36]. Y lo mismo cabe afirmar de Francia, donde su "Código del Trabajo [*Code du Travail*]" de 2008[37] confirma la parificación de trabajadores del sector público y del sector privado, en caso de "despido irregular [*li-*

[30] Sobre la "Reforma Bassanini", véase A. ARUFE VARELA: *Estudio comparativo de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2007), págs. 95 y ss.

[31] Acerca del tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA: *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, cit., págs. 201-202. La legislación italiana, en versión consolidada, resulta gratuitamente accesible en Internet, a través del portal oficial www.normattiva.it.

[32] Artículo 51, apartado 2, del Decreto Legislativo núm. 165, de 30 marzo 2001, de "normas generales sobre regulación del trabajo en las dependencias de las Administraciones públicas".

[33] Su traducción íntegra al castellano, en J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA: *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 174 y ss. Toda la legislación federal alemana puede consultarse gratuitamente, en versión consolidada, en el portal oficial http://bundesrecht.juris.de.

[34] Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN: "La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 (2007), págs. 563 y ss.

[35] Parágrafo 23, apartado 1, inciso primero.

[36] *Ibídem*, apartado 2, inciso primero.

*cenciement irregulier*]" -que da derecho al trabajador a percibir "indemnizaciones [*indemnités*]" diversas, pero no a pretender la readmisión[38]-, indicando que "las disposiciones del presente Libro [II, de la Parte Primera, sobre "El contrato de trabajo"]... son igualmente aplicables al personal de las personas públicas empleado en las condiciones del Derecho privado, a reserva de las disposiciones particulares que tengan el mismo objeto resultante del estatuto que rige este personal"[39] (en realidad, una pluralidad de "estatutos" de empresas y entes públicos, que solo suelen prever salvedades sobre despidos "por motivo económico"[40] o sobre cuestiones de Derecho colectivo del Trabajo[41]).

**9.** En fin, respecto del ordenamiento laboral yanqui, la vigencia de la tradicional regla de despido libre -existente en el sector privado de la economía, desde hace más de un siglo, con las denominaciones eufemísticas de contratación, empleo o despido "a voluntad [*at will*]"[42]- acaba de ser confirmada, precisamente a propósito del "empleo público [*public employment*]", por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Engquist v. Oregon Department of Agriculture et al.* (2008)[43]. Lo discutido en este caso fue si el principio de igualdad de trato resultaba o no aplicable a cierta trabajadora, despedida por un laboratorio del Ministerio de Agricultura del Estado federado de Oregón. Y la Corte Suprema concluyó que no lo era, afirmando: 1) que "el reconocimiento de la teoría de la protección igual… en el contexto del empleo público -esto es, la queja de que el Estado trató al trabajador de modo diferente a otros por una mala razón, o sin ninguna razón- es sencillamente contrario al concepto de empleo a voluntad [*con-*

[37] Gratuitamente manejable, en versión consolidada, en el sitio oficial www.legifrance.gouv.fr.

[38] Siguiendo la estela del viejo Código del Trabajo de 1973 (cfr. J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA: *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and North American, Labor and Social Security Law*, cit., págs. 202 y ss.).

[39] Artículo L 1211-1.

[40] Cfr. artículo L 1233-1 del Código del Trabajo.

[41] Sobre el tema, con todas sus complejidades, véase J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD y E. DOCKÈS: *Les grands arrêts du Droit du Travail*, 4ª ed., Dalloz (París, 2008), págs. 49 y ss.

[42] Véase J. MARTÍNEZ GIRÓN: *El despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Civitas (Madrid, 1988), págs. 55 y ss.

[43] Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN: "El caso *Engquist v. Oregon Department of Agriculture et al.* (2008). La última palabra de la Corte Suprema de los Estados Unidos a favor del despido libre", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. II (2010), págs. 59 y ss., con traducción íntegra al castellano del mismo.

*trary to the concept of at-will employment*]"[44]; 2) que "la Constitución no exige repudiar esa doctrina familiar [*the Constitution does not require repudiating that familiar doctrine*]"[45]; y 3) que "una decisión gubernamental de limitar la capacidad de los empresarios públicos de despedir a voluntad es un acto de gracia legislativa, no un mandato constitucional [*a goverment's decision to limit the ability of public employers to fire at will is an act of legislative grace, not constitutional mandate*]"[46].

* Trabajo realizado con la cobertura económica de las Ayudas para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del sistema gallego de I+D+I del año 2009, (Orden de la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, de 2 junio 2009 [*Diario Oficial de Galicia* de 12 junio]), referencia INCITE09ENA101006ES.

[44] Cfr. párrafo duodécimo del subapartado B del apartado II de la opinión mayoritaria, en el caso, expresada por el juez presidente ROBERTS.

[45] *Ibídem*.

[46] *Ibídem*, párrafo decimotercero.

# Alberto Arufe Varela

Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social en la Universidad de A Coruña

## LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UN ESTUDIO COMPARADO DE LOS DERECHOS ESPAÑOL Y ALEMÁN*

**SUMARIO**:

**I.** Presentación de la Legislación Federal Alemana de igualdad en sentido estricto de mujeres y hombres, y planteamiento.

**II.** Paralelismos y divergencias entre la Legislación Federal Alemana de igualdad en sentido estricto de mujeres y hombres, y nuestra Ley Orgánica 3/2007.

**III.** Los contrastes entre la legislación de los Estados Federados Alemanes y la legislación autonómica española, sobre igualdad en sentido estricto de mujeres y hombres.

### I. PRESENTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN FEDERAL ALEMANA DE IGUALDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE MUJERES Y HOMBRES, Y PLANTEAMIENTO

**1.** La legislación federal alemana de igualdad de mujeres y hombres se encuentra integrada por cuatro leyes de la Federación (en consecuencia, leyes federales, equivalentes a lo que en España serían leyes «españolas» o leyes «estatales»), todas muy recientes y de este siglo XXI, por haber sido promulgadas entre los años 2001 y 2006, y todas manejables -desde 2008- en castellano[1]. Estas cuatro leyes pueden dividirse en dos grupos, uno relativo a la «igualdad de trato» (en alemán, *Gleichbehandlung*), y otro relativo a la «igualdad» de mujeres y hombres en sentido estricto (en alemán, *Gleichstellung*). Este último grupo de dos leyes es el que nos interesa con-

[1] Constan traducidas en A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 65 y ss.

siderar ahora con algún cuidado[2], pues es el que trata de la igualdad de género precisamente en el empleo público. Las dos leyes que lo conforman son la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres en la Administración Federal y en los Tribunales de la Federación (Ley Federal de Igualdad) [*Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes (Bundesgleichstellungsgesetz)*], o, en abreviatura, BGleiG, de 30 noviembre 2001[3], cuyo contenido «se aplica a todos los empleados [*Beschäftigten*] en la Administración federal directa e indirecta, con independencia de su forma jurídica, así como en los Tribunales de la Federación»[4]; y la Ley para la Igualdad de las Soldados y los Soldados del Ejército Federal (Ley de Igualdad de las Soldados y los Soldados [*Gesetz zur Gleichstellung von Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr (Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsgesetz)*], o, en abreviatura, SGleiG, de 27 diciembre 2004[5], cuyo ámbito de aplicación se ciñe en principio «a todas las soldados y a todos los soldados»[6]. Evidentemente, la norma española de referencia a contrastar con este conjunto de dos normas alemanas es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La *causa causati* común de las normativas alemana y española -cuya *causa última* es, a su vez, el carácter transversal del principio de igualdad de mujeres y hombres, introducido en el Derecho comunitario originario por el artículo 2, apartado 3), letra e), del Tratado de Ámsterdam de 1997[7]- explica la existencia de paralelismos de carácter sustantivo entre ambas, aunque también existan diferencias, todo lo cual se analiza más abajo (cfr.

[2] Las otras dos leyes son la Ley General de Igualdad de Trato [*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*], o, en abreviatura, AGG, de 14 agosto 2006, cuya promulgación ha suscitado un excepcional interés, especialmente en la doctrina científica alemana laboralista; y la Ley sobre la Igualdad de Trato de las Soldados y los Soldados (Ley de Igualdad de Trato de las Soldados y los Soldados) [*Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten (Soldatinnen- und Soldaten- Gleichbehandlungsgesetz)*], o, en abreviatura, SoldGG, asimismo de 14 agosto 2006 (sus textos consolidados, en lengua alemana, resultan gratuita y públicamente accesibles a través de Internet, en www.bundesrecht.juris.de).

[3] Su texto consolidado, en lengua alemana, resulta gratuita y públicamente accesible a través de Internet, en www.bundesrecht.juris.de.

[4] Parágrafo 3, apartado 1, inciso primero. Téngase en cuenta que «a los efectos de esta Ley, empleado son las funcionarias [*Beamtinnen*] y los funcionarios [*Beamte*], los trabajadores intelectuales [*Angestellte*], las trabajadoras [*Arbeiterinnen*] y los trabajadores [*Arbeiter*], así como los ocupados para su formación profesional [*zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte*], además de las titulares y los titulares de puestos jurídico-públicos [*Inhaberinnen und Inhaber öffentlich-rechtlicher Ämter*], así como las juezas [*Richterinnen*] y los jueces [*Richter*]» (parágrafo 4, apartado 1).

[5] Su texto consolidado, en lengua alemana, resulta gratuita y públicamente accesible a través de Internet, en .www.bundesrecht.juris.de

[6] Parágrafo 3, apartado 1.

*infra*, II). Este análisis comparatista resultaría incompleto, si es que se prescinde del examen de la legislación «regional» sobre el tema, existente tanto en España como en Alemania. De esto último se trata, asimismo, más abajo (cfr. *infra*, III).

## II. PARALELISMOS Y DIVERGENCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN FEDERAL ALEMANA DE IGUALDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE MUJERES Y HOMBRES, Y NUESTRA LEY ORGÁNICA 3/2007

**2.** Un primer paralelismo claro entre las normativas alemana y española recién citadas existe en lo que la legislación alemana llama -sin tapujos- «cuotas» (por ejemplo, «la Cámara Baja alemana decide acerca de si es necesaria una modificación de las cuotas [*Quoten*] fijadas… para la promoción de la igualdad»)[8]. Se trata de porciones existentes solo en el sector público -lo mismo ocurre a día de hoy en España-, aunque con una diferencia trascendental entre ambos países, dado que: 1) en el sector público alemán rige el principio de la paridad estricta -o, si se quiere, pura y dura- entre mujeres y hombres[9]; y 2) en España, en cambio, rige en el sector público el régimen que puede llamarse de equilibrio relativo entre ambos sexos[10]. Este paralelismo entre ambas legislaciones -que no cabe, obviamente, calificar de simétrico- se refleja en aspectos organizativos, pues -frente a las cuatro

[7] Véase C. SÁEZ LARA, «Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho social comunitario», en el volumen *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2005), págs. 366 y ss.; también, Mª.A. CASTRO ARGÜELLES y D. ÁLVAREZ ALONSO, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson-Civitas (Cizur Menor, 2007), pág. 37. Sobre «la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Pekín, septiembre de 1995)», en cuanto que detonante del tema, véase A. MONTOYA MELGAR, «Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 129 (2006), pág. 23. Sobre lo que denomina «cuestiones transversales» en la propia Ley Orgánica 3/2007, véase J. CABEZA PEREIRO, «Prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo», *Temas Laborales*, núm. 91 (2007), págs. 160 y ss. En fin, considerando que con el principio en cuestión la mujer puede «pasar de ser "el objeto" a ser el "sujeto"», véase C. ORTIZ LALLANA, «Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 47 (2003), pág. 100.

[8] Parágrafo 4, apartado 5, inciso tercero, de la Ley de Igualdad de las Soldados y los Soldados de 2004. El tema de las «cuotas» venía siendo debatido desde antiguo en la doctrina científica alemana. Al respecto, veáse H.M. PFARR, *Quoten und Grundgesetz. Notwendigkeit und Verfassungsmä igkeit von Frauenförderung*, Nomos (Baden-Baden, 1988), págs. 15 y ss.

[9] Al respecto, la Ley de igualdad de las funcionarias y los funcionarios de 2001, con carácter general, afirma que «hay que considerar subrepresentadas [*unterrepräsentiert*] a las mujeres, cuando la parte de mujeres entre los empleados en los ámbitos concretos a que se refiere el apartado 3, están respectivamente por debajo del 50 por ciento [*unter 50 Prozent*]» (parágrafo 4, apartado 6).

normas pastorales contenidas en los artículos 24.2.d), 51.d) y 53, párrafos primero y segundo («la promoción de la presencia equilibrada», «promover la presencia equilibrada», «responderán al principio de presencia equilibrada»), de nuestra Ley Orgánica 3/2007- aquí contrasta y canta el parágrafo 7, apartado 3, de la Ley alemana de igualdad de las funcionarias y los funcionarios de 2001, a cuyo tenor «las comisiones de selección deben [*sollen*] estar compuestas a partes iguales [*zu gleichen Teilen*] por mujeres y hombres»[11].

**3.** En materia de planes de igualdad, también cabe hablar de paralelismo entre las normativas alemana y española, supuesto que ambas regulan el tema. En España, como se sabe, la regulación en cuestión aparece contenida fundamentalmente en tres sedes de la Ley Orgánica 3/2007[12], mientras que en Alemania aparece contenida, de un lado, en el parágrafo 11 (rotulado «Plan de igualdad» [*Gleichstellungsplan*]) de la Ley de igualdad de las funcionarias y los funcionarios de 2001, y de otro lado, en el parágrafo 11 (rotulado del mismo modo), de la Ley de Igualdad de las Soldados y los Soldados de 2004. Se trata, sin embargo, de un paralelismo de nuevo clamorosamente asimétrico, fundamentalmente por causa de la forma de elaboración del plan en cuestión, dado que en España la regulación de los planes de igualdad contenida en la Ley Orgánica 3/2007 resulta desvaída, al remitirse todo al albur de lo que puedan negociar los interlocutores de ambas partes, tanto en el sector público (literalmente, «el Plan será objeto de negociación»)[13] como en el sector privado (literalmente, se habla de «un plan de igualdad… que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral»)[14]; mientras que en Ale-

[10] Supuesto —según nuestra Ley Orgánica 3/2007— que «a los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento» (Disposición adicional primera). Con carácter general, véase A. MONTOYA MELGAR (Director) y Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA (Coordinadora), *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson-Civitas (Cizur Menor, 2007), pág. 277 y ss.

[11] Inciso primero.

[12] Más en concreto, en el Capítulo III de su Título IV (rotulado «Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad»), artículos 45 a 49; en su artículo 64 (rotulado «Plan de Igualdad en la Administración General de Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella»), y por último, en su disposición final quinta (rotulada «Planes de igualdad y negociación colectiva»). Sobre el tema, véase T. PÉREZ DEL RÍO, «La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007. Los Planes de Igualdad en las empresas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra sobre «Igualdad efectiva de mujeres y hombres» (2007), págs. 261 y ss.

[13] Artículo 64, inciso tercero.

mania, en cambio, resulta que su contenido se impone por la superioridad, afirmándose al respecto -supuesto que «el plan de igualdad es un instrumento esencial de la planificación de personal [*ein wesentliches Instrument der Personalplanung*], en especial del desarrollo del personal, y para la igualdad de mujeres y hombres»[15]- que «su realización es obligación especial de la administración de personal, así como de cada encargada de tareas y de cada encargado de tareas con funciones de superioridad y de dirección»[16]. Por lo demás, también resulta asimétrico el paralelismo en atención a los sectores económicos en que debe existir dicho tipo de planes, dado que en España -como acaba de decirse- debe darse tanto en el sector público como en el sector privado de la economía; mientras que en Alemania, por el contrario, esta institución es preceptiva solo en el sector público.

**4.** Centrándonos ahora en las diferencias, un aspecto evidentemente carente de toda regulación en nuestra Ley Orgánica 3/2007 es la figura puntillosamente regulada en el Capítulo 4 (rotulado «Responsable de igualdad [*Gleichstellungsbeauftragte*]») de la Ley alemana de igualdad de las funcionarias y los funcionarios de 2001, cuyo ámbito de aplicación queda ceñido -recuérdese- solo al empleo público federal[17]. De acuerdo con esta norma, la regla general en Alemania es que «en todo servicio administrativo con, como regla, al menos 100 empleados, hay que nombrar por el sector de las empleadas femeninas una responsable de igualdad, tras elección secreta por las empleadas femeninas del servicio»[18], teniendo en cuenta que «la responsable de igualdad es nombrada, en principio, para cuatro años, con la posibilidad de reelección»[19]. Con terminología española, se trata de una representante legal o unitaria de solo las empleadas femeninas, cuya representación no se confunde con otras que puedan corresponder a dichas empleadas, dado que «la responsable de igualdad y su suplente no pueden formar parte de ninguna representación de personal, y solo puede ser ocupada con asuntos de personal en su calidad de responsable de igualdad»[20].

[14] Artículo 45.2. Con carácter general, véase F. CAVAS MARTÍNEZ y C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, «Elaboración y aplicación de los planes de igualdad», en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS y A.V. SEMPERE NAVARRO (codirectores), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor, 2008), págs. 321 y ss.

[15] Parágrafo 11, apartado 1, inciso primero.

[16] *Ibidem*, inciso segundo.

[17] La figura también se encuentra regulada en la Ley de Igualdad de las Soldados y los Soldados de 2004 (más en concreto en su Capítulo 4, rotulado «Responsable de igualdad [*Gleichstellungsbeauftragte*]»).

[18] Parágrafo 16, apartado 1, inciso primero.

[19] Parágrafo 16, apartado 2, inciso primero.

Lo evidencian sus funciones -propias de la generalidad de representaciones legales o unitarias-, reconducibles en lo esencial a la afirmación legal de que «la responsable de igualdad tiene la función de promover y vigilar el cumplimiento de esta Ley, así como de la Ley General de Igualdad de Trato en cuanto a la protección ante los perjuicios por causa de sexo y de acoso sexual, en el servicio administrativo»[21]. Y también lo evidencia, sobre todo, lo que el parágrafo 18 de esta Ley federal alemana denomina su «posición jurídica [*Rechtsstellung*]», que es un precepto muy denso, cuyo contenido evoca -al menos para un laboralista- el conjunto de «garantías» reguladas en el artículo 68 de nuestro Estatuto de los Trabajadores, a propósito de la representación unitaria del personal.

## V. LOS CONTRASTES ENTRE LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS FEDERADOS ALEMANES Y LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA ESPAÑOLA, SOBRE IGUALDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE MUJERES Y HOMBRES

**5.** Como se sabe, Alemania es un Estado federal -según su Constitución Federal o Ley Fundamental (*Grundgesetz*), «La República Federal de Alemania es un Estado federal [*Bundesstaat*] social y democrático»[22]-, compuesto por dieciséis Estados federados (o «*Bundesländer*»), expresamente mencionados en el Preámbulo de dicha Constitución (por su orden alfabético en alemán, «Baden-Württemberg, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sarre, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein y Turingia»)[23]. Y, lógicamente, sus respectivos Gobiernos y Parlamentos, al igual que el Gobierno y el Parlamento federales, también están comprometidos en la realización efectiva del principio de igualdad de mujeres y hombres en sus respectivos territorios, que pueden ser incluso minúsculos, como en el caso de las ciudades-Estado de Berlín, Bremen y Hamburgo. Ahora bien, sobre la base de que la Federación alemana ha hecho uso por Ley de toda su competencia legislativa en materia de «igualdad de trato», es claro que el espacio reservado a los Estados federados para legislar sobre el tema se reconduce necesariamente a la igualdad de mujeres y hombres en sus respectivos empleos públicos. Al respecto, todos y cada uno de los dieciséis Estados federados alemanes poseen sus propias leyes específicas sobre dicho tema -localizables todas, en Inter-

[20] Parágrafo 16, apartado 5.

[21] Parágrafo 19, apartado 1, inciso primero.

[22] Artículo 20, apartado 1.

[23] Párrafo segundo.

net, a través de la utilísima página web www.hjordan.de[24]-, cortadas siempre por un mismo patrón, reconducible a su aplicación única y exclusivamente a sus respectivos empleos públicos, a su previsión de que existan en dichos empleos planes de igualdad unilateralmente elaborados por las Administraciones públicas correspondientes y, por último -al igual que sucede en el empleo público federal-, a la existencia de mujeres responsables de igualdad, con el estatus propio de una representante legal o unitaria de sus representadas[25].

**6.** En España -de acuerdo con los datos obrantes en la modélica, desde un punto de vista jurídico, página web del Instituto Catalán de las Mujeres (*Institut Català de les Dones*), dependiente del Departamento de Acción Social y Ciudadanía de la Generalidad de Cataluña[26]-, entre los años 2001 y 2006, siete Comunidades Autónomas (Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco) se dotaron de sus propias Leyes autonómicas para la realización del principio de igualdad de mujeres y hombres. Desde un punto de vista jurídico, resultaría pueril soslayar el impacto que sobre esta legislación autonómica ha acabado produciendo nuestra Ley Orgánica 3/2007, sobre la base de su disposición final primera (rotulada «Fundamento constitucional»). Ahora bien, no se trata solo de que nuestra Ley Orgánica 3/2007 haya impactado sobre las leyes autonómicas de igualdad de mujeres y hombres anteriores a su promulgación, sino también de que otras leyes autonómicas posteriores a 23 marzo 2007 han acabado chocando contra ella[27]. Estas leyes autonómicas posteriores han sido dos[28]. Pero su impacto contra la Ley Orgánica 3/2007 se analizará solo, creemos que con efectos multiplicadores, en relación con una de ellas -la primera en el tiempo de las dos[29]-, que es la Ley del Parlamento de Galicia 2/2007 de 28 marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia[30].

[24] A través del vínculo «Gleichstellungsgesetze der Länder und des Bundes».

[25] Más detalles, en A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, cit., págs. 28 y ss.

[26] Ubicada en www.gencat.cat/icdona.

[27] Véase A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, cit., págs. 54 y ss.

[28] Descontamos la Ley de las Cortes de Castilla y León 7/2007, de 22 octubre, de modificación de la Ley 1/2003, de 3 marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de Castilla y León, supuesto que su artículo único trata de la eventual personación de la Administración autonómica «en los procedimientos penales sobre violencia contra las mujeres».

**7.** Ante todo, porque se caen por su base los artículos 3 y 4 de la Ley gallega en cuestión -que constituyen, además, el grueso del contenido del Capítulo I del Título I de la misma, pues los otros dos preceptos integrantes de este Capítulo tienen una naturaleza meramente pastoral[31]-, al amparo de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que considera flagrantemente inconstitucionales las disposiciones normativas autonómicas que se limitan a repetir, reproducir o copiar la legislación estatal («*leges repetitae*»)[32], visto -por ejemplo- que dicho artículo 3 se limita a redefinir, y con un buen montón de palabras, la «discriminación directa», la «discriminación indirecta», el «acoso» y el «acoso sexual». A continuación, por causa de la inconstitucionalidad del Capítulo I (rotulado «Los planes de igualdad de las empresas») del Título II de la Ley gallega que resulta asimismo flagrante en su parte más esencial, que es la relativa a la «voluntariedad y obligatoriedad de los planes de igualdad»[33], dada la absoluta imposibilidad de conciliar esta regulación autonómica con la contenida en el artículo 45 de nuestra Ley Orgánica 3/2007[34]. En fin, supuesto que la legislación de prevención de riesgos laborales es legislación laboral -y por tanto, de competencia exclusiva del Estado-, porque también resulta flagrante la inconstitucionalidad de la disposición adicional quinta de la Ley gallega (rotulada «Publicación autonómica de los anexos de la Directiva 92/85/CEE, del Con-

[29] Las otra norma es la Ley del Parlamento de Andalucía 12/2007, de 26 noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

[30] A propósito de esta norma, desde una perspectiva comparatista, véase J. PALMOU LORENZO, «Preámbulos, exposiciones de motivos y declaraciones de política legislativa en las Leyes. A propósito del Preámbulo, con vocación universalista, de la Ley gallega 2/2007, de 28 marzo, de trabajo en igualdad de la mujeres de Galicia [*Preambles, statements of grounds and declarations of legal policy in the Laws. Around the Preamble, with universal vocation, of the Galician Act 2/2007, of March 28th, about the work in equality of Galician women*], *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo-ACDCT*, vol. II (2010), págs. 95 y ss.

[31] Estos otros dos preceptos son sus artículos 5 y 6.

[32] El precedente jurisprudencial sobre este tema es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 35/1982, de 14 junio (*Boletín Oficial del Estado* de 28 junio 1982). Véase, además, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 341/2005, de 21 diciembre (*Boletín Oficial del Estado* de 20 enero 2006), fundamento jurídico 10, párrafo decimotercero.

[33] Artículo 11.

[34] En efecto, según la Ley estatal, el plan en cuestión resulta obligatorio en las «empresas de más de 250 trabajadores» (artículo 45.2), en todo caso, y además, «cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable» (artículo 45.3). Pero resulta, según la Ley gallega, que dichos planes solo son obligatorios para las empresas del sector público gallego y, además, «también… en los términos pactados cuando se establezca en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa con respecto a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación o en un convenio de empresa de cualquier ámbito» (artículo 11.2), de manera que una empresa radicada en Galicia que tuviese 250 ó más trabajadores no tendría obligación de negociar con los representantes de los mismos ningún plan de igualdad, puesto que -siempre

sejo, de 19 de octubre de 1992»), al tratarse de un precepto que no pretende meramente transponer para Galicia una Directiva comunitaria, sino más bien enmendar -siempre para Galicia- la falta de exhaustividad de la Directiva comunitaria en cuestión[35].

* Trabajo realizado con la cobertura económica de las «Ayudas para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del sistema gallego de I+D+I del año 2009» (Orden de la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, de 2 junio 2009 [*Diario Oficial de Galicia* de 12 junio]), referencia INCITE09ENA101006ES.

según la Ley gallega- estos planes, excluidas las dos excepciones gallegas citadas, «son voluntarios para las demás empresas» (artículo 11.3). Por supuesto, recuérdese -según la antes citada disposición final primera de la Ley Orgánica 3/2007- que «los preceptos contenidos en el Título IV [esto es, del artículo 45 al 50]… constituyen legislación laboral de aplicación en todo el Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.7ª de la Constitución» (apartado 3).

[35] Más detalles, en A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, cit., pág. 56.

# Adolfo Serrano de Triana

Letrado de la Seguridad Social, Castedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de lo Contencioso-administrativo

## UNA ADMINISTRACION PÚBLICA PARA UNA INTERVENCIÓN SOCIAL DEL SIGLO XXI

No encuentro otro camino de acercamiento a la complejísima problemática de la Seguridad Social que reexaminar brevemente, a la luz de los acontecimientos recientes, si los parámetros con los que estamos acostumbrados a trabajar y la dogmática elaborada en esta materia pueden ser o no ser mantenidos en la actualidad. Si hacemos un repaso breve de lo que ya sabemos, las consecuencias serán más fáciles de comprender. Me parece útil proponer el estado de la cuestión en los siguientes elementos de reflexión:

*Primero: la Seguridad Social es un servicio público.* Lo que ha de parecer obvio para muchos no lo ha sido así en la historia del sistema de la acción protectora. Sin remontarnos a lo que el derecho comparado nos ha suministrado en otros países a lo largo de la evolución de las instituciones en el siglo XX, -especialmente las aportaciones británica y germánica en materia de prevención de los riesgos sociales, y de la evolución del concepto de bienestar social, que suele referirse tempranamente a las reformas de Bismarck-, podríamos comprender la trayectoria señalando que se ha ido construyendo trabajosamente un entramado de normas, de aportaciones y de generación de recursos financieros, de forma que, lo que en un primer momento se mostraba como conjunto de seguros dispersos o sistemas de previsión individualizados, se ha ido desplegando en torno a un concepto administrativo de servicio público. En esta evolución no puede prescindirse de la lucha sindicalista ni del pensamiento socialista en sus distintas orientaciones en los primeros momentos en que se emprendió la reflexión sobre el alcance de la cuestión obrera ni de la función del proletariado en la nación moderna en la que tanto abundó MARX. Tampoco sobre la incidencia

del pensamiento "realista"-para otros, "materialista"-, en la génesis del concepto jurídico angular que terminó recibiendo esta evolución: el servicio público; pero en el siglo XX, y por lo referente a España, es particularmente clara la evolución desde los primeros tímidos intentos de formulación de los años 50, que se recogieron en la ley de bases 193/1963.

La Seguridad Social fue así una construcción dogmática, extraída desde la tierra de nadie del ordenamiento iusprivatista (o del ámbito de las relaciones jurídicas en las que quienes tenían recursos económicos podían pagarse sus propios sistemas de previsión), hacia el mundo de la intervención administrativa. Ya en este nivel de evolución el Estado asumía por si, por razones de política social, la "cuestión obrera" junto con la regulación decidida de todas las instituciones de lo que después se denominó el sistema de la acción protectora con fundamento en la previsión colectiva. Vencidas las fuertes resistencias de algunos sectores doctrinales a aceptar que estábamos asistiendo a la génesis de un servicio público, si bien de naturaleza compleja, y no ante una amalgama de sistemas privados de mutualismo concebido al modo del contrato de seguro y otras figuras análogas del Código civil, o del Código de comercio, se pudo así justificar la intervención administrativa en la actividad de los seguros sociales, pero restaba por superar aún también el encaje del servicio público dentro de la concepción autoritaria del Estado.

*Segundo: la concepción autoritaria del Estado*: aceptar que el entramado jurídico y financiero de la Seguridad Social podía tener un peso cualitativo dentro de los presupuestos generales del Estado no es cosa fácil de comprender en los años 70. Aquella generación de juristas luchaba denodadamente por hablar de las características particulares de las Entidades gestoras de la Seguridad Social en España. También en esto nos movíamos en una tierra de nadie, una tierra donde las instituciones de la Seguridad Social eran no extranjeras, sino apátridas, como apátrida era el Instituto Nacional de Previsión creado, sin embargo mucho, antes que otras posteriores instituciones del Estado, por su ley fundacional de 27 de febrero de 1908. En esta consideración de que las instituciones de la Seguridad Social podían ser tratadas a modo de instituciones menesterosas de la Administración estatal organizada, jerárquica, y dotada de privilegios jurídicos de posición frente a los particulares, se vio la necesidad de articular su gestión a través de instituciones de derecho público tuteladas por la Administración central del Estado. Pocos recordarán que el Real Decreto Ley 36/1978 de reforma institucional de la gestión de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo de 16 de noviembre, sin perjuicio de los defectos de su formulación, transformaba las instituciones, creaba nuevas entidades gestoras, y dejaba establecido legalmente un servicio común, servicio común de la Tesorería General de la Seguridad Social, así como extinguía otros organismos diver-

sos en la materia. La norma gubernativa decía entonces corregir este déficit de administrativización del sistema, refiriéndolo, no a sus relaciones jurídicas sustantivas, única problemática que verdaderamente hubiera podido tener trascendencia real para los ciudadanos, sino a sus administraciones públicas gestoras.A ese momento debemos la incorporación de las figuras mutualistas al esquema fundacional del Instituto Nacional de Previsión extinguido, con su posterior generación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y la separación del Instituto Nacional de la Salud, salvando lo que debía ser la caja única del sistema la Tesorería General y los que serían después mantenidos con más o menos brevedad en el tiempo el Instituto Nacional de los Servicios Sociales y el Instituto Social de la Marina

Vista con posterioridad la evolución de aquella reforma estructural, que fue acompañada por sucesivas reformas de la ley General de Seguridad Social, -la cual ya antes había sido, a su vez reformada por el Texto articulado y Refundido, Decreto de 30 de mayo de 1974-, y contemplada lo que después fue la reforma introducida en 1994 y normativa posteriores, resulta que estamos ante una decidida publificación del sistema, en razón de dos pautas de comportamiento: una, la centralización de los recursos financieros, otra, la extensión o universalización paulatina de lo que sería el sistema de prestaciones públicas en las que consistía la Seguridad Social. Sin perjuicio de decir que la sanidad, o la salud como desde entonces se llamó, aunque no quedaba desconectada del sistema de la acción protectora, exigía su propio sistema nacional de salud, con su específica financiación, sistema que fue articulado por la posterior ley General de Sanidad 14/1986. En suma pues, hemos obtenido con esta descripción del proceso una "publicatio" de la materia, intensiva, gradual y creciente.

La primera consecuencia significativa de todo esto en términos globales es que la Administración de la Seguridad Social se erigía así como una administración pública “qua talis”, si bien tutelada por el Estado, formando parte de de la Administración matriz, quizá con más importancia material que el propio departamento ministerial que le servía de enlace con el Gobierno y de tutela, el Ministerio de Trabajo, designado posteriormente de distintos modos y maneras.

La segunda consecuencia fue la adopción por la Seguridad Social de los propios privilegios administrativos que forman parte del comportamiento de las Administraciones públicas: la presunción de ejecutividad de sus decisiones, el traslado de la carga probatoria a las reclamaciones o las impugnaciones que se hacen por los beneficiarios del sistema, la fijación normativa del sistema de cotizaciones y del tope de las prestaciones que el Estado puede devolver, la profusa regulación normativa, no solo legal retocada anualmente en las leyes de presupuestos generales del Estado, a través de las “leyes-contenedores”, fiscales, administrativas y del orden social, sino también regla-

mentaria, en materia de compatibilidad de pensiones, revalorización, cotización, recaudación, recursos financieros, contabilidad del sistema, régimen de afiliación, inscripción de empresas, y otras muchas y muchas normas que solamente enumerarlas producen fatiga al observador.

Además dichas regulaciones debían ser conectadas con la legislación laboral, matriz conjunta generatriz de la legislación administrativa de la Seguridad Social; pero esto no muestra más que la intervención del Estado se expresa con toda la predominancia de su autoridad dentro de la administración de la Seguridad Social que ya no es una administración estructurada por entidades privadas con alguna suerte de fiscalización o tutela de las Administraciones públicas, sino ella misma un conjunto de Administraciones públicas dotadas de las prerrogativas o de las exorbitantes jurídicas que el derecho administrativo otorga en nuestro país no solo a las personificaciones jurídicas en cuanto tales, sino también a las relaciones jurídicas sustantivas con los particulares que en su seno se producen masivamente.

*Tercero: el sistema de la Seguridad Social español obtuvo su maduración administrativa en manos del Estado, como institución del "Bienestar Social"*. Ello ocurre, paradójicamente, justo en el momento en que el Estado se fragmenta, como diría W. JELLINEK en comunidades autónomas con sus pretensiones, casi-soberanas, -cuando no descaradamente soberanas-, de intervenir en el sistema de la acción protectora, incluso exigiendo para sí en muchas ocasiones la gestión, cuando no la misma titularidad de la caja única, o tesorería única del sistema de la Seguridad Social, así como la posibilidad de definir el nivel de cotizaciones y prestaciones territoriales . Se trata, pues, de un proceso diacrónico: mientras que, por un lado, el Estado, responsable de la definición o de la regulación de la Seguridad Social como servicio público complejo con tendencia a la universalidad remataba la maduración de estas instituciones, haciendo de este servicio el paradigma de su cualidad de "bienestar social", surgían al propio tiempo fragmentos de Estado o soberanías provincianas , expresión que en este caso tomo de A. TONYBEE, que reclaman un culto de latría incesante; estas instituciones reclamaban para sí, en el marco de las competencias estatutarias respectivas, una intervención con distinto gradualismo e intensidad no solo en la titularidad o gestión de los recursos del sistema, sino en la propia regulación del mismo.

De antemano tenemos que decir que se trata de dos corrientes de sentido encontrado, en ocasiones muy enconadas, una vertida hacia la centralización y universalización del sistema, con fundamento en el principio de solidaridad financiera: la otra en la dispersión o particularización de cotizaciones o prestaciones con fundamento en la riqueza generada en cada territorio particular España para que dicha riqueza generada revierta al territorio que la originó.

*Cuarto: la cuestión territorial España sigue hasta el presente sin estar correctamente ni articulada ni resuelta y repercute en el sistema de la Seguridad Social*. No puede esperarse que la Seguridad Social como servicio público complejo no resulte afectada por esta cuestión fundamental y sustantiva. El, para unos, atormentado título VIII de la Constitución española, para otros, original y peculiar construcción hispana señera en la teoría del derecho constitucional, ha sido objeto de todo tipo de interpretaciones, relecturas, y en ocasiones derogaciones no evidentes, pero sí efectivas, a través de aquellas interpretaciones interesadas, correctivas, o excesivas, hasta el momento con un solo denominador común: en favor siempre de la fragmentación de poderes y competencias del Estado siguiendo la fragmentación territorial autonómica que es su soporte. Visto objetivamente, se trata de un proceso de liquidación descendente de la personificación política estatal donde no cabe esperar un retorno a una reconsideración, o una rectificación de los desajustes aducidos en la transferencia de bienes servicios y competencias[1]. No es este el momento de extendernos sobre el particular cuando el Tribunal Constitucional ha resuelto ya sobre el alcance del Estatuto de Cataluña. Con esto vemos un ejemplo de los efectos diferidos en el tiempo del pacto constitucional de 1978. La conflictividad autonómica, lejos de disminuir, se acrecienta. Pero sí podemos hacer notar que los territorios no son en sí ni menos importantes ni más importantes que el territorio general de una nación. Lo que resulta importante son sus habitantes porque, como decía J. ROUSSEAU, quien tiene el territorio tiene en sí a los ciudadanos.

Si el sistema de la acción protectora tiene que construirse sobre parámetros de gran amplitud de población para resultar solvente y garantizar unas prestaciones adecuadas, no solo económicas sino también de otra índole, no podemos perder de vista, decimos, que la solidaridad financiera adecuada se construye sobre la solidaridad de una nación. Esto concierne también a la protección de la salud, art. 39 de la norma fundamental: no hay que olvidar que la salud o la sanidad son actividades que siempre han venido conectadas al sistema de la acción protectora, sin que nos deba despistar el hecho de que la financiación del mismo pueda producirse a través de los presupuestos generales del Estado o del traspaso de los fondos correspondientes a las distintas Comunidades autónomas, o financiados en su caso con recursos o tributos cedidos o tributos propios, pues se trata de una separación de contabilidad nacional, no de economía real de las rela-

[1] Dejando al margen, por excepcionales, las tesis actuales de la Presidencia autónomica de la Junta de Extremadura que aboga por la devolución de poderes a a la Administración del Estado en ciertas materias, entre ellas, la Sanidad.

ciones productivas españolas. Por ser extraña aquella afirmación tan categórica acerca de la solidaridad hay que recordar que proviene de quien pasa por ser fundador de la doctrina al servicio público, L. DUGUIT el cual ya decía, para un momento anterior al surgimiento de los nacionalismos en los estados unitarios, que la Nación, con mayúscula, es el espacio privilegiado para fundamentar la solidaridad social. Sin nación no hay solidaridad social, por lo menos con el alcance que estábamos acostumbrados a esperar respecto de la evolución de las instituciones españolas. Tampoco vamos a hacer un largo discurso de por qué el número de habitantes, (y lo que es más importante, la densidad de los vínculos de cooperación social), son indispensables para que el entramado jurídico y financiero del sistema de la acción protectora pueda mantenerse en un territorio determinado pues es algo que desde las teorías positivistas de A. COMTE y del esquema analítico y social propuesto por E. DURJHEIM es conocido sobradamente.

*Quinto, la fragmentación del Poder central no atenúa, sino que agrava los pasivos del sistema.* Si puede concluirse, de acuerdo con el apartado anterior, que la cuestión territorial España no está resuelta adecuadamente, porque no lo está la cuestión política que sigue desdichadamente abierta y que tiene una trascendencia evidente en la configuración del sistema de la acción protectora, no por ello podríamos decir tampoco que la abundancia de nuevos comensales autonómicos en la mesa común de la Seguridad Social, prometa resultados de mayor gestión democrática o de atenuación de las disfunciones que pueden evidenciarse en un sistema autoritario de gestión. Esta afirmación se basa en la observación del comportamiento de las distintas Administraciones públicas autonómicas. Como ya tuve ocasión de decir en algún otro momento, la intervención administrativa del siglo XXI no parece se haya desprendido de las prerrogativas históricas que están en el origen de su nacimiento[2]. Todos los privilegios jurídicos de posición que la Administración del Estado ha requerido para sí, como persona dotada de prerrogativa, de potestad dominante, de "maiestas", en fin en suma, de pujanza, (pues todos estos sentidos pueden adivinarse en la expresión original de la "puissance administrative"), privilegios que vienen ligados a su carácter absolutista, recaen ahora sorprendentemente, sobre las nuevas administraciones autonómicas descentralizadas, y nacidas al calor de la constitución de 1978, y su "original" título VIII. Si antes el ciudadano, y el beneficiario del sistema de la acción protectora de la Seguridad Social, tenía que entenderse con una sola administración poderosa en el diálogo de sus prestaciones sociales (si es que pudiera llamarse diálogo a este tipo de re-

[2] "Hacia una Administración con mejores títulos de intervención". *Libro Homenaje a Jordana de Pozas*. Ed. Complutense, Madrid 1999.

lación jurídica pública subjetiva obviando el carácter autoritario del entramado normativo), ahora tenemos que el beneficiario tendrá que entenderse con varios personajes poderosos; por el momento cabría pensar que, en lo sustancial, el principio de igualdad de las prestaciones públicas del sistema, garantizaría el mismo tratamiento en cada punto del territorio nacional, artículos 14, 138, 139 de la Constitución[3] (falta el texto de la nota 3).

Como discurro ante lectores expertos, no tengo que recordar las continuas interpretaciones correctivas al principio de igualdad que se han hecho a lo largo de estos años en beneficio de aquella fragmentación de las potestades del Estado, postergando la expectativa de ser tratados indistintamente los ciudadanos en cada punto del territorio español. Interpretación sobre la igualdad a la cual no puede ser tampoco ajena en algunas ocasiones, la doctrina del Tribunal Constitucional. Veamos por qué: el termino odioso de comparación, el denominado "*tertium comparationis*", se nos dice en ocasiones, no puede predicarse en orden demostrar el tratamiento desigualitario cuando existe un ordenamiento jurídico distinto en cada parte del territorio nacional que contemple algunas de las materias que han sido transferidas por cualquier medio a las Administraciones autonómicas, ya que nada podría ser susceptible de comparación por el hecho de haber introducido el mismo ordenamiento jurídico tal discriminación que, por este mismo hecho, estaría legalmente justificada. Esta tesis, tautológica donde las haya, constituye sin embargo el bastión donde se hace fuerte la atenuación de la igualación social. Trabaja además sobre una confusión inicial de planos: el ser de la igualdad, con el deber ser de la igualdad predicada. Aplicadas aquellas consecuencias doctrinales a las prestaciones de la Seguridad Social, o a las prestaciones por desempleo, o a las sanitarias, por ejemplo, nos llevaría a considerar que, siendo español en distintas partes del territorio nacional, se puede contar, con alta probabilidad, en obtener diversos resultados cuando se pretende obtener unas u otras prestaciones del sistema. Por ahora podemos prescindir de lo que está transferido o de lo que no está transferido ya que nos estamos refiriendo a un proceso dinámico de fragmentación jurídica antes que a una situación estabilizada. La pereza mental del intérprete jurídico que suele aplicar aquellos razonamientos -por otra parte enjundiosos en cuanto a su extensión argumentativa-, es algo que no se puede comprender fácilmente, fuera de la desatención hacia aquella exhortación expresada por el kantiano apotegma "atrévete a pensar"; porque lo que hay que

[3]

pensar jurídicamente es si puede ser admisible la existencia de distintos ordenamientos territoriales que alteren las condiciones generales establecidas para todos los españoles en cualquier punto del territorio y respetar, al propio tiempo, la "ratio legis" del principio o derecho de igualdad. Pero como hemos dicho, para eso hay que tener claro en qué consiste exactamente la idea de territorio, la idea de nación y el valor jurídico de la solidaridad, por cierto, recogido en el art. 138 de la norma constitucional que, en nuestra materia, también parece amenazado de fragmentación creciente, es decir, de insolidaridad creciente. También resulta indispensable para una tarea clarificadora no confundir el plano del ser con el deber ser en la aplicación del principio de igualdad constitucional cosa que no parece que algunos operadores jurídicos estén dispuestos a hacer.

Sea cual sea el concepto de nación y de las consecuencias del vapuleado, en tantas ocasiones, principio constitucional de igualdad, lo cierto es que la proliferación de privilegios autonómicos supone una atenuación de la posición fundamental del ciudadano frente a los poderes públicos y de la posibilidad de obtener la declaración de responsabilidad que a ellos les está atribuida por el artículo 9 de la norma fundamental. En particular, respecto de la Seguridad Social significa que la posición de dominancia de la Administración de la Seguridad Social respecto de los ciudadanos ha pasado de manos estatales, por sí o por las entidades gestoras, o podría pasar, en otros casos, a las Administraciones autonómicas. No existe, pues, incremento de la democratización alguna en la gestión del sistema, más bien todo lo contrario: una aparición de numerosos personajes públicos revestidos de formas autoritarias de gestión en las relaciones con los beneficiarios del sistema de la acción protectora. Dejo al margen los valiosos precedentes de la participación de los interesados en el sistema de gestión de la Seguridad Social a través de los antiguos Consejos de participación (RD 3064/1978), o través de las comisiones permanentes de negociación, o de los sistemas institucionales que han propiciado pactos como el de Toledo, pues de su virtualidad se habla a continuación.

*Sexto: la devaluación del pacto*: los procedimientos paccionados en la asignación de recursos, su Administración, su reparto, y en la gestión del sistema de la acción protectora, entre los cuales cabe recordar el Pacto de Toledo, así como los instrumentos de negociación colectiva sindical, son indudablemente un correctivo, o pueden suponerlo, contra la tendencia a la centrifugación y autoritarismo del sistema. La experiencia jurídica española ha demostrado que son instrumentos de larga o laboriosa creación, pero de una extraordinaria facilidad para ser o desatendidos o liquidados fundamentalmente por intervenciones puntuales de la Administración autoritaria. Recientemente, hemos contemplado una de estas causas, de esta enfermedad política: la aparición del Real Decreto Ley 8/2010 sobre me-

didas extraordinarias para la reducción del déficit público, que se presenta el mismo como pórtico de ulteriores intervenciones, a la cual ha sucedido otro Real Decreto Ley 10/2010 en materia de reforma o felxibilización del mercado laboral. Dado que aquel primer Real Decreto Ley equivale a una más que mega-ley , o norma recipiente sobre normas de diversas medidas fiscales, administrativas, y del orden social, no vamos a entrar en su dilatado alcance y heterogéneo contenido, sorprendente por su dispersión y su carácter repentino, aspectos sobre los que la doctrina del derecho administrativo ha sido abundante, reiterada, y persistente, en denostar la quiebra del principio constitucional de seguridad jurídica que este tipo de comportamientos gubernativos expresan.

Tampoco vamos a entrar en la espinosa cuestión de si, por primera vez en la historia de las instituciones jurídicas en España, como se dice, se han podido, no congelar, sino detraer retribuciones, o congelar pensiones (retribuciones activas y retribuciones pasivas que están relacionadas, en ciertos sectores de la población protegida por los sistemas de la Seguridad Social de los funcionarios públicos y personal asimilado) y si eso se ha hecho con carácter retroactivo. Ello merecería una reflexión aparte acerca de los límites del poder gubernativo cuando no son expresamente impuestos por la doctrina constitucional, sino que deben dimanar necesariamente del respeto debido a la posición de los ciudadanos en un Estado de derecho con relación al ejercicio del poder de los gobernantes. Es decir, a una atención o desatención entre la sintonía exigible de los intereses de la Sociedad con el Estado, en los términos explicados por tantos, entre ellos H. HELLER. Pero está claro, en todo caso, que la aparición de un real decreto ley de semejantes características no disminuye, sino que aumenta la dosis de autoritarismo del sistema de la acción protectora, y deja a los ciudadanos, respecto de sus derechos expectantes o consolidados, en una situación aún más debilitada que la que ya existía con anterioridad a la producción de este tipo de normas. Por tanto, no puede esperarse con una intervención semejante de carácter gubernativo, convalidada por el Congreso de los Diputados, que se haya fortalecido la posición del ciudadano, en cuanto beneficiario del sistema, frente al poder público estatal, o frente a los poderes autonómicos en lo que pudiera ser la repercusión correspondiente[4];

[4] Conviene no olvidar esta paradoja: que un sólo voto de un partido autonómico determinó la aplicación del Real Decreto Ley comentado. La alianza del factor económico con el político, inevitable en estos casos, resulta evidenciada así por el concurso entre dos fuerzas partidistas dispares -la representativa de lo general y la representativa de lo particular en un territorio del Estado-, y determinada finalmente por una decisión numérica ínfima democráticamente y máxima autonómicamente en el conjunto de las instituciones del Estado. Pero este es un aspecto que concierne ya al sistema electoral español.

por el contrario, la intervención consiste en una serie de efectos no exactamente determinados, todos de carácter decremental, con pérdida actual o expectante del patrimonio de los beneficiarios del sistema por vía de una intervención centralizada políticamente aliada con la presencia autonómica. Naturalmente, el título de intervención para hacerlo es ahora la crisis del sistema financiero español, o la crisis del sistema económico español, cosas en absoluto equivalentes-, y cabe decir que se trata de un sistema de intervención que, con independencia de su gestación repentina en nuestro ordenamiento, tiene también su inspiración allende nuestras fronteras, dentro del marco de comportamiento de la Unión europea sustentado por la obsesión de otro criterio contable: la contención del déficit público de las distintas finanzas de los Estados miembros.

Con todo, la incidencia de la normativa europea sobre el sistema de la Seguridad Social resulta inevitablemente deseable. Debe ser consecuencia del fortalecimiento de los pilares de la Unión europea, y del reflejo que el fortalecimiento político de las instituciones europeas tiene sobre los distintos derechos sociales de los ciudadanos de los Estados miembros. Este impacto tiene que verse reflejado en la regulación interna española. Desde luego, es loable que el marco del derecho comunitario deba ser una referencia de comportamiento social, pero justamente son tales derechos sociales los que en momentos económicos y jurídicos como los actuales vienen a padecer no solo por las decisiones internas del Estado español, sino por las recomendaciones de la negociación política supranacional europea, siempre al hilo de la intervención financiera. Contradiciendo con ello el art. 31 de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea que nos habla del respeto de las condiciones de trabajo, seguridad y dignidad de los trabajadores. Muestra de ello es aquel segundo RD Ley 10/2010 que constituye un escalón más de este quehacer político que se inscribe en el largo iter de impactos sobre la dignidad humana de los trabajadores, no por su propósito, hay que pensar, sino por su resultado objetivo[5].

[5] No puede entrarse a ponderar ahora cada una de las medidas que, con la intención puesta en "sanear" o "flexibilizar" el mercado laboral, con su incidencia en el sistema de la Seguridad Social, allí se establecen. Seguirán, además, otras repentinas regulaciones que derogarán la presente norma, o que caminarán en diverso sentido. Resulta a nuestro propósito ilustrativa esta opinión reciente "…inexplicablemente, el proyecto de reforma sufrió una metamorfosis asombrosa con el primer borrador, quedando un desaguisado que abarata todos los despidos, que subvencionados podrán saldarse con 12 días de indemnización para los objetivos y los facilitará con tan solo alegar "situación económica negativa" de la empresa, sin que haya incurrido en pérdidas y sin necesidad siquiera de aportar acreditaciones fehacientes; limitando al mismo tiempo a los jueces a basarse en la "mínima razonabilidad" para que tengan que sentenciar con manga ancha a favor del empresario. Sin embargo, puede costar 20 días por

Este tipo de comportamientos a los que estamos asistiendo recientemente no solo enuncian lo que ya advirtió J. HABERMAS en sus escritos políticos sobre la reciprocidad de los intereses económicos con los políticos en las decisiones jurídicas adoptadas, sino que enuncian también algo de lo que dan cuenta los medios de comunicación todos los días: hay que ratificar la sensación de que el ciudadano, el beneficiario del sistema, poco o nada ha podido decir al respecto, ni por si, ni a través de las entidades de mediación que podrían haber adoptado un papel determinante al respecto, entre ellas no solo las asociaciones de toda índole, sino la propia organización sindical que no parece haber desempeñado un papel agente, sino paciente, en la intervención autoritaria de la Administración pública sobre la alcance del sistema. Decía Ernst BLOCH que la génesis de la dignidad humana en su formulación política y jurídica se ha caracterizado por dejar fuera de la circulación a los grandes colectivos marginales de las sociedades económicas donde el capitalismo tiene asegurada su predominancia en detrimento de los trabajadores. Si ello es así -y hasta ahora podía esperarse que el comportamiento del Estado Bienestar fuera un fulminante correctivo-, esta normativa gubernativa española constituye una mera anécdota, pero un señalado ejemplo. No creo poder encontrar a ningún trabajador sincero, sea o no de la actividad productiva laboral empresarial o de la función pública, que muestre su entusiasmo por la "mejora" de las condiciones laborales que la innovación de estas normas le suponen. Cosa distinta es si pulsáramos la opinión de algunos empresarios o economistas sobre la rigidez laboral, la cual influye en el mantenimiento del sistema[6]. Tenemos pues más de lo mismo solo que elevado de rango: la exacerbación de la dominancia del poder político y administrativo sobre el alcance del sistema y

año trabajado y hasta nueve mensualidades indemnizar a un trabajador si se despide al reorganizar el trabajo en la empresa para adaptarlo con más flexibilidad a nuevas circunstancias de la producción. Algunos cambios de última hora trastocarán la negociación colectiva en lugar de racionalizarla y otros apenas servirán para reducir la temporalidad." GUTIÉRREZ, Antonio. *El Pais,* 22-6-2010.

[6] VELARDE, F, J.: "…La raíz se encuentra en la existencia de un mercado laboral radicalmente diferente al de otros países. Lo malo es que esto se ha ido consolidando poco a poco. Primero con las decisiones de Largo Caballero. Luego con las de Girón. Recordemos el enlace básico de la Ley de Contratos de Trabajo de 1931 con la de 1944. Es algo que ha ido cristalizándose y en su consecuencia pasó a formar parte de nuestra cultura, como antaño para los empresarios formaba parte de ella el proteccionismo... Es el momento de pensar que esta es una ocasión especialmente favorable porque es cierto lo que nos recordó en su conferencia "Las finanzas en la encrucijada" promovida el 25 de mayo de 2009 por José Manuel González-Páramo que había dicho Jean Monnet: "Los hombres no aceptan el cambio sino en la necesidad, y no ven la necesidad más que en la crisis". Y esta es la mayor crisis económica que nunca ha sufrido España. Sin embargo, da la impresión, si no se modifica el proyecto actual, de que será una oportunidad perdida..." *ABC*, 21-06-2010.

la postergación del carácter negociado y del pacto sobre las resultas del sistema de la acción protectora. Y con este precedente vale para ilustrar los riesgos sobre la desestabilización del sistema de la Seguridad Social. No por eso resulta sorprendente: el sistema se movía en el esquema autoritario del Derecho, y se muestra ahora afectado por su propio régimen autoritario de funcionamiento, eso sí en el marco de lo que se denomina en el RD Ley 10/2010 la Estrategia de la Economía Sostenible.

*Conclusiones.* Si han de hacerse unas breves conclusiones finales podemos establecer las siguientes: la primera es que pocos ámbitos de la política nacional demuestran con tanta claridad que quienes resultan beneficiarios del sistema son, en un sentido jurídico profundo, los verdaderos dueños de prestaciones. Pero solo en esos niveles profundos de percepción jurídica. Los superficiales y efectivos nos dicen otra cosa. Por eso hay que insistir: el título de pertenencia o de protección en el sistema no es solo el dimanante de la condición de trabajador, de cotizante, o de empresario, sino el general de pertenencia a una nación civilizada. Máxime cuando el Estado civilizado es un Estado que ha visto enmarcada en el frontispicio de su Constitución fundacional la denominada cláusula de progreso (artículo 8), que obliga a una actividad de igualación social mantenida e ininterrumpida de los poderes públicos removiendo los obstáculos que no la hacen posible. Nótese que los obstáculos son a veces suscitados por las propias instituciones que tienen que removerlos. Si bien esa tesis podría predicarse de cualesquiera otras actividades en las que el Estado administra recursos públicos, incluso las actividades financiadas con recursos tributarios, la mayor simplicidad en la regulación del esquema de las prestaciones sociales hace más clara esta afirmación: que el ciudadano no es el receptor o el administrado pasivo de un sistema de prestaciones estatales o autonómicas, sino que tiene que ser considerado como dueño del mismo. La tensión de funciones y papeles entre el "*dominus*" de la actividad y el "*vicens gerens*" que la administra, resulta vencida, por el momento, a favor del segundo.

La segunda conclusión es que el dueño del sistema de prestaciones y de las prestaciones mismas en lo que a cada uno le corresponda, no puede ser tratado jurídicamente como un objeto de la política nacional con relación al cual la Administración decide cómo, cuándo, qué, cuánto, quién ha de ser repartido o tenido por habiente de prestaciones. Este tipo de decisiones son posibles, lo vemos todos los días, cuando la gestión del Estado está presidida por el principio de dominancia de su posición, es decir, cuando los gobernantes junto con la Administración actúan "sobre" los ciudadanos; no "para" los ciudadanos. Entonces se explica muy bien la correlativa falta de responsabilidad inmediata de todo tipo de decisiones jurídicas, en apariencia, que inciden sobre un conjunto de prestaciones que, no solamente tienen una clara repercusión patrimonial para los titulares de las mismas, sino

incluso para su propia vida, en algunos casos y en otros para su propia integridad física y salud mental. Por el contrario, resulta ya imprescindible hacer otra cosa en este horizonte de transformación del derecho de la Seguridad Social: Transitar del "sobre" al "para" el servicio de los ciudadanos. Se trata sin duda de un camino original, novedoso y no fácil de comprender en ocasiones para el comportamiento de muchos poderes públicos, o para la génesis de las normas jurídicas que ordenan el comportamiento de aquellos poderes en relación con los ciudadanos a los que sirven. Nos puede ayudar a contemplarlo como la expresión de un valor ético primordial recibido bajo especie del Derecho. Tampoco puede olvidarse que los poderes gobernantes trabajan no solo para los ciudadanos de una generación presente, sino para los ciudadanos de generaciones futuras. Eso redobla la necesidad de gestionar con toda cautela el patrimonio y los beneficios de otros, los que están presentes y los que están, por el momento, ausentes. Con toda su dificultad de comprensión y de instrumentación este camino constituye la esencia del principio de responsabilidad[7] y es de esperar que, en algún momento, alguien emprenda francamente el largo viaje hacia una Administración no autoritaria y responsable del siglo XXI en la gestión del sistema de la Seguridad Social.

La tercera conclusión resulta obvia desde los argumentos que se vienen explicando: el mantenimiento o la quiebra del sistema financiero de la Seguridad Social sea el de reparto, sea el de capitalización, sea el de el del progreso continuado -o el del regreso excepcional-, de las prestaciones o no, corre parejo con el mantenimiento o la quiebra del Estado y no existe autonomía institucional que pueda garantizar el naufragio de este y el salvamento de aquel. Tampoco estamos diciendo que las técnicas de prestación hayan de ser siempre idénticas a sí mismas incluso que no puedan ser mixtificadas con otras prestaciones laborales sustantivas[8]. No se trata en esta

[7] JONAS, H.: *Das Prinzip Verantwortung*, Francfort, 1988

[8] Una aplicación híbrida entre la vida laboral, el despido y la jubilación es la enunciada por el RD Ley 10/2010 que se define en el Preámbulo de este modo: "…Este fondo individual de capitalización podrá hacerse efectivo por el trabajador para los casos de despido, así como para completar su formación, en supuestos de movilidad geográfica o, en último término, en el momento de su jubilación. Este modelo se dirigirá a dotar a nuestro mercado de trabajo de una mayor estabilidad en el empleo y una más sana movilidad laboral….". Y la regulación, que no deja claro verdaderamente si quien va a financiarlo es el trabajador, es la siguiente: "...Disposición final segunda. *Fondo de capitalización.* El Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar.

problemática de bloquear las adaptaciones necesarias del sistema de la Seguridad Social a las circunstancias sociales y económicas, sino de mantener la tensión ética en el ordenamiento jurídico que lo ha hecho posible, aceptable y mejorable. Esto es consecuencia de que los valores que el sistema expresa son valores propios de la moralidad política en torno a los cuales el Estado civilizado se organiza y devuelve a la sociedad que lo sustenta los poderes que esta le confirió. Entre esos poderes, el poder cabal de no "arruinar, aunque pueda hacerlo, por un uso incorrecto, lo que ha conseguido ser"[9]. Una desviación de este comportamiento resulta algo más que preocupante.

La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo. El Fondo deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012…".

[9] JONAS H.: *ibí.*

# José M. Romay Beccaría

Letrado del Consejo del Estado

## LECCIÓN MAGISTRAL: LA REFORMA DEL RÉGIMEN SANITARIO

Querido Director de la EGAP, compañeros todos que me acompañáis en esta mesa,

Leopoldo Calvo Sotelo hizo ya una magnífica descripción de la que fuera figura entrañable y querida de Manolo Peláez, y creo que poco se puede añadir a eso.

Yo si querría resaltar, de todas formas, que estamos haciendo una cosa buena todos los que estamos aquí; y que podemos estar satisfechos de eso, porque estamos honrando a un hombre de principios, a un hombre modesto, a un hombre desinteresado; y sé que ese desinterés se extiende a todos nosotros.

Manolo fue un hombre de una calidad extraordinaria, humilde, modesto, que no brilló en las páginas que hacen a los hombres públicos sobresalir, sino que brilló en la proximidad de los que conocieron su valía; pero no dejó tampoco ni grandes intereses ni grandes cosas. Estamos aquí todos porque le apreciamos y le queríamos, y queremos rendir homenaje a esos valores, a valores en los que el desinterés está por encima de todo, a la justicia y la verdad, esas grandes cosas que honran a la humanidad, y que a mi me permitieron recordar un poema que leí hace poco de una poetisa polaca fantástica, Wisława Szymborska, que hace al cuadro de Vermeer de la lechera que todos recordáis, y dice que mientras esa mujer del Rijksmuseum, con esa calma y concentración pintadas, siga vertiendo día tras día leche de la jarra al cuenco, no merecerá el Mundo el fin del mundo.

Pues yo lo que os digo es que mientras haya hombres y personas con los valores de Manolo Peláez, con su integridad, con su honestidad, con su generosidad, con su talento; y unos pocos que una tarde o una mañana de este otoño precioso de Galicia sean capaces de reunirse, de dejarlo todo, para venir a rendir homenaje a una persona con estos valores, y sin esperar más que la satisfacción moral de estar haciendo justicia a un hombre bueno, ge-

neroso y ejemplar; creo que mientras haya Manolos Peláez, y amigos que rendimos homenaje a Manolo Peláez, tampoco merecerá el Mundo el fin del mundo.

Cuatro rasgos, lo que yo creo que es nuestra sanidad y lo que creo que se podría hacer básicamente para mejorarla, lo que sabemos es muy difícil.

Tenemos un sistema de salud fantástico; por cierto, acción admirable en su gran medida del Instituto Nacional de Previsión -porque realmente la columna vertebrar del servicio de salud es el que nos dejo el INP- aquel gigante de los Martínez Estrada y de todos aquellos asistidos por los juristas imprescindibles para hacer una obra de ese calado. Juristas, como hoy los que estáis aquí, y como fue Manolo y otros como él, que nos legaron una obra fantástica, un sistema nacional de salud con una enorme calidad humana y técnica.

Tenemos una excelente sanidad, que en gran medida se ha hecho en los servicios de la Seguridad Social, en esos grandes hospitales y en los ambulatorios. Aquellos que la iniciaron tuvieron una gran visión. Primero hicieron una cosa que copiaba a las clínicas privadas, pero en seguida se dieron cuenta que aquello no era lo mejor, y le dieron a los hospitales la estructura de los grandes hospitales, de los mejores hospitales del mundo. Y ahí están figuras como José Mª Segovia, y como otros muchos, que fueron fantásticos para legarnos esta estructura sanitaria con un personal de una calificación comparable a los mejores del mundo. No exagero; a mí me acaban de operar en A Coruña hace una semanas, y ya veis que bien me han dejado de una operación que solo se hace en Coruña -y no sé si en uno o dos hospitales más en España y en unos pocos en Europa-; y no estamos hablando de una "pequeña cosa", pues en A Coruña son capaces de hacer cosas que no hacen muchos hospitales alemanes, franceses, ingleses…

Hospital muy bien gestionado por la Xunta, pero que es en definitiva el heredero de aquella sanidad que nos dejó la Seguridad Social, y que es ejemplar por sus valores de equidad, de universalidad, de igualdad y de calidad técnica. Esta experiencia la he vivido, pero he vivido otra, lo bien que hicieron las cosas conmigo que me operaron, me trataron y en cuatro días me mandaron "para casa y a andar" (tras una operación muy delicada); pero es que allí anduve por los pasillos en aquel hospital -y es un hospital de A Coruña- y encontré mucha gente de la zona de Betanzos de aquellos municipios que yo conocía, y a muchas personas entre las que escuché alabanzas dun hospital que é "para nós, que non nos coñece ninguén, este hospital é para todos".

Esta frase la escuché de un ciudadano de Oza dos Ríos, que recalcó "non me conoce ninguén, pero veño aquí e trátanme maravillosamente todo o mundo"; esa es la seguridad social que tenemos. Seguridad social que, por

otra parte, es un gigante. El sector público sanitario representa más de un cinco por ciento del PIB, emplea más de un millón de personas, gestiona un presupuesto de casi sesenta mil millones de euros; lo que, en el presupuesto de las autonomías supone cuatro veces más lo que se gasta en infraestructuras.

Y es que el derecho a la protección de la salud legalmente reconocido y basado en el principio de la dignidad de la persona, es propio de épocas recientes, ligadas, de algún modo, a los fundamentos del propio "Estado de Bienestar", concebido en el período histórico de la depresión que abarca las dos grandes guerras. La sanidad pública, juntamente con la educación pública y las pensiones públicas, se reveló como uno de los instrumentos más eficaces de esas políticas redistributivas.

Sin embargo, en los últimos tiempos y desde ángulos ideológicos muy diversos, se han dirigido críticas de hondo calado al Estado del Bienestar en los términos en que estaba concebido. Y a esas críticas no es en absoluto ajeno el propio sistema sanitario como integrante de ese concepto.

Un siglo de manifiesto progreso ha revolucionado las condiciones de salud de la mayor parte de la humanidad, conduciendo a una situación actual en que existe una necesidad, ampliamente sentida, de desarrollar sistemas de salud más efectivos, más humanos y de mayor calidad.

Nuestro sistema sanitario parte de una buena situación; la esperanza de vida de los españoles es la más alta de Europa: 1,3 años; algo ayuda a eso también el buen clima pero los estados clínicos están al nivel de los países más avanzados, y su coste es sin embargo de los más bajos de la Unión europea, el décimoquinto, en términos de gastos total sobre el PIB, y el segundo más bajo si lo comparamos en término de gasto per cápita. Además es un referente internacional por su universalidad, por su nivel de acceso, en comparación con otros países muy desarrollados.

No todo acaba aquí, porque algunos problemas tenemos también, y los problemas tienen que ver a mi juicio con el modelo burocrático y de régimen administrativo que tiene nuestro sistema de salud. Atender enfermos no es expedir carnets de identidad, es una cosa distinta, es una actividad muy compleja a la que le va mal el corsé burocrático, un sistema de control que controla más los procedimientos que los resultados, que es el propio de las estructuras administrativas y burocráticas, pero que no tiene incentivos o unos incentivos muy poco relevantes, y que en una actividad tan compleja, de tan difícil coordinación -no hay estructura organizativa más compleja que los hospitales; esto lo dice Peter Drucker que era un genio de la gestión empresarial en general, que pone de ejemplo a un hospital como estructura empresarial organizativa difícil de gestionar - porque allí hay profesionales de muchísimas especialidades que se necesitan unos de otros, porque hay que tratar de hacer que aquello funcione coordinadamente, que no puede

funcionar sin no viene la radiografía, o el tac, o el análisis, con una estructura muy compleja, con gente muy calificada, muy distinta, muy variada, distintas jerarquías y niveles…, qué os voy a contar…

Víctor Pérez Díaz decía que los hospitales pertenecen a una rara especie ontológica, y siendo así que ellos son incapaces de controlarse por si mismos, son capaces de que nadie los controle desde fuera, y esa es una verdad como una casa de grande.

En esa estructura burocrática administrativa ha de chirriar la normativa general del Derecho Administrativo. Así, la estricta Ley de Contratos del Estado no era lo que necesitaban los hospitales, porque no estaban haciendo carreteras, proyectos, concursos; estaban y están tomando pequeñas y grandes decisiones todos los días; y muchas veces muy urgentes y muy variadas.

Una de las pocas cosas que es segura en la asistencia sanitaria es el cambio continuo. Las ciencias médicas aumentan sus éxitos, los servicios y las instituciones crecen, los gobiernos experimentar con formas para reducir sus costes, los profesionales desarrollan nuevos métodos y los ciudadanos en general quieren más atención sanitaria de la que ellos mismos o sus gobiernos pueden prestar.

Con ello, nos encontramos con que a la complejidad intrínseca de una organización sanitaria, que exige importantes esfuerzos gerenciales y clínicos, se añaden las circunstancias propias de los momentos actuales con cambios rápidos e importantes en nuestro entorno.

Para dar respuesta adecuada a estos cambios y a los nuevos retos, se requiere una modernización asistencial, en orden a ofrecer un servicio de calidad al ciudadano y, en definitiva, lograr una cultura organizativa en la que el servicio al ciudadano sea el objeto final de la gestión pública, sin olvidar que la búsqueda de la eficiencia y racionalización del gasto es una realidad en todo el mundo.

De ahí justamente la insistencia en hacer compatible la flexibilización del modelo sanitario por la vía de la descentralización, de la autonomía y de la competencia, con el mantenimiento del aseguramiento universal, la financiación pública y una regulación pública que preserve la calidad asistencial por encima de planteamientos economicistas.

La descentralización, la autonomía y la competencia son necesarias para la gestión. Los monopolios no son buenos, no son buenos para nada. Nosotros tenemos una sanidad muy buena, empiezo por decir eso, a pesar del monopolio y, a pesar de todo, lo que realmente pasa cuando uno se sienta delante del médico es que lo atienden bien.

Pero no tiene los incentivos. Todo esto de la competencia, que es realmente algo que en general funciona bien para casi todo, también funciona para la prestación de los servicios públicos que se pueden prestar en com-

petencia; pues aparecen ahí estímulos que son muy buenos para la eficiencia y para la eficacia. La consecuencia de ese monopolio es que, como no es gratis, el sistema se encuentra en una encrucijada y según los parámetros actuales no es sostenible ni a corto ni a medio plazo, con déficit acumulados. Para el año 2009 las Comunidades Autónomas esperaban que el gasto real supere su presupuesto en un 10 o un 15%; a medio plazo la calidad y la equidad del sistema también se resentirán dice un informe muy bueno de la Fundación FEDEA, si no se introducen cambios estructurales al sistema.

Ocurren cosas como esta que les digo, en 2006 un español acudía al médico más de ocho veces al año, lo que supone un 40 % más que el promedio de la UE de los quince; una de cada tres visitas al médico de familia podría ser innecesaria desde el punto de vista de atención de la salud, entre un 30 y un 80 % de las visitas de urgencias podrían no ser urgentes, en total más de 80 millones de visitas al año podrían evitarse o redireccionarse a canales más eficientes.

Es necesario que los profesionales sean los responsables del cambio. No se observa siempre un eficiente uso de los recursos por parte de los profesionales, que por otra parte son excelentes, como acabo de decir. Por ejemplo, las diferencias regionales en cuanto a pruebas diagnosticas es de hasta tres veces más de TAC, de hasta cinco veces para resonancias magnéticas, para la misma población y de más de siete para mamografías; algo no debe estar muy bien en alguna, no se si en la que hace siete veces menos o en la que hace siete veces más…

Por esto no tiene nada de particular el afirmar que algo habría que hacer con nuestro Sistema Nacional de Salud para que, sin perder ninguna de sus virtudes, ninguno de sus valores, resuelva estas disfunciones, estos problemas que yo creo que tienen que ver con esa rigidez burocrática y esa falta de incentivos del modelo.

Qué es lo que se ve en los países más avanzados, que en algunas cosas nosotros les mejoramos, pero en otras nos mejoran ellos. Pues la verdad es que, desde hace bastantes años -porque esto ya ocurría en los años 90 cuando yo me enfrenté con estos problemas primero como conselleiro y luego como ministro- naturalmente todos mirábamos –porque estos problemas se vienen arrastrando, no son de ahora aunque los datos que haya dado sean del 2009- qué es lo que se hace por ahí, y por ahí lo que se hace más es abrir el modelo, que no sea tan cerrado, con más presencia, con más competencia incluso dentro del propio sector público. Se intentó en muchos países, así en el Reino Unido, crear una especie de mercado interior que permitiese -siendo pública la asistencia, porque en el Reino Unido es pública en un porcentaje altísimo- que los pacientes pudieran elegir distintos centros, aun dentro del sector público, para que haya una competencia; y que los pacientes tuvieran además la satisfacción de poder elegir, que es

una situación muy propia de los hombres y mujeres que vivimos a estas alturas del siglo XXI.

No sin razón Raymond Barre, que fue primer ministro francés, político francés muy reconocido, que decía que a las libertades clásicas democráticas, de expresión, de asociación, de creencia, en una democracia moderna habría que unir la libertad sanitaria, que había tomado una importancia muy grande.

De modo que la orientación general que se encuentra por ahí, es la libre elección y la competencia en la prestación de los servicios, bien de servicios mayoritariamente públicos o dando una entrada creciente al sector privado sin excluir al sector público, que es por donde ha ido la reforma, muy conocida y muy comentada, de la sanidad sueca de los últimos tiempos, que había sido un paradigma de sistema de salud integrado, prestado por servicios burocráticos todo dirigido y regido por el Estado, y todo el mundo a la cola y todo el mundo a esperar lo que le toque y donde le toque; pues los suecos se cansaron de eso, terminó siendo ese sistema ineficiente, costoso, insatisfactorio para los ciudadanos, y abrieron paso, primero con el primer ministro Bildt y ahora con con Reinfeldt, que acaba de volver a ganar la elecciones, a un sistema con el que abrieron la provisión de servicios al sector privado -se han creado muchos hospitales privados en Suecia-, y los pacientes pueden elegir; naturalmente sigue pagando el estado, el aseguramiento sigue siendo universal, pero el paciente, o bien con un vale en atención primaria o bien por una elección de un hospital para las atenciones especializadas, pues pueden elegir el centro en el que le atienden y el Estado se hace cargo de esa financiación. Eso es un poco por donde van las cosas, y no hablamos solo de Bélgica o Noruega, hay unos cuantos casos más que están avanzado por ahí en esa misma dirección.

Otra cosa que se está haciendo. Para que pueda haber competencia dentro del sector público, hace falta que los hospitales tengan autonomía. Si todos se rigen por el reglamento de turno y por lo que dice el mando, de poco vale la competencia. Para que la competencia pueda producirse, encontrar un terreno abonado, hace falta que aumente la autonomía de los centros, que tengan más capacidad de decisión. Aquí intentamos avanzar en esa línea cuando hicimos una Ley de nuevas formas de gestión en la Sanidad y creamos, no solo el Estado, no solo el Partido Popular, en toda España y en muchas comunidades autónomas se han dado pasos ya también, para flexibilizar la normativa y la forma jurídica de las instituciones hospitalarias; y se crearon fundaciones, empresas públicas, consorcios para escapar de la rigidez de la Ley de Contratos del Estado y de las rigideces del Estatuto de la Función Pública, y se buscaron relaciones de Derecho Privado, de Trabajo para dar mayor autonomía a los centros, para que los centros pudieran decidir más.

Y eso lo hicimos con los propios hospitales, y algunos se crearon bajo esas figuras; y también que es algo que yo creo que puede ser un camino para ir ganando en autonomía en nuestros viejos hospitales, que no los vas a cambiar de estructura jurídica fácilmente porque son operaciones muy complejas y muy difíciles, pero sí pueden ir caminando hacia la autonomía con una figura que se empezó en aquellos años, que es darle autonomía a varios servicios que se agrupaban. Por ejemplo, en el Complejo Hospitalario de A Coruña, que me operaron, los servicios de cardiología y cirugía cardíaca formaban parte de una Unidad del Corazón que agrupaba todos estos servicios relacionados con el corazón, y con ellos ensayamos un sistema de mayor autonomía, de mayor libertad.

Les dimos más libertades para manejar el presupuesto a cambio de compromisos para conseguir determinados resultados y determinados objetivos, y si los conseguían podían manejar el presupuesto y se admitía que pudieran mejorar sus retribuciones; porque -y creo que quizá en la Administración de Justicia se podría intentar algo de eso, ya sabemos que las sentencias cada vez son más, pero también las operaciones son muy difíciles- el sistema ha encontrado mecanismos de medición muy ajustada del peso de cada actividad, se ha refinado esto y el cómo se mide la dificultad en las actuaciones médicas, y cómo se valoran y se comparan unas con otras, llegando a una conclusión seria de lo que hace cada uno.

En definitiva, el mundo va por esta vía de la competencia, sector público y sector privado, en general con financiación pública, pero con proveedores que pueden ser también empresas privadas. Alemania está comprando hospitales públicos para pasárselos a operadores privados; en Noruega los hospitales públicos adoptan la forma de empresas publicas con responsabilidad sobre su cuenta de resultados, cosa que aquí ocurre con el hospital de Fuenlabrada, por poner un ejemplo, es una empresa pública.

En algunos se sugiere también que se fomente el uso de seguros privados para descargar el sistema público y hacer desgravaciones fiscales a quien tenga seguro privado. Se busca también transparencia en el desempeño de las funciones, naturalmente esto exige un buen sistema de información, que la gente sepa el ranking de los hospitales, de cómo los valora la agencia estatal de evaluación de los hospitales. En el Reino Unido ha proliferado la transformación de hospitales en fundaciones justamente para que tengan más autonomía. En Cataluña han hecho una experiencia muy interesante: se asocian médicos de atención primaria y contratan con la Generalitat la atención en determinadas áreas.

Por ahí van las cosas. Por un Estado del Bienestar, por supuesto, pero reformado, con una potente economía de mercado, que asegure la creación de riqueza, con un protagonismo creciente de la sociedad civil, lo que implica el abandono de rigideces e intervencionismos burocráticos; pero al

mismo tiempo con gobiernos responsables del mantenimiento de los servicios públicos esenciales, en el marco irrenunciable del Estado de Derecho. Este marco es, indudablemente, el que debe presidir la sanidad de este siglo y el que, tal y como estamos percibiendo, orienta las políticas sanitarias de los países de nuestro entorno.

Somos herederos de un sistema sanitario creado a lo largo de muchos años, que está muy arraigado en nuestra sociedad y que ha contribuido y contribuye de manera muy destacada a la cohesión social de los españoles, transmitiendo tranquilidad ante el riesgo cierto y seguro, aunque impredecible, de la enfermedad. Estos valores de solidaridad son irrenunciables y no sólo debemos respetarlos, sino que tendremos que profundizar en su realización. Pero nuestro sistema sanitario padece de los mismos males que el viejo Estado del Bienestar. Es su concepción monopolística, centralista y burocrática, la que impide la plena identificación de los ciudadanos con una sanidad que, por otra parte, les reporta grandes beneficios.

Ante este panorama, que repercute sobre la propia viabilidad del sistema sanitario público, hay que tomar medidas urgentes y al mismo tiempo hay que sentar las bases para una reforma de futuro, en profundidad, del modelo organizativo de nuestra sanidad, corrigiendo no sólo problemas gerenciales, sino también introduciendo reformas estructurales para que los profesionales encuentren motivación y responsabilidad en la gestión y en la clínica asistencial, y para que los centros respondan con mayor agilidad y eficacia a las necesidades y demandas de los usuarios.

Y esto, lógicamente, hay que hacerlo sin alterar las características básicas del sistema, como son el aseguramiento único, universal y público, la financiación pública o el acceso a sus prestaciones en base a criterios de necesidad.

En definitiva, se trata de trabajar para conseguir el modelo sanitario reformado de las sociedades abiertas del siglo XXI y, en ese sentido y observando atentamente lo que está ocurriendo en Europa, en algunos casos partiendo de una situación similar a la nuestra, resulta necesario superar el modelo organizativo clásico, mediante la introducción de formas de gestión autónoma y descentralizada.

Esto permitirá que los profesionales tengan más participación, con lo que estarán más motivados, se podrá implantar la separación real de funciones de financiación y provisión, se podrá hacer efectiva la libertad de elección de los ciudada nos y se podrá establecer una competencia regulada entre los centros, que debe contribuir a acabar con los males del monopolio, acercándonos a un manejo más eficiente de los recursos y a un trato más personalizado a los ciudadanos.

En definitiva, nuestro objetivo debe ser poner las bases para consolidar y modernizar nuestro Sistema Nacional de Salud, situándolo en una posi-

ción favorable para afrontar con éxito los retos de una sociedad que se encuentra abocada a grandes cambios y avances en este milenio.

Indudablemente, los factores más dinámicos en todos estos avances han de ser la ciencia y la tecnología. Estos dos sectores tienen capacidad para tratar a los pacientes más rápidamente, intervenir más eficazmente en los diferentes modelos de enfermedad y controlar el dolor con mayor efectividad, además de su amplia repercusión en todo el entorno sanitario y en la mejora de la gestión interna y administrativa de los centros, lo que también afecta de algún modo a la satisfacción del paciente y a hacer más humano el acto sanitario.

A lo largo de los últimos veinte años, ha habido una importante revolución en nuestra sociedad basada en la universal disponibilidad de información. Esta realidad se refleja y tiene aplicación no sólo en los cuidados de salud, sino también en cualquier otro sector social y productivo, tanto público como privado. Pero, aunque el progreso ha sido enormemente rápido en tecnologías de la información para la salud en estos últimos años, los próximos prometen eclipsar cualquier cosa que se haya hecho antes. Creo que, por primera vez, las tecnologías de la información promoverán un mayor impulso de cambio, en

lugar de simplemente responder a él.

En una breve síntesis, la transformación, apasionante sin duda, de una medicina individualista y personalista, hacia un escenario cada vez más amplio, más complejo y más eficiente, como son los sistemas sanitarios actuales, en los cuales toda la sociedad está implicada, debe dar paso a una auténtica revolución tecnológica en la que los métodos tradicionales de asistencia sanitaria tengan una cabida cada vez más reducida y en la que el acto médico y la organización sanitaria estén presididas por el concepto de excelencia.

Evidentemente, los retos del futuro están ahí y deben buscarse dentro de un contexto de demanda creciente y de coste progresivamente en aumento, que, sin duda, cuesta asumir por parte de todos los países por muy desarrollados que estén. Creo que ningún país, por muy rico que sea, incluso cuando superemos la crisis económica global que nos afecta, va a encontrar fácil el ofrecer a sus ciudadanos todos los enormes beneficios de la medicina, especialmente teniendo en cuenta el indudable progreso científico y tecnológico, pero este beneficio es indudable y la sociedad lo demanda. Y no me estoy refiriendo exclusivamente a la medicina curativa, sino también a la medicina preventiva y a la predictiva.

Por ello, parece lógico pensar que en los próximos años las crecientes presiones para mantener en límites sostenibles el gasto público y la necesidad, a su vez, de seguir mejorando el servicio forzarán a nuestra sanidad a entrar en un profundo proceso de transformación y de racionalización. Y

lo que hoy vemos son sólo los prolegómenos de una evolución sanitaria de mayor calado, que puede afectar tanto a las actitudes y expectativas de los pacientes, como a la propia organización sanitaria y a la prestación de los servicios sanitarios.

Médicos, enfermeros, administradores sanitarios, la industria farmacéutica, proveedores, consumidores y, en general, todos los implicados en el ámbito sanitario e, incluso, toda la sociedad han de empezar, desde ya, a prepararse para las fascinantes posibilidades que presentarán tanto la gestión como la prestación de los servicios sanitarios.

Debemos introducir mejoras sustanciales en el Sistema Nacional de Salud que, lejos de suponer una amenaza en cuanto a su carácter de servicio público, deben servir para hacerlo más moderno, transparente y flexible, con el modelo organizativo y los mecanismos financieros adecuados para que el ciudadano bien informado disfrute de una verdadera libertad de elección. Y, al mismo tiempo, debemos trabajar en mejorar la gestión de los cuantiosos recursos disponibles para corregir los defectos existentes y lograr un sistema en el que la calidad se sitúe como elemento primordial e identificador.

Este es el modelo de sanidad que queremos para España en este siglo y con el que debemos situar al Sistema Nacional de Salud en una posición que permita responder a los retos de equidad, de eficiencia y de calidad que los ciudadanos, de hoy y de mañana, nos exigirán.

Mis queridos amigos, no os entretengo más. He superado el tiempo concedido y pido excusas, pero creo que así están las cosas y por ahí van. Nada más y muchas gracias.

# JOSÉ MIGUEL DE ALCÁNTARA Y COLÓN

LETRADO DEL CUERPO SUPERIOR DE LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

EX LETRADO JEFE DEL SERVICIO JURÍDICO DE LA ADMÓN. DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN CUENCA Y EN CÁCERES.

LETRADO DE LA ADMÓN. EN EL SERVICIO JURÍDICO DE CÁDIZ Y DE CEUTA


## LA PROBLEMÁTICA DE LA JUBILACIÓN


Introducción
**I.** Algunas propuestas
**II.** La jubilación parcial y la contratación parcial en la situación actual de prolongación de la edad de jubilación
**III.** Jubilación parcial y contrato de relevo en la Administración
**IV.** Posición extensiva favorable a su aplicabilidad a los funcionarios
**V.** Posición de la Seguridad Social
**VI.** Análisis de la Jurisprudencia
**VII.** Conclusiones


### INTRODUCCIÓN

En la actualidad, y cíclicamente por las circunstancias socioeconómicas, vuelve a surgir la problemática entre las dos posturas mas clásicas en relación a la determinación de la edad de jubilación y en relación a las modalidades de jubilación: la que mantiene la necesidad de prolongación de la edad de jubilación y la restricción de las formas de jubilación anticipada y de jubilación parcial, bajo la fundamentación de la sostenibilidad del sistema por el aumento de la esperanza de vida y la postura contraria, de adelanto de la edad de jubilación y fomento de las formas de jubilación

anticipada y parcial, bajo la premisa de fomento de empleo que permita sostener el sistema.

Estas posturas van adoptándose de forma cíclica, en un vaivén pendular que se produce al socaire de las circunstancias políticas y económicas del país.

En épocas de bonanza económica, la tendencia es reducir la edad de jubilación, horarios y fomentar las formas de jubilación parcial y anticipada en el sentido mantenido, especialmente, por los sindicatos. Así, se tiende a entender que esta posición facilita la incorporación de trabajadores más jóvenes, con más productividad, facilitando el mercado de trabajo, las cotizaciones y retirando del mercado personas que, por la edad, puedan presentar una disminución productiva.

En épocas de crisis, se deriva hacia el lado opuesto para complacer a una población que ve, con cierta envidia, que el jubilado no trabaja y entonces se tiende a publicitar el aumento de la edad de jubilación porque supone un ahorro en pensiones, un cotizar sin aumentar las prestaciones futuras y un mayor aprovechamiento de los recursos existentes y de la experiencia.

Evidentemente, ambas posturas en sus aspectos puros, adolecen de error porque, claramente, ambas tienen sus aspectos positivos y negativos. Lo que ocurre es que no se toman las posturas desde un punto de vista efectivo y real, en función de la necesidades de la población y de la economía, es decir, conforme al bien común y adoptando una postura de estado, sino en función no ya de posiciones políticas, sino puramente de posiciones electorales en un momento concreto .

Por eso, un mismo partido político, gobernando o no, se decanta hacia un lado u otro, en función del momento concreto, con independencia de su posición ideológica.

## I. ALGUNAS PROPUESTAS

A nuestro juicio, esta materia ha de incardinarse bajo unos principios específicos comunes, técnicos y profesionales ajenos a los vaivenes electoralistas o de mera coyuntura económica.

Lógicamente, determinaría la creación de una comisión de expertos integrada por el total del sistema, es decir, desde las unidades de información prestacional, hasta los integrantes de los servicios jurídicos pasando, evidentemente, por los gestores de prestaciones. Así se legislaría viendo el sistema como un todo: desde la solicitud de la prestación, hasta su impugnación jurisdiccional, pasando por la tramitación y adopción de la resolución de la prestación.

Así, entendemos que la búsqueda de un equilibrio debería llevar aparejada el cumplimiento de una serie de principios que destacamos a continuación:

**1) Principio de estabilidad:**

Ha de establecerse una edad mínima de jubilación que por acuerdo general sea relativamente inalterable. El mínimo de edad que podría ser el actual de 65 años, o el que se determine, habrá de venir constituido como la norma base, es decir, si no se efectúa otra modalidad de jubilación, la persona se jubilará a los 65 años como regla general y supletoria. La modificación de esa regla general y supletoria ha de exigir un quórum mayor que garantice la estabilidad normativa.

La figura de esta edad ha de estructurarse pues como norma de derecho supletorio: se aplicará en los supuestos en que el trabajador no haya optado por otra modalidad de jubilación. Para modalidades de jubilación de mayor o menor tiempo a esa regla general, se articularán las modalidades específicas.

**2) Principio de voluntariedad:**

Toda modalidad de jubilación que se aparte del modelo general ha de ser voluntaria:

Para prolongar o para reducir la edad de jubilación, ha de estarse a la voluntad del futuro jubilado.

Igualmente, ha de garantizarse la utilización no fraudulenta de las modalidades de jubilación, por ejemplo, reformando las situaciones de incapacidad temporal de forma que los trabajadores que prolonguen su vida laboral y que, paralelamente, permanezcan en situación de incapacidad temporal con frecuencia, sean privados de esa prolongación y entren a la jubilación. Ello entronca con el principio de coordinación que mencionaremos.

**3) Principio de proporcionalidad en las prestaciones:**

Principio más que evidentemente frustrado en nuestro sistema de seguridad social por las reformas parcheadas y de oportunidad producidas.

Viene a implicar este principio que el desarrollo de las prestaciones de jubilación, y extensiblemente a cualesquiera prestaciones de la seguridad social, ha de ser proporcional a la actividad y guardar una relación de proporcionalidad con las demás prestaciones. Ello significa que la pensión mínima de jubilación contributiva (como las demás prestaciones contributivas), han de ser superiores en todo caso a las prestaciones no contributivas.

El fundamento de justicia es más que evidente: quien cotiza al sistema ha de percibir más que quien no lo hace. Es razonable que toda persona esté protegida ante situaciones de necesidad y eso fundamenta las prestaciones no contributivas cuyo abono ha de ser exclusivamente a través de los presupuestos generales del estado. Pero, igualmente, es necesario por razón de justicia y de cultura prestacional, esa diferenciación económica que permita hacer tender al trabajador al trabajo con la seguridad de una

mejora de prestación y hacer más competitivo nuestro mercado laboral.

Este principio se relaciona con el de proporcionalidad en las cotizaciones, principio de discriminación positivo como el presente pero relativo a la misma prestación.

**4) Principio de sistema:**

Toda regulación de una prestación como la jubilación, y extensible a las demás prestaciones, ha de llevar aparejada la comprobación de la incidencia de la misma en el sistema en su conjunto, de forma que no se produzcan desequilibrios territoriales (por prestaciones complementarias de las CCAA), prestacionales (percepción de prestaciones en mayor cuantía que otras de idénticas cotizaciones) o de cualquier otra naturaleza. En definitiva, abordar la seguridad social como un todo, evitando los fraccionamientos y por ello comprobar lo efectos de las reformas en otras prestaciones.

**5) Principio de proporcionalidad cotizatoria:**

Este es un principio de lo más conflictivo por su incomodidad política, pero de indudable necesidad económica y jurídica.

Las prestaciones, sean de larga o corta duración, han de ser proporcionalmente atribuidas: quien cotiza más, más ha de percibir. La diferenciación en las modalidades no ha de fundarse en circunstancias de grupo (trabajador versus funcionario, régimen general versus regímenes especiales…) sino en datos objetivos como es la cotización.

En cuanto a las prestaciones, habrán de regularse y controlarse más las subidas de pensiones mínimas: igual que todos los ciudadanos son afectados por la cuantía de la subida económica, las pensiones mínimas deben subir algo más que el resto, dotándolas pues de un matiz social, pero no de forma que determine la apreciación de la colectividad de trabajadores de que quien ha cotizado por menos, proporcionalmente cobra mucho más (recordemos que hablamos de prestaciones contributivas). Si a una pensión mínima se le sube un 6% y al resto el 1%, por el hecho de su carácter mínimo, tal desproporción de subida determina que el pensionista de mínimo se beneficie en demasía: cotizó menos y cobra más, lo que implica doble incremento.

Es admisible una subida algo mayor que el resto, pero no significativamente mayor, por ese efecto doble.

De igual manera, no es de recibo el tope de pensión máxima para contribuir a las pensiones mínimas y ello porque, económicamente, no suponen para las pensiones mínimas una cuantía sustancial y segundo, porque son implícitamente asociales e injustas. Las pensiones contributivas son por definición sufragadas y percibidas conforme a lo cotizado: es injusto detraer a un trabajador más cuando lo detraído es del trabajo, no de capital.

Además, provoca la desincentivación para el trabajo porque trabajar más no supone mayor prestación sino la misma, al estar topado.

Y segundo, es injusta porque hace recaer en una el aspecto social de la prestación (de naturaleza no contributiva) sobre un trabajador en beneficio de otro (siendo ambos contributivos). Si la sociedad entiende que ha de garantizarse un mínimo prestacional, habrá de complementarlo a cargo de la colectividad a través del Presupuesto General del Estado y no a cargo de unos trabajadores específicos.

Habría que sacar del sistema contributivo aquellas prestaciones cuyos cotizantes no alcancen un mínimo prestacional e incluirlo como prestación no contributiva cualificada, es decir, percibir la prestación no contributiva (financiada por los PGE) y un plus contributivo (financiado a cargo de la Seguridad Social).

Quedaría así marcado que quien trabaja y cotiza es compensado, sin desproteger a todo ciudadano por el mero hecho de serlo.

Igualmente, habrá de establecerse la prestación en función de los años cotizados y no exclusivamente de la edad. Ello significa que si se percibe el 100% de la pensión por reunir, por ejemplo 30 años de cotización y el trabajador tiene 60 años y 35 años de cotización, se debe articular la posibilidad de jubilarse anticipadamente con su porcentaje íntegro añadiéndole un periodo especifico mayor de contribución por ese anticipo, por ejemplo, 35 años de cotización para el 100% con 60 años. Si por el contrario, cumple los 65 años y supera el periodo de cotización exigido para percibir el 100%, se le debe complementar la pensión por ese plus cotizatorio, quizás con una cantidad a tanto alzado.

**6) Principio de compensación:**

Este principio viene a significar que en supuestos de no salida íntegra del sistema laboral, como es el caso de la jubilación parcial o en la prórroga de la jubilación, se articule la posibilidad de aprovechar el caudal de conocimiento y experiencia de los trabajadores que continúan en activo (total o parcialmente) en beneficio de otros trabajadores, estableciendo un porcentaje del periodo laboral existente en actividad de formación de otros trabajadores a cargo de estos cuasi jubilados.

De esta manera, se garantizaría un mínimo de calidad en la prestación de la actividad y en la productividad, concepto especialmente productivo en la administración pública.

Ello habría de extenderse a la generalidad: trabajadores y funcionarios.

Tal especificación facilitaría el tránsito de la actividad laboral y beneficiaría a los trabajadores (y los funcionarios son trabajadores públicos) y a la población en general.

**7) Principio contra fraude:**

La garantía del sistema hace necesario un proceso sancionatorio claro y preciso: la obtención de una prestación indebida debe llevar aparejada la subsanación inmediata de la situación. Igualmente, ha de modificarse la

facultad de revisión de oficio de las prestaciones, así como simplificar los procedimientos, incardinando la materia prestacional en el orden social o en el orden contencioso, reduciendo a la mínima expresión las zonas grises en materia competencial.

Los efectos de una situación ilícita deben ser claramente establecidos y estar debidamente unidos: normas claras y precisas.

Ello implica una reforma legislativa en la legislación procesal laboral y contenciosa, coordinada con la reforma prestacional. Igualmente, habría que establecer la imprescriptibilidad de la reclamación de las cantidades percibidas fraudulentamente.

## II. LA JUBILACIÓN PARCIAL Y LA CONTRATACIÓN PARCIAL EN LA SITUACIÓN ACTUAL DE PROLONGACIÓN DE LA EDAD DE JUBILACIÓN

Realizamos el análisis de la jubilación parcial como forma de ver en la práctica alguna de las cuestiones que hemos analizado con anterioridad, porque ha sido un intento fraccionado de conseguir alguno de los fines a los que estamos haciendo mención.

La Seguridad Social ha modificado algunos aspectos de la jubilación parcial, tratando de corregir determinadas desviaciones que se estaban produciendo en su aplicación. Mediante la jubilación parcial se permite el compatibilizar trabajo y jubilación. Si tal figura se utiliza antes de cumplir los 65 años, se exige al empresario sustituir al *jubilado* por otro trabajador mediante un contrato de relevo. Si es posteriormente, no existe tal exigencia. Este nuevo trabajador debe ocupar un puesto igual o similar que aquel que se sustituye.

Pero en la práctica, la jubilación parcial se utilizaba como vía de acceso a la jubilación anticipada, sin merma importante de la cuantía de la pensión. Recordemos que la jubilación anticipada impone la aplicación de coeficientes reductores a la pensión, que minoran su importe. A través de la jubilación parcial, los trabajadores, a partir de los 60 años, pueden reducir su jornada en un 85%, cobrando este mismo porcentaje de pensión, trabajando el 15% de jornada restante (dos meses al año). La pensión de jubilación no sufre merma y, en muchos casos, esos "dos meses" de trabajo no se cumplían.

Para intentar eliminar  estas prácticas se endurecieron las condiciones de acceso a la jubilación parcial. Las medidas adoptadas fueron el aumento del mínimo de jornada hasta el 25%, con la finalidad de evitar el incumplimiento de esta condición. Se eleva además la edad de acceso a la jubilación parcial de los 60 a los 61 años, exigiéndose 30 años de cotización, frente a los 15 anteriores, con el objetivo de reducir su coste para la Seguridad Social.

Se adoptó también una medida adicional en relación con el puesto de trabajo (ya que en ocasiones, las empresas contrataban a jóvenes con una categoría inferior a la del trabajador que se jubilaba, ahorrándose costes y traspasándolos a la Seguridad Social), que consiste en exigir que si el puesto de trabajo que va a desempeñar el relevista no se correspondiese con el que abandona el jubilado, por el trabajador relevista se debe cotizar al menos por una base reguladora del 65% del que se jubila.

## III. LA JUBILACIÓN PARCIAL Y EL CONTRATO DE RELEVO EN LA ADMINISTRACIÓN

La figura de la jubilación parcial que analizamos tiene los siguientes elementos:

1º Trabajadores que, cumpliendo los requisitos listados que fija la norma, dado que no pueden o no quieren jubilarse aún plenamente, solicitan una jubilación parcial.

2º Tal jubilación parcial ha de ir necesariamente acompañada de un contrato a tiempo parcial para esta misma persona, de tal manera que entre ambas situaciones se complete la jornada que venía realizándose hasta el momento del hecho causante, y sumadas ambas retribuciones, la pensión parcial de jubilación y el salario por el contrato a tiempo parcial ,el trabajador no resulte perjudicado.

3º El trabajo que no realiza el jubilado parcial debe ser realizado por otro trabajador que esté en desempleo o ya estuviera vinculado con la misma empresa con un contrato temporal.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, modificó el art. 12.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en lo sucesivo ET), para disponer que también se considerará contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa en las condiciones establecidas en este artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquellos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social (art. 161 TRLGSS), con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como mínimo, cinco años a la exigida, o cuando, reuniendo igualmente las citadas condiciones generales, haya cumplido ya dicha edad.

Se producen por lo tanto, dos variantes de la figura en función del cumplimiento o no de la edad de jubilación genérica:

1º) Si aún no se tiene la edad de jubilación, se produce la simultánea reducción de jornada y de salario, y lo que el trabajador deja de percibir en el salario se compensa con el importe de la prestación de la jubilación parcial

que pagará la Seguridad Social, situación que adopta voluntariamente el trabajador con la realización de un contrato de relevo para sustituir al jubilado parcial en el tiempo de jubilación.

2º) Si se reúne ya el requisito de la edad de jubilación, se produce idéntica situación aunque se difiere en que no se precisa de un contrato de relevo y que este puede ser realizado simultánea o sucesivamente.

En el primer supuesto, se producen las siguientes consecuencias: La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial, y su retribución, serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral cuando se produzca la jubilación total.

Para poder realizar este contrato, en el caso de trabajadores que no hayan alcanzando aún la edad de jubilación, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo con un trabajador en situación de desempleo aunque no se exige que sea perceptor de prestaciones por desempleo o que tuviese concertado ya con la empresa un contrato de duración determinada con objeto al menos de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.

Por su parte, para completar el sistema se dictó la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE del 31 de diciembre), art. 47.Tres, que incentiva la transformación de los contratos de relevo celebrados inicialmente a tiempo parcial en contratos indefinidos.

El contrato que se haga para sustituir a los trabajadores que se hayan jubilado parcialmente, en las horas dejadas vacantes del jubilado parcial de menos de 65 años o del jubilado parcial que haya cumplido la edad de jubilación, se denominará contrato de relevo y se regirá por las siguientes reglas:

La duración de este contrato es, al menos, igual al tiempo que le falta al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación, y la llegada a la edad de jubilación marcada por la ley no supone la extinción automática de esta serie de relaciones jurídicas.

Si al alcanzar la edad prevista en el art. 161 TRLGSS, o la que legalmente correspondiera, el trabajador jubilado parcialmente continúa en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por periodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado sin perjuicio de ulterior novación.

En el segundo supuesto, el contrato de relevo es facultativo del empresario y no requisito *sine qua non* de la jubilación parcial. En caso de celebrarse, se producirían las siguientes consecuencias: En el caso del

trabajador jubilado parcialmente después de haber alcanzado la edad de jubilación la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser también indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por periodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada en el apartado anterior.

Como elementos comunes de las dos situaciones hemos de citar:

Ambos tipos de contratos de relevo podrán celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido.

El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador o simultanearse con él, es decir, que es indiferente que trabajen al mismo tiempo, o no.

El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Problemas de interpretación se han derivado de esta equivalencia, pero su estudio excede del objetivo del presente trabajo.

También se recoge que en la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar o estimular la celebración de contratos de relevo.

Por su parte el art. 1 de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible ha modificado el art. 165 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (TRLGSS), que trata de las Incompatibilidades de la pensión de jubilación contributiva.

Hay que decir, de entrada, que el apartado 1 del art. 165 del TRLGSS señala que el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, siendo el supuesto de jubilación parcial que analizamos un ejemplo típico de salvedad en cuanto a la incompatibilidad pensión de jubilación versus trabajo.

Esta excepción a la incompatibilidad consiste en que las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará, obviamente, el percibo de la pensión (renta de sustitución) en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

El art. 166 TRLGSS, en base a la redacción del art. 34.6 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31/12/2001), ya estableció:

1º) Que los trabajadores que alcancen la edad ordinaria de jubilación y reúnan los requisitos para causar derecho a la misma, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo;

2º) Los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general, podrán acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el apartado 6 del art. 12 del ET;

3º) El disfrute de la pensión de jubilación parcial en ambos supuestos será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial.

De la misma forma, el art. 2º de la Ley 35/2002 agrega un cuarto apartado al art. 166 del TRLGSS para indicarnos que el régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca, por lo que al mismo tendremos que estar, sin dejar de tener en cuenta, lo que ordena el ya citado art.12.6 del ET.

De todo lo efectuado con anterioridad, resaltamos la vinculación directa, clara y precisa, a nuestro juicio, de esta normativa de jubilación parcial a la normativa del Estatuto de los Trabajadores.

## IV. POSICIÓN EXTENSIVA, FAVORABLE A SU APLICABILIDAD A LOS FUNCIONARIOS

La posición que fundamenta la posibilidad de jubilación parcial para el personal funcionario (recordemos que el personal estatutario no es más que un personal funcionario con relación funcionarial especial) fue iniciada por personal estatutario (funcionario a fin de cuentas) de los servicios de Salud, amparándose en una más que deficitaria (por incompleta y poco fundada) sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias Santa Cruz de Tenerife nº 176/2006, de 10 de marzo, que estableció, como fundamentación para el otorgamiento al personal estatutario de la jubilación parcial de los trabajadores, que debe reproducirse el precepto que genera el derecho material aquí discutido, es decir, la jubilación parcial respecto al personal estatutario de los Servicios Públicos de Salud, precepto que es el art. 26.4 del Estatuto Marco regulador de esta clase de personal (Ley 55/03), que reza así:

"Podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.

Por lo tanto, el referido precepto reconoce la jubilación parcial al personal estatutario remitiendo a los requisitos generales establecidos en la legisla-

ción de seguridad social. Ni en la referida normativa, ni en el cuerpo de la ley, ni en sus disposiciones adicionales ni transitorias, en ningún caso se pospone su entrada en vigor o su aplicación a desarrollo reglamentario alguno remitiéndose, en este concreto campo, a la normativa de seguridad social el párrafo segundo del citado precepto no contempla otra previsión que la posibilidad de las distintas administraciones públicas de fomentar este tipo de jubilaciones en supuestos de reordenación de recursos humanos.

Por lo tanto, se trata de una norma de aplicación directa e inmediata que, por ello, no precisa de desarrollo reglamentario alguno".

Junto a esta "escueta" fundamentación, la sentencia contiene alguna apreciación sobre el estilo del recurso que desestima y resuelve sobre la alegación de falta de fundamentación de la sentencia de instancia, desestimándola e incurriendo en el mismo motivo: su propia falta de fundamentación.

Al amparo de esta "doctrina" se ha producido un aluvión de solicitudes, desestimaciones y sentencias de instancia que han venido a reproducir, con excepciones, este criterio.

Esta postura implica el que se entienda que la figura de la jubilación parcial que se regula para los trabajadores por cuenta ajena y con las referencias al ET citadas, seria de plena aplicabilidad a los funcionarios, estatutarios en este caso, con una traslación automática de la regulación de un personal a otro. Esta postura omitiría diferenciación entre funcionario y trabajador laboral.

Por lo tanto, entendería no necesario desarrollo alguno. Igualmente, permitiría que un funcionario pudiera ser sustituido parcialmente por trabajador en contrato de relevo desempeñando un único puesto administrativo, mezclando la naturaleza jurídica funcionarial con la estatutaria por el mero hecho de que se encuentren incluidos en la seguridad social.

Ello, pues, implica una omisión en la diferenciación que existe entre derecho administrativo, aplicable a los funcionarios, y derecho laboral, aplicable a los trabajadores; desvirtuaría la existencia de dos órdenes jurisdiccionales diferenciados como es el social, aplicable a los trabajadores y solo excepcionalmente a los funcionarios, y el contencioso administrativo, regulador, entre otros, de las relaciones de la administración con sus funcionarios y, excepcionalmente, a los trabajadores e implicaría, igualmente, extender genéricamente la aplicación excepcional de un derecho relativo a uno de estos grupos a los integrantes del otro que se realiza por ley.

## V. POSICIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los servicios jurídicos de la Administración de la Seguridad Social sostienen que esta materia ha de interpretarse a la luz, principalmente, del

art. 26.4 del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 17 de febrero; el art. 67 del Estatuto Básico del empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril; el art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores y las disposiciones del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre.

Así, el art. 26.4 del estatuto marco establece que podrá optar a este tipo de jubilación quien reúna los requisitos correspondientes entre los que se incluyen la reducción de jornada y añade que "los órganos competentes de la Comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.

Lo primero que se ha de establecer es la naturaleza jurídica de esta habilitación legal. Al respecto, entendemos que la naturaleza de esta habilitación legal es marcadamente imperativa al establecer la exclusividad de desarrollo a la administración sanitaria.

No desconoce esta parte que la expresión utilizada no es la mas idónea y pudiera inducir en algo una cierta ambigüedad, pero ello implicaría una interpretación escasa y no acorde con los criterios hermenéuticos establecidos en la legislación civil, aplicables al presente supuesto.

Así sea, esa interpretación simplista llevaría aparejada que esa disposición seria una mera facultad atribuida a la administración y que su ausencia no impediría el reconocimiento del derecho.

Sin embargo, hemos de utilizar lo dispuesto en el artículo 3 del código civil al establecer que:

1. Las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas.

La realidad palmaria es que la sentencia adolece de esa interpretación normativa de antecedentes, hechos coetáneos y realidad del tiempo en que ha de ser aplicada, en los términos que especificaremos a continuación:

¿Cuál es el objetivo y el fin pretendido con esta modalidad de jubilación? ¿Para que se aplica en estos momentos? ¿Cuales son los antecedentes legislativos?

De las normas existentes y la regulación legal, el espíritu y el fin pretendido por esta normativa es obtener a través de ella, una "mejora en la cantidad o calidad del trabajo en el ámbito laboral privado y público". Es evidente que esta jubilación permite un aumento de calidad al desempeñarse parte del trabajo por un nuevo trabajador, descargando al jubilado parcial de parte de su carga, así como se produce un aumento en la cantidad de personal trabajador esa "cesión" del derecho del trabajo por parte del

prejubilado permite que se beneficie sin reducírsele su prestación de jubilación, al contrario de quienes se jubilan desde la situación de desempleo que ven mermadas sustancialmente sus prestaciones de jubilación de manera permanente y para siempre.

Pero ello ha de llevar aparejado también un beneficio social: esa mejora de calidad y el aumento de la cantidad de trabajo mediante la sustitución parcial de trabajador prejubilado por otro trabajador.

Ello, relacionado con la administración pública, hace que el interés público exija el desarrollo de los requisitos específicos en relación con el personal público: no cabe una traslación de los requisitos del ámbito privado al público.

Este desarrollo pues es imperativo, no potestativo, dado que nos encontramos con dos situaciones jurídicas diferentes, como corresponden a dos ámbitos jurídicos distintos: público y privado.

El citado estatuto básico del empleado público, norma específica, aplicable al personal estatutario de la seguridad social (personal funcionario regulado por estatuto) según su artículo 2º, viene a establecer en el artículo 67 lo siguiente: "Por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntarias y parciales", reconociéndose el carácter especial ya citado.

De este párrafo se deduce a nuestro juicio, con toda claridad, que el reconocimiento a la jubilación parcial anticipada de todos los empleados públicos no es un derecho individual simple, en el sentido de que su reconocimiento depende de que se den determinadas circunstancias personales tales como la edad, carencia, etc. sino que debe cumplirse también el requisito de atribuir a la administración competente la posibilidad de mejorar la organización y, por lo tanto, el fin público que corresponde, entre lo que se incluye el rejuvenecimiento de la plantilla con alto porcentaje de empleados mayores de cierta edad, la sustitución de empleados por otros de formación más actualizada o preparados para nuevas tecnologías, la activación del mercado laboral, la incorporación de sectores específicos, etc. dentro de un plan e ordenación de recursos humanos, y como beneficio para el personal más antiguo, garantizando la jubilación futura sin merma por prejubilarse, a diferencia de los desempleados o los jubilados al amparo de la ley general de la seguridad social anteriores del 66.

La disposición citada plantea además una excepción de competencia legislativa:

A partir de la entrada en vigor del tan citado estatuto básico, no es ya suficiente un plan de ordenación de los recursos humanos elaborado por la Comunidad autónoma, sino que es necesaria una ley de las cortes generales, que reestablezca las condiciones especiales de dicha jubilación.

Nos encontraríamos pues, con una reserva de ley nacional.

De la misma manera, es requisito ineludible la celebración de un contrato de relevo en los términos previstos en el art. 12 del estatuto de los trabajadores.

¿Cómo se traslada el contrato de relevo a un supuesto de desempeño de un puesto funcionarial dotado presupuestariamente sin que se produzca la sustitución del personal funcionario?

Recordemos que a los funcionarios, de carácter general o especial, no les son aplicables las normas del Estatuto de los trabajadores.

Recordemos igualmente que se regulan por un régimen jurídico específico. De igual manera, los trabajadores no se ven afectados por disposiciones administrativas reguladoras de la posición de los funcionarios.

El hecho de existencia de un campo común como es la inclusión o no en el régimen general de la seguridad social, no cambia la naturaleza jurídica de la relación del funcionario con la administración.

Esta normativa al ser funcionario (estatutario) no es aplicable dado que evidentemente, queda acreditado que han de establecerse los requisitos específicos para este personal.

Ello determina que sin desarrollo no cabe la aplicación" automática" de la jubilación parcial de los trabajadores por cuenta ajena, que se engloban en el ámbito privado y no público.

De igual manera, esta postura se ratifica al analizar los antecedentes legislativos:

Que la regulación de la jubilación parcial en el ámbito público es especial y específica, al tener como finalidad mejorar tanto la administración como el mercado de trabajo en cuanto cantidad, calidad y estabilidad, se desprende nítidamente del enunciado de las diferentes leyes que han ido configurando a lo largo del tiempo la redacción actual de los citados artículos.

Así, el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, por el que se dio nueva redacción al apartado 1 del art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social, presentaba como enunciado el contener medidas urgentes para mejorar el mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad, y, por su parte, la redacción del apartado sexto del artículo doce del estatuto de los trabajadores, antes de la Ley 40/07 de 4 de diciembre, respondía a la modificación establecida por la ley 12/01, de 9 de julio, de medidas para el incremento del empleo y mejora de la calidad.

Estos principios, aplicables a la jubilación parcial con carácter general, depliegan a la luz de las normas citadas una especial obligación de cumplimiento y un desarrollo específico en el ámbito público.

Por lo tanto, el hecho de que el art. 12 del estatuto de los trabajadores no sea aplicable al personal público, no hace que se atenúen estos requisitos

sino que, al contrario, exige el establecimiento de un desarrollo específico para el cumplimiento de estos fines, por el que el personal estatutario no tiene un derecho que dependa solo del cumplimiento de los requisitos personales del mismo, sino que este derecho excepcional (porque excluye los derechos y obligaciones del funcionario), ha de ir aparejado al cumplimiento del objetivo previsto por la ley de mejorar la cantidad, calidad y estabilidad en el empleo.

De la misma manera, entendemos producida la vulneración del art. 124.1 de la LGSS: "Tendrán derecho a la pensión de jubilación (…) las personas (…), que reúnan las siguientes condiciones:

Haber cumplido sesenta y cinco años de edad.

Tener cubierto un periodo mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho y, como cuestión fundamental (dice), la vulneración del art. 166 de la LGSS y el art. 10 del R.D. 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, es decir, por no estar desarrollados por las comunidades autónomas los arts. 26.4 y 77 de la Ley 55/03, de 16 de diciembre, aprobatoria del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en relación con el derecho de dicho personal a la pensión de jubilación parcial.

Esta necesidad de desarrollo legislativo origina que la aplicabilidad automática pretendida por los solicitantes suponga una violación de los principios de competencia legislativa y jerarquía normativa, en los términos citados con anterioridad, al crear un conflicto entre una norma de rango superior por el no desarrollo por parte de la Comunidad Autónoma de una de rango inferior, subordinada esta última a la primera en orden de prelaciones con la que habrá que entender que considera vulnerado el principio de jerarquía normativa que consagra el art. 91 de la Constitución y desarrolla el art. 6 de la LOPJ.

En este sentido, es interesante la fundamentación del juzgado de lo Social nº 3, Madrid 178/2005 AS 2005/1684 que trascribimos:

"El art. 166 de la LGSS (RCL 1994, 1825) regula la jubilación parcial y en su punto 2º establece que "los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en cinco años, como máximo, a la exigida con carácter general, podrán acceder a la jubilación parcial, en las condiciones previstas en el apartado 6 del art. 12 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995,997).

Y en su punto 3º que el disfrute de la pensión de jubilación parcial en ambos supuestos será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial"

El art. 12.6 al que se remite la LGSS (RCL 1994.1825) dispone que "se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquellos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida, o cuando, reuniendo igualmente las citadas condiciones generales, haya cumplido ya dicha edad. La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial, y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total."

Pues bien, de acuerdo con la normativa anterior y teniendo en cuenta que los trabajadores son Personal Estatutario de la Seguridad Social, cuyo art. 26 se refiere a la jubilación, en su punto 4º establece que "podrá optar a la jubilación voluntaria total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. Los Órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de una plan de ordenación de recursos humanos".

De las normas transcritas con anterioridad, se deduce que, para que los trabajadores, (que no hay que olvidar que se trata de personal estatutario) tengan derecho a la reducción de jornada y a la jubilación parcial que solicitan, es preciso que los órganos competentes de la Comunidad de Madrid establezcan un plan de ordenación de los recursos humanos y este plan no existe en la actualidad según manifestó el letrado que compareció en representación de la Comunidad demandada; ni por parte de los actores se ha acreditado lo contrario, por lo que hasta que no exista este plan, dicho Organismo no está obligado lealmente a facilitar a los demandantes la reducción de la jornada como acceso a la jubilación parcial que reclaman, por todo lo cual procede desestimar la demanda y absolver a los demandados de las peticiones formuladas en su contra.

Consideramos infringidos los criterios de la jurisprudencia menor, entre otras, de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 163/2004, de 31 de mayo, JUR/2004/198381 en cuanto establece:

La cuestión controvertida en la presente litis se contrae a determinar si el derecho a la jubilación parcial es aplicable al personal estatutario, condición que ostenta el actor, como se deduce del hecho Duodécimo de la Sentencia de instancia. El régimen jurídico aplicable al mismo se contiene en la Ley Foral 11/92, de 20 de octubre, (RCL 1993, 372 y LNA 1992,286), re-

guladora del Régimen Específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud, tanto para personal funcionario como estatutario. Con carácter supletorio resulta de aplicación lo establecido con carácter general para los funcionarios al Servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos; lo que resulta plenamente coherente con el contendido del artículo 1-3 del Estatuto de los Trabajadores, que excluye a dicho personal estatutario del ámbito regulador del Estatuto Laboral.

Sentado lo anterior hay que resaltar que el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) vincula el reconocimiento de la jubilación parcial a la aplicación del artículo 12-6 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) (cuyo contenido se refiere a los contratos a tiempo parcial y de relevo que habrán de concertarse), precepto no aplicable al personal estatutario ni funcionario conforme a la exclusión del artículo 1-3 del referido texto legal.

Pese a que el recurrente no mantiene en su escrito de recurso una petición de condena a otorgar contrato de relevo y a suscribir con el actor un contrato a tiempo parcial hay que señalar, tal y como argumenta la Sentencia de instancia, que el principio de libertad de contratación, consagrado en nuestro Derecho, supone que el contrato sea el resultado de la libre y voluntaria negociación de las partes, no de una de ellas (en este caso la Administración) obligándole a concertar los contratos referenciados originariamente en el escrito de demanda."

De la misma manera se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social, Sección única, Sentencia núm. 1101/2003, de 1 de octubre, JUR/2003/275789 cuando señala:

"En efecto, el artículo 166.4 de la Ley General de la Seguridad Social se refiere a trabajador, y el actor está unido con el Servicio Murciano de Salud por una relación estatutaria, calificada en la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de Personal Estatutario de dicho Servicio, como "funcionarial especial"(artículo 1º); el Real Decreto Ley de 31-10-02, R.A. 2746, regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación a tiempo parcial, esto es, se refiere únicamente a trabajadores, conforme se desprende de su ámbito de aplicación (apartado 1º),y, finalmente la sección 3ª del Real Decreto de 31/10/2002, R.A. 2747, sobre "desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12/07/2002 (RCL 2002, 1755), de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible", tiene el siguiente tenor literal, con inclusión del artículo 4: "Sección 3º jubilación flexible. Artículo 4, ámbito de aplicación. Lo dispuesto en esta sección será de aplicación a todos los regímenes de la Seguridad Social, con la salvedad establecida en la disposición adicional primera del presente Real Decreto", por lo que no se refiere a la jubilación parcial en los

términos solicitados, sino a la jubilación flexible –concepto diferente-. Ante la regulación jurídica referida, la Sala encuentra, con claridad, y sin duda alguna, que el actor no tiene fundamento razonable para apoyar su pretensión."

A ello se añade que la ley 40/2007, de 4 de diciembre, en su disposición adicional séptima que en el plazo de un año el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos.

En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados. Por último, la jubilación parcial exige en trabajadores menores de 65 años la celebración de un contrato de relevo, contrato de relevo que no contempla el art. 9 del estatuto marco del personal de los servicios de salud.

## VI. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIAL. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA Nº 2611/08 RECURSO 1246/08 Y STS ANDALUCÍA GRANADA 2270/08

Dictada en pleno y por unanimidad, establece claramente la imposibilidad de aplicar la jubilación parcial de los trabajadores a los funcionarios, en este caso del Servicio Andaluz de Salud, puesto que ha de realizarse el desarrollo reglamentario, asumiendo íntegramente las argumentaciones y fundamentaciones realizadas por el letrado de la Administración de la Seguridad Social recurrente.

La misma establece el estudio pormenorizado de las dos situaciones jurídicas existentes: trabajador y personal funcionario, y después, desarrolla la inaplicabilidad automática de un régimen a otro.

Así, la sentencia citada, parte de la calificación de la naturaleza jurídica del personal estatutario en base a la doctrina del Tribunal Supremo reiterada y que recoge en la STS de 16/12/05 que cita.

Al respecto, establece la Ley 55/2003 reguladora del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de Salud en su art. 2.1 que es aplicable al personal estatutario que desempeñe su función en los centros e instituciones sanitarias de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración general del estado" calificando en su art. 1 la relación del personal afectado con su empleador (que no empresario) como "relación funcionarial especial",no por lo tanto laboral común, ni especial como pudiera serlo la de los deportistas profesionales o la de los representantes de comercio".

Partiendo de ello, el problema estriba en determinar si este personal, con relación funcionarial especial, puede o no acceder a la jubilación parcial y anticipada en las mismas condiciones que los trabajadores con relación

laboral común".

Como se observa, ya la sentencia del supremo citada y recogida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia establece la diferenciación clara entre trabajador y funcionario y dentro de cada uno de ellos, los de carácter especial:

Dentro de los trabajadores regulados por el Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores especiales como son los representantes de comercio y dentro de los funcionarios regulados en el estatuto básico del empleado público Ley 7/2007, de doce de abril, los funcionarios especiales es decir los que tienen además normas funcionariales recogidas en un estatuto específico como es el caso presente.

Ello plasma que la inclusión de ambos tipos de personal no supone, ni puede suponer, la desaparición de las situaciones jurídicas diferenciadas ni la aplicación de unas normas de un colectivo al otro.

Después, la sentencia recoge que, al remitirse al desarrollo reglamentario el art. 166 de la LGSS, se establece que no está contenida la regulación completa en la propia ley y que existirán diferentes reglamentaciones, en función de los diferentes colectivos que regule y las situaciones jurídicas que se establezcan, como no podía ser de otra forma.

De facto, ese artículo remite, para trabajadores menores de 65 años, al artículo 12.6 del Estatuto de los trabajadores, normativa inaplicable *ex lege* a los funcionarios. Abunda en ello, la designación exclusiva de la norma del personal al que se dirige como "trabajadores", no funcionarios.

Y es más se dirige a trabajadores por cuenta ajena, lo que excluye incluso a los demás tipos de trabajadores, además de a los funcionarios. En idéntico sentido se establece en el Real Decreto 1131/2002 regulador del régimen de seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial que se refiere a trabajadores por cuenta ajena ex art. 10, y constituye el desarrollo del art. 166 LGSS citado.

Por ello, concluye la sentencia 2 que las normas sobre jubilación parcial contenidas en la legislación antedicha, que constituyen la legalidad vigente, no resultan aplicables, en este momento, al personal que desempeñe su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la administración general del Estado que por el momento, no tiene regulado el derecho a la jubilación parcial y anticipada".

Por su parte, la sentencia del TSJ Andalucía Granada, de días posteriores, resalta algunos aspectos importantes, tales como la posición del servicio Andaluz de Salud, de su asesoría jurídica en las diferentes provincias y alguna mención a la legislación estatal.

En cuanto al primer aspecto, resulta al menos sorprendente que el SAS apoye el supuesto derecho a la jubilación parcial del personal a su cargo,

dejando el ejercicio de las competencias de desarrollo de la planificación que establece la legislación vigente. En todas las sentencias y con independencia del resultado, el SAS, como administración, siempre parece declinar el ejercicio de esta competencia y la defensa de sus propias competencias. En cuanto a la posición jurídica del SAS, nuestros datos establecen una posición dispar: se puede observar como en Granada, el SAS asume una postura de defensa competencial idéntica y anexa a la de los servicios jurídicos de la Administración de la seguridad social. En Huelva, de los antecedentes que se tienen, parece desprenderse una posición de neutralidad. En Cádiz, en los juicios que he celebrado, me he encontrado con el hecho de que el SAS ha mantenido la posición de no defensa por coincidir con lo que establecen los directivos de los servicios sanitarios, aunque, excepcionalmente, algún letrado se ha colocado apoyando nuestra posición.

No deja de ser sorprendente que la defensa de las competencias del SAS las realice, al defender las competencias estatales, el letrado de la administración de la seguridad social en solitario y que una administración presente tal apatía en la citada defensa de su atribución competencial.

Es probable, y sería deseable, que las sentencias favorables, obtenidas por la administración de la seguridad social, hagan varias su posición a las comunidades autónomas.

En cuanto a la ampliación de fundamentación, hemos de destacar que esta sentencia de Granada recoge la imposibilidad de los empleados públicos de acogerse a la jubilación parcial de los trabajadores, amén de por ser dos sistemas jurídicos distintos dirigidos a dos colectivos distintos, por prescribirlo la propia Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del empleado público, en la exposición de motivos párrafo 12 así como en su art. 67,de igual contenido que el art. 26 de la Ley 55/2003, por el que el personal estatutario, funcionarios, al igual que los empleados públicos, es decir, el resto de funcionarios, necesitan el correspondiente desarrollo reglamentario, que todavía no se ha producido.

También, destacar que tangencialmente (FD 3º) recoge la alegación del principio de reserva legislativa de estas competencias que efectúa la Ley 7/2007 que he efectuado reiteradamente en juicio, y que, hasta esta sentencia, no había tenido acogida.

## VII. CONCLUSIONES

El estudio realizado pone de manifiesto una serie de principios que, latentes, parece que necesiten ser especificados, de vez en cuando, judicialmente para que no dejen de perder eficacia.

Así tendríamos que:

A) Las normas tienen un sujeto pasivo al que van dirigidas y no pueden

aplicarse a supuestos no previstos por extensión "analógica" y, sobre todo, cuando existen dos normas básicas reguladoras independientes e incompatibles: estatuto de los trabajadores y estatuto de la función pública, acreditativos de esta separación radical.

La analogía se produce al interpretar una norma. Cuando se amplía el objeto de una norma, no se interpreta sino que se crea norma y las normas las crea el legislativo.

B) Situaciones jurídicas distintas impiden, salvo disposición expresa de ley, la aplicación de la normativa de un colectivo a otro, sobre todo cuando la naturaleza jurídica del mismo es tan dispar como lo público y lo privado, trabajador y funcionario.

C) La situación de los funcionarios con la inclusión en la seguridad social, no supone la aplicación automática de la normativa laboral. Al contrario, esta es inaplicable salvo que norma expresa determine su aplicabilidad. En caso de duda, primaría la normativa funcionarial al ser esta la reguladora de la relación jurídica del funcionario, de acuerdo con los principios constitucionales y administrativos.

Recuérdese que la relación funcionario con régimen de seguridad Social es secundaria e incluso no aplicable a todos los funcionarios.

D) Que es necesario el desarrollo legislativo del derecho a la jubilación parcial de los funcionarios estableciéndose las circunstancias para su ejercicio, salvaguardando los fines públicos y también, los derechos funcionariales.

La existencia de un derecho implica que, para su efectividad hayan de establecerse las condiciones de su ejercicio, es decir, su desarrollo reglamentario.

E) Que es necesario, en el análisis de cualquier problemática, partir del inicio, de la situación y naturaleza jurídica de los elementos que la integran. Si se cuestiona un problema relativo a un trabajador o a un funcionario, ha de partirse de la naturaleza jurídica de estos y, desde ella, interpretar y analizar la problemática.

A título ejemplificativo, para interpretar la aplicación de las normas del régimen general de la seguridad social en el que se integran, por ejemplo, funcionarios de la seguridad social y trabajadores, ha de partirse de que su naturaleza jurídica es distinta y por lo tanto, los resultados interpretativos diferentes.

Por último, sigue siendo necesario a nuestro juicio que los desarrollos reglamentarios se produzcan en los tiempos previstos y que las leyes vayan acompañadas de estos, en aras de evitar situaciones de "vacatio" de desarrollo, que generan una innecesaria conflictividad y una gran inseguridad jurídica en materias, como la jubilación, de especial trascendencia.

Si se observa con especial detenimiento lo acaecido en relación a la ju-

bilación parcial de los funcionarios, se nos mostrará con especial nitidez que esta reforma de la jubilación parcial ha incurrido en el incumplimiento de varios de los principios citados al inicio.

Evidentemente, la previsible, por acuciantemente necesaria, reforma de la seguridad social, ha de separarse de esta forma de actuar y regirse más, a nuestro juicio, por los principios citados en el encabezamiento.

# José Andrés Álvarez Patallo

Letrado de la Administración
de la Seguridad Social.

## LAS FUNCIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### SUMARIO:

I.- Funciones principales.
- I.1.- La función de orientación social.
- I.2.- Tratamiento de los conflictos declarados.
- I.3.- La legitimación del poder.

II.- Funciones secundarias.
- II.1.- La función organizativa.
- II.2.- La función educativa.
- II.3.- La función promocional.
- II.4.- La función distributiva.
- II.5.- La función integradora.

Si nos planteamos a nosotros mismos la pregunta de cuál es la función o las funciones de la Seguridad Social, podemos quedarnos en un plano global y responder que es la protección social, aunque también podemos descender a un plano concreto y responder que es la gestión de las prestaciones de la Seguridad Social, o la recaudación del dinero con que hacer frente al pago de dichas prestaciones. Considero que ninguna de las dos respuestas es satisfactoria, fundamentalmente porque ambas son demasiado simplistas y se formulan desde una consideración ajurídica de la Seguridad Social. Es cierto que esta es a menudo identificada con las estructuras organizativas encargadas de gestionar los ingentes presupuestos destinados a la protección social. En otras ocasiones es identificada con dinero, de las cotizaciones o de las prestaciones. Pero lo que no podemos olvidar es que, por encima de todo, la Seguridad Social es Derecho, pues este regula la creación y funcionamiento de las entidades gestoras que han de administrar las prestaciones sociales y fija los requisitos de acceso a dichas prestaciones, y lo mismo puede decirse de la recaudación. Sin embargo, esto se olvida con frecuencia dado que se trata de una novedosa rama del Derecho, que además ha estado sometida práctica-

mente a lo largo de toda su existencia a un proceso constante de renovación normativa, que contrasta, sin embargo, con la pervivencia de abundante normativa reglamentaria preconstitucional. Esa renovación normativa constante, asistemática, pragmática, en la que el Parlamento se ha visto desposeído de la iniciativa legislativa en favor del acuerdo del gobierno con sindicatos y empresarios, ha conducido a mi entender a un cierto empobrecimiento del Derecho de la Seguridad Social. Asimismo, la enorme repercusión política, económica y sociológica de la Seguridad Social ha contribuido también a que su dimensión jurídica quede eclipsada. Por ello, en este trabajo trataré de abordar, aunque sea someramente, el análisis de las funciones de la Seguridad Social, y trataré además de hacerlo sin separarme del análisis de las funciones del Derecho en general.

## I.- FUNCIONES PRINCIPALES

Ferrari distingue tres funciones principales del Derecho, a saber, la orientación social, el tratamiento de conflictos declarados y la legitimación del poder. Básicamente, aunque con otros nombres no muy diferentes, estas funciones las encontramos también en Rehbinder[1], que añade dos más: la configuración de las condiciones de vida y la administración de justicia.

**I.1.- La función de orientación social.** Consiste en "dirigir a una multitud de personas relativamente interdependientes hacia el cumplimiento de una multitud de modelos relativamente coherentes y universales, es decir, capaces de sugerir decisiones sobre cualquier dilema de conducta que pueda presentarse en la interacción social"[2]. Esta función consiste básicamente en ofrecer a los ciudadanos un código de comportamiento, es decir, una guía de lo que está bien y lo que no para poder vivir pacíficamente en sociedad. Ese código de comportamiento debe ser acorde básicamente con las ideas vigentes en la sociedad si se quiere que subsista, pues ningún ordenamiento jurídico perdurará si los principios que lo informan son totalmente ajenos a la sociedad en que se aplica, ya que el número de ciudadanos que cumple las normas pensando en la sanción que sufrirá en caso contrario es mínimo. Por el contrario, el cumplimiento de las normas se produce en la inmensa mayoría de los casos de modo espontáneo, ya que, como diría Ortega y Gasset, la verdadera eficacia del Derecho se sustenta en la opinión pública[3]. Aunque discrepo del ilustre filósofo en la manera en que se forman los principios del Derecho, que él atribuye al descubrimiento

[1] Rehbinder, M.: *Sociología del Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981, pág. 167.

[2] Ferrari, V.: *Funciones del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1989, pág. 133.

[3] Ortega y Gasset, J.: *La rebelión de las masas*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983, pág. 128.

de algunos hombres "especialmente inspirados"[4], sí que comparto su opinión de que cuando esos principios son los que están ínsitos en la sociedad "entonces, y solo entonces, podemos hablar, en la plenitud del término, de derecho, es decir, de norma *vigente* [en cursiva en el original]. No importa que no haya legislador, no importa que no haya jueces. Si aquellas ideas señorean de verdad las almas, actuarán inevitablemente como instancias para la conducta a las que se puede recurrir"[5]. Es la teoría sostenida igualmente por Talcott Parsons, para quien el individuo concreto y normal es concebido como una "personalidad moralmente disciplinada", lo cual significa que los elementos normativos se han hecho internos, subjetivos para él y que en cierto sentido se identifica con ellos. De este modo, la fuerza sigue operando como un elemento de reserva, esto es, secundario, pero "la principal base de la eficacia de un sistema de reglas, en su conjunto, estriba en la autoridad moral que ejerce"[6].

En definitiva, en esta función el Derecho constituye un código de conducta para la convivencia pacífica en sociedad. Dicho código no puede ser ajeno a la moral imperante en la sociedad a la que se dirige, pues en tal caso no sería acatado de manera espontánea, sino solo mediante el uso coactivo de la fuerza, el cual debe ser siempre un recurso extremo. Por otra parte, tal como veremos a continuación, el Derecho también dispone de instrumentos para que las reglas de conducta que componen su código de orientación social puedan calar en la sociedad con ese mismo fin de conseguir la convivencia pacífica y ordenada.

Esta función es igualmente importante en la Seguridad Social. La inmensa mayoría de los trabajadores y de los empresarios cotizan a la Seguridad Social de modo espontáneo, constituyendo de esta forma el recurso a la fuerza una última instancia. En buena parte ello deriva de que el Derecho de la Seguridad Social se asienta firmemente en el sistema de valores vigente en nuestra sociedad. Esto es así hasta el punto

[4] Me parece mucho más interesante la explicación que aduce Benjamín Rivaya desde el punto de vista del materialismo jurídico: "A salvo posibles excepciones, el Derecho tiene el contenido que tiene porque así viene determinado (probabilísticamente) por las circunstancias infraestructurales existentes. Esto significa que las leyes no son simplemente el producto de la intuición, la imaginación o la creatividad política de grandes (o no tan grandes) hombres sino, según el materialismo cultural, el producto de circunstancias materiales, infraestructurales, de la vida social". (Rivaya, B.: *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 130).

[5] Ortega y Gasset, J.: *La rebelión de las masas* cit., pág. 185.

[6] Calvo García, M.: "Poder, fuerza e integración social en la teoría sociológica de Talcott Parsons". En VV. AA.: *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (coordinador: Juan Antonio García Amado), Dykinson, Madrid, 2001, pág. 99.

de que, cien años después del nacimiento de la protección social obligatoria, en España el 74 por ciento de la población considera que es responsabilidad del Estado reducir las diferencias entre las personas que tienen altos ingresos y las que tienen bajos ingresos; el 80 por ciento opina que es responsabilidad del Estado ofrecer asistencia sanitaria para todos (un 18 por ciento cree que probablemente debería serlo y solo un 1 por ciento cree que no); un 79 por ciento cree que es responsabilidad del Estado asegurar pensiones dignas a los ancianos (un 19 por ciento cree que probablemente debería serlo y solo un 1 por ciento cree que no)[7]; y un 68 por ciento cree que el Estado debe ser el único o principal responsable del cuidado y atención de las personas en situación de dependencia, es decir, ancianos, discapacitados o enfermos que no puedan valerse por sí mismos (un 26 por ciento cree que la principal responsabilidad recae sobre la familia, aunque el Estado debe ofrecer recursos de apoyo, y solo un 5 por ciento cree que deben ser las familias las únicas responsables de ese cuidado)[8].

El Derecho de la Seguridad Social ofrece así un código de conducta basado en la solidaridad y la protección social que orienta a los ciudadanos acerca del modo en que deben comportarse respecto al cumplimiento de sus obligaciones para con el sistema, y ese código de conducta es acatado de manera espontánea en la mayoría de los casos porque se asienta sobre los valores éticos vigentes en la sociedad a la que se dirige.

**I.2.- Tratamiento de los conflictos declarados.** Esta función implica "la intervención *ex post factum*, después de que los sujetos interactuantes hayan experimentado la imposibilidad de establecer un punto de encuentro cualquiera entre los propios intereses contrapuestos"[9]. Esta sería la función represora propia del Derecho Penal o la función principal de encauzamiento de conflictos del Derecho Procesal. En la Seguridad Social también se manifiesta en las normas sancionadoras, como el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto[10]. Para Bobbio esta función tradicional del Derecho ha perdido peso debido a la creciente importancia de los medios de socialización o condicionamiento del

[7] Datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, "Los ciudadanos y el Estado", estudio CIS 2206, enero 1996. http://www.cis.es.

[8] Datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, "La opinión en los barómetros de 2004: discapacidad", estudio CIS 2581, noviembre 2004. http://www.cis.es.

[9] Ferrari, V.: *Funciones del Derecho* cit., pág. 114.

[10] BOE de 8 de agosto de 2000, número 189.

comportamiento colectivo y al aumento de los medios de prevención social. De este modo, "bien entendido que así como los organismos sociales que deberían desarrollar la función sustitutiva estarían también regulados por el Derecho, sería más propio en este caso hablar de pérdida no del Derecho *tout court*, sino del Derecho en su función represiva, que no es la única aunque sí la erróneamente considerada exclusiva, a través del paso, por lo demás ya en marcha, desde un Derecho compuesto principalmente por normas de conducta a un Derecho compuesto casi exclusivamente por normas de organización"[11].

En este proceso desarrolla un papel importantísimo la Seguridad Social, en la que se manifiestan, como más adelante se verá con mayor detalle, las principales tendencias de esta evolución, esto es, la integración social y la conversión del Derecho en regulador de organizaciones destinadas a promover dicha integración. Un ejemplo bien claro de la decadencia del Derecho Penal lo tenemos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[12], en la que, de setenta y dos artículos, sólo diez son normas penales, siendo las demás normas de educación y concienciación social, de organización, de prevención y de protección social y laboral. Es decir, la sociedad no acepta que el Derecho se limite a castigar el delito ya cometido porque este, sobre todo en determinados casos, se ha vuelto intolerable. Se pretende ir más allá, es decir, evitar la comisión del delito, y en esta labor el Derecho de la Seguridad Social desempeña un papel fundamental frente a la función tradicional de tratamiento de los conflictos declarados.

**I.3.- La legitimación del poder.** Implica justificar una acción "exhibiendo su adhesión a un modelo normativo reconocible por su interlocutor"[13]. Esta función, que es capital en el Estado de Derecho sometido al imperio de la Ley, despliega toda su virtualidad en el ámbito del Derecho público, incluido el Derecho de la Seguridad Social. Este se mantuvo hermanado con el Derecho del Trabajo durante buena parte de su existencia, concretamente mientras el sistema de Seguridad Social era exclusivamente de carácter contributivo, o sea, destinado a proteger a los trabajadores y sus familias y financiado mediante cotizaciones satisfechas por aquellos y por los empresarios empleadores. Sin embargo, actualmente el Derecho de Seguridad Social ha adquirido autonomía propia, derivada de la universalización subjetiva, que ha incluido dentro de su ámbito de protección a personas que no son trabajadores por cuenta ajena o que ni siquiera son

[11]Bobbio, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pág. 262.

[12]BOE de 29 de diciembre de 2004, número 313.

[13]Ferrari, V.: *Funciones del Derecho* cit., pág. 199.

trabajadores[14]. De todos modos, aunque sea más discutible que pueda considerarse una rama del Derecho Administrativo, el Derecho de la Seguridad Social es indudablemente Derecho público, entendido este como aquel que se caracteriza "por la intervención pasiva o activa de los poderes públicos a través de cualquiera de sus agencias, lo cual puede redundar en posiciones jurídicas asimétricas o desiguales derivadas de relaciones institucionales de jerarquía o de la posición de autoridad y subordinación que se produce cuando en la relación se involucran sujetos particulares"[15]. En todo caso, hay que recalcar que lo determinante del Derecho público es que esa intervención administrativa opera como necesaria, a diferencia de las relaciones de Derecho privado en que puede intervenir la Administración[16]. A lo anterior habría que añadir el carácter imperativo del Derecho de la Seguridad Social, manifestado en los arts. 3, 24 y 105 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS)[17], que lo excluye de cualquier posibilidad de negociación o pacto en su aplicación y lo aleja claramente del Derecho privado[18].

Pues bien, en su actuación las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, e incluso las entidades colaboradoras, deben actuar con el debido respaldo legal, es decir, evitando las actuaciones de hecho o contra Derecho (art. 9.1 CE), lo que legitimará su actuación. De ahí que esta función legitimadora sea tan importante en el Derecho de la Seguridad Social.

## II.- FUNCIONES SECUNDARIAS

Ferrari admite su existencia, aunque no las considera propiamente funciones, sino más bien fines u objetivos que debe alcanzar el Derecho. No obstante, la evolución actual del Derecho, en parte explicitada al hablar anteriormente de la crisis tradicional del Derecho Penal según Bobbio, ha fortalecido esas "funciones secundarias", hasta el punto de que constituyen la función principal en algunas ramas del Derecho, como el de la Seguridad

[14] Rodríguez Ramos, M. J.: Gorelli Hernández, J. y Vílchez Porras, M. *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 43. En similares términos Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 38.

[15] Calvo García, M.: *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 26.

[16] Entrena Cuesta, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 64, y Parada, R. *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2003, vol. I, pág. 14.

[17] BOE de 29 de junio de 1994, número 154.

[18] Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2005, vol. I, pág. 47.

Social. Por esa razón me referiré a ellas igualmente como funciones. Serían la función organizativa, la función educativa, la función promocional, la función distributiva y la función integradora.

**II.1.- La función organizativa.** "Se utiliza de forma regular para describir ambientes y mecanismos de decisión en relación con la formación y aplicación del Derecho. Sin embargo, parece claro el carácter instrumental de las acciones de organización respecto a la realización de las funciones del Derecho, entendidas como tareas u objetivos primarios. Estas corresponden a necesidades inmediatas atribuibles a los sujetos interagentes. La acción de organización y la propia construcción de estructuras organizativas son a su vez instrumentos dirigidos a coordinar procesos de toma de decisión en los que se resuelve la realización de esas tareas"[19]. Se puede apreciar claramente en Ferrari la concepción tradicional del Derecho como Derecho penal y civil, para los que el Derecho procesal tendría carácter instrumental. Ahora bien, lo uno no puede funcionar sin lo otro, especialmente en un Estado de Derecho en que el procedimiento legal se convierte en garantía de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Todas las ramas del Derecho se componen por igual de normas jurídicas, de modo que entiendo que debe ponerse en tela de juicio esa consideración de la función organizativa como secundaria o meramente instrumental. En el Derecho de la Seguridad Social la función organizativa ocupa un papel importante al regular la organización y competencias de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social[20], así como los diversos procedimientos administrativos (para la evaluación de la invalidez, afiliación, altas y bajas de los trabajadores, inscripción de empresas, recaudación, imposición de sanciones, reintegro de prestaciones indebidas, etc.). Sin esa organización administrativa y sin esos procedimientos de gestión de los servicios encomendados, la Seguridad Social no podría cumplir su función. No en vano, se ha definido el Derecho de la Seguridad Social como "el conjunto de normas jurídicas que definen las necesidades sociales protegibles mediante técnicas específicas de cobertura y el grado de protección frente a tales necesidades, así como los procedimientos ordenados a ese fin"[21]. De acuerdo con la concepción de Ferrari, en un coche lo importante es el motor y las ruedas son secundarias, pero olvida que, por muy potente que sea el motor, el coche no podrá desplazarse sin ruedas. Es más, una de las causas de la crisis del Derecho en los últimos decenios ha sido la de su ineficacia debido al colapso de la

[19] Ferrari, V.: *Funciones del Derecho* cit., pág. 121.

[20] Arts. 57 a 95 de la LGSS y sus normas de desarrollo.

[21] VV. AA.: *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (Dirección Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia), Thomson Aranzadi, 2005, pág. 1969.

Administración de Justicia. Se comprobó que de nada servía tener buenas leyes si las leyes procesales estaban anticuadas y la Administración de Justicia mal organizada y peor dotada de medios. La mejora del funcionamiento de la Justicia en los últimos años ha sido el fruto de una mejora y modernización de la Administración de Justicia y de la aprobación de leyes procesales más ágiles y modernas.

**II.2.- La función educativa.** Esta función se desarrolla especialmente con el aumento del intervencionismo estatal y va asociada directamente con el fenómeno de la "inflación legislativa" a que conduce dicho intervencionismo. En este apartado, Ferrari cita a Evan para señalar que "el Derecho surge no solo para codificar costumbres inveteradas, reglas morales o costumbres ya existentes", actuando de un modo pasivo, sino que también opera activamente "para modificar el comportamiento y los valores existentes en una determinada sociedad"[22]. También Rehbinder se suma a esta función del Derecho al señalar que "en sociedades dinámicas como la nuestra, con su gran movilidad, hay que añadir que el Derecho también tiene que cuidar de una reorientación o transformación del comportamiento, del surgimiento de nuevas costumbres y de la formación de nuevas expectativas de la conducta, que corresponden a las condiciones cambiantes de la vida del grupo o del individuo"[23].

Personalmente, soy escéptico con el empleo del Derecho para esta misión, pues un ordenamiento jurídico apartado de los principios imperantes en una sociedad será un ordenamiento inane que conducirá a la anomia[24]. La reorientación del comportamiento de los ciudadanos debe hacerse fundamentalmente a través de la educación y, con el tiempo, la propia sociedad reclamará la promulgación de la norma acorde con los nuevos principios. Otra cosa distinta y muy saludable es que el legislador sea valiente en un momento determinado y promulgue leyes que rompan con tradiciones inveteradas y reaccionarias que no son acordes con un sector importante de la sociedad o que directamente vulneran sus derechos.

**II.3.- La función promocional.** Esta función está presente en Ferrari, Bobbio y Rehbinder. Tiene que ver con la decadencia de la función represiva tradicional del Derecho, de manera que "este procedimiento consiste

[22] Ferrari, V.: *Funciones del Derecho* cit., pág. 122.

[23] Rehbinder, M.: *Sociología del Derecho* cit., pág. 161.

[24] Una sociedad no puede explicarse atendiendo a las normas que la regulan, sino al comportamiento de los ciudadanos. De lo contrario, bastaría para explicar una cultura con tomar su ordenamiento jurídico y sustituir donde pone "debe" por "es", lo que resulta a todas luces absurdo. Como muy bien explica Benjamín Rivaya, "evidentemente, los juristas necesitan mantener cierta fe en el Derecho, pero no han de creer que los problemas sociales se resuelven simplemente legislando" (Rivaya, B.: *El materialismo jurídico* cit., pág. 258).

precisamente en una ventaja ofrecida al que observa la norma, mientras que la inobservancia de la norma no tiene ninguna consecuencia jurídica"[25]. Asimismo, es consecuencia del intervencionismo estatal, que sustituye la función tradicional del Estado liberal de "tutelar" o "garantizar", por la función del Estado social de "promover"[26].

La Seguridad Social no es ajena a esta función, como puede apreciarse en las bonificaciones de cuotas por contratar a trabajadores minusválidos y a mujeres de cierta edad, o para que los contratos de trabajo sean indefinidos con objeto de reducir la temporalidad.

**II.4.- La función distributiva.** Para Ferrari[27] "cualquier relación humana no es más que una proyección, más o menos inmediata, de regulaciones determinadas por la escasez de los recursos disponibles". El Derecho se convierte así en un "mecanismo de cambio y de distribución". Esta función es más que evidente en el Derecho civil o en el Derecho mercantil, que regulan relaciones de intercambio entre personas, ya sean físicas o jurídicas. La peculiaridad actual se encuentra en que, como dice Rehbinder[28], "se trata también de distribuir los resultados del progreso científico y técnico de una manera socialmente más justa", pues "hoy sabemos de lo insuficiente de una igualdad jurídica que se limita a lo formal". Esa necesidad de asegurar los derechos de los ciudadanos no solo en el plano formal, sino también en el material, es la que tradicionalmente se ha exhibido como causa del nacimiento del Estado Social, caracterizado por su intervencionismo. Como consecuencia de ello, el Derecho sigue desempeñando una función distributiva, pero con la particularidad de que ahora se lleva a cabo en gran parte con la intermediación del Estado. Así lo recoge igualmente Bobbio[29] cuando señala que "en el paso del Estado de Derecho al Estado administrativo ha crecido enormemente la función distributiva del Derecho, hasta el punto de que es imposible no darse cuenta de ello. Y ha crecido precisamente en la medida en que ha decaído la no injerencia del Estado en la esfera de las relaciones económicas y en que el reparto de los recursos (y no solo económicos) se ha sustraído en gran parte al contraste de los intereses privados habiendo sido asumido por los órganos del poder público".

Ya vimos al principio de este trabajo que aquellas funciones del Derecho

[25] Bobbio, N.: *Contribución a la teoría del Derecho* cit., pág. 269.

[26] "No sólo penas y prohibiciones, sino también beneficios y la concesión de libertades jurídicamente protegidas pueden ser utilizadas para influir sobre la vida del grupo de manera positiva, subrayando una actividad que está en interés del individuo y del grupo" (Rehbinder, M.: *Sociología del Derecho* cit., pág. 167).

[27] Ferrari, V.: *Funciones del Derecho* cit., pág. 120.

[28] Rehbinder, M.: *Sociología del Derecho* cit., pág. 143.

[29] Bobbio, N. *Contribución a la teoría del Derecho* cit., pág. 267.

que son consideradas como de carácter secundario por los juristas devienen, sin embargo, como las más importantes para el Derecho de la Seguridad Social. Ello es fruto de la conceptuación tradicional del Derecho como equivalente al Derecho penal o al Derecho civil, obviando las nuevas ramas del Derecho, que desempeñan una función cada vez más importante en las sociedades desarrolladas[30].

La particularidad de la función de intercambio de bienes en el Derecho de la Seguridad Social radica en que la misma se lleva a cabo a través de un intermediario, que es el Estado, y que, como veremos, no persigue tanto la paridad entre los bienes intercambiados (justicia conmutativa) como la redistribución de la riqueza (justicia distributiva)[31].

Para cumplir esta función la Seguridad Social emplea la técnica mutualista. Esta consiste en una operación económica con la cual, mediante la contribución de muchos sujetos expuestos a eventos económicamente desfavorables, se junta la riqueza para quedar a disposición de aquellos sujetos a quienes se presenta la necesidad[32]. La Seguridad Social sigue fiel a la técnica mutualista propia de los seguros privados como mecanismo de funcionamiento[33], es decir, que reparte entre todos los miembros de un determinado colectivo, lo más amplio posible, las cargas que supone la protección de los mismos frente a determinadas situaciones de necesidad previamente definidas[34]. Tal como señala Venturi, "con la Seguridad Social, la mutualidad aseguradora se extiende hasta crear una *Gefahrengemeinschaft* entre todos los miembros de la máxima comunidad jurídica territorial que reparten entre ellos mismos su propia carga: la función del ente mutualístico se asume directamente por el Estado, que proporciona las prestaciones y recibe las cotizaciones"[35]. La diferencia entre cualquier forma de

[30] El olvido, e incluso menosprecio, hacia el Derecho de la Seguridad Social se ha manifestado en todos los órdenes, incluido el académico, en el que ha sido preterido sistemáticamente en los planes de estudio universitarios. Sin embargo, hablar de función secundaria resulta llamativo cuando el presupuesto de gasto de la Seguridad Social para 2010 supera los 109.079 millones de euros (http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Presupuesto_aprobado/Gastos/127509), y cuando absolutamente toda la población es destinataria, no potencialmente, sino realmente, de las normas de la Seguridad Social, bien como cotizantes, bien como beneficiarios.

[31] Ball, R. M.: *Social Security today and tomorrow*, Columbia University Press, New York, 1978, pág. 302. En similares términos Douglas Brown, J. *An American philosophy of Social Security*, Princeton University Press, New Jersey, 1973, pág. 43.

[32] Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar, Madrid, 1962, pág. 5.

[33] Ball, R. M.: *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 11.

[34] *Ibíd.*, pág 289.

[35] Venturi, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, pág. 607.

seguro y la comprensiva extensión de la Seguridad Social en el estado de bienestar es de índole menor. Una vez que los riesgos son compartidos el individuo ya no afronta la incertidumbre solo, sino como parte de un grupo más amplio. La novedad que la seguridad social incorporó consistió en extender este modo de enfrentarse colectivamente al riesgo de un pequeño círculo, a veces seleccionado según conveniencia, a veces abandonado a su propia suerte, a un grupo mucho mayor -posiblemente la sociedad en su totalidad- e incluso, por medio de las transferencias intergeneracionales, a los que aún no han nacido[36].

No obstante, la Seguridad Social presenta algunas particularidades, que, en mi opinión, son intrascendentes a efectos de desvirtuar dicha técnica. La primera de dichas particularidades sería su imposición coactiva, imprescindible como hemos visto para el cumplimiento de su función[37], o, dicho de otro modo, el aseguramiento por parte de la Seguridad Social no nace de un acuerdo de voluntades, sino de la ley, y no solo en cuanto a la cotización, sino también respecto a las prestaciones, pues estas son satisfechas por el ente asegurador no en relación a las cuotas satisfechas, sino a las cuotas que debieran haberse satisfecho (art. 126 LGSS). Ahora bien, ello no desdibuja la técnica mutualista, pues las obligaciones no solo nacen del acuerdo de voluntades, sino también de la ley (art. 1089 CC)[38], sin contar con que nuestro ordenamiento jurídico contempla casos de seguros privados impuestos coactivamente, como el de circulación de vehículos de motor.

La segunda particularidad radica en la disparidad entre cotizaciones y prestaciones, pues se sustituye la *proportio rei ad rem*, propia de los seguros privados, en que rige la justicia conmutativa, por la *proportio rei ad personam*, propia de la Seguridad Social, en que rige el principio de justicia distributiva[39]. Esta particularidad es más característica de los sistemas de Seguridad Social asistencial que de los sistemas contributivos, en los que las prestaciones se otorgan en proporción al esfuerzo de cotización que ha hecho el beneficiario. El sistema de Seguridad Social español continúa siendo esencialmente contributivo, pero el propio TC también ha aceptado la aplicabilidad al mismo del principio de la justicia distributiva y de ese modo la sentencia 134/1987, de 21 de julio, afirma que "sin negar que, como ya se dijo en la citada STC 121/1983, el régimen de la Seguridad Social se

[36] Baldwin, P.: *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 18.

[37] Ball, R. M.: *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 6.

[38] Borrajo Dacruz, E.: *Estudios jurídicos de previsión social cit.*, pág. 9.

[39] Venturi, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., pág. 610.

asienta en alguna medida en el principio contributivo, conviene tener en cuenta que la relación entre cotización y prestación que se da en una relación contractual no puede trasladarse en forma automática al régimen legal de la Seguridad Social. De un lado, porque la conexión inmediata y directa entre la cotización y la pensión propia del régimen contractual no existe en el régimen general de la Seguridad Social, en que las prestaciones a que el asegurado tiene derecho son diversas (por ejemplo, asistencia sanitaria, jubilación, viudedad), sin que de la limitación o reducción de una de ellas pueda concluirse que se haya producido una privación de derechos si el bloque de derechos y prestaciones del asegurado se mantiene en su conjunto. Por otra parte, la relación dual entre el asegurado y la empresa aseguradora propia del régimen contractual desaparece en el régimen legal de la Seguridad Social, donde las empresas o entidades para las que se trabaja y el mismo Estado participan junto a los contratantes con aportaciones que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De todo ello resulta que los afiliados a la Seguridad Social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir, de las pensiones respecto a las cuales no se ha producido el hecho que las causa".

Ahora bien, en cualquier caso, el principio de justicia distributiva propio de la Seguridad Social no altera el espíritu de la técnica mutualista, entre otras razones porque no es ajena a los seguros privados, en los que, precisamente en atención a dicha técnica, cabe la posibilidad de contribuir durante toda una vida sin recibir nada a cambio porque no se ha actualizado el riesgo cubierto[40].

La función distributiva o redistributiva se realiza en la Seguridad Social de manera horizontal y de manera vertical[41]. La redistribución horizontal se da entre individuos que pertenecen a una misma clase o grupo de nivel de rentas, y no entre individuos pertenecientes a clases de rentas de diferentes cuantías. Es la que operaría entre activos y pasivos. De este modo, la obtención de medios se da en relación con cada miembro de la población que posea capacidad contributiva y la distribución, teniendo esencial y fundamentalmente una función indemnizatoria, destina tales medios a reparar, en todo o en parte, las consecuencias dañosas de determinadas contingencias que se verifican en relación con determinados individuos[42].

[40] Ball, R. M.: *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 300.

[41] Venturi, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* cit., págs. 710 y 711.

[42] Por esa razón para Ball la Seguridad Social nunca puede ser considerada como un programa de gasto: "in a major sense, social security isn´t government spending at all. The program simply transfers money from workers to those who have retired" (Ball, R. M.: *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 306).

La redistribución vertical se da entre grupos de diferente nivel de rentas, pues a medida que se asciende en la escala de las rentas, los individuos pagan una cotización cada vez mayor respecto de los beneficios a que tienen derecho, y este excedente va a financiar la distribución de beneficios a quienes pertenecen a grupos de menor renta, que pagan menos de lo que reciben, y a quienes no tienen renta, que no pagan nada. No obstante, debe decirse que, en mi opinión, esta redistribución vertical se mitiga bastante en los sistemas de Seguridad Social contributiva, en los que un mayor esfuerzo de cotización se ve recompensado con una cuantía más elevada para la prestación. No obstante, incluso en este tipo de sistemas, opera la redistribución vertical a través de diversos mecanismos, como pueden ser, en el caso español, la limitación de la cuantía máxima de las pensiones o los complementos por mínimos[43]. A cambio, en los sistemas contributivos se refuerza lo que podríamos llamar previsión o redistribución temporal, consistente en transferir dinero del periodo en que el trabajador está en activo al periodo en que se interrumpe la percepción salarial[44].

**II.5.- La función integradora.** Para mí, junto con la función distributiva, es la función más importante del Derecho de la Seguridad Social. Consistiría en lograr la cohesión de los individuos entre sí y en relación al grupo social. Para CALVO GARCÍA "la sumisión de los individuos al todo social no se produce coyunturalmente, sino que se asegura de una vez por todas mediante la integración del individuo en el todo social y su aceptación generalizada de las formas de dominación que aseguran el orden social establecido"[45]. JAVIER DE LUCAS define la integración social como "inserción de un individuo o grupo en una colectividad mayor cuyas cualidades se adquieren, y que podríamos denominar también "socialización" (vs. "marginación") (…) Se trataría de un proceso asegurado por modelos de cultura normativa, y cuyo resultado es la armonía social, la superación del conflicto"[46].

REHBINDER también otorga una gran importancia a esta función cuando afirma que "el Derecho es un instrumento de poder social que por medio del equilibrio de intereses contradictorios debe conseguir y fomentar la so-

[43] GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La reforma de las pensiones públicas a través de la definición de sus principios organizativos". En *Cuadernos de relaciones laborales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1998, nº 12, págs. 43 y 47.

[44] BALL, R. M. *Social Security today and tomorrow* cit., pág. 305.

[45] CALVO GARCÍA, M.: *Poder, fuerza e integración social en la teoría sociológica de Talcott Parsons* cit., pág. 119.

[46] DE LUCAS, J.: *El concepto de solidaridad*, Distribuciones Fontamara, México DF, 1993, pág. 20.

lidaridad de la comunidad"[47]. Debe aclararse que el término solidaridad debe entenderse en este contexto como sinónimo de integración social. Continúa diciendo que "la función social del Derecho consiste, por tanto, en la integración del grupo".

La cuestión estriba en descubrir el modo en que el Derecho puede conseguir esa integración social. Ya vimos que Bobbio es muy escéptico respecto a la capacidad del Derecho para obtener esa integración, que él fía más bien en "la socialización, es decir, la prosecución de la adhesión a valores establecidos y comunes, y la imposición de comportamientos considerados relevantes para la unidad social con la consiguiente represión de los desviantes", de modo que "una sociedad en la que las ciencias sociales, desde la psicología hasta la pedagogía, hayan conseguido suprimir las causas de los conflictos sería una sociedad sin prisiones"[48]. En esto Bobbio coincide con Parsons y Banton. El primero argumenta que "el principal problema funcional relativo a la relación del sistema social con el de la personalidad implica el aprendizaje, el desarrollo y el mantenimiento a través del ciclo vital de una motivación adecuada para participar en patrones de acción socialmente controlados y evaluados. De manera recíproca, una sociedad debe también satisfacer o recompensar adecuadamente a sus miembros, por medio de esos patrones de acción, para poder aprovecharse continuamente de sus realizaciones con el fin de poder funcionar como sistema. Esta relación constituye la "socialización", o sea, el complejo total de los procesos por medio del que las personas se convierten en miembros de la comunidad societaria y mantienen su posición como tales"[49]. En parecidos términos señala Banton que "el nivel del control, sea alto o bajo, queda establecido por los tipos de relación social que existen entre los individuos que forman la sociedad y en su eficacia para obtener que la gente acate pautas de conducta prescriptas. El número de personas que obedecen el Derecho y siguen esas pautas, sin pensar siquiera una vez en la eficiencia policial, constituye un notable testimonio del poder de las normas sociales y de los métodos empleados por la humanidad para educar a los niños en el respeto de las mismas: la mayoría de las personas crecen con un acondicionamiento tal que no pueden sentirse felices si llegan a violar las normas más importantes"[50].

[47] Rehbinder, M.: *Sociología del Derecho* cit., pág. 155.

[48] Bobbio, N.: *Contribución a la teoría del Derecho* cit., pág. 262.

[49] Parsons, T.: *La sociedad: perspectivas evolutivas y comparativas*, Trillas, México, 1974, pág. 27.

[50] Banton, M. La aplicación de la ley y el control social. En Aubert, V.: *Sociología del Derecho*, Editorial Tiempo Nuevo, Caracas, 1971, pág. 133. Todas las teorías de la socialización en

En esta misma dirección conviene traer a colación el pensamiento del filósofo GUSTAVO BUENO, para quien la ética se refiere al individuo corpóreo en cuanto hombre o ser humano, mientras que la moral se refiere al individuo en cuanto miembro de una comunidad (tribu, ciudad, Estado), es decir, en cuanto ciudadano[51]. Por esa razón, la ética y la moral pueden entrar en conflicto y, así, Guzmán el Bueno sería un héroe moral, pues sacrifica su deber ético para con su hijo a cambio de cumplir su deber moral para con el reino; por el contrario, Antígona sería una heroína ética que se enfrenta a la pena capital por desobedecer las leyes de Tebas a cambio de cumplir con el deber ético de enterrar a su hermano Polinices. Continúa BUENO argumentando que "el conflicto permanente, actual o virtual, entre ética y moral se resuelve dentro del Estado (en tanto él mantiene integrados a grupos humanos heterogéneos con normas morales propias: familias, clases sociales, profesiones, bandas, iglesias…) a través del ordenamiento jurídico"[52]. Es decir, "en general, habrá que tener en cuenta que la política (el Derecho) coordina no ya sólo la ética con la moral, sino también las diferentes morales de grupos, clases sociales, etc., constitutivas de una sociedad política". Y así llegamos al colofón de este razonamiento, que a la vez sirve de puente entre la posición de REHBINDER por un lado, que fiaba la integración social a la labor del Derecho, y de BOBBIO, PARSONS y BANTON por otro, que la fiaban más bien a la socialización mediante técnicas extrajurídicas:

"Desde el punto de vista de los conceptos de ética, moral y derecho (al que reducimos la política en un "Estado de Derecho") que venimos utilizando, resultará, desde luego, innegable que es imposible la vida política a espaldas de la vida ética de los ciudadanos, y este es el fundamento que puede tener la apelación, una y otra vez, a la necesidad de reforzar la "educación ética" de los ciudadanos a fin de hacer posible su convivencia política.

cuentran su piedra angular en FREUD, que afirmaba que "es inexacto que el alma humana no haya realizado progreso alguno desde los tiempos más primitivos y que, en contraposición a los progresos de la ciencia y la técnica, sea hoy la misma que al principio de la Historia. Podemos indicar aquí uno de tales progresos anímicos. Una de las características de nuestra evolución consiste en la transformación paulatina de la coerción externa en coerción interna por la acción de una especial instancia psíquica del hombre, el s*uper-yo*, que va acogiendo la coerción externa entre sus mandamientos. En todo niño podemos observar el proceso de esta transformación, que es la que hace de él un ser moral y social. Este robustecimiento del *super-yo* es uno de los factores culturales psicológicos más valiosos. Aquellos individuos en los cuales ha tenido efecto cesan de ser adversarios de la civilización y se convierten en sus más firmes substratos. Cuanto mayor sea su número en un sector de cultura, más segura se hallará esta y antes podrá prescindir de los medios externos de coerción" (FREUD, S.: *El porvenir de una ilusión*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pág. 148).

[51] BUENO, G.: Ética, moral y derecho. En *El sentido de la vida. Seis lecturas de filosofía moral*, Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1996, pág. 58.

[52] *Ibíd.*, pág. 85.

Ahora bien, lo que desde la política suele entenderse por "educación ética" es, en realidad, el "moldeamiento moral" de los ciudadanos y, en el límite, la conminación legal a comportarse "éticamente", por ejemplo, pagando los impuestos, bajo la amenaza de penas legales, con lo cual, dicho sea de paso, las normas éticas se transforman en realidad en normas morales o en normas jurídicas"[53].

En definitiva, estoy totalmente de acuerdo con Gustavo Bueno en que el Derecho no puede imponerse al margen de la ética de los individuos a los que se dirige, salvo que se haga de modo autoritario y, aun así, ese régimen tendría serias dificultades para perpetuarse. Por esa razón, cuando se trata de imponer una norma que colisiona con la ética de los individuos en el ejercicio de esa "función educativa del Derecho" a que nos hemos referido anteriormente, a la vez se implanta un programa de educación ética que en realidad es un programa de moldeamiento moral o político para facilitar la aceptación de esas normas por sus destinatarios[54]. Es decir, la socialización no puede llevarse a cabo al margen del Derecho, pues este contiene el código de conducta que debe orientar dicha socialización, pero por el contrario tampoco el Derecho puede imponerse al margen de la ética de los ciudadanos, ya que, para su viabilidad, debe sustentarse en los principios éticos vigentes en la sociedad a la que se dirige.

En cualquier caso, el escepticismo de Bobbio acerca de la capacidad del Derecho para servir como instrumento de integración social tiene su origen una vez más en que toma como referencia el Derecho penal, no otorgando la importancia adecuada a otras ramas del Derecho. El Derecho de la Seguridad Social es uno de los instrumentos más importantes a disposición del Estado para conseguir la integración social, pues sirve para mitigar situaciones de necesidad y para garantizar un nivel, siquiera mínimo, de bienestar, hasta el punto de que la función de integración es la que verdaderamente justifica la existencia de la Seguridad Social[55]. El propio funcio-

[53] *Ibíd.*, pág. 86.

[54] Importantes antropólogos, como Marvin Harris, han sido enormemente críticos con esos programas de moldeamiento moral llevados a cabo a través del cine, la televisión, la radio o el sistema educativo, mecanismos todos ellos empleados para instilar en la población la ilusión (Harris también la llama ideología y falsa conciencia) del consenso ideológico moral, como "la forma más eficiente de inculcar el deber de obediencia al Derecho sin recurrir a la fuerza" (Rivaya, B.: *El materialismo jurídico* cit., págs. 88 y 160).

[55] "Cada ordenamiento contiene en sí, junto a una mayoría de normas sujetas a tutela por los grupos más aventajados socialmente, un número más o menos amplio de normas destinadas, como diría Rawls, "a beneficiar a los menos aventajados". Estas normas pueden ser fruto de presiones ejercidas con éxito desde la base social hacia el vértice, como el precio que los que están situados en el vértice creen que deben pagar por obtener con mayor facilidad obediencia y consenso sobre los principios que se entienden más esenciales" (Ferrari, V.: *Funciones del Derecho* cit., pág. 102).

namiento de la técnica mutualista, basado en la autoprotección colectiva, aunque sea impuesta coactivamente, supone de por sí una integración del grupo social[56]. Pero dicha integración se refuerza a través de la función redistributiva, que evita la existencia de bolsas de pobreza por debajo de unos estándares mínimos considerados como socialmente inaceptables. La pobreza conduce a la exclusión social y a la marginalidad y, en la medida en que el fin de la Seguridad Social es luchar contra la pobreza, la Seguridad Social conduce directamente hacia la integración social.

Tomemos por ejemplo el caso de los EEUU. Tomando cifras de 1980, Marvin Harris nos da los siguientes datos ilustrativos. Teniendo en cuenta solamente los delitos denunciados ante la policía, en EEUU se cometen 5 veces más homicidios, 10 veces más violaciones y 17 veces más robos que en Japón; 7 veces más homicidios, 12 veces más violaciones y 8 veces más robos que en Gran Bretaña. Él atribuye esa elevada tasa de delincuencia a las bolsas de marginalidad y pobreza existentes en EEUU, con lo que es difícil estar en desacuerdo. Es ese país las sucesivas crisis agrarias y la industrialización provocaron un éxodo desde el campo hacia las ciudades a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. En cincuenta años, estos individuos, negros en su mayoría, comenzaron a emigrar masivamente a las ciudades, urbanizaron dramáticamente la pobreza y provocaron una angustiosa polémica sobre la existencia de una "crisis del bienestar" en los Estados Unidos[57]. Durante los años 70, el número de blancos que vivían en condiciones de pobreza en las ciudades de EEUU descendió en un 5 por ciento, mientras que el número de negros que vivían en las mismas condiciones aumentó en un 25 por ciento. En tales fechas, más de la mitad de los jóvenes negros estaban desempleados, y en algunos guetos, como Harlem, el porcentaje llegaba al 86 por ciento. La consecuencia es que el 43 por ciento de los detenidos por delitos violentos eran negros, cuando demográficamente solo representaban el 11 por ciento de la población. Incluso se realizaron trabajos, como el del profesor Harvey M. Brenner de la Universidad John Hopkins, que relacionaban que un aumento del 1 por ciento en la tasa de desempleo suponía un incremento del 6 por ciento en el número de robos y del 4 por ciento en el número de homicidios[58].

[56] El Estado es "un gigantesco asegurador", "un gran intermediario que relaciona a los innumerables miembros de la sociedad, que así pueden ser, a la vez, asegurados y aseguradores de esa magna previsión contra la injusticia que es la seguridad colectiva" (García Escudero, J. M.: *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad como postulados de la política social*, Publicaciones Españolas, Madrid, 1960, pág. 32).

[57] Patterson, J. T.: *La lucha contra la pobreza en los Estados Unidos de América. 1900-1985*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pág. 35.

[58] Harris, M. *La cultura norteamericana contemporánea. Una visión antropológica,* Alianza Editorial, Madrid, 2004, págs. 134 a 144.

Según vimos anteriormente, en la pérdida de la función tradicional del Derecho de que hablaba Bobbio, que estaba pensando en el Derecho penal, el Derecho de la Seguridad Social adquiere un papel primordial, pues la exclusión social conduce a la elevación de los índices de delincuencia y una adecuada redistribución de la riqueza es mucho más eficaz para luchar contra dicha delincuencia que la represión penal, máxime cuando aquella tiene efectos preventivos, que siempre son preferibles a la actuación *ex post*.

En esta función de integración hay que tomar en consideración otro hecho importante que ya fue contemplado por los escandinavos cuando implantaron su sistema universal de bienestar a finales del siglo XIX, cual es que la Seguridad Social no es un sistema de protección de una clase social, sino que hunde sus raíces y desarrolla su función transversalmente a todas las clases sociales, lo que potencia su función integradora. El concepto de clase trabajadora se ha relativizado bastante con la aparición de la clase media. A esta pueden pertenecer oficiales cualificados que trabajan en fábricas y que perciben una remuneración nada desdeñable. Por el contrario, muchos trabajadores de "cuello blanco" perciben retribuciones comparativamente muy inferiores. Por otra parte, los trabajadores pertenecientes a la clase media, aunque lleven una vida acomodada, dependen de un salario para vivir y por tanto son tan vulnerables como los miembros del "proletariado" a las contingencias de la vejez, la enfermedad, los accidentes, la muerte y el desempleo. Ese interés de la clase media en acogerse a la protección de la Seguridad Social fue lo que permitió su implantación al margen de las diferentes tendencias políticas, cosa que no hubiera ocurrido si se hubiese percibido como una concesión por y para la clase obrera[59]. Por ello, hay que sustituir la perspectiva de "clase" por la de "grupo de riesgo", es decir, las situaciones de necesidad hoy en día no son privativas de la clase obrera, sino que son comunes a todos los asalariados de clase baja y media. Por eso, la Seguridad Social debe incluirlos a todos dentro de su ámbito de protección, lo que refuerza su implantación política y favorece la integración social.

En definitiva, todas las funciones propias del Derecho en general pueden encontrarse en el Derecho de la Seguridad Social, aunque lo verdaderamente llamativo es que las funciones que se consideran como secundarias por parte de muchos juristas son precisamente las más importantes en el Derecho de la Seguridad Social y las que justifican su existencia. Me refiero a la función distributiva y a la función integradora, aunque probablemente podrían reducirse a esta última pues la integración social por parte de la

[59] Haber, C. y Gratton, B.: *Old age and the search for security. An American social history*, Indiana University Press, Indianapolis, 1993, pág. 180. También Baldwin, P.: *La política de solidaridad social* cit. págs. 188, 189 y 479.

Seguridad Social se consigue fundamentalmente a través de la redistribución de la riqueza que aquella opera. Sin embargo, la verdadera fuerza de la Seguridad Social radica en que, mientras un importante sector de la doctrina considera que el Derecho es incapaz de llevar a cabo la función de integración, llegando a hablar de crisis del Derecho en este sentido, la Seguridad Social no solo es capaz de cumplir dicha función, sino que es uno de los instrumentos más importantes en las sociedades modernas para lograr la integración social. Por ello, lejos de prescindir de enfoques jurídicos al estudiar la Seguridad Social, que en este trabajo hemos limitado a sus funciones, debe abordarse el estudio de aquella como una rama más del Derecho, y concretamente como una de las ramas que más contribuyen a dinamizar y modernizar las instituciones tradicionales del Derecho.

# Francisco Javier Arrieta Idiakez

Profesor Doctor de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto


## IMPLICACIONES LABORALES DE LA DECISIÓN DE EMBARCAR VIGILANTES DE SEGURIDAD PRIVADA EN BUQUES CIVILES DE PABELLÓN ESPAÑOL TRAS EL CASO ALAKRANA

### SUMARIO


**1.** La base fáctica y jurídica para embarque de vigilantes de seguridad privada en buques civiles de pabellón español.

**2.** Una decisión inadecuada.

**3.** Implicaciones laborales de la decisión adoptada.

**3.1.** El estatuto jurídico aplicable a la prestación de servicios de los vigilantes de seguridad privada embarcados en buques civiles de pabellón español. 3.2. Las fuentes reguladoras de las relaciones laborales de los vigilantes de seguridad privada embarcados en buques con pabellón español. 3.3. La concreción de la modalidad contractual de los vigilantes de seguridad privada embarcados en buques con pabellón español en un ámbito forzosamente descentralizado a través de contratas.

**3.4.** Aspectos controvertidos en la ejecución de la prestación laboral de los vigilantes de seguridad privada embarcados en buques con pabellón español


.

## 1. LA BASE FÁCTICA Y JURÍDICA PARA EMBARQUE DE VIGILANTES DE SEGURIDAD PRIVADA EN BUQUES CIVILES DE PABELLÓN ESPAÑOL.

1. El embarque de vigilantes de seguridad privada en buques civiles de pabellón español obedece al aumento de ataques piratas perpetrados, básicamente, en aguas del Océano Índico.

En concreto, a pesar de que la piratería marítima contemporánea empieza a gestarse tras los procesos de descolonización[1], los ataques contra

buques de pabellón español se suceden con distinta intensidad, aproximadamente, desde hace una década[2]. En ese sentido, las primeras exigencias al Gobierno para la protección de las tripulaciones amenazadas por este riesgo no se producen hasta el secuestro del atunero Playa de Bakio, en abril de 2008. Y es a raíz del secuestro del atunero Alakrana, el 2 de octubre de 2009, cuando, definitivamente, el Gobierno decide intervenir, dicho sea de paso, ante la fuerte presión política y mediática.

2. La intervención ha consistido en posibilitar a los vigilantes de seguridad privada prestar sus servicios en buques. Para ello, se ha procedido a modificar el Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre[3], así como el Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero[4].

En concreto, las modificaciones se han llevado a cabo por el Real Decreto 1638/2009, de 30 de octubre[5], así como por la Orden PRE/2914/2009, de 30 de octubre, que lo desarrolla[6]. Por consiguiente, el análisis de estas normas nos permitirá determinar los términos y el alcance de la reforma.

3. Obviamente, el punto clave de la reforma consiste en permitir a los vigilantes prestar sus servicios con armas también en buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española[7].

No obstante, la pésima redacción reglamentaria no ha variado, y respecto a dicho supuesto, que se añade a los previamente regulados en la letra c) del apartado primero del artículo 81 del Real Decreto 2364/1994, tampoco se concreta en qué consisten los servicios a prestar, cosa que sí se hace en las letras a) y b) de dicho precepto, al mencionarse los términos «protección» y «vigilancia y protección»[8].

[1] La piratería marítima moderna emerge a inicios de la década de los setenta del pasado siglo en el sudeste asiático y es posteriormente cuando se extiende a las aguas del continente africano, y muy especialmente a las costas de Somalia, a partir de 1990.

[2] En concreto, en 2000 el atunero Albacora Cuatro estuvo tres días retenido en aguas de Somalia mientras se negociaba en Londres el pago por el rescate.

[3] BOE de 10 de enero de 1995, núm. 8.

[4] BOE de 5 de marzo de 1993, núm. 55.

[5] BOE de 31 de octubre de 2009, núm. 263.

[6] BOE de 2 de noviembre de 2009, núm. 264.

[7] Cfr. artículo primero. Uno del Real Decreto 1628/2009, por el cual se modifica el artículo 81.1.c) del Real Decreto 2364/1994, precisamente, para permitir la prestación de los vigilantes a bordo.

[8] Tras la reforma, el artículo 81.1 ha pasado a tener la siguiente redacción:
«Los vigilantes sólo desempeñarán con armas de fuego los siguientes servicios:
a) Los de protección de almacenamiento, recuento, clasificación, transporte y distribución de dinero, valores y protección de:
1.º Centros y establecimientos militares y aquellos otros dependientes del Ministerio de De

Sólo indirectamente, a través de la alusión «objetos a proteger», en referencia a los «buques mercantes y buques pesqueros» puede deducirse que tales servicios consisten en la protección de los mismos, aunque, sin duda, también deberá incluirse su vigilancia, en tanto que requisito consustancial.

Eso mismo se deduce, igualmente, de la delimitación realizada respecto al ámbito de navegación de los buques en los que cabrá la posibilidad de embarcar vigilantes de seguridad: «en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, o para ambos». Delimitación sobre la que cabe realizar, asimismo, una matización, pues esa genérica referencia lleva a la consideración de los antecedentes de riesgo existentes en las zonas de navegación, así como de las posibilidades de extensión del riesgo a otras zonas contiguas, lo que deberá abordarse en cada caso concreto, al tramitarse el procedimiento de autorización de servicios de seguridad[9].

4. Por otro lado, no menos importante ha resultado la segunda de las reformas, consistente en autorizar el porte y el uso de armas de guerra a los vigilantes de seguridad mencionados[10], ya que el resto de modalidades

fensa, en los que presten servicio miembros de las Fuerzas Armadas o estén destinados al uso por el citado personal.
2.º Fábricas, depósitos y transporte de armas, explosivos y sustancias peligrosas.
3.º Industrias o establecimientos calificados como peligrosos, con arreglo a la legislación de actividades clasificadas, por manipulación, utilización o producción de materias inflamables o explosivas que se encuentren en despoblado.
c) En los siguientes establecimientos, entidades, organismos, inmuebles y buques, cuando así se disponga por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil en los supuestos no circunscritos al ámbito provincial, o por las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, valoradas circunstancias tales como la localización, el valor de los objetos a proteger, la concentración del riesgo o peligrosidad, la nocturnidad u otras de análoga significación:
1.º Dependencias de Bancos, Cajas de Ahorro y entidades de crédito.
2.º Centros de producción, transformación y distribución de energía.
3.º Centros y sedes de repetidores de comunicación.
4.º Polígonos industriales y lugares donde se concentre almacenamiento de materias primas o mercancías.
5.º Urbanizaciones aisladas.
6.º Joyerías, platerías o lugares donde se fabriquen, almacenen o exhiban objetos preciosos.
7.º Museos, salas de exposiciones o similares.
8.º Los lugares de caja o donde se concentren fondos, de grandes superficies comerciales o de casinos de juego.
9.º Buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, o para ambos».

[9] Sobre la autorización del servicio de seguridad véase la disposición cuarta de la Orden PRE/2914/2009.

[10] Cfr. artículo primero. Dos, del Real Decreto 1628/2009, por el cual se modifica el artículo 86 del Real Decreto 2364/1994, y artículo segundo del Real Decreto 1628/2009, por el cual se modifica el artículo 6 de Real Decreto 137/1993.

de vigilantes privados se consideran particulares, lo que implica la prohibición de adquirir, tener y usar tales armas.

Además, esta segunda reforma sí concreta o especifica el objeto de los servicios a prestar por los vigilantes de seguridad privados embarcados, al referirse expresamente a la «prestación de servicios de protección de personas y bienes, previniendo y repeliendo ataques»[11].

Y aun con mayor nitidez se refiere al respecto la Orden PRE/2914/2009, al justificar en su Exposición de Motivos la finalidad de las reformas operadas, en los siguientes términos: «para permitir que la prestación de seguridad a bordo de los buques de bandera española, que se encuentren fuera de nuestras aguas territoriales y en situaciones de especial riesgo para personas y bienes, pueda ser prestada por el personal de las empresas de seguridad, mediante la utilización del armamento adecuado para cumplir eficazmente con los cometidos de protección y prevención».

Como se ha indicado, el armamento a utilizar será de guerra, y sus características se detallan en dicha orden[12]:

a) Armas de fuego de calibre igual o superior a 12,7 milímetros que utilicen munición con vaina de ranura en el culote y no de pestaña o reborde en el mismo lugar.

b) Armas de fuego que utilicen la siguiente munición: 5,45 x 39,5; 5,56 x 45 (o su equivalente 223); 7,62 x 39; 7,62 x 51 NATO.

Y al referirse al uso de tales armas, de nuevo, se vuelve a incidir en el objeto de los servicios a prestar por los vigilantes, señalándose que éstos «harán un uso limitado de este tipo de armas, que tendrá como único objeto la prevención y disuasión eficaz de posibles ataques, pudiendo ser utilizadas, en caso de necesidad, como medio de defensa para repeler agresiones armadas de forma adecuada y proporcional»[13].

5. Al amparo de esta doble reforma, y tras el feliz desenlace del secuestro del atunero Alakrana, las empresas armadoras han empezado a embarcar a personal de seguridad privada, en los términos establecidos en la normativa correspondiente a dicho personal.

En verdad, esta normativa se encuentra fuertemente condicionada por una regulación de carácter técnico-administrativa. Sin embargo, lo más preocupante es que tras dicha normativa existen implicaciones laborales que, en su caso, darán lugar a conflictos de carácter socio-laboral entre las

[11] Cfr. apartado cuarto del artículo 86 del Real Decreto 2364/1994, añadido por el Real Decreto 1628/2009.

[12] Cfr. disposición segunda de la Orden PRE/2914/2009.

[13] Cfr. disposición sexta, apartado tercero de la Orden PRE/2914/2009.

empresas afectadas —armadoras y empresas de seguridad privada— y los vigilantes de seguridad que, tras la decisión adoptada por el Gobierno, deberán ser necesariamente trabajadores por cuenta ajena.

En análisis de dichas implicaciones laborales constituye el objeto de este estudio, pero antes de centrarnos en las mismas, resulta imprescindible valorar la decisión del Gobierno, pues de la misma trae causa todo lo demás.

## 2. UNA DECISIÓN INADECUADA

6. La decisión adoptada por el Gobierno solamente podría sostenerse desde un análisis superficial, simplista, cuando no alejado, de la realidad y de una perspectiva global, racional e integradora del ordenamiento jurídico español.

En teoría, sobre el papel, cabían dos posibilidades para solventar el problema planteado por los incesantes ataques piratas a buques civiles con pabellón español: apostar por la intervención de las Fuerzas Armadas o apostar por autorizar el embarque de vigilantes de seguridad privada. Pero el hecho apriorístico de que la protección de los buques civiles con pabellón español es una cuestión «de parte» o de «intereses privados de unos pocos armadores y navieros», ha llevado al Gobierno a decantarse por la segunda posibilidad.

Además, la lógica de las reformas llevadas a cabo refuerza este proceder, pues la protección y vigilancia de otra serie de bienes privados, como fábricas, bancos o joyerías, cuenta con una legislación previa que ampara los servicios de los vigilantes de seguridad privada, de donde se infiere que la cuestión de la protección de los buques debe encajar sin problemas en dicha legislación.

7. Pero como trataremos de argumentar a continuación, la cuestión se ha cerrado en falso, y las implicaciones laborales de la decisión adoptada no son más que un claro ejemplo de ello, puesto que las mismas podían haberse evitado si se hubiese optado por la primera de las posibilidades, a saber, la intervención de las Fuerzas Armadas.

En definitiva, el Gobierno ha dado con el ropaje jurídico adecuado para cubrir la situación, pero ello no es suficiente. No basta con que se busquen soluciones ajustadas a Derecho, si con ello se crean nuevos problemas jurídicos, produciéndose un efecto multiplicador. Y la decisión se torna, si cabe, menos acertada, si la opción descartada se ajusta mejor a Derecho y evita tales problemas.

8. Ciertamente, estas afirmaciones cobran sentido si el análisis no se limita al planteamiento superficial y simplista mencionado y, por el contrario, se parte, como se ha comentando, de una perspectiva global, racional e integradora del ordenamiento jurídico español, asumiendo que en la actua-

lidad es preciso que cada vez confluyan más y mejor el Derecho privado y el público[14].

9. Pues bien, lejos de integrar los intereses privados en el interés público, dentro de lo que debe ser un modelo social cohesionado, no sólo a escala nacional, sino que también a escala regional e internacional, la decisión del Gobierno ha supuesto la externalización u «outsourcing» de la protección marítima, y con ello, la dejación de intereses públicos en manos de sujetos privados.

10. Concretamente, la piratería se ha convertido en un riesgo emergente, junto a otros, como los tráficos ilícitos de personas, de drogas o de armas, en la mayoría de ocasiones llevada a cabo por organizaciones delictivas o criminales, que pone en peligro el orden internacional constituido en el mar[15].

Llegados a este punto, debe recordarse que el orden internacional del mar se rige por los principios universalmente aceptados en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay, el 10 de diciembre de 1982 (UNCLOS)[16].

De este modo, este instrumento se encarga de reglamentar la adecuada utilización del principio de la libertad de los mares, que informa todo el Derecho Internacional del Mar, con la finalidad de evitar que los mares sea monopolizados por unos pocos Estados.

Ahora bien, conforme a los espacios de navegación reconocidos, deben diferenciarse, sobre todo, dos grandes ámbitos sobre los que se proyecta la libertad de los mares, con distintas posibilidades de actuación.

a) Por una parte, en alta mar, entendiendo por tal «todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en

[14] Haciendo hincapié sobre esta importante cuestión, incluso desde una perspectiva europeísta, véase Collins, H. *The European Civil Code. The way forward*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 108-115.

[15] Como ha afirmado Mayordomo Rodrigo, aunque centrándose específicamente en el delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, «la delincuencia organizada supone un peligro para la seguridad y la estabilidad internacionales. Los más afectados son, especialmente, los nuevos Estados que se encuentran en el camino hacia la democracia. La organización criminal es susceptible de presentarse en una pluralidad de variedades, constituyendo el fenómeno más preocupante aquella que ofrece una dimensión transnacional» (Mayordomo Rodrigo, V. *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*. Madrid: Iustel, 2008, pp. 169-170).

Efectivamente, esta afirmación es extensible a la piratería marítima moderna, en la medida en que «la globalización la ha convertido en toda una multinacional, con ramificaciones en Occidente, en la que los piratas estás organizados y disponen de abundante armamento. Los milicianos actúan en el Océano Índico, pero los rescates se negocian en lujosos bufetes de abogados de la City londinense» (*Europa Azul. Revista de la Mar*, 2009, núm. 113, p. 9).

las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico», la libertad se proyecta en su máxima amplitud.

Ello Supone que este ámbito está «abierto a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral», para que puedan ejercer, pacíficamente y con respeto mutuo, entre otras libertades, la de navegación, la de tender cables y tuberías submarinas, la de pesca o la de investigación científica. Asimismo, debe matizarse que en la zona económica exclusiva también se reconocen por igual las libertades de navegación y de tender cables y tuberías submarinas.

Estas libertades solamente quedan limitadas o condicionadas por una serie de razones lícitas establecidas en la propia Convención, así como en la normativa de desarrollo creada al efecto, principalmente por la Organización Marítima Internacional (OMI), y, a nuestros efectos, también por la Unión Europea, con el objetivo de posibilitar la navegación y el ejercicio de actividades marítimas en condiciones de seguridad.

Así, tradicionalmente, se han vinculado a la idea de Seguridad Marítima (*maritime safety*) preocupaciones preventivas y de respuesta ante riesgos inherentes a la navegación o las actividades marítimas (v.gr. accidentes de toda índole y explotación abusiva de recursos naturales). De ahí que exista una amplia regulación sobre la seguridad de la vida humana, la seguridad de navegabilidad, el salvamento y rescate marítimo, la protección de recursos naturales y la protección medioambiental.

b) Por otra parte, en el resto de espacios marítimos, y con la particularidad apuntada respecto a la zona económica exclusiva, el principio de libertad del mar no solamente queda condicionado a lo que hemos denominado Seguridad Marítima, sino que también se limita al derecho de paso inocente y se somete, en cuanto a la posibilidad de desarrollar actividades marítimas, a las autorizaciones y condiciones establecidas por los correspondientes Estados ribereños, en virtud de sus derechos de jurisdicción y de su soberanía.

Precisamente, los acuerdos pesqueros celebrados por la Unión Europea con terceros Estados son de aplicación en España como resultado de la cesión de competencias que el legislador español realizó en esta materia al aprobar el Acta de adhesión a la Comunidad Económica Europea[17]. Son estos acuerdos los que posibilitan que la flota española faene en multitud de aguas bajo soberanía y jurisdicción extranjera.

11. Sin embargo, la aparición de los riesgos emergentes, anteriormente mencionados, ha traído consigo la necesidad de superar el concepto de Se-

[16] BOE de 14 de febrero de 1997, núm. 39.

[17] BOE de 1 de enero de 1986, núm. 1. Cfr. artículo 167.

guridad Marítima, con la finalidad de apostar por la Protección Marítima (*maritime security*) como garante de la misma[18]. Tales riesgos, y entre ellos, la piratería, suponen una limitación ilícita del principio de libertad de los mares y una amenaza para la Seguridad Marítima (*maritime safety*), por lo que nunca deben considerarse inherentes a la navegación y al ejercicio de actividades marítimas, sino que deben perseguirse para su erradicación.

La necesidad de profundizar en la idea de Protección Marítima (*maritime security*) se produce en el contexto del terrorismo internacional, y si bien las primeras medidas al respecto se adoptaron tras el secuestro en 1985 del buque Achille Lauro, con la aprobación del Convenio Internacional de la OMI de 1988, para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA)[19], será a raíz de los atentados sufridos en 2001 por los Estados Unidos cuando definitivamente se establezca la interconexión entre Seguridad y Protección Marítima.

Así lo demuestra, por ejemplo, la modificación del Convenio Internacional de la OMI de 1974, para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS), con el objetivo de introducir, entre otras cuestiones, el Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (Código PBIB o ISPS), que recoge una importante batería de medidas para proteger a los buques y a sus tripulaciones frente a acciones hostiles, aunque debe apuntarse que convendría realizar una modificación puntual para su aplicación también a los buques pesqueros[20].

Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea también se aprecia un acercamiento entre la Política Marítima Integrada (PMI) y la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD), que se ubica dentro de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)[21].

12. Como consecuencia de estos avatares, las Fuerzas Armadas, que

[18] Véase Suárez-Llanos Galán, F. La seguridad marítima en la marina civil. En VVAA. *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2009, pp. 19-45.

[19] BOE de 24 de abril de 1992, núm. 99.

[20] BOE de 16 de junio de 1980, núm. 144. Igualmente, véanse las Enmiendas de 2002 al Anexo del Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974, adoptadas el 12 de diciembre de 2002, mediante Resolución 1 de la Conferencia de los Gobiernos Contratantes del Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (BOE de 22 de abril de 2004, núm. 98). Por su parte, el Código Internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP), se adoptó el 12 de diciembre de 2002, mediante Resolución 2 de la Conferencia de Gobiernos Contratantes del Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (BOE de 21 de agosto de 2004, núm. 202).

[21] Véase al respecto Ruesta Botella, J.A. En VVAA. *Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2009, pp. 79-116.

hasta la fecha se limitaban a una labor de cooperación en materia de Seguridad Marítima (*maritime safety*), pasan a ser plenamente responsables respecto a la Protección Marítima (*maritime security*), desarrollando la acción de Estado en el mar, conforme a la siguiente base jurídica:

a) Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional[22].

b) Real Decreto 787/2007, de 15 de junio, por el que se regula la estructura operativa de las Fuerzas Armadas[23].

c) Directiva de Defensa Nacional 01/2008, de 30 de diciembre de 2008[24].

Por consiguiente, debe concluirse que en el caso concreto de la protección de buques civiles españoles frente a ataques piratas se ha producido una inexplicable externalización de la Protección Marítima, a favor de las empresas de seguridad privada.

13. A mayor abundamiento, la lucha contra la piratería obedece a un objetivo de mucho mayor calado: la paz y la seguridad internacional.

El caso de Somalia es un claro ejemplo de todo ello, puesto que el problema de la piratería es consecuencia directa de la imposibilidad del Gobierno Federal Transitorio para ejercitar su soberanía y aplicar la legalidad tanto en tierra como en mar (Estado y Mar fallidos). De hecho, desde que el Consejo de Seguridad se las Naciones Unidas aprobase la Resolución 733/1992, se viene vinculando la actividad de los piratas somalíes con la noción de atentado a la paz y seguridad internacional, dentro de los parámetros del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas.

A la postre, las posibilidades de actuar contra la piratería en dicho Estado se fundamentan en dicha circunstancia, y no tanto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la competencia jurisdiccional universal de los tribunales españoles para conocer del delito de piratería, siempre que exista algún vínculo de conexión relevante con España, a pesar de que, curiosamente, en la actualidad, dicho delito no se en-

[22] BOE de 18 de noviembre de 2005, núm. 276.

[23] BOE de 16 de junio de 2007, núm. 144.

[24] En su introducción se hace alusión a que «resulta imprescindible integrar y armonizar todos los instrumentos y recursos nacionales, de forma que se asegure la unidad de acción del Estado». Entre los planteamientos estratégicos, se afirma que «los Estados fallidos, débiles o en proceso de descomposición, así como los conflictos regionales, dan origen a graves crisis en forma de hambrunas, pobreza extrema, epidemias, avalanchas de refugiados y desplazados, movimientos migratorios y violencia indiscriminada, que tienen repercusiones en otros Estados y espacios marítimos. Pueden, además, amenazar la seguridad energética al condicionar el acceso a determinadas fuentes de energía y poner en riesgo las redes de distribución mundiales». Por último, entre las líneas generales de actuación, se recoge «el compromiso de España con la defensa de la paz y la seguridad internacional con respeto a la legalidad internacional y el ejercicio del multilateralismo como medio para la actuación concertada en las relaciones internacionales y para la resolución de conflictos».

cuentra tipificado en el Código Penal y de que, por tanto, tenga que acudirse a tratados internacionales como el UNCLOS o el SUA para determinar su verdadero significado jurídico.

14. En consecuencia, la lucha contra la piratería en Somalia se sustenta jurídicamente sobre distintas normas de Derecho Internacional.

En principio, el concepto de piratería contenido en el UNCLOS se limita a las actuaciones llevadas a cabo en alta mar, además de presentar otra serie de características restrictivas.

Por ello, a través de las Resoluciones del Consejo de Seguridad se ha tenido que ampliar el concepto de piratería, dentro del marco establecido por el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, para pasar a referirse a «piratería y robo a mano armada», tal y como lo entiende la OMI, al tiempo que se ha posibilitado, con la autorización del Gobierno Federal Transitorio, entrar en aguas territoriales e incluso en territorio de Somalia para reprimir tales actos, utilizando todos los medios necesarios para ello, conforme a las condiciones establecidas en las respectivas Resoluciones (Resoluciones 1816, 1846, 1851, 1897, 1918)[25].

Fuera del caso somalí, también debe traerse a colación el Código de Conducta de Djibouti adoptado el 29 de enero de 2009, sobre la represión de la piratería y del robo a mano armada contra buques en el oeste del Océano Índico y en el Golfo del Adén, conforme al cual la persecución por terceros Estados de la piratería en alta mar se sujetará a las reglas del UNCLOS, mientras que la represión de los actos de robo a mano armada en aguas interiores, archipelágicas y del mar territorial requerirá la autorización de los Estados ribereños.

Y es que bajo el amparo del Derecho Internacional los Estados son libres para disponer sus derechos en las aguas sobre las que ejercitan soberanía y jurisdicción, con el objetivo de permitir a terceros Estados dirigir actividades de Protección Marítima, tal y como lo corrobora, entre otros, el hecho de que en 1997 Albania concediese tal autorización a efectos de interceptar buques bajo cualquier pabellón que transportasen emigrantes ilegales de nacionalidad albanesa.

15. Con base a toda esta normativa, la Unión Europea aprobó el 10 de noviembre de 2008 la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo, relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia[26].

[25] Sobre todas estas cuestiones véase Tullio Treves. Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia. In *The European Journal of International Law*, 2009, vol. 10, no. 2, pp. 402-414.

[26] DOUE de 12 de noviembre de 2008, núm. L 301.

En definitiva, a través de esta operación militar denominada «Atalanta», la Unión Europea ha contribuido a materializar la Protección Marítima, pero el problema radica en que su misión se limita, básicamente, a la protección de los buques del Programa Mundial de Alimentos (PMA) y de los buques genéricamente considerados como «vulnerables» que naveguen frente a las costas de Somalia.

En la práctica los únicos buques «vulnerables» que han podido proteger han sido los mercantes que se caracterizan por utilizar siempre las mismas rutas y no detenerse en su tránsito. Además, la operación Atalanta tampoco ha conseguido plenamente este objetivo, porque los piratas también han conseguido secuestrar algunos de estos buques.

En cambio, los buques pesqueros han seguido desprotegidos, puesto que sus características no se ajustan a tal operación. Los buques pesqueros dependen para sus capturas de la localización de los bancos de túnidos, por lo que es imposible que siempre faenen en los mismos sitios; asimismo, su actividad requiere de paradas para largar y recoger las redes. Sin duda, estas circunstancias los han convertido en presa fácil para los piratas.

16. En resumen, con todo lo indicado hasta el momento queda claro que la decisión del Gobierno español es inadmisible por sustraer competencias a las Fuerzas Armadas. Pero además de inadmisible resulta inadecuada porque genera nuevos problemas, entre los que destacan los derivados de las relaciones laborales de los vigilantes de seguridad privada, tal y como se ha advertido al comenzar este epígrafe y se pone de manifiesto en el siguiente.

## 3. IMPLICACIONES LABORALES DE LA DECISIÓN ADOPTADA

### *3.1. El estatuto jurídico aplicable a la prestación de servicios de los vigilantes de seguridad privada embarcados en buques civiles de pabellón español*

17. La primera de las consecuencias que se deriva de la decisión adoptada por el Gobierno para posibilitar el embarque de vigilantes de seguridad privada es la imposibilidad de contar con un estatuto jurídico bien definido, que sirva de referente para esclarecer las cuestiones que puedan plantearse en relación con la prestación de servicios.

La conclusión hubiese sido justo la contraria de haberse optado por la intervención de las Fuerzas Armadas, que cuentan con un estatuto jurídico ajustado a las características de sus funciones profesionales, dotando de estabilidad y seguridad a sus miembros.

De este modo, la consolidación de la plena profesionalidad de las Fuerzas Armadas se fundamenta en la regulación del régimen personal militar, régimen que se define en el apartado II del Preámbulo de la Ley 39/2007,

de 19 de noviembre, de la carrera militar[27], como el «conjunto sistemático de reglas relativas al gobierno y ordenación de los recursos humanos, para que las Fuerzas Armadas estén en las mejores condiciones de cumplir las misiones definidas en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional».

La vinculación a las Fuerzas Armadas de este personal, que se regula tanto en la mencionada Ley 39/2007, como en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería[28], se articula a través de una relación jurídico-pública de naturaleza especial que se establece con carácter permanente con la adquisición de la condición de militar de carrera y con carácter temporal mediante la firma de compromisos. Una vez formalizada dicha relación, que actúa como vínculo principal, de la misma traen causa el resto de relaciones jurídicas que componen el estatuto jurídico de las fuerzas armadas, respecto a la prestación de sus servicios. Más concretamente, entre las mismas se encuentran las relaciones de:

*a) Formación o enseñanza*[29]. Su objetivo es proporcionar a los miembros de las Fuerzas Armadas la formación requerida para el ejercicio profesional en los diferentes cuerpos, escalas y especialidades, con objeto de atender las necesidades derivadas de la organización y preparación de las unidades y de su empleo en las operaciones. Por ende, la enseñanza en las Fuerzas Armadas comprende la formación integral, la capacitación específica del militar en su ámbito profesional, su formación continuada y la permanente actualización de sus conocimientos, encaminadas al correcto desempeño de sus cometidos y al adecuado ejercicio de sus funciones y facultades.

*b) Prevención de riesgos laborales*[30]. Su doble objeto comprende, por una parte, la promoción de la seguridad y salud del personal de las Fuerzas Armadas en el desempeño de sus funciones, para lo que se desarrolla y adaptan las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a las particularidades del ámbito militar, y, por otra parte, la determinación del modelo y de las funciones de los servicios de prevención en el ámbito del Ministerio de Defensa.

c) *Protección social.* En lo que respecta al Sistema de Seguridad Social, las Fuerzas Armadas cuenta con un régimen especial gestionado a través del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), adscrito al Ministerio

[27] BOE de 20 de noviembre de 2007, núm. 278.

[28] BOE de 25 de abril de 2006, núm. 98.

[29] cfr. Título IV de la Ley 39/2007.

[30] Cfr. Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa (BOE de 18 de enero de 2008, núm. 16).

de Defensa[31]. Y en materia de asistencia social externa, complementaria al Sistema de Seguridad Social, se articula un sistema de indemnizaciones a tanto alzado, y de ayudas y resarcimientos de gastos de distinta índole, para los militares españoles que participen en operaciones de mantenimiento de la paz, de asistencia humanitaria o en otras de carácter internacional que hayan sido aprobadas específicamente por el Gobierno, en los supuestos de fallecimiento e invalidez permanente en todos sus grados[32].

18. La ausencia para los vigilantes de seguridad privada embarcados de un estatuto jurídico como el descrito, en cambio, obliga a improvisar y a buscar soluciones casuísticas dentro de un estatuto jurídico que regula de manera generalista las condiciones laborales de los trabajadores asalariados, salvo en determinados supuestos como el de las denominadas relaciones laborales especiales.

En conclusión, la tarea se antoja procelosa y conflictiva en distintos aspectos por la necesidad de subsumir las particularidades de los vigilantes de seguridad privada embarcados en el marco ofrecido por el Derecho del Trabajo.

### *3.2. Las fuentes reguladoras de las relaciones laborales de los vigilantes de seguridad privada embarcados en buques con pabellón español*

19. Las relaciones laborales de cualquier sector o rama de actividad requieren una correcta ordenación de sus fuentes reguladoras en aras a prestar con seguridad y estabilidad los servicios correspondientes y a mantener la paz social durante su desarrollo.

Centrándonos en tales fuentes, en principio, la normativa laboral cae con todo su peso sobre las relaciones jurídico privadas de los vigilantes de seguridad embarcados, por lo que resulta de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET)[33], y su normativa de desarrollo. Tampoco puede olvidarse que la misma vendrá matizada por las particularidades existentes en la normativa específica sobre seguridad privada tal y como se ha dejado constancia en el primer apartado. Pero aun así, como sucede en todo sector, se requiere una mayor precisión y concreción de las bases para las relaciones entre las empresas de vigilancia y seguridad y sus trabajadores.

[31] Cfr. Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (BOE de 14 de junio de 2000, núm. 142).

[32] Cfr. Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad (BOE de 10 de noviembre, núm. 271).

[33] BOE de 29 de marzo de 1995, núm. 75.

Por dicho motivo, el convenio colectivo se erige en la fuente principal para conseguir tal objetivo, en la medida en que en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad e igualmente pueden regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten[34].

Sin embargo, la reciente creación de la base jurídica que permite la prestación de servicios de vigilantes privados en buques con pabellón español ha impedido, por el momento, la aplicación de cualquier convenio colectivo. En último término, se ha acabo descargando en la contratación laboral bilateral toda la concreción de las condiciones de trabajo atinentes a una realidad desconocida hasta la fecha, en la que se prevé imposible que los trabajadores puedan valorar si las cláusulas contractuales resultan adecuadas o vulneradoras de sus derechos. Con otras palabras, los vigilantes de seguridad dispuestos a embarcar se limitan a adherirse a dichas cláusulas dentro de unas relaciones totalmente desequilibradas a favor de las empresas de vigilancia y seguridad. El resto, una vez embarcados, no será más que una constante improvisación, fuente de conflictos laborales y prueba palmaria de que el mar no es para los vigilantes de seguridad privada.

20. La ausencia de convenio aplicable se debe a que el Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad privada vigente es anterior a las modificaciones normativas operadas para posibilitar la prestación de servicios de vigilantes de seguridad a bordo de buques[35]. Por tanto, es evidente que tales servicios no se contemplen en el ámbito de aplicación del convenio. Además, la situación se agrava porque en estos momentos dicho convenio se encuentra prorrogado y sin visos de poder ser sustituido, debido a la ruptura de la unidad sindical; más si cabe, si se tiene en cuenta que este convenio resulta aplicable como Derecho mínimo a los posibles convenios de ámbito inferior.

Esta situación resulta especialmente grave por la falta de concreción de aspectos tan importantes como la formación, tanto previa como continua; las modalidades contractuales; la jornada de trabajo y los descansos; la protección ante eventuales situaciones de sucesión de contratas; las condiciones salariales; y las cuestiones relacionadas con la seguridad e higiene.

21. La solución de este problema no resulta fácil por el contexto en el que se produce la contratación de los vigilantes de seguridad: la descentralización productiva articulada a través de contratas y subcontratas.

[34] Cfr. artículo 82.2 del TRLET.

[35] Cfr. Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008, de 15 de marzo de 2005 (BOE de 10 de junio de 2005, núm. 138).

A primera vista, la seguridad constituye un sector en el que a pesar de su tradicional descentralización vía contratas también se ha conseguido una sólida estructura sindical como lo demuestra la existencia de un convenio colectivo de ámbito estatal[36]. Pero la disgregación de las empresas de seguridad privada en distintos subsectores de actuación cada vez más especializados, como sucede con los buques civiles de pabellón español, ha traído consigo el debilitamiento y la complicación de la negociación colectiva, de entrada por la falta de tradición, y, en segundo lugar, porque lo novedoso del subsector impide determinar con claridad el ámbito y el contenido de la negociación. La debilidad de la negociación colectiva y la actitud esquiva respecto a la misma es patente cuando las distintas empresas de seguridad se organizan por medio de un entramado de redes de sociedades, grupos de empresas y empresas multiservicios. Se abren con ello las puertas al dumping social, a saber, a la contratación dispar.

22. Pese a todo, son dos las alternativas que pueden plantearse para afrontar la ausencia de convenio colectivo aplicable.

—Por una parte, cabría la posibilidad de que durante las negociaciones del futuro convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad se introdujera dentro del apartado relativo al personal operativo una regulación mínima y específica sobre los vigilantes de seguridad embarcados. Aunque es mas que probable que la ausencia de desarrollo en los ámbitos inferiores de negociación acabase truncando el objetivo principal de regular adecuadamente las condiciones laborales.

—Por otra parte, tampoco podría descartarse la posibilidad de apostar por un convenio «franja», lo que supondría una segmentación de carácter personal dentro del sector de seguridad, con el fin de limitar el convenio a los vigilantes de seguridad privada que prestan sus servicios a bordo de buques civiles con pabellón español, independientemente de la empresa por la que fuesen contratados[37]. Ello sería posible atendiendo a las singulari-

[36] Sobre estos aspectos véase Menéndez Calvo, R. *Negociación colectiva y descentralización productiva*. Madrid: CES, 2009, pp. 237 y ss.

[37] Como ya afirmó el Tribunal Constitucional en su sentencia 136/1987, de 22 de julio, «El principio de igualdad no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una Empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado y, por lo mismo, no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus singulares características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses» (5º FJ).
Por su parte, en torno a la posibilidad de celebrar este tipo de convenios y a su no concurrencia con el aplicable al resto de trabajadores de la misma empresa o sector véase la STS, sala de lo social, de 29 de enero de 1992 (núm. 886/1991).

dades existentes en el cometido de su ejercicio profesional: servicios prestados a bordo de buques que realizan mareas de un mes y campañas de cuatro meses en aguas alejadas de España; el hecho de que el buque se convierta, al mismo tiempo, en centro de trabajo y residencia, con la necesidad de soportar la convivencia con extraños y la ausencia de familiares y allegados; utilización de armamento militar, así como el medio y las circunstancias en los que debe emplearse, para lo que se requiere una formación específica… Ahora bien, habría que tener en cuenta que aunque el ámbito de representatividad legitimador podría acotarse al ámbito de franja, los convenios colectivos de nivel supraempresarial de franja tendrían que regirse por las reglas generales del TRLET[38].

### *3.3. La concreción de la modalidad contractual de los vigilantes de seguridad privada embarcados en buques con pabellón español en un ámbito forzosamente descentralizado a través de contratas*

23. La concreción de la modalidad contractual de los vigilantes de seguridad privada embarcados en buques con pabellón español se encuentra condicionada por la regulación contenida en la Orden PRE/2914/2009, dictada a los efectos de posibilitar tal prestación.

24. La propia regulación de la autorización del servicio de seguridad sitúa la problemática de la contratación dentro de un instituto más amplio como lo es el de las contratas, al tener que recurrir obligatoriamente la empresa armadora o su representante a la empresa de seguridad correspondiente para hacerse con los servicios de seguridad[39].

Así pues, la contratación de los vigilantes debe partir de lo establecido por el artículo 42 del TRLET, bajo la rúbrica «subcontratación de obras y servicios». Este precepto, en su apartado primero, delimita su campo de aplicación a «los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos…». Con ello, el concepto indeterminado de «propia actividad» se

[38] Vid. Nogueira Guastavino, M. Partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios atípicos: grupos de empresas, redes intersectoriales, empresas de trabajo temporal y franjas de trabajadores. En *Manual Jurídico de Negociación Colectiva* (Valdés Dal-Ré, F., Dir. y Lahera Forteza, J., Coord.). Madrid: La Ley, 2008, p. 324.

[39] Efectivamente, según reza la disposición cuarta, apartado primero, de la Orden PRE/2914/2009, «el procedimiento de autorización del servicio de seguridad se iniciará mediante solicitud motivada, dirigida al Ministerio del Interior (Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil —Unidad Central de Seguridad Privada de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana del Cuerpo Nacional de Policía), por la empresa armadora o su representante, indicando la empresa de seguridad, el motivo por el cual se solicita la autorización, la relación nominativa de los vigilantes de seguridad que prestarán el servicio, en número de armas indicando el modelo, calibre y munición a emplear y los demás requisitos que resulten de aplicación».

ha convertido en el principal caballo de batalla a la hora de determinar la licitud de las contratas.

Por el contario, en el supuesto analizado en este estudio, nada parece que pueda objetarse, si se interpreta dicho criterio desde la postura ecléctica, conforme a la cual son susceptibles de contratación o subcontratación, por un lado, las tareas que integran materialmente el ciclo productivo de la empresa principal por pertenecer al núcleo de actividades desarrolladas por ésta y, por otro lado, las tareas accesorias o complementarias pero sólo cuando son absolutamente esenciales para el desarrollo de aquéllas[40].

En conclusión, parece claro que se ha considerado que la labor a desarrollar por los vigilantes de seguridad embarcados en buques civiles de pabellón español es una tarea complementaria pero absolutamente esencial para los fines de la actividad marítimo-pesquera.

25. En las relaciones que se articulan entre la empresa principal, la empresa contratista y los vigilantes de seguridad, el contrato de trabajo se celebrará entre los dos últimos para la prestación de servicios en los buques pertenecientes a la primera.

De cara a concretar la modalidad contractual, además de esta estructura, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Orden PRE/2914/2009, en relación a la vigencia de las autorizaciones, al matizar que[41]:

«Las autorizaciones concedidas al amparo de esta Orden Ministerial tendrán un período máximo de validez de un año, a contar desde la fecha de autorización del servicio, transcurrido el cual se producirá la caducidad de las mismas. Las autorizaciones podrán prorrogarse por el mismo período, previa solicitud a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (Unidad Central de Seguridad Privada de la Comisaría General de Seguridad Ciudadana del Cuerpo Nacional de Policía) realizada en el plazo mínimo de un mes anterior a su vencimiento. Si se produce la caducidad, cesará la habilitación para la tenencia legal de las armas…».

Resumiendo, con base a la existencia previa a una contrata, en la que deberá subsumirse el contrato a celebrar, y a la vigencia de las autorizaciones para el servicio de seguridad, es lógico que las empresas de seguridad contratistas se decanten por el contrato para obra o servicio determinado.

26. La utilización de esta modalidad cuenta con el respaldo de la interpretación jurisprudencial sobre los parámetros fijados por el artículo 15.1.a)

[40] Véase Montoya Medina, D. *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 129. Desde el punto de vista jurisprudencial avalan esta postura la STSJ de Canarias/Las Palmas, de 10 de noviembre de 1994 (AS 1994\4444) y la STS de 24 de junio de 2008 (núm. 345/2007).

[41] Disposición undécima.

del TRLET y el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre[42], que pasamos a comentar a continuación, haciendo hincapié en los aspectos más importantes a nuestros efectos.

Como punto de partida, la doctrina jurisprudencial ha entendido que son dos los criterios que deben coexistir para que este contrato se ajuste a Derecho[43]:

a) Que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa;

b) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto.

Sobre el requisito de que el objeto del contrato presente autonomía y sustantividad propia debe recordarse que se ha producido una tendencia flexibilizadora, al admitir la contrata como causa del contrato temporal de obra o servicio determinado[44]. De este modo, se permite que la empresa contratista (vgr. la empresa de seguridad) pueda utilizar esta modalidad contractual con los trabajadores que son contratados para su adscripción a la actividad contratada con la empresa principal (vgr. la empresa armadora o naviera).

Pero el paso del tiempo también ha traído la necesidad de establecer ciertos límites a dicha flexibilización, con el objetivo de evitar fraudes a los trabajadores y dar cumplimiento al principio de estabilidad en el empleo. Entre tales límites destacan los siguientes:

a) La finalización de la contrata no es causa de extinción del contrato de trabajo para obra o servicio determinado, cuando la misma empresa contratista continúa prestando el mismo servicio a través de nuevas contratas[45]. Esta misma idea también se ha recogido, aunque con distintas palabras, al indicar que se excluye la licitud de la decisión extintiva, para

[42] BOE de 8 de enero de 1999, núm. 7.

[43] Por todas, SSTS de 30 de junio de 2005 (núm. 2426/2004), de 18 de julio de 2007 (núm. 3685/2005) y de 9 de diciembre de 2009 (núm. 346/2009).

[44] Dicha flexibilización parece iniciarse a partir de la STS de 15 de enero (núm. 3827/1995), cuando señala ante un contrato de trabajo para obra o servicio determinado vinculado a una contrata que en tales supuestos «existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y esa es —es importante subrayarlo— una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste». Posteriormente, así se ha confirmado, como se manifiesta, entre otras, en las SSTS de 22 de octubre de 2003 (núm. 107/2003), de 4 de mayo de 2006 (núm. 1155/2005) y de 17 de junio de 2007 (núm. 4426/2006).

[45] Este cambio de doctrina se impone a partir de la STS de 17 de junio de 2008 (núm. 4426/206), al considerar en torno al contrato para obra o servicio determinado que «cuando

los supuestos en que es la voluntad de la contratista la causa determinante del cese de la contrata y de la terminación consiguiente del contrato para obra o servicio determinado[46].

Por ello, centrándonos en nuestro caso, independientemente de que la contrata inicial se vincule a la autorización para prestar servicios de seguridad, al constituir la solicitud de prórroga de esta última una obligación de la empresa principal, las contratas posteriores seguirán obedeciendo a la misma necesidad de suministrar tales servicios, y, por tanto, las extinciones que en su caso hayan podido producirse amparándose en el vencimiento de la autorización deberán ser calificadas como despidos improcedentes[47].

b) En los supuestos de sucesión de contratas entre distintas empresas contratistas debe prevalecer, igualmente, el derecho de opción de los trabajadores vinculados a las contratas iniciales a incorporarse a la plantilla de la nueva empresa contratista, siempre y cuando se produzca el fenómeno conocido como «sucesión de plantilla».

En la práctica, la eficacia de ese derecho depende de que la «sucesión de plantilla» se reconozca en el convenio colectivo que vincule a las empresas contratistas que se suceden[48], o de que judicialmente se califique tal su-

la contrata o concesión que lo motiva se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración: la ejecución de la obra que lo motiva y la consiguiente desaparición de la necesidad temporal de mano de obra que requiere la ejecución de la "obra o servicio" que la empleadora se comprometió a realizar, objetivo que es el que, legalmente, autoriza una contratación temporal que en otro caso no sería acorde con la norma. Así pues, en la modalidad contractual estudiada cabe que se pacte un plazo resolutorio determinado o indeterminado, según las circunstancias de la obra o servicio a ejecutar o de la concesión obtenida, aunque la mayoría de las veces será difícil determinar la fecha exacta de la extinción. Pero lo que no será posible es que el contrato determine ese plazo resolutorio en contra de la naturaleza de ese contrato y del objetivo perseguido por la ley al admitirlo: cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa para ejecutar una obra o servicio temporalmente, en el sentido amplio que tiene esta expresión. Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de este continua, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface».

[46] Por todas, STS de 2 de julio de 2009 (núm. 77/2007).

[47] Refuerza este postulado la STS de 28 de abril de 2009 (núm. 1419/2008), que reproduce la argumentación de la STS de 17 de junio de 2008 anteriormente citada.

[48] Tal y como ocurre en el Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad 2005-2008, al regular la subrogación de servicios (cfr. artículo 14). En concreto, sobre la problemática que plantea este asunto en relación con la supuesta exclusión de su ámbito de aplicación de los trabajadores con contratos para obra y servicio determinado véase Gualda Alcalá, F.J. *La causa del contrato de obra o servicio determinado: caracterización legal y práctica judicial*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2010, pp. 72-76.

puesto como sucesión de empresa en los términos del artículo 44 del TRLET[49].

27. Para finalizar con las cuestiones relativas a la determinación de la modalidad contractual de los vigilantes de seguridad privada, y al margen de las particularidades específicas del contrato para obra o servicio determinado, también debe apuntarse que el desistimiento ejercido durante el período de prueba puede acarrear problemas, cuando bajo el pretexto de no

[49] A partir de la STS de 20 de octubre de 2004 (núm. 4424/2003) tras asumir la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea (TJCE) sobre la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOUE de 22 de marzo de 2001, núm. L 82), se acepta que la sucesión de plantilla puede constituir una verdadera sucesión de empresa, pero incidiendo en que para que pueda existir sucesión de plantilla es necesario aclarar lo siguiente: «la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real».
Una vez constatado ese hecho, la sucesión de plantilla podrá ser calificada como sucesión de empresa siempre que se den los criterios y pautas sentados por el TJCE, sintetizados de la siguiente manera en la STS de 29 de mayo de 2008 (núm. 3617/2006):
A) "La transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada", debiéndose tener en cuenta que "el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio" (sentencia 11 de marzo de 1997, Súzen, fundamento 13; sentencia de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal, fundamento 26; sentencia de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, fundamento 25; sentencia de 2 de diciembre de 1999, Allen, fundamento 24; sentencia de 25 de enero del 2001, Liikenne, fundamento 31; sentencia de 24 de enero del 2002, Temco, fundamento 23; y sentencia de 2 de noviembre del 2003, Carlito Abler, fundamento 30).
B) "Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades" (sentencia Süzen fundamento 14, sentencia Hernández Vidal fundamento 29, sentencia Sánchez Hidalgo fundamento 29, sentencia Allen fundamento 26, sentencia Didier Mayeur fundamento 52, sentencia Liikenne fundamento 33, sentencia Temco fundamento 24, y sentencia Carlito Abler fundamento 33).
C) "La mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa" (sentencia Süzen fundamento 15, sentencia Hernández Vidal fundamento 30, sentencia Sánchez Hidalgo fundamento 30, sentencia Allen fundamento 27, sentencia Didier Mayeur fundamento 49, y sentencia Liikenne fundamento 34)».

haber superado el período de prueba se oculta un ánimo abusivo y fraudulento de extinción anticipada sin indemnización, más si cabe cuando, actuando de la misma manera, se lleva a cabo una constante rotación de trabajadores a prueba en los mismos puestos de trabajo[50].

***3.4. Aspectos controvertidos en la ejecución de la prestación laboral de los vigilantes de seguridad privada embarcados en buques con pabellón español***

28. Según se desprende de las primeras experiencias de los vigilantes de seguridad privada embarcados en los atuneros afectados por el riesgo de sufrir ataques piratas, se detecta cierta falta de compenetración a la hora de prestar los servicios. La razón principal parece obedecer a que no siempre se establece con claridad como debe coordinarse el equipo de seguridad con los tripulantes de los buques. Asimismo, la coordinación puede verse afectada por la falta de adaptación de los vigilantes al medio sobre el que deben desarrollar su actividad, lo que en algunos casos ya ha supuesto el abandono de sus puestos de trabajo y la necesidad de sustituirlos por parte de la empresa de seguridad[51]. Por ello, entre los aspectos más controvertidos en la ejecución de la prestación laboral debe destacarse, sobremanera, la cuestión relativa a la materialización de la dependencia o subordinación, como nota característica de la relación laboral.

29. En relación con esta cuestión, la solución se encuentra estrechamente relacionada a la concreción de la ejecución del poder de dirección. Dicha concreción se complica en nuestro caso y requiere especial atención.

En principio, conforme a los deberes laborales regulados en el TRLET resulta evidente que los vigilantes de seguridad «deben cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas»[52], ya que «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue»[53]. El problema reside en que la prestación de servicios de los vigilantes queda totalmente desconectada del control directo de su empresario.

[50] Se refiere a esta posibilidad la STJPV de 5 de febrero de 2008 (núm. 3047/2007). Esta situación podría plantearse también en el supuesto de los vigilantes de seguridad privada embarcados, al comunicárseles el desistimiento sin esperar al reemplazo que debe producirse cada cuatro meses; la sospecha de fraude será mayor cuando ello coincida con la época en que los buques abandonan las zonas de amenaza pirata para faenar en aguas sin riesgo de ataque alguno.

[51] Véase el artículo «El mar no es para los escoltas. Al menos tres atuneros vascos han tenido que cambiar de vigilantes por problemas de adaptación». En Europa Azul. Revista de Mar, 2010, núm. 115, p. 26.

[52] Cfr. artículo 5.c) del TRLET.

[53] Cfr. articulo 20.1 del TRLET.

Quizás, para evitar tal desconexión hubiera sido conveniente contar con alguna disposición parecida a la establecida en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal[54], al normar, bajo la rúbrica «relación del trabajador con la empresa usuaria» la «dirección y control de la actividad laboral»[55]. Pero en el ámbito de las contratas y subcontratas no se contempla ningún precepto en esa línea, de ahí que tenga que proponerse una solución adecuada al caso concreto[56].

Incluso, por nuestra parte, en alguna ocasión, se ha llegado a defender la figura del «empresario plural» como nuevo concepto en la dimensión jurídico-laboral, que haga posible que sujetos diversos asuman responsabilidades laborales, siempre y cuando por lo menos dos empresarios se distribuyan entre si las notas de ajenidad y dependencia concurrentes en los servicios laborales recibidos de los trabajadores[57].

30. Sin embargo, estimamos en este caso innecesario acudir a tales postulados, puesto que el problema puede solventarse, aunque sea indirectamente, analizando las funciones atribuidas a dos de los sujetos que

[54] BOE de 2 de junio de 1994, núm. 131.

[55] Según dicho precepto, cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, de acuerdo con lo previsto en la Ley 14/1994, las facultades de dirección y control de la actividad laboral deberán ejercerse por aquélla durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito. En tales supuestos, y sin perjuicio del ejercicio por la empresa de trabajo temporal de la facultad disciplinaria atribuida por el artículo 58 del TRLET, cuando una empresa usuaria considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la empresa de trabajo temporal a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes.

[56] Pedrosa González, aborda esta problemática de una manera descriptiva para llegar a la conclusión de que «el reparto de poderes empresariales entre dos o más empresarios, que ya es una realidad, genera una serie de problemas aún no resueltos por el Derecho», y considerar que «para intentar resolverlos... es necesario analizar los conceptos de trabajador y empresario, y ver si se pueden aplicar, y en qué manera, a las relaciones que se producen en los procesos productivos en empresas que han descentralizado una parte de esos procesos productivos mediante subcontratas» (Pedrosa González, J. *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2008, p. 243).

[57] Concretamente, esta postura la defendimos de cara a considerar empresario laboral a los administradores de buques, con domicilio en España, que contratan marinos españoles para cederlos a empresas navieras, para concluir que en las relaciones entre el naviero y el administrador del buque cabe hablar de la existencia de un empresario plural para con el marino-trabajador, debido a que tanto el naviero como el administrador del buque son indispensables para el funcionamiento de la empresa naviera y ambos se distribuyen las funciones de empresario laboral. Por todo ello, el naviero y el administrador del buque se constituyen en responsables solidarios respecto a los marinos, pues, en definitiva, ambos forman un tándem inescindible (para profundizar en estos aspectos véase Arrieta Idiakez, F.J. *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar en el Derecho Español*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2007, pp. 240-246).

componen la dotación del buque en estos casos: el jefe de seguridad y el capitán.

Respecto al primero de los sujetos, debe tenerse en cuenta que en cada buque embarcan cuatro vigilantes, de los cuales uno ejercerá como jefe de seguridad.

Así, de acuerdo con la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada[58], el jefe de seguridad «será responsable del funcionamiento de los vigilantes y de los sistemas de seguridad, así como de la organización y ejecución de los servicios y de la observancia de la normativa aplicable»[59]. Y al regular las funciones de los vigilantes, el Real Decreto 2364/1994 dispone que «en la organización de los servicios y en el desempeño de sus funciones, los vigilantes dependerán del jefe de seguridad de la empresa de seguridad en la que estuviesen encuadrados. No obstante, dependerán funcionalmente, en su caso, del jefe del departamento de seguridad de la empresa o entidad en que presten sus servicios»[60].

Por tanto, la desconexión respecto a la empresa de seguridad queda mitigada por la actuación del jefe de seguridad, que a pesar de actuar bajo la dirección de dicha empresa en las funciones generales de su cometido, se encuentra perfectamente habilitado para adaptar tales funciones a su quehacer diario, según las circunstancias que estime necesarias[61].

Ahora bien, también queda claro que dicha actuación depende funcionalmente de la empresa o entidad en que presten sus servicios los vigilantes, lo cual indica que ese quehacer diario del jefe de seguridad al que nos hemos referido debe ubicarse dentro del marco de decisión y estrategia de la empresa principal que contrata con la contratista los servicios de vigilancia o seguridad privada.

31. Por tanto, en el ámbito de los buques, todo parece indicar que las

[58] BOE de 4 de agosto de 1992, núm. 186.

[59] Cfr. artículo 16. De mismo modo, las funciones de los jefes de seguridad se desarrollan en el artículo 95 del Real Decreto 2364/1994.

[60] Cfr. artículo 71.3 del Real Decreto 2364/1994.

[61] Ciertamente, no cabe olvidar que conforme al artículo 63 del Real Decreto 2364/1994, «para poder ser nombrados jefes de seguridad, los solicitantes deberán haber desempeñado puestos o funciones de seguridad, público o privada, al menos durante cinco años, y necesitarán obtener la pertinente tarjeta de identidad profesional, para lo cual habrán de acreditar, a través de las correspondientes pruebas, conocimientos suficientes sobre la normativa reguladora de la seguridad privada, la organización de servicios de seguridad y las modalidades de prestación de los mismos...». Cuestión distinta es que en el concreto supuesto de los jefes de seguridad que presten sus servicios a bordo de buques se cumplan estas circunstancias, dado su carácter novedoso, lo cual entronca con las obligaciones formativas para con todos los vigilantes que corresponden tanto a la Administración, con anterioridad a la celebración del contrato de trabajo, como a las empresas de seguridad, tras la contratación.

funciones de jefe del departamento de seguridad de la empresa o entidad en que se prestan los servicios de vigilancia debe cumplirlas el capitán, dado el alto grado de responsabilidad derivado de sus funciones.

En este sentido, el capitán además de ser autoridad a bordo ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa armadora o naviera, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas del armador o naviero. Por todo ello, su relación laboral es calificada de alta dirección[62], rigiéndose, en consecuencia, conforme al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto[63].

32. En definitiva, corresponderá al capitán adoptar las decisiones sobre la información facilitada por el jefe de seguridad, en cuanto a la vigilancia y protección de los tripulantes y del propio buque ante los eventuales ataques piratas. La dirección en la ejecución de tales funciones, sin embargo, será competencia exclusiva del jefe de seguridad.

Por otra parte, esta relación entre el capitán y el jefe de seguridad supone, al desenvolverse en el marco de relaciones jurídico privadas, un nuevo foco de atribución de responsabilidades a la empresa armadora o naviera. En efecto, más allá de las clásicas responsabilidades de índole laboral, de Seguridad Social y, sobre todo, de prevención de riesgos laborales que pueden derivarse para con las empresas armadoras o navieras en virtud del régimen de contratas y subcontratas, cabe la posibilidad de que surjan importantes problemas en los supuestos en que los vigilantes deban defenderse de los ataques piratas, y puedan incluso detener a alguno de ellos. Recuérdese que, según lo preceptuado en el artículo 23 del

[62] Pese a la reticencia de algunos maritimistas (al respecto véase Alba Fernández, M. *Régimen jurídico privado del capitán del buque*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 194-195), la jurisprudencia del Supremo y de los Superiores de Justicia se mantiene constante al calificar la relación laboral de los capitanes como de alta dirección. Por todas, STS de 30 de abril de 1990 (Ar. 3513); STSJ de Madrid, de 9 de febrero de 1995 (AS 1995\806); STSJ de Galicia, de 23 de octubre de 2003 (núm. 4733/2003); y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 17 de marzo de 2009 (núm. 156/2009).

Por su parte, la doctrina laboralista también se decanta por esta calificación. Por todos, véase Molero Manglano, C. *El contrato de alta dirección*. Madrid: Civitas, 2004, 2ª edición, pp. 163-167. Este autor resume brillantemente los argumentos utilizados por la jurisprudencia al indicar que las sentencias «aluden por un lado a las "amplísimas facultades de dirección, y representación del naviero" que el artículo 610 del Código de Comercio atribuye a los capitanes, así como a la especial dosis de confianza que debe existir entre las partes. Si a esto se añade la consideración del barco como un centro de trabajo independiente, y la influencia decisiva que la gestión del capitán puede tener en el éxito o fracaso de la empresa, la consecuencia lógica que el Tribunal considera debe extraerse es la calificación de este tipo de relaciones como laborales especiales de alta dirección».

[63] BOE de 12 de agosto de 1985, núm. 192.

Código Penal, a efectos penales, los vigilantes de seguridad no son considerados autoridad, con lo que sus actuaciones podrán incumplir el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

# Pedro Fernández Alba

Letrado de Administración de la Seguridad Social


## LAS CARENCIAS DE LA REGULACIÓN NACIONAL POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA: UNA VERSIÓN SOBRE LAS DIRECTRICES DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS PARA LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 92/85/CEE Y SU INSUFICIENTE REFLEJO NORMATIVO

### SUMARIO:


Este trabajo tiene como fin poner de manifiesto la ocasión perdida por el Legislador nacional, así como una reflexión, compartida por los distintos autores, sobre la necesidad de fijar los objetos jurídicos protegidos en los riesgos derivados de la lactancia en relación con el Sistema de Seguridad Social nacional.

El fundamento del diferente trato a dispensar por causa de la maternidad y de la lactancia natural debe residir en razones de salud y biológicas y, sin embargo, no solo las normas preexistentes sino también las normas dictadas en esta materia aún en la actualidad siguen incorporando, con relativa frecuencia, fines contaminados con los diferentes "papeles" tradicionalmente atribuidos a los sexos en la familia[1].

Realmente, ¿la institución se ciñe a la protección de la salud de la mujer que da a luz y del "recién nacido" o lactante, o le asigna algún modelo de relaciones familiares?


[1] Profesora Nora María Martínez Yáñez: *Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género*. Universidad de Vigo.

Es lógico pensar que la maternidad y la lactancia natural, como circunstancias biológicas que afectan solo a la mujer, pueden ser causa de discriminación cuando su regulación no utiliza los medios necesarios para evitar perjuicios a los que no tiene que enfrentarse el hombre. Ver la maternidad a través del prisma de la igualdad de los sexos no solo ha llevado a perfeccionar las medidas de igualdad sino que además ha buscado, de forma consciente, la desigualdad en los resultados de la aplicación de unas normas que, cuando menos deberían haber sido neutrales, o incluso más favorecedoras a la mujer pero que, sin embargo, con cierta reiteración han venido a potenciar aquellos "roles" denunciados anteriormente[2].

A pesar de todo ello, el tratamiento jurídico de la maternidad y la lactancia ha permitido, tardía y de manera incompleta, ir fijando sus conceptos y tratar de liberar a las mismas de "vicios" claramente incompatibles con los principios originales contenidos en el Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas -y también, por qué no, en la Constitución Española-.

Es forzado, por ello, recordar que en España la primera norma que contiene una disposición de protección de la maternidad es la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de las mujeres y los niños[3], complementada por el Real Decreto, 13 de noviembre de 1900[4], que protegía, como no podía ser de otro modo por época e ideología, estrictamente la maternidad biológica, y solo con posterioridad, con la Ley de 11 de julio de 1912 sobre protección del trabajo nocturno de las mujeres en talleres y fábricas[5], comienza a presentarse a la mujer como persona, con independencia de su maternidad. A partir de ahí, la protección social de la maternidad pasa a integrarse en el tratamiento distintivo dispensado a la mujer en el ámbito laboral, *"por razones fisiológicas -"las necesidades de la concepción, del parto y de la crianza de los hijos"-; morales -pues, "existen ciertas industrias que, aún estando permitidas con carácter general, pueden ser inapropiadas para la moralidad de estos trabajadores"-, familiares y culturales –"es también claro que las obligaciones más inmediatas son, respecto a la mujer, las que impone su función en el hogar (...) de ahí la conveniencia de limitar el trabajo... para que aquélla pueda atender sus deberes más inmediatos"-*[6] .

[2] *El principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo ante el Tribunal Constitucional: de la tutela a la paridad*. II Jornadas hispano-luso-brasileñas del Derecho del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – Madrid 1985

[3] *Gaceta* del 14 de marzo.

[4] *Gaceta* del 15 y 16 de noviembre.

[5] *Gaceta* del 12 de julio.

[6] SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo.* Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1967.

Esta forma de abordar la cuestión finaliza con el advenimiento de la Constitución de 1978.

No difiere, en absoluto, el legislador nacional con el internacional, pues hay que esperar a 1919, año en el que la Organización Internacional del Trabajo publica el Convenio núm. 3 sobre protección de la maternidad. A este Convenio le siguen otros como el núm. 103, de 1952, relativo a la protección de la maternidad, ratificado por el Reino de España el 17 de agosto de 1965, y el núm. 183, de 2000, sobre protección de la maternidad, que aún no ha sido ratificado por nuestro país. Ambos han ido acompañados de sendas recomendaciones, la núm. 95, de 1952, y la núm. 191, de 2000. A ellas hay que unir otros convenios y recomendaciones, relativos a actividades laborales específicas, en los que se insertan normas de protección de la trabajadora embarazada o en situación de puerperio o lactancia.

Al margen de la Organización Internacional del Trabajo, hay que destacar el art. 10.2 Pacto Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales, de 16 de diciembre de 1966, y el art. 1.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 3 de septiembre de 1981, ambos elaborados por la Organización de Naciones Unidas.

Y, en el Consejo de Europa, el art. 8.1 y 2 Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961, así como el art. 1.2 Protocolo adicional a dicha Carta, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988, donde también se analiza la protección de las trabajadoras durante su maternidad.

El enfoque del hecho, dentro del seno jurídico comunitario, de la maternidad (y como consecuencia natural de la misma, la lactancia) se hace, o bien, desde una perspectiva de protección genérica a la mujer, o bien desde el punto de vista de la atención del entorno familiar, excediendo, por lo tanto, la consideración del hecho biológico de la maternidad o de la lactancia natural.

Dentro del primer enfoque, un paso importante supuso la publicación de la Directiva 76/207/CEE[7] del Consejo, de 9 de febrero, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que combate en este ámbito las discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, y, en particular, por razón del estado matrimonial y familiar, legitimándose el trato desigual en tres supuestos[8]:

[7] Modificado por la Directiva 02/73/CEE, del Consejo, de 23 de septiembre.

[8] Artículo 2, párrafos 6, 7 y 8.

> Cuando el sexo constituya un factor esencial y determinante para la prestación laboral, debido a la naturaleza de ciertas actividades profesionales o al contexto en que se lleven a cabo.

> Cuando se trate de proteger a la mujer por causa de su embarazo y maternidad.

> Cuando las medidas que comportan un trato desigual tiendan a eliminar obstáculos que sitúan a uno de los sexos en posición desventajosa frente al otro[9].

A partir de ahí, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - y el Tribunal Constitucional español, siguiendo su ejemplo[10] -comienza a declarar no ajustadas a Derecho Comunitario las normas que tienen como objeto de protección a la mujer, en tanto sujeto social y fisiológicamente diferente al varón, y no a la maternidad como circunstancia concreta y transitoria. Estas normas conllevaban actitudes discriminatorias ya que impedían acceder a las mujeres a determinados trabajos o condiciones de trabajo en los que el sexo no tenía relevancia, o, por el contrario, aumentaban los costes de la contratación femenina.

En cuanto al segundo tipo de normas que se alojan en el concepto de maternidad y lactancia, y que se enmarcan en el cuidado o la crianza de los hijos, fueron tratadas en el marco comunitario a través de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, que analizan la maternidad y la lactancia solo desde un punto de vista estrictamente biológico.

"*Dicha opción es ya patente en la génesis de la Directiva, que se dicta al amparo de dos normas comunitarias básicas sobre protección de la seguridad y la salud en el trabajo. Por una parte, el art. 118 A TCE, en su versión anterior al Tratado de Ámsterdam, que obligaba al Consejo a establecer, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, a fin de proteger la seguridad y salud de los trabajadores. Y, por otra parte, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa*

[9] Se trataría de las denominadas leyes de medidas de discriminación inversa, sobre cuya constitucionalidad ya se planteaba, a modo de conclusión, las dudas necesarias Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas, en "La Igualdad real y efectiva desde la perspectiva del género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español" – *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL (2007) 181-194 / ISSN: 1133-3677.

[10] "... es sorprendente comprobar cómo la doctrina de un tribunal relativamente joven, el Tribunal Constitucional español, no alcanza la treintena de años de funcionamiento, llega incluso a posicionarse a través de su doctrina e el mismo nivel de interpretación de este derecho y del principio antidiscriminatorio mencionado que otras jurisdicciones constitucionales, como la alemana". Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas, *idem* nota anterior.

*a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, cuyo art. 15 exige que los grupos de trabajadores expuestos a riesgos especialmente sensibles sean protegidos contra los peligros que les afecten de forma específica*"[11].

Lógico es deducir como consecuencia que, si la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, conforma un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, es la Directiva 92/85/CEE la que lleva a efecto el mandato de protección que había sido formulado.

Realmente, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 (instituida en décima Directiva específica, ex artículo 16.1 de la Directiva 89/391/CEE), de modo consecuente con la consideración dinámica de la maternidad que acoge (entendida esta como proceso que abarca la gestación, el parto y continúa con la lactancia del hijo nacido) no tiene otro fin que la tutela de la salud y seguridad, en el ámbito del trabajo, de la mujer embarazada, puérpera o lactante pero, también, la del feto o hijo a quienes -aun en ausencia de referencia expresa-, hay que entender implícitamente comprendidos en el ámbito subjetivo de protección, por cuanto las repercusiones de la exposición a los riesgos pueden, incluso -por la naturaleza y efectos de los mismos-, afectarles a ellos en exclusiva y no necesariamente a la mujer.

Embarazo, puerperio o maternidad y lactancia delimitan, así, el campo razonable sobre el que debe operar la necesaria protección del empleador frente a los riesgos laborales. Y es que las modificaciones -anatómicas, psicológicas y fisiológicas- que la mujer experimenta durante la gestación resultan trascendentes y pueden implicar un aumento de los riesgos que, para la salud de la trabajadora, se derivan de las condiciones de trabajo. Además, la exposición de la mujer gestante a ciertas condiciones de trabajo provoca que el feto quede, a su vez, a merced de la influencia de una serie de riesgos que pueden comprometer ya la viabilidad misma del embarazo, ya la salud o la integridad física o psíquica del futuro hijo. En correlato, la misma exposición de la mujer lactante conlleva, inexorablemente, el aumento de riesgo sobre la misma salud física del lactante.

En ese sucesivo desenlace, el parto, en primer término, discurre, normalmente, sin incidencias para la salud de la madre pero, a veces, puede determinar la aparición de situaciones que pueden ocasionar en la mujer puérpera un estado físico y fisiológico de especial cansancio y, por consiguiente, de especial vulnerabilidad frente a cualquier factor potencialmente lesivo de su salud, y en especial, los ligados al desempeño del trabajo.

Finalmente, la lactancia es un período de duración indistinta, pudiendo

[11] *Vid* Nora María Martínez Yáñez, nota 1.

llevarse a cabo de manera "natural" -a base de la leche producida y segregada por la madre-, "artificial" -a base de leches preparadas y administradas en biberón- o "mixta". La lactancia natural se realizará -por naturaleza- solo por la madre trabajadora; en la artificial o mixta podrán concurrir, también, el padre u otras personas. La lactancia natural implica un contacto muy estrecho y repetido con el niño y, eventualmente, la exposición de este a los agentes (tóxicos, infecciosos, físicos, etc.) presentes en el medio laboral a los que, a su vez, haya quedado expuesta la madre trabajadora, y que pueden secretarse con la leche materna; sin embargo y además, la actividad de lactancia, en cualquiera de sus modalidades, puede ocasionar el contacto del bebé con estos agentes a través de otras vías (cutánea, respiratoria, por la ropa, etc.), lo que implica la existencia de medios adicionales de transferencia al bebé que se provocarán, por ello, no sólo a la madre, sino también al padre cuando este se encargue de la lactación artificial.

"*La licencia o dispensa del trabajo -ya afecte a la situación de embarazo o a la de lactancia-, contempladas por el art. 5.3 y 4, en relación con los artículos 6.1 y 7.2.b de la Directiva 92/85/CEE, está dirigida, en el primer caso, a preservar la salud de la trabajadora, la del feto y la viabilidad misma del embarazo en los supuestos de exposición de aquélla a riesgos profesionales presentes en su puesto de trabajo, cuando no sea posible la adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo, ni tampoco haya resultado factible la movilidad funcional, pues, en tal supuesto, la no admisión de la dispensa del trabajo equivaldría a condenar a la trabajadora que desee permanecer activa durante el embarazo a una irremediable exposición -con el peligro que ello conllevaría para los bienes jurídicos básicos antes mencionados- a tales riesgos o, bien, abocarla a un desistimiento no deseado de su contrato de trabajo*"[12].

En el supuesto de protección de la lactancia, el derecho a la interrupción de la prestación de trabajo se configura al objeto de preservar la salud del hijo lactante, en el caso de exposición de la trabajadora a riesgos profesionales presentes en su puesto de trabajo. En cualquier caso, la dispensa del trabajo, como en el supuesto de protección del embarazo, solo será posible como última ratio, cuando no hayan sido posibles ni la adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo, ni la movilidad funcional de la trabajadora afectada[13].

La dispensa de trabajo -por cualquiera de las dos causas- actúa, junto

[12] "La maternidad y paternidad en el derecho de la Unión Europea. Comentario a la Directiva 2006-54-CE; su inmediata incorporación por la futura Ley de igualdad y el propósito reparador de ésta respecto de algunos defectos transpositorios de la Directiva 92-85-CE" *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* - Núm. 67, Marzo 2007.

[13] Amparo Garrigues Giménez - Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón.

con la expresa prohibición de despido**,** como garantía de conservación o estabilidad del empleo de la trabajadora, alejada temporalmente del trabajo por la inevitable interacción de las condiciones del mismo con su estado de gestación o con la situación de lactancia del hijo, hasta que el riesgo de interacción cese (respectivamente: por llegar a término la gestación, por interrumpirse esta o, constante aún la misma, porque se pudiera proceder a la reincorporación de la trabajadora a un puesto adecuado a su estado; o, en su caso -refiriéndose a la lactancia- por concluir esta modalidad alimentaria o por resultar posible la movilidad de la trabajadora a un puesto de trabajo compatible con aquella).

De acuerdo con los supuestos o estados biológicos contemplados por la norma, y puestos en relación con la pluralidad y heterosubjetividad de los bienes jurídicos protegidos, hubiera cabido esperar[14] "*una cierta extensión subjetiva de la protección normativa, abarcando no sólo a la trabajadora embarazada, a la trabajadora que haya dado a luz recientemente y a la trabajadora en período de lactancia, sino, además, al padre trabajador que colabora (o, incluso, desarrolla en exclusiva) una actividad de lactancia -obviamente mixta o artificial-. Tal conclusión, no obstante, entra en abierto conflicto con el tenor literal de la Directiva 92/85/CEE que, si bien se refiere a la trabajadora embarazada, a la puérpera y a la lactante, en momento alguno alude al padre trabajador implicado en la lactancia*".

Por ello, no solo la lactancia natural, sino también la artificial, debería quedar comprendida dentro de las situaciones protegidas por la Directiva (que de facto, no la niega) y que, consecuentemente, "*la protección especial frente a los riesgos laborales que la norma dispensa a las trabajadoras lactantes y a sus hijos*" debería extenderse, también, a aquellas que empleen la lactancia artificial, a los trabajadores varones en los supuestos de lactación artificial o mixta desarrollada o coadyuvada por ellos y, asimismo, en uno y otro caso, a los hijos sometidos a dichas modalidades de lactancia. Esta ampliación queda, en opinión de la Doctrina científica[15], basada en un triple fundamento:

*"a) En primer lugar, la Directiva 92/85/ CEE alude a la lactancia "en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales", lo que no puede*

Pilar Núñez-Cortés Contreras - Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ETEA. Universidad de Córdoba.

Antonio Cebrián Carrillo, Abogado. Madrid.

[14] *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* - Núm. 67, Marzo 2007.

[15] Amparo Garrigues Giménez - Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón.
Pilar Núñez-Cortés Contreras,Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ETEA. Universidad de Córdoba.
Antonio Cebrián Carrillo, Abogado. Madrid.

*desconocer situaciones -como la que aquí consideramos- que, aún estando contempladas por los Estados miembros no se ajusten conceptual o terminológicamente a lo prevenido por la Directiva.*

*b) En segundo lugar, que como la propia Comisión de las Comunidades Europeas pone de manifiesto, existen exposiciones a agentes lesivos que afectan al lactante y, no precisamente, a través de la leche materna, sino por otras vías ("la piel de la madre", "contacto físico cercano", o "de la piel o la ropa" de la madre o de quien mantenga un estrecho contacto con la piel del lactante); obviamente, tales exposiciones se producirán igualmente cuando sea el padre (su piel, ropa, o su contacto físico cercano) quien atienda al niño, lo que, indiscutiblemente sucede en el caso de una lactancia artificial o mixta en la que el varón participe.*

*c) En tercer y último lugar, una norma que comprenda como objeto de protección la salud de la mujer, pero, también, la del hijo lactante no puede dejar inerme a éste por el mero hecho de ser atendido por su padre (a mayor abundamiento, cuando es propósito explícito en el Derecho de la Unión Europea integrar al varón en las responsabilidades y tareas inherentes a la crianza y cuidado de los hijos); resulta inadecuado que una Directiva, cuya finalidad última, por otra parte, no es, exclusivamente, la aplicación del principio de igualdad de oportunidades, sino, sobre todo, la protección del derecho a la vida, a la integridad y a la salud y su preservación frente a los riesgos laborales, desconozca la situación descrita.*"

La razón de ser de tan inexplicable "carencia" debe buscarse (como afirman los autores) "*en la ratio compleja de la Directiva 92/85/CEE, por cuanto, en ella, el propósito relacionado con la salud laboral se combina y coordina con otros de protección social y de empleo, que la convierten en un instrumento expresivo de una política social "de fusión" (preventiva de riesgos laborales, a la vez que de tutela antidiscriminatoria), que gana en amplitud pero pierde en profundidad "lamentablemente" en su dimensión protectora de la vida, integridad física y salud del hijo lactante en el caso de lactancia mixta o artificial.*"

Cierra, por ahora, el círculo europeo el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia", que, bajo la ponencia de María Herczog, fue aprobado en su 453º Pleno de los días 13 y 14 de mayo de 2009 por el Comité Económico y Social Europeo[16].

[16] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Directiva del Par

Llamamos la atención especialmente sobre el punto 1, "Conclusiones y recomendaciones", en la insistencia sobre la mejora de la protección a ofrecer a las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o están en período de lactancia, así como la "oportunidad" que ve en esta iniciativa el propio Comité "para reforzar la legislación que no solo permite a las mujeres recuperarse adecuadamente tras el parto, sino que también las anima a amamantar a su hijo y así formar un sólido lazo entre ambos", siendo imprescindible, en este sentido, "alentarse a las mujeres a comunicar su embarazo cuanto antes, de tal forma que puedan valorarse y eliminarse todos los riesgos para su salud y su seguridad".

E insiste en que, "no obstante, pide a la Comisión que tenga presente la recomendación de la Plataforma Social[17], incluido el Lobby Europeo de Mujeres , y las que hace la Organización Mundial de la Salud[18] y UNICEF[19], y que se basan en las ventajas que reporta alimentar a los lactantes exclusivamente con leche materna durante los seis primeros meses de vida, como medida preventiva de salud tanto para la madre como para el niño. Por tanto, recomienda buscar soluciones jurídicas y prácticas para ofrecer un tiempo y un espacio que puedan facilitar la lactancia".

Queda patente, pues, que la lactancia ha presentado, por un lado, una doble vertiente: lactancia natural y lactancia artificial, a las que históricamente se ha dado un tratamiento distinto; por otro lado, y respecto solo de la primera, en su interpretación restrictiva, la adecuación, con carácter no cerrado, de los agentes y actividades profesionales que pueden influir negativamente en la madre y en el hijo lactante.

En el primer punto, ha resultado evidente que el legislador optó por la protección de la salud de la madre y del lactante, no así del padre-lactante artificial, lo que implica no observar la lactancia desde el punto de vista de la protección a la familia, lo que, definitivamente, implica proteger la salud de la lactante y de la madre contra riesgos profesionales, y, por ende, solo

lamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia" COM(2008) 637 final – 2008/0193 (COD) – Ponente: Mária Herczog.

[17] Posición común del Grupo de dirección de la Plataforma Social sobre las enmiendas a la Directiva por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE sobre el permiso de maternidad, 19 de febrero de 2009.

[18] "Como recomendación de salud pública mundial, durante los seis primeros meses de vida los lactantes deberían ser alimentados exclusivamente con leche materna para lograr un crecimiento, un desarrollo y una salud óptimos". (Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño, en http://www.who.int/nutrition/publications/gs_infant_feeding_text_spa.pdf

[19] Véase http://www.unicef.org

la lactancia natural, posiblemente (y obviando la naturaleza de la norma comunitaria) por la especial importancia de trato concedida a la lactancia natural en los diferentes foros internacionales.

Ni que decir tiene que realizar lactancia natural es opción de la madre, ya que es esta la que, al finalizar su permiso de maternidad, puede desistir de la lactancia natural (si la venía realizando) de "motu propio". Sin embargo, es la Ley Orgánica 3/2007 la que garantiza, en caso contrario, que los riesgos laborales a los que debe enfrentarse la mujer trabajadora no impidan el ejercicio de la misma, llegando, finalmente, al pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural[20].

Como conclusión, y atendiendo a la Doctrina científica, con apoyo en la interpretación de la Directiva que efectúa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, o ante la carencia de la regulación de ciertos aspectos de la maternidad a nivel del derecho nacional de los estados miembros, ha sostenido que *"no siempre se han ajustado a la perspectiva aséptica mantenida por dicha norma"*, *"lo que nos lleva, inexorablemente, a hacer pensar que la invocada necesidad de eliminación de los "roles" dentro del ámbito familiar (pregonado en la literalidad de la norma comunitaria) no ha hecho más que empezar, centrándose el legislador nacional más en el desarrollo teórico y necesario socialmente de "presentar" la norma (entre continuas contradicciones y, en su caso, escaso desarrollo práctico) que en atender al mandato*"; constituyendo, inexorablemente, prueba de ello, como hemos expuesto, el desarrollo "restrictivo" de la lactancia, con verdadero abandono de uno de los objetos jurídicos protegidos (el hijo lactante) en su versión extensiva, que se ha venido a efectuar con el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural[21]; hubiera sido del todo "apetecible" haber abarcado un concepto de la lactancia más allá de los términos de calificación natural, y, de esta forma, se ha perdido una ocasión histórica para llevar a su máxima expresión, dentro del ámbito de la igualdad de sexos en el trabajo, la seguridad y la protección de la salud del feto y del hijo lactante.

[20] Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 274/2009 de 15 abril

[21] Boletín Oficial del Estado número 69, de 21 de marzo.

# Inés M. Gañan Goirigolzarri

Letrada de Administración de la Seguridad Social
Servicio Jurídico Delegado
Dirección Provincial INSS Vizcaya


## PRINCIPALES MODIFICACIONES EN LA PENSIÓN DE VIUDEDAD TRAS LA LEY 40/07 DE 4 DE DICIEMBRE, INTERPRETACIÓN EN LAS SENTENCIAS DE JUZGADOS Y TRIBUNALES

La Ley 40/07 de Medidas en Materia de Seguridad Social (LMSS) anuncia un replanteamiento posterior en profundidad (DA 25ª), por lo que su contenido no es más que un avance, que en el ínterin afecta fundamentalmente a los siguientes aspectos:

### 1. Principales modificaciones en la pensión de viudedad tras la Ley 40/07 de 4 de diciembre, interpretación en las sentencias de juzgados y tribunales

**SUMARIO**


**1.1** Equiparación de las parejas de hecho al matrimonio.
**1.2** Requisitos específicos para el caso de fallecimiento por enfermedad común anterior al matrimonio.
**1.3.** Prestación temporal de viudedad.
**1.4.** Requisitos específicos en los casos de separación, divorcio, nulidad.


Aunque como indica la St. del TSJPV de 9-6-09, Rso. Nº 647/09, la protección queda restringida a una pequeña parcela del amplio campo de las parejas de hecho, no incluyendo en ella los casos en que alguno de sus miembros mantuviera vínculo matrimonial con otra persona, o no pudieran

casarse por alguna otra razón o no estuvieran oficializadas como parejas de hecho y con una antelación mínima de dos años a la muerte del causante, o no llevaran empadronados en el mismo domicilio un mínimo de cinco años o los ingresos propios del sobreviviente no fueran de reducida cuantía ni superiores a los del causante (o al menos una cuarta parte de los de este, si no tuvieran hijos comunes). La puerta de acceso a la pensión de viudedad en las parejas de hecho es mucho más estrecha que la que permite la protección de la pareja de un matrimonio subsistente y no separado judicialmente. Tal es la opción actual de nuestro legislador para los casos de personas fallecidas a partir de 1 de enero de 2008.

El régimen excepcional (contemplado en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007) permite causar derecho a pensión de viudedad (y con efectos desde el 1 de enero de 2007 si la muerte fue antes de esa fecha) al superviviente de una pareja de hecho cuyo compañero/a falleció antes del 1 de enero de 2008, siempre que se cumplan una serie de requisitos.

En este supuesto excepcional, no se exige el de constitución formal como pareja de hecho, pero en cambio aparecen unos nuevos requisitos y se incrementa alguno de los exigidos a los miembros de parejas de hecho cuando la muerte acaece a partir del 1 de enero de 2008.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de nuestra legislación anterior a la Ley 40/2007, en cuanto no otorgaba protección mediante pensión de viudedad, en ningún caso, al miembro superviviente de una pareja de hecho; y constituye factor suficiente para que sea constitucionalmente legítimo mantener un régimen de seguridad social que reconozca pensión de viudedad solo a los casos de supervivientes de parejas matrimoniales, negándolo a los de las parejas no matrimoniales, si bien no se opone a que también se reconozca a estas.

En la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia.

La posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14, sea acree-

dora al mismo tratamiento, en materia de pensiones de la Seguridad Social, que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.2, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza.

En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento.

Y por lo mismo no cabe reprochar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que este conceda la pensión de viudedad.

El legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad, pues la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a las uniones estables de hecho. Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible no implica que la opción contraria ¿??. Si bien el legislador podría reconocer el derecho a una pensión de supervivencia idéntica a la de viudedad, al supérstite de la unión estable de hecho, en los supuestos y con los requisitos que en su caso se establecieran, el hecho de que hasta la actualidad no lo haya hecho así no lesionaba en si mismo el art. 14 de la Constitución.

Una cosa es que tal decisión de ampliar el ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad sea constitucionalmente posible, en el marco de una nueva ordenación de dicha prestación, y que desde algunas posiciones se vea como socialmente deseable, y otra bien distinta, que, por el hecho de no hacerlo así, la exigencia del vínculo matrimonial para tener derecho a la misma sea discriminatoria desde la perspectiva del art. 14 de la Constitución, tal exigencia no está privada de justificación objetiva y razonable.

El planteamiento anterior resulta confirmado por las normas y los convenios internacionales que igualmente exigen, como regla general, el previo vínculo matrimonial con el causante para tener derecho a las prestaciones por fallecimiento de aquel.

Tampoco en los países de nuestro entorno la ley reconoce el derecho a pensión de viudedad o de sobrevivencia en favor del supérstite de una unión estable de hecho, exigiéndose en la mayor parte de los casos la existencia de vínculo matrimonial, con el añadido en algunas legislaciones de otros requisitos, como que el cónyuge supérstite estuviera a cargo del fallecido,

una determinada duración del matrimonio o que el beneficiario haya alcanzado cierta edad o reúna otras condiciones. Ello es así, incluso en aquellos países con una alta proporción de parejas no casadas legalmente.

La extensión de la pensión de viudedad a quienes conviven de forma estable extramatrimonialmente está lejos de ser la pauta en la legislación internacional. Habrá de ser el legislador quien decida proceder a dicha extensión, con los requisitos y en los términos que se consideren pertinentes, y en el marco de una nueva ordenación de la citada pensión, singularmente si la convivencia estable sin vínculo matrimonial se instalara como una práctica social extendida. Pero que el legislador español no lo haya decidido así hasta este momento no supone, por las razones ya dichas, que haya incurrido en la lesión de los preceptos constitucionales, habiéndose optado finalmente por la extensión a la pareja matrimonial y a la pareja de hecho oficializada, de ahí la constitucionalidad de la L. 40/07 al descartar el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho no constituidas formalmente como tal al amparo de la norma legal que las regula.

Pareja matrimonial, pareja de hecho oficializada y pareja de hecho no oficializada constituyen tres modos distintos de vivir una pareja que les sujeta a regímenes jurídicos diferenciados previstos en nuestro ordenamiento jurídico para cada uno de ellos, con sus propias ventajas e inconvenientes, existiendo libertad de elección para optar por el que cada pareja considere más adecuado a sus propios intereses.

Interesa destacar que resulta excepcional que la pensión se acabe reconociendo en casos de fallecimientos ocurridos antes de la vigencia de la nueva ley. Supuesto excepcional para el que decide sujetarle a unos requisitos diferentes, existiendo razones suficientes para esa diferencia de trato, si tenemos en cuenta que trata de cubrir  casos en los que el fallecimiento del sujeto se produjo hace muchos años, cuando ni tan siquiera se había iniciado esa corriente, en orden a permitir el registro público de la voluntad de constitución como pareja de hecho y el otorgamiento a estas de un régimen determinado de protección similar al del matrimonio, cuando menos, superior al de una pareja de hecho que elige no oficializar su relación.

No parece cuestionable que el requisito de constitución formal como pareja de hecho se exija con una antelación mínima de dos años, ya que aquí estamos ante un supuesto análogo al ocurrido con la Ley 30/1981 (que permitió el divorcio después de más de cuarenta años de prohibición), dado que la  L. 40/2007 no es la norma que permite oficializar parejas de hecho ni registrarlas públicas, máxime cuando se permite constatar la voluntad común de los miembros de una pareja de constituirse formalmente como pareja de hecho a través de cualquier documento público, existiendo desde hace más de una década una realidad social incuestionable que favorecía esa constatación.

**1.1 EQUIPARACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO AL MATRIMONIO.**

Tal vez sea esta la modificación más novedosa con respecto a la pensión de viudedad, y la que ha dado lugar a mayor número de sentencias en orden a acreditar la existencia de pareja de hecho; el primer requisito específico hace referencia a los ingresos regulados en los tres primeros párrafos del art. 174.3, pero como indicaba, la mayor casuística se presenta en la interpretación del párrafo cuarto del mismo artículo.

El mencionado párrafo establece una definición de pareja de hecho, a efectos de la acción protectora de Seguridad Social. Debe:

Estar constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal (del mismo o distinto sexo).

Por quienes no están impedidos para contraer matrimonio, ni tienen vínculo matrimonial con otra persona (solteros, viudos, divorciados). Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Murcia de 20-2-2009: "La separación de un matrimonio anterior, sin la obtención del divorcio impide que, durante el período de convivencia previo que se exige para la consideración como pareja de hecho, se cumpla el requisito de carecer de impedimento para contraer matrimonio" y la St. de 27-5-2009 concluye que no se reúne el período mínimo exigido en la ley para la consideración de la pareja de hecho cuando, entre otras circunstancias, durante una parte no se cumple uno de los requisitos exigidos por estar impedido para contraer matrimonio, toda vez que estaba en proceso de separación.

Acrediten una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante de cinco o más años, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento. Este es requisito ineludible para acreditar la convivencia según las numerosas sentencias. TSJ de Castilla-León: Burgos 6-4-2008, Rso. N.º 573/08; sentencia TSJ Cantabria de 22-6-2009; Sentencia Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona de 23-12-2008 en las que se establece que la sentencia de divorcio produce efectos ex tunc, es decir, desde que la firmeza de la resolución que se dicta (art. 89 CC), por lo que la declaración de divorcio, y por tanto la disolución del vínculo matrimonial, no se produjo hasta esa fecha independientemente de cuándo los cónyuges suscribieron su documento notarial de separación e independientemente de la fecha de efectos del convenio regulador que dispone la sentencia de divorcio. Por consiguiente, la convivencia hasta la obtención del divorcio no va a ser válida a efectos de la consideración de pareja de hecho porque durante ese tiempo existía impedimento para contraer matrimonio "al mantener vínculo matrimonial con otra persona, y la sentencia del Juzgado de lo Social n. 2 de Valencia de 19-5-2009 establece que la acreditación de la convivencia ininterrumpida mediante certificación de empadronamiento, por razones de elemental seguridad jurídica, no puede ser sustituida por otro elemento de prueba y para la acreditación de pareja de hecho es ne-

cesaria la certificación de inscripción en registro público o documento público, que sería alguno de los especificados en el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contenga la manifestación de voluntad de conjunta convivencia en pareja de hecho.

Además de la convivencia acreditada con certificados de empadronamiento, debe acreditarse la existencia de pareja de hecho mediante:

Certificación de la inscripción en algunos de los registros específicos existentes en las CCAA o ayuntamientos del lugar de residencia o, documento público en que conste la constitución de la pareja.

En ambos casos (inscripción o formalización del documento público) debe de haberse realizado con antelación mínima de dos años respecto al fallecimiento del causante. En las CCAA con derecho civil propio, la acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica; sentencias TSJPV 7-1-2009, Rso. N.º 2633/2008; Juzgado de lo Social n.º 3 de Bilbao de 25-2-2009; TSJPV 14-4-2009, R.ª n.º 174/2009 que establecen que al tratarse de una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio, la consideración de la pareja de hecho debe efectuarse de conformidad con la Ley 2/2003, de 7 de mayo del País Vasco, reguladora de las parejas de hecho, conforme a la cual la inscripción de la pareja de hecho en el correspondiente registro tiene carácter constitutivo, sin que, por otro lado, el propósito o voluntad de inscribir la pareja de hecho dé derecho a la pensión, en esta última sentencia el Tribunal desarrolla una detallada argumentación que podría suponer la inconstitucionalidad de la remisión a los derechos civiles propios de determinadas Comunidades Autónomas para la consideración de las parejas de hecho por posible vulneración del principio de igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de TSJPV 9-6-2009, Rso. n.º 647/2009; TSJPV 30-6-2009, Rso. n.º 1032/2009; TSJPV 15-09-2009, Rso. nº. 1364/09; TSJPV 27-10-2009, Rso. n.º 15872009; y la sentencia del TS Aragón 9-3-2009 declara que, de conformidad con lo previsto en la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas en Aragón, la existencia de la pareja de hecho puede acreditarse mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

**1.1.2.** La D.A. Tercera regula una pensión de viudedad con carácter excepcional para hechos causantes producidos antes de la entrada en vigor de la LMSS. La causa de inexistencia de pensión fue la falta de vínculo matrimonial y los requisitos exigidos son la convivencia ininterrumpida como pareja de hecho durante los seis años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, acreditada mediante el correspondiente certificado de empadronamiento (dada la remisión al primer inciso, párrafo cuarto del art. 174.3 de la LGSS) y además se exige la existencia de hijos comunes y

que el beneficiario no tenga reconocida pensión contributiva de la Seguridad Social (en este caso tendría derecho de opción por la más favorable; la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 16 de Barcelona de 7-11-2008 declara que el requisito de tener hijos comunes, que establece la D.A. 3ª de la Ley 40/2007, no infringe el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución; la distinta regulación que se contiene en la Ley responde a que el legislador ha querido establecer requisitos distintos para situaciones diferentes. En este caso, la pareja de hecho heterosexual no había podido tener hijos biológicos; las sentencias de TSJPV 8-7-2008, Rso. n.º 978/2008, Juzgado de lo Social n.º 5 de Bilbao de 4-3-2009; TSJPV 20-10-2009, R.º n.º 1450/2009; sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Pamplona de 6-4-2009 declaran que en estos supuestos no entra en juego la previsión del inciso final del artículo 174.3 de la LGSS y la remisión que realiza a la legislación propia de las CCAA con Derecho Civil propio, en cuanto que la D.A. Tercera de la L.º 40/207 establece una regulación específica para el reconocimiento de la pensión de viudedad en los hechos causantes producidos con anterioridad a su entrada en vigor, remitiéndose exclusivamente a la exigencia del certificado de empadronamiento contenida en el primer inciso, párrafo cuarto, del artículo 174.3 de la LGSS y, en todo caso, porque la referencia a esa legislación específica en las CCAA con Derecho Civil propio viene referida a la acreditación de la pareja de hecho, pero también se exige el previo cumplimiento del requisito de la convivencia acreditada con certificado de empadronamiento; la St. TSJPV 28-4-2009, Rso. n.º 428/09 establece que para el reconocimiento de la pensión de viudedad, en aplicación de la DA 3º de la L 40/07, es preciso, entre otros requisitos, la acreditación de la convivencia durante los seis años anteriores al fallecimiento, acreditación que se efectuará mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, sin que pueda admitirse ningún certificado o título distinto a los efectos de probar la convivencia como tal pareja de hecho; la sentencia TSJ de Cantabria de 14-5-2009 declara que para el reconocimiento de la pensión de viudedad en aplicación de la D.A. 3ª de la L. 40/07, es preciso, entre otros requisitos, la existencia de hijos comunes, sin que tal requisito pueda ser modificado por la presunta esterilidad de uno de los miembros de la pareja de hecho; y la sentencia TSJ de Illes Balears de 2-6-2009 declara que la Disposición Adicional tercera de la Ley 40/2007 es una norma de carácter excepcional y que los requisitos establecidos en la misma para obtener la pensión de viudedad son de carácter acumulativo, esto es, el beneficiario ha de cumplirlos todos. Al tiempo, considera, que la regulación establecida en la misma no lesiona el derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española; y la sentencia TSJ Asturias de 29-5-2009 indica que para tener derecho a la prestación de viudedad regulada en la disposición adicional III de la Ley

40/07 es preciso el cumplimiento del requisito de existencia de hijos comunes.

Se exige específicamente en estos casos que la solicitud se presente en el plazo de doce meses siguientes a la entrada en vigor de la LMSS y la pensión de viudedad así reconocida tendrá efectos económicos desde 1-1-2007.

### 1.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA EL CASO DE FALLECIMIENTO POR ENFERMEDAD COMÚN ANTERIOR AL MATRIMONIO.

La LMSS ha añadido un tercer párrafo al artículo 174.1 de la LGSS, en un intento por eliminar los denominados *"Matrimonios de Conveniencia"*, en virtud del cual si el fallecimiento del causante deriva de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal se requiere además:

1.2.1. *Que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento, o alternativamente.*

1.2.2. *Que existan hijos comunes, o alternativamente.*

1.2.3. *Que en la fecha de celebración del matrimonio se acredite un periodo de convivencia con el causante, como pareja de hecho debidamente acreditada, que, sumado al de duración del matrimonio, supere los dos años. (Sentencia Juzgado de lo Social n.º 2 de Badajoz de 14-5-2009).*

Si no se puede acreditar que el matrimonio con el causante ha tenido una duración mínima de un año (o cohabitación unida a aquel superior a dos años) y tampoco existen hijos comunes, la LMSS introduce un nuevo artículo 174.bis, que reconoce:

### 1.3 PRESTACIÓN TEMPORAL DE VIUDEDAD:

En cuantía igual a la pensión que le hubiera correspondido y con una duración de dos años; *sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Bilbao de 17-11-2008*.

Este artículo 174.bis podría plantear la duda del tratamiento que haya de darse en los supuestos de ruptura o crisis matrimonial puesto que comienza aludiendo a *"cónyuge supérstite"*.

### 1.4 REQUISITOS ESPECÍFICOS EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO, NULIDAD.

Los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial; la reforma específica en estos supuestos atañe a dos aspectos:

**1.4.1** el artículo 174.2, 2º párrafo, establece que en el supuesto de concurrencia de beneficiarios la pensión será reconocida en proporción al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizando al cónyuge o conviviente de hecho en el momento del fallecimiento el 40% a su favor.

**1.4.2.** El artículo 174.2, 1er párrafo, establece que el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas quedará condicionado a que siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del código civil, esta quedará extinguida por el fallecimiento del causante.

Son varios los interrogantes planteados en la interpretación de este artículo, pero el que ha sido abordado en las sentencias con más incidencia se refiere a dicción literal: *"siendo acreedores*", forma verbal de gerundio, en lugar de presente de subjuntivo *"sean acreedoras"* (*sentencia del Juzgado de lo Social 26 de Barcelona de 28-7-2008*), de donde se deduciría que la condición para acceder a la prestación no está referida a la percepción de la pensión compensatoria, sino a su extinción, es decir, que no se exigiría ser acreedora de la pensión compensatoria, sino que en el caso de que se estuviera percibiendo, esta quedara extinguida al fallecimiento del causante; se presumiría esta interpretación de la propia redacción inmediata del art. 174.2, 3er párrafo, mucho más clara en la utilización de los tiempos verbales: *"En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el art. 98 del Código Civil"*. En el supuesto de nulidad matrimonial si se deduce como requisito para acceder a la pensión de viudedad que el beneficiario haya sido acreedor de la indemnización prevista en el art. 98, sin embargo el legislador no ha empleado este redactado en el primer párrafo para regular los casos de separación o divorcio; a mayor abundamiento el preámbulo de la LMSS apunta que *"el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil"*.

Insiste, pues, la sentencia mencionada en que lo que se pretende fijar como condición es que se extinga la pensión compensatoria por el fallecimiento del causante, y no que con anterioridad la misma estuviera fijada, es decir, que lo que se estaría introduciendo por la nueva regulación es una incompatibilidad entre la pensión pública de viudedad y la pensión compensatoria; destaca finalmente que otra interpretación daría lugar a un resultado contrario al artículo 9 de la C.E., no tanto por un supuesto carácter retroactivo de la norma, sino por poder afectar al principio de seguridad jurídica, pues un colectivo numeroso de eventuales beneficiarios pudieran verse privados del acceso a una prestación pública en atención a actos jurídicos en ocasiones muy remotos en el tiempo (procesos matrimoniales y convenios celebrados en su seno) y en los que ni siquiera era dable imaginar que quizás en el futuro su postura podría determinar el acceso a la pensión de viudedad. En definitiva, se considera que no se puede extinguir algo que no existe, el artículo 174.2 de la LGSS anterior a la reforma solo exigía para

acceder a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio que no se hubieran contraído nuevas nupcias y además hay que considerar que la pensión compensatoria es un negocio jurídico de carácter privado como el convenio regulador, al que se puede renunciar de forma voluntaria, pero a la pensión de viudedad le es de aplicación el art. 3 LGSS que establece la irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social.

No obstante, la sentencia de Barcelona mencionada fue un caso aislado, y en general nuestros juzgados y tribunales entendieron que no se está hablando exclusivamente de una incompatibilidad entre prestación de viudedad y pensión compensatoria, sino que se están estableciendo dos requisitos inexcusables *("en todo caso"*) que son:

- ser beneficiario de la pensión compensatoria
- que dicha pensión se extinga por el fallecimiento del causante

Si el legislador hubiera introducido solo una norma de incompatibilidad de ambas prestaciones hubiera dicho: "El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas que estén percibiendo pensión compensatoria quedará condicionado, en todo caso, a que esta quede extinguida por el fallecimiento del causante; pero el legislador no habla exclusivamente de los separados o divorciados que estén percibiendo pensión compensatoria, sino que se refiere genéricamente a todas las personas divorciadas o separadas, sin distinción, de lo que se deduce que no estamos tan solo ante una simple regla de incompatibilidad entre prestaciones, sino ante un doble requisito legalmente establecido para acceder a la pensión de viudedad, que ratifica la exposición de motivos de la LMSS al indicar que: *"el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria..."*, donde se habla claramente de un requisito de acceso a la pensión de viudedad, no solo de un criterio de incompatibilidad de prestaciones; si el acceso a la pensión de viudedad queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria es, en buena lógica, porque dicha pensión existía, sino no podría extinguirse; por lo que el acceso a la pensión debe entenderse condicionado al hecho de ser acreedor de la pensión compensatoria, y que esta quede extinguida por el fallecimiento del causante (*sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Santander de 10-3-2009*). Por otro lado, la actuación de los ciudadanos en la libre disposición de sus derechos no puede hacerse depender de cual sea la actuación legislativa en el futuro, se cita como ejemplo al ciudadano que adquiere su primera vivienda pensando en obtener un beneficio fiscal, y al año siguiente de consumada la compraventa el gobierno anula la desgravación por compra de vivienda, la norma tributaria es válida aunque ese ciudadano tal vez no habría comprado la vivienda, así lo han entendido las sentencias de *TSJPV 14-7-2009, Rso. n.º 1052/2009; 3-11-2009, Rso. n.º*

*1855/2009; 20-10-2009 Rso. 1715/2009; 29-9-2009, Rso. n.º 1640/2009; 6-10-2009, Rso. n.º 1868/2009, Juzgado de lo Social n.º 7 de Bilbao de 13-2-2009; Juzgado de lo Social n.º 5 de Bilbao de 17-6-2009.*

Este aspecto ha sido aclarado por la LPGE 2010, L 26/09 de 23 de diciembre, que modifica el art. 174.2, primer párrafo, estableciendo expresamente que se requiere que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedará extinguida a la muerte del causante, añadiendo además que si la cuantía de la pensión de viudedad es superior a la pensión compensatoria, debe disminuirse hasta la cuantía de dicha pensión compensatoria, para evitar actuaciones fraudulentas abocadas exclusivamente a la percepción de la pensión.

Se establece una excepción, añadiendo una D.T. 18ª, para supuestos de separación judicial o divorcio anteriores a 1-1-2008, en que la pensión de viudedad no queda condicionada a que las personas separadas o divorciadas sean acreedoras a la pensión compensatoria, pero siempre y cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, y el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y, además, o bien existan hijos comunes o bien tenga más de 50 años de edad al fallecimiento del causante, con la salvedad de que la persona divorciada o separada judicialmente que "hubiera sido deudora" de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En relación con el apartado anterior hay que poner la D. A. 30ª que da nueva redacción al ap. 1 de la D.A.1ª de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, y se establecen como causas de extinción de la pensión de viudedad además del nuevo matrimonio de quien la lucraba y la constitución de una pareja de hecho, la condena al beneficiario, en sentencia firme, por homicidio o lesiones de la causante de dicha pensión, y también víctima (ratificado por RD 296/09 de 6 de marzo).

Este supuesto de condena por malos tratos ha dado lugar a las únicas excepciones en las sentencias recaídas que reconocen pensión de viudedad a separadas y divorciadas, sin pensión compensatoria, pero víctimas de violencia de género; *Sentencia TSJ de Cantabria de 22-1-2009, Rso. n.º 1108/2008,* que indica que el motivo que le llevó a renunciar al percibo de una pensión compensatoria fue por razones de defensa y autoprotección, habiendo denunciado la esposa por malos tratos y debiendo acudir la esposa en trámites de separación a una casa de acogida para mujeres víctimas de violencia de género y sentencia *TSJ Cantabria de 4-2-2009, Rso. n.º 1193/2008* en el mismo sentido.

Así, la L.P.G.E. para 2010 ha recogido esta doctrina y la L 26/09 de 23 de diciembre modifica el primer párrafo del art. 174.2 de la L.G.S.S., estableciendo que en todo caso, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, quienes puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación o divorcio, tendrán derecho a la pensión de viudedad.

## CONCLUSIÓN

Como se reconoce en el Preámbulo de la LMSS actualmente existe imposibilidad de plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho y, en consecuencia, la inviabilidad de la plena igualación en el Régimen Jurídico de las correspondientes prestaciones de viudedad, por lo que como ya apuntábamos al inicio habrá de estarse a la previsión establecida en la D.A. 25ª relativa a la reforma integral de la pensión de viudedad, si bien incorpora un importante esfuerzo al reconocer (bajo determinados condicionantes) las uniones de hecho (las oficializadas), desplazando el centro de gravedad desde el matrimonio hacia la familia, con la intención de proporcionar cobertura a nuevas realidades, si bien quedan fuera numerosos aspectos (bigamia o poligamia de inmigrantes, matrimonios gitanos según sus ritos… entre otros); así, la sentencia TC n.º 69/07, de 16 de abril consideró que el art. 14 CE contiene una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en conceptos o motivos que el precepto prevé, entre los que se incluye expresamente la discriminación racial o étnica. Comprende no solo la discriminación directa, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel comportamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio, pero del que se deriva un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica constitucionalmente censurable; en cuanto a la pensión de viudedad y las uniones o formas de convivencia no legalmente institucionalizadas, no supone discriminación por razones sociales que el legislador limite la protección de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada; la denegación de pensión a la supérstite de una pareja casada por el rito gitano no implica un trato discriminatorio por motivos sociales ya que ninguna vulneración se deriva de la limitación de la prestación a la concurrencia de vínculo matrimonial legalmente reconocido, ni por motivos étnicos ya que la aplicación al caso del tratamiento dado a las uniones "*more uxorio*" no toma como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a previsiones legales, previsiones que en ninguna forma se condicionan a la pertenencia a una raza sino exclusivamente a consideraciones civiles o religiosas por lo que no existe vulneración constitucional. La sentencia del Tribunal Constitucional mencionada ha que-

dado sin efecto en virtud de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 2009, que si bien no reconoce la validez civil de la unión romaní, ni aprecia discriminación por el Estado español, puesto que el matrimonio civil en España, en vigor desde 1981 está abierto a todos, concede una indemnización a la demandante por los perjuicios sufridos, considerando la situación de la demandante equivalente a otras situaciones en lo que respecta a los efectos de la buena fe. En conclusión, deben respetarse los derechos ya consolidados para que no sufran las expectativas del modo tradicional de convivencia que permanece en la mayor parte de los segmentos de la población y al tiempo ser justos con el dinero de todos.

# Ernesto García-Trevijano Garnica

Letrado del Consejo de Estado (excedente)


## LA CESIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y OTRAS FIGURAS AFINES

**SUMARIO:**


**I.-** ¿Se celebra el contrato administrativo Intuitu Personae?

**II.-** Figuras afines a la cesión del contrato:

- II.1.- Enajenación del capital social de la sociedad contratista.
- II.2- Fusiones, escisiones y transmisiones de rama de actividad.
- II.3.- Transmisión de todo o parte de la participación de un miembro de la UTE.
- **II.4.- Cesión y subcontratación.**

**III.-** La cesión del contrato administrativo:

- III.1.- La cesión del contrato administrativo no constituye un supuesto de novación extintiva.
- III.2.- ¿La cesión del contrato constituye un negocio jurídico bilateral o trilateral? Alcance de la autorización de la Administración.
- III.3.- La Administración contratante puede ceder el contrato administrativo.
- III.4.- Requisitos para que sea operativa la cesión del contrato administrativo.
- III.5.- Relaciones entre las distintas partes afectadas por la cesión de un contrato administrativo.
- III.6.- Repercusiones recíprocas entre el contrato base (el contrato administrativo) y el contrato de cesión.

## I.- ¿SE CELEBRA EL CONTRATO ADMINISTRATIVO *INTUITU PERSONAE*?

Para que quepa hablar de la cesión del contrato administrativo es preciso que la Administración no lo haya adjudicado en razón de la persona del contratista, en el sentido de que solo el contratista designado es quien puede realizar la prestación que constituye el objeto del contrato. Para poder ceder la posición jurídica de contratista (con sus derechos y obligaciones) es imprescindible que el contrato pueda ser ejecutado por persona distinta de la originariamente adjudicataria. Por ello, un contrato celebrado *intuitu personae* impediría por naturaleza el cambio en la persona del contratista, puesto que solo el adjudicatario originario sería el que está en condiciones de satisfacer la prestación a favor de la Administración que forma parte del objeto del contrato.

Y cabría preguntarse, ¿se celebran realmente los contratos administrativos *intuitu personae*? Este interrogante es especialmente procedente si se tiene en cuenta que no es inhabitual encontrarse con sentencias o posiciones doctrinales en las que se califica el contrato administrativo como celebrado *intuitu personae*. No sería correcto, sin embargo, derivar sin más de dicha calificación la imposibilidad por naturaleza de la cesión de los contratos administrativos.

En efecto, normalmente la calificación del contrato administrativo como celebrado *intuitu personae* no pretende transmitir la idea de que del mismo deriven exclusivamente prestaciones personalísimas, sino simplemente ponerse el énfasis en una de las características de los contratos administrativos, como es que para la Administración adquiere una especial relevancia la persona que con ella se vincula a través del contrato administrativo. Por imperativo legal, la Administración debe seleccionar adecuadamente al contratista, con el fin de asegurarse de que quien resulte adjudicatario estará en condiciones de cumplir las obligaciones que asume en virtud del contrato administrativo. Si se tiene en cuenta que en este tipo de contrato está ínsito la realización del interés público, la Administración no solo puede sino que debe cerciorarse de que el contratista goza de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar necesarias para el cumplimiento de las prestaciones que le incumben.

Precisamente, la regla general es que los contratos administrativos son susceptibles de ser cedidos (con las limitaciones impuestas en cada ordenamiento jurídico), sin perjuicio de que como excepción a esa regla general pueda configurarse en determinados casos *intuitu personae*, lo que en tal caso impediría, por esencia, la cesión del contrato. Confirma cuanto ahora se expone el hecho de que el propio ordenamiento jurídico regule la figura de la cesión del contrato administrativo, pues no tendría sentido dicha regulación si, por naturaleza, del mismo derivaran prestaciones personalísimas.

En definitiva, como regla general los contratos administrativos no se celebran *intutitu personae*, sin perjuicio de que en ocasiones se califiquen impropiamente como tales, pero con el objetivo de poner de manifiesto la importancia de la selección de la persona que contrata con la Administración, lo que no debe confundirse con la imposibilidad de su sustitución.

## II.- FIGURAS AFINES A LA CESIÓN DEL CONTRATO

Admitido que los contratos administrativos, por esencia, no generan automática e irremediablemente para el contratista la obligación de cumplir directa y personalmente las prestaciones a las que le obligó (prestaciones personalísimas), inmediatamente cabría plantear las distintas formas a través de las cuales el contratista originario podría, directa o indirectamente, ser sustituido en el marco del contrato administrativo.

Quiero con ello destacar que junto a la cesión del contrato propiamente dicha (figura que abordo específicamente más adelante), existen otras figuras o situaciones que jurídica o materialmente pueden producir efectos similares. Me refiero a continuación separadamente a (i) la transmisión de las acciones representativas del capital social de la sociedad contratista, (ii) la fusión de la sociedad contratista, la escisión o la transmisión de rama de actividad, (iii) la transmisión de todo o parte de la participación de un miembro en una unión temporal de empresarios (UTE) y (iv) la subcontratación.

### II.1.- Enajenación del capital social de la sociedad contratista

**II.1.1.** La Administración puede contratar con personal físico o jurídico. En este último caso habrá valorado la capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar de la persona jurídica como tal, en cuanto sujeto de derecho. Por ello, en principio, quien sea accionista de la sociedad contratista es neutro para la Administración, pues no se contrata con los accionistas, sino con la sociedad como tal. Esta es la que debe reunir los requisitos que justifiquen la adjudicación a su favor, con respeto y sometimiento a las reglas de selección de los contratistas prevista en el ordenamiento jurídico.

La consecuencia lógica de ello es que, en principio, la transmisión de acciones representativas del capital social de la sociedad contratista a favor de terceros, incluso cuando lleven un cambio de control, debería ser neutra para la Administración, que seguirá ligada contractualmente con la misma persona jurídica que resultó adjudicataria y de la que tomó en consideración -se insiste- su capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar (no la de sus accionistas).

Ahora bien, a través de esta vía (transmisión de las acciones representativas del capital social de la sociedad contratista), aunque formalmente se mantenga el mismo contratista (la persona jurídica como tal), material-

mente podría entenderse que se está produciendo una cesión indirecta del contrato administrativo, al menos cuando la transmisión de acciones lleve consigo un cambio de control en la sociedad contratista. El contratista seguirá siendo formalmente el mismo, pero no quien domina ahora al contratista.

El legislador podrá tomar en consideración esta realidad, dejándola sin embargo huérfana de regulación o, en su lugar, estableciendo reglas que, por ejemplo, impongan la previa autorización de la Administración cuando pretenda trasmitirse un porcentaje determinado del capital social de la sociedad contratista o cuando la transmisión de las acciones, cualquiera que sea su porcentaje, implique un cambio de control en la sociedad contratista.

**II.1.2.** Sin prejuzgar ahora si como regla general debe optarse o no por la regulación de esta forma de cesión indirecta de los contratos administrativos, lo cierto es que hay situaciones en las que, a mi juicio, es difícilmente justificable la ausencia de regulación a nivel de norma jurídica, con el efecto pernicioso añadido de la falta de homogeneidad derivada de las distintas reglas que puedan establecerse en cada uno de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares o reguladores de los respectivos procedimientos de selección del contratista.

En efecto, me estoy refiriendo a aquellos casos en los que en el procedimiento de selección se valora la capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar de quienes formulan la oferta, permitiéndose o imponiéndose a los que resultan adjudicatarios la obligación de constituir una sociedad *ad hoc*, que asumirá la condición de contratista, con sus correspondientes derechos y obligaciones. Este es el sistema que impera en el denominado *contrato de concesión de obras públicas* que se contiene en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (**LCSP**), Ley en la que, sin embargo, no existe precepto específico alguno en el que se regule el régimen de transmisión de las acciones de la sociedad *ad hoc* constituida por los adjudicatarios y que, como se dice, asume la condición de sociedad contratista.

La situación es sin duda peculiar, especialmente si se tiene en cuenta que, como antes se ha expuesto, a la Administración no le es indiferente quien con ella contrata. De hecho, el ordenamiento jurídico le impone seguir unos criterios objetivos y muchas veces rígidos de selección del contratista. En el supuesto que ahora se expone, resulta que la Administración aplica las reglas del procedimiento de selección en relación con los licitadores que, sin embargo, finalmente no van a asumir la condición de contratistas, ya que quien hubiera resultado adjudicatario o adjudicatarios (en este último caso, en el supuesto de oferta conjunta) constituyen una sociedad (por tanto, un sujeto de derecho distinto) que asume la condición de contratista, con todos los derechos y obligaciones a ello inherentes. Y cabría preguntarse

entonces, ¿qué sentido tiene, por ejemplo, valorar la solvencia de los licitadores si finalmente no son ellos los que van a ejecutar el contrato, sino la sociedad por ellos constituida a tal fin?; ¿de qué sirven todos los mecanismos legalmente impuestos para la selección del contratista? E incluso desde la perspectiva que ahora interesa (cesión de los contratos), ¿sería admisible que los adjudicatarios, en su condición de accionistas de la sociedad por ellos constituida y que asume la condición de contratista, pudieran trasmitir sin más su participación en el capital social de ésta?

No voy a profundizar en las ventajas o desventajas de configuraciones como la señalada, si bien quiero al menos resaltar que la figura descrita es muy habitual fundamentalmente cuando se trata de la construcción de obras públicas para su posterior explotación durante un largo periodo de tiempo (lo que actualmente se articula habitualmente a través de la citada figura del *contrato de concesión de obras públicas*).

Normalmente, la exigencia de constituir una sociedad *ad hoc* para la ejecución del contrato llevará consigo la exigencia de que tenga un objeto social único, pues a la Administración le interesará que la sociedad se dedique en exclusiva a la ejecución del contrato, lo que le permitirá, además, un mayor control y vigilancia sobre su situación financiera y económica y, en definitiva, sobre la ejecución del contrato administrativo. Sin embargo, a veces se admite un objeto social más amplio, que permita la ejecución de varios contratos a la vez, en ocasiones contratos que han de ser de similar naturaleza o prestaciones. E incluso no es extraño encontrase con licitaciones en las que se admite la posibilidad de que los adjudicatarios no precisen constituir una nueva sociedad, sino que puedan utilizar una ya existente (que habrán, no obstante, de adaptar a las exigencias contenidas en el correspondiente Pliego). La decisión que al respecto se adopte (con carácter general a través de la correspondiente norma jurídica que regule este ámbito, o a nivel del caso concreto en el Pliego de que se trate), deberá tener presentes la ventajas y desventajas de una mayor o menor rigidez en este aspecto, para lo que habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes.

Ahora bien, las eventuales ventajas de una configuración como la descrita (constitución o utilización por los adjudicatarios de una sociedad *ad hoc*, que asume la condición formal de contratista) no está reñido con establecer mecanismos que permitan dar sentido al esfuerzo realizado por la Administración en la selección de los adjudicatarios (que, sin embargo, no adoptarán formalmente la posición de contratistas) y asegurarse que la *sociedad ad hoc* designada para la ejecución del contrato, efectivamente va a estar en condiciones de ello. En este sentido, los aspectos que habría que tomar en consideración a tal fin serían, al menos, los siguientes:

- En el Pliego debería imponerse que la sociedad que se constituye (o que se utilice a tal fin, si ya existiera) y que va a asumir la condición de

contratista, tenga un capital social mínimo durante toda la vida del contrato. Además, lo normal es que se exija también mantener un porcentaje de recursos propios (incluido, aparte del capital social, prestamos subordinados en los términos que pueda preverse en el Pliego) en relación con la inversión total prevista.

Incluso no es inusual que pueda preverse la responsabilidad directa de los adjudicatarios (accionistas de la sociedad contratista) en determinados aspectos, como por ejemplo mantener el referido ratio inversión/recursos propios. No obstante, en este último aspecto hay que ser especialmente cautelosos, pues ampliar en exceso la responsabilidad de los adjudicatarios (accionistas de la sociedad que finalmente asume la condición de contratista), en gran parte haría perder su atractivo a la figura. Así hemos tenido ocasión de observarlo en algunas ocasiones, en las que los pliegos han configurado un sistema en el que se hacía responsables solidarios a los adjudicatarios y a la sociedad por ellos constituida (la sociedad contratista); ello fue frontalmente contestado por el sector, puesto que, como se dice, hace perder en gran parte el atractivo de la figura, e impide dotar de vida propia real y en cierta medida autónoma a la sociedad contratista, además de que también hace perder gran parte de su sentido a las exigencias que normalmente se prevén en los pliegos relativas a los requisitos que habrá de reunir la propia sociedad contratista (capital social mínimo, *ratio* de la inversión cubierta con recursos propios, etc.).

- La sociedad contratista deberá estar participada por los licitadores que resultaron adjudicatarios (en oferta conjunta) y en la misma proporción en la que licitaron. No tendría sentido valorar la solvencia de los licitadores en trance de decidir la adjudicación del contrato y, a su vez, admitir sin más que alguno o algunos de los licitadores (en oferta conjunta) valorados finalmente no formará parte de la sociedad concesionaria. En tal caso, los licitadores que no formaran parte del capital social de la sociedad contratista, en realidad habrían actuado como testaferros, "prestando" su solvencia en cuanto meros partícipes formales en la licitación, lo cual sería inadmisible.

A similar conclusión habría que llegar en relación con su participación concreta en el capital social de la sociedad contratista, puesto que perdería todo su sentido exigir en la fase de licitación que se comunique el porcentaje con el que participa cada licitador en el seno de la oferta conjunta si, a continuación, se hace caso omiso de tal circunstancia y se permite sin más constituir la sociedad contratista variando dichos porcentajes.

Por tanto, la admisibilidad –en los términos y con el alcance que en cada ordenamiento jurídico se prevea– de que los adjudicatarios en un procedimiento selectivo puedan constituir una sociedad *ad hoc* (o la utilización de una ya existente) que adopte la posición de contratista, debe ir necesariamente acompañada de la exigencia de que quienes resultaron adjudicata-

rios deban ser necesariamente quienes asuman la titularidad del capital social de la sociedad constituida (o utilizada a tal fin, si ya existiera) y en la misma proporción en que participaron en la oferta.

En otro caso, perdería absolutamente su sentido el procedimiento de selección de las ofertas, puesto que quienes las formulan podrían finalmente no tener nada que ver, incluso *ab initio*, con la sociedad que se constituye y que asume la condición de contratista. Además, si se tiene en cuenta que el contrato existe desde el momento en que se produce la adjudicación (pues en dicho instante confluye oferta y aceptación), la exclusión desde un principio en el capital social de la sociedad que se constituye de alguno o algunos de quienes asumieron la condición de licitadores y resultaron adjudicatarios, podría incluso concebirse como una forma de cesión del contrato, aunque sea indirectamente.

**II.1.3.** Pues bien, asumiendo que, en efecto, la sociedad se constituya por los concretos licitadores que resultan adjudicatarios y en la proporción en que participaron en la oferta conjunta presentada, cabría preguntarse si, tras dicha constitución, los socios de la sociedad contratista podrían transmitir todas o parte de sus acciones en el capital social de la sociedad. Se insiste en que para dar una adecuada respuesta a esta cuestión debe observarse la peculiaridad del supuesto, ya que no se trata de la transmisión de las acciones de una sociedad que como tal resultó adjudicataria en un procedimiento selectivo, sino de la transmisión de acciones de una sociedad que se ha constituido por quienes resultaron adjudicatarios (no la sociedad misma).

Existe, por tanto, un plus que hay que tomar en consideración, so pena de desnaturalizar la propia figura. Y ello porque si al día siguiente de haberse constituido la sociedad que asume la condición de contratista, los socios transmitieran sus acciones a un tercero y sin la previa autorización de la Administración, no solo podría considerarse que se está produciendo una cesión indirecta del contrato administrativo (aunque formalmente se mantenga a la misma sociedad contratista), sino que además se daría con el agravante de que de nada habría servido (aunque sea indirectamente) la valoración, por ejemplo, de la solvencia de quienes resultaron adjudicatarios. Estos habrían constituido la sociedad y habrían desaparecido inmediatamente como accionistas, perdiendo de esta manera de manera el control de la sociedad instrumental constituida y destinada a asumir la condición formal de contratista.

En realidad, la cuestión podría ser abordada en sus dos aspectos relevantes:

Si es preciso obtener la previa autorización de la Administración para transmitir todas o parte de las acciones, o si basta la mera comunicación *a posteriori*.

Si podría considerarse (y en qué casos) que la transmisión de un porcentaje determinado de acciones de la sociedad contratista (o una transmisión que implique un cambio en el control en la citada sociedad) equivale a una cesión del contrato administrativo, lo que en tal caso, en principio, exigiría que se cumplieran los requisitos previstos en cada ordenamiento jurídico para la cesión del contrato.

En el caso español, la LCSP carece de regulación sobre esta materia, lo que nos lleva en la práctica a estar a lo que se prevea en cada Pliego. Y ello supone una clara ausencia de homogeneidad e inseguridad, a la vez que demuestra que en muchas ocasiones se "legisla" a través de pliegos particulares (la expresión "legislar" la utilizo en sentido impropio, puesto que los pliegos particulares no son propiamente normas jurídicas sino meros actos administrativos generales no normativos).

Si efectivamente el Pliego contiene previsiones sobre el régimen aplicable para la transmisión de acciones de la sociedad contratista, habrá de estarse a lo en él previsto. La dificultad se presenta sustancialmente cuando el Pliego no dice nada sobre esta cuestión, lo que unido a la referida ausencia en el caso español de una regulación normativa en el ámbito de la contratación administrativa, provoca inseguridad jurídica.

No ocurre lo mismo en determinadas normativas sectoriales, en las que se regula específicamente cuándo hace falta solicitar la autorización de la Administración para transmitir acciones de la sociedad contratista o concesionaria. Por ejemplo, el artículo 117.4 en conexión con el artículo 77.1 ambos de la Ley 48/2003, de Régimen Jurídico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General, somete a previa autorización la transmisión de acciones de la sociedad concesionaria portuaria cuando, como consecuencia de dicha transmisión, el adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad. Y se presume que concurre dicha situación de influencia efectiva cuando la participación directa o indirecta en el capital social o en otros valores que confieran derechos políticos iguale o supere la proporción del 25% del capital social.

La inseguridad jurídica en el ámbito de la contratación administrativa se incrementa notablemente si la transmisión de acciones de la sociedad contratista lo es en un porcentaje que implique un cambio de control, precisamente porque ello podría considerarse como un cesión indirecta del contrato, especialmente –se insiste– en el marco del supuesto en el que se sitúan estas reflexiones, esto es, sociedad *ad hoc* constituida por los adjudicatarios y que asume la condición de contratista.

Esta ausencia de regulación normativa y de previsión concreta en el Pliego de que se trate, provoca que deba ser el titular de las acciones que pretenda transmitirlas el que deberá decidir por sí la actitud a adoptar.

Para ello deberá tener en cuenta que si finalmente se concibiera dicha transmisión como una cesión indirecta del contrato (en particular, cuando dicha transmisión implique un cambio de control en la sociedad contratista), estará asumiendo un importante riesgo, dado que la Administración normalmente podrá considerar que la cesión inconsentida de un contrato administrativo es causa de extinción anticipada por culpa de contratista, con sus consecuencias anejas. Es más, si por este motivo (transmisión de las acciones a un tercero) se extinguiera anticipadamente el contrato administrativo, el transmitente tendría además que responder frente a los demás socios de la sociedad contratista, que se verían directamente perjudicados como consecuencia de la pérdida del contrato administrativo respecto del que asumía la condición de contratista la sociedad en cuyo capital social participan.

El panorama así descrito es suficientemnete gráfico como para justificar la conveniencia de introducir una regulación que clarifique y ofrezca certidumbre jurídica en este ámbito, poniendo a disposición de los operadores una regulación que les permita conocer las reglas del juego. Y no se olvide que es también a la propia Administración (y, en definitiva, al interés público) a la que conviene que dichas reglas del juego sean claras, pues sin duda la extinción anticipada de un contrato administrativo normalmente comportará perjuicios para la propia Administración, que intentará agotar las vías para evitar esta situación.

**II.1.4.** Por lo demás, en trance de regular esta materia, deben tenerse también presentes los efectos derivados de una eventual aplicación del régimen de las cesiones directas a las que venimos denominando como cesiones indirectas. No quiero decir con ello que necesariamente el régimen aplicable a unas y a otras deba ser distinto, pero si que al menos que en trance de decidir la regulación aplicable, se debe ser consciente de las consecuencias derivadas de una aplicación homogénea para ambos supuestos de cesión (directa e indirecta). De hecho, en la práctica nos encontramos en muchas ocasiones con esta situación.

En efecto, en ocasiones los pliegos, al regular el régimen de transmisión de las acciones de la sociedad contratista, se limitan a remitirse al precepto de la legislación de contratos que regula la cesión (propiamente dicha) de los contratos administrativos, lo que sin duda genera incertidumbre jurídica, entre otros aspectos, acerca del porcentaje de acciones que habrá de transmitirse para considerarse que se produce efectivamente una cesión.

Pero, además, dicha incertidumbre aumenta si se tiene en cuenta que, por ejemplo, el artículo 209 del LCSP incluye como requisito para que sea viable la cesión, que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo

de duración del contrato. ¿Es exigible el cumplimiento de este requisito cuando se pretende la transmisión de acciones representativas del capital social de la sociedad contratista en un porcentaje tal que implique un cambio de control en dicha sociedad?

La respuesta a este interrogante se complica cuando estamos ante contratos que tienen una fase de construcción de la obra pública y otra posterior de explotación de lo construido (como ocurre con el contrato de concesión de obras públicas), pues en tales casos se añade el problema de que cuando menos será discutible si opera el requisito del 20% de ejecución de las obras o la quinta parte del plazo de prestación de servicio, o ambos requisitos según el estado de ejecución del contrato cuando pretendan transmitirse las acciones (si es durante la fase de ejecución de las obras, operaría el citado requisito referido a las obras, y si se estuviera ya en fase de explotación, sería aplicable de haber consumido al menos una quinta parte del plazo del contrato; aunque sin duda con esta solución habría problemas añadidos: por ejemplo, a efectos de computar la quinta parte del plazo de explotación ¿debería tomarse en consideración el plazo completo del contrato o solo a partir del comienzo efectivo de explotación?, aspecto relevante si se tiene en cuenta que normalmente el plazo otorgado al concesionario para la ejecución de las obras consume plazo de concesión). Y para complicar más aún las cosas, no es extraño encontrar contratos con un objeto complejo en los que simultáneamente comienzan las obras y la explotación propiamente dicha en algunos aspectos.

Obviamente, esta falta de claridad sobre la cuestión aconseja que, previamente a la ejecución de una operación de este tipo respecto a la que puedan existir dudas (transmisión de acciones representativas del capital social de la sociedad contratista, al menos cuando impliquen un cambio de control), se obtenga de la Administración su previa conformidad. Con ello se evitarán los riesgos inherentes a que la Administración pueda llegar a concebir la transmisión de las acciones de la sociedad contratista como una forma de cesión indirecta, a la que pretenda aplicar el régimen previsto para las cesiones de los contratos y cuyo incumplimiento es causa de extinción anticipada del contrato por causa imputable al contratista.

**II.2 Fusiones, escisiones y transmisiones de rama de actividad**

Como tuve ocasión de exponer en otro lugar (*vid*. *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Editorial Civitas, 1997), es preciso distinguir entre la *cesión* del contrato propiamente dicha y la *sucesión* en el contratista.

En efecto, la cesión constituye un negocio jurídico dirigido directa y específicamente a transmitir el contrato base (el contrato administrativo) a favor del cesionario. Frente a ello, en ocasiones se produce un efecto equivalente, pero a través de fenómenos que no están ya dirigidos concreta y

específicamente a ceder un contrato determinado. Así ocurre en los supuestos de *sucesión* de personas públicas o privadas, en los que el contratista es sustituido por otra entidad distinta, sin que tal sustitución se produzca a través de la técnica de la cesión de los contratos singularmente considerados.

Así acontece en los casos de fusión de sociedades, tanto de fusión por absorción (en los que la sociedad contratista es absorbida) como de fusión en el sentido estricto, en los que la sociedad contratista se extingue al ser absorbida por otra sociedad (fusión por absorción) o bien al fusionarse con otra sociedad perdiendo ambas su personalidad jurídica y surgiendo otra en su lugar (fusión en sentido estricto).

En estos casos, la sociedad absorbente o resultante de la fusión sustituye a la sociedad extinguida en todas las relaciones jurídicas que tuviera entabladas, incluidos, por lo que ahora interesa, los contratos administrativos en los que pudiera aparecer como contratista. No será estrictamente un caso de cesión de contratos, porque lo que se produce es una sucesión universal, que no tiene como finalidad específica la simple cesión de un contrato administrativo determinado.

Una situación similar se produce en los casos de escisión o de transmisión de rama de actividad. En cuanto a la escisión, puede producirse con extinción de la propia sociedad y división de su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente; y la escisión sin extinción de la sociedad escindida, como ocurre cuando se segrega una o varias partes del patrimonio de la sociedad (que, como se dice, no se extingue, traspasando en bloque las partes segregadas a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes). Por tanto, la escisión de una sociedad puede producirse con o sin escisión de su personalidad jurídica.

Pero desde la perspectiva que ahora interesa, lo cierto es que la escisión en cualquiera de las dos modalidades señaladas tampoco responderá a la idea estricta de la cesión del contrato, ya que no tendrá como objetivo la mera cesión de uno o varios contratos, sino que estos se integrarán (con el resto de negocios jurídicos, activos y pasivos que correspondan) en la parte escindida.

A similar conclusión se llega si la cuestión se enfoca desde la perspectiva de la transmisión de rama de actividad. En tal caso, la sociedad contratista transmite a un tercero una rama de actividad del que forman parte, entre otros elementos, determinados contratos administrativos. No se oculta que las dificultades se presentarán al delimitar qué debe entenderse por "rama de actividad", pues no es extraño en la práctica que, ante la ausencia de una definición legal sobre el particular, pueda pretenderse considerar como tal la mera transmisión de un conjunto de elementos desconectados. A mi

juicio, para que sea aplicable el régimen de transmisión de rama de actividad (y excluir de esta manera la aplicación de la regulación de la cesión del contrato) es necesario que se trate de una actividad diferenciada que incorpore los elementos necesarios para su funcionamiento como una empresa; es decir, el contratista estaría transmitiendo a un tercero una empresa en funcionamiento.

Obsérvese que en estos casos de fusión, escisión (cuando el contrato administrativo se integre en una parte escindida) y transmisión de rama de actividad, el contratista originario en el marco del contrato administrativo será sustituido por otra persona (la resultante de la fusión, el adquirente de la parte escindida o de la rama de actividad), de manera que materialmente se producirá un cambio en el elemento subjetivo del contrato administrativo. Ahora bien, la circunstancia de que dicho cambio subjetivo se produzca a través de la sucesión en bloque en los términos señalados, permite dar un tratamiento diferenciado a estas situaciones, evitando la aplicación de la regulación prevista para la cesión de los contratos. Y esto puede tener su importancia, como así ocurre, atendiendo al régimen aplicable en el ordenamiento jurídico español.

En efecto, la circunstancia de que no medie un negocio jurídico específico de cesión del contrato, sino que se opere a través de la referida sucesión en bloque, lleva consigo la aplicación del artículo 202.4 de la LCSP, en lugar de la regulación específica que sobre cesión de contratos se contiene en el artículo 209 del mismo texto legal. Un aspecto especialmente relevante desde esta perspectiva es que no resultarán exigibles en los casos de fusión, escisión y transmisión de rama de actividad los requisitos previstos para la cesión de contratos, entre ellos, haber ejecutado al menos el 20% del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que se haya efectuado una explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.

En este sentido, el artículo 202.4 de la LCSP señala que en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Es decir, el legislador no ha dejado margen alguno a la Administración para valorar si la sociedad absorbente o resultante de la fusión le ofrece suficientes garantías en lo que la ejecución del contrato se refiere. Así se desprende de la dicción literal del precepto, cuando señala que "*continuará*" (forma imperativa) el contrato administrativo. La razón de esta solución se encuentra quizá en la idea de que la entidad resultante de la fusión o la sociedad absorbente ofrecerán normalmente mayor garantía a la Administración contratante en lo que al cumplimiento del contrato se refiere, ya que unirá el potencial (y solvencia) de la sociedad contratista

absorbida o fusionada a la absorbente o resultante de la fusión. Sin embargo, se olvida con ello que no necesariamente siempre la sociedad resultante de una fusión o la sociedad absorbente tiene que tener mayor solvencia que la sociedad contratista fusionada o absorbida (por ejemplo, cuando la sociedad que se fusiona con la contratista o la absorbente tenga un importante pasivo).

Por otro lado, en el mismo artículo 202.4 de la LCSP se señala que en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresa o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación. Como se observa, la LCSP (como ya hicieran sus antecesoras) dispensa a estos supuestos un tratamiento distinto al de la fusión, pues exige comprobar que quien va a adoptar la posición de contratista goza de la solvencia que se exigió al acordarse la adjudicación. La idea que subyace a este distinto tratamiento es que en esos casos el patrimonio se divide, lo que en principio podrá dar lugar a un debilitamiento en la solvencia.

En definitiva, a través de estas figuras (fusión, escisión o transmisión de empresa o rama de actividad) la Administración va a encontrarse con un contratista distinto del originario. Aunque la situación pueda ser materialmente similar a la cesión del contrato si se observa aisladamente cada contrato administrativo, sin embargo el tratamiento legal puede ser distinto (cesión y sucesión), como así ocurre en el ordenamiento jurídico español.

Por lo demás, la sucesión también puede producirse del lado de la Administración contratante. No me estoy refiriendo ahora a si es o no admisible que la Administración ceda su posición en un contrato específico, aspecto que abordo más adelante, sino que es jurídicamente admisible que la sucesión se produzca del lado de la Administración. Así ocurrirá como por ejemplo, en los casos de fusión de municipios limítrofes a fin de constituir uno solo o bien la incorporación de uno o más municipios a otro u otros limítrofes. La entidad pública que sucede a la que adoptó la posición de contratante se subrogará en todos los derechos y obligaciones de esta, pero no sólo en el contrato en cuestión, sino en todas las relaciones jurídicas que la entidad pública sustituida ostentara. Tampoco en estos casos cabría con rigor calificar a la entidad pública que sustituye a la extinguida como cesionaria, pues el fenómeno que provoca la referida sustitución en el contrato es de otra índole jurídica (no se trata sin más de un supuesto aislado de cesión en sentido estricto).

### II.3. Transmisión de todo o parte de la participación de un miembro de la UTE

La situación a la que me refiero ahora es aquella en la que se formula

una oferta conjunta por varias empresas en unión temporal de empresarios (UTE), de manera que, de resultar adjudicatarios, todos ellos conjuntamente (constituidos en UTE) resultarían obligados solidariamente a ejecutar el contrato. La UTE, en el sistema español, carece de personalidad jurídica, razón por la que sin perjuicio de que sea habitual identificar a la UTE como la contratista, con rigor son los miembros de la UTE conjuntamente los contratistas (bajo el referido principio de responsabilidad solidaria). En definitiva, cuando la legislación de contratos se refiere explícitamente a que la Administración puede contratar con UTEs, la realidad es que jurídicamente está contratando conjuntamente con todos los miembros de la UTE, afirmación que tiene su importancia desde la perspectiva que ahora interesa.

En efecto, admitido que el contrato administrativo existe desde la adjudicación y que en el caso de la UTE quienes contratan con la Administración son conjuntamente todos los empresarios que forman parte de la misma, cabría plantearse si podría retirarse uno de los miembros de la UTE o cambiar su porcentaje de participación y, si se admitiera, si procedería dar al supuesto el tratamiento previsto para la cesión de contratos.

Ante la inexistencia de una regulación específica sobre el particular (como acontece en el ordenamiento jurídico español), podrían darse distintas situaciones, todas ellas referidas a la fase de ejecución del contrato, esto es, tras su perfección mediante la adjudicación acordada por la Administración (dejo a un lado el tratamiento de la cuestión antes de la adjudicación, a cuyo efecto me remito a lo que expuse en otro lugar: *Las uniones temporales de empresarios en la contratación administrativa*, Ed. Civitas, 2004).

Ante todo debe observarse que la retirada de uno de los miembros de la UTE durante la fase de ejecución, exigirá en todo caso la previa autorización de la Administración contratante. Si se parte del principio de responsabilidad solidaria que opera entre los miembros de la UTE, el abandono de la UTE por cualquiera de ellos perjudicaría a la Administración, al desaparecer uno de los responsables solidarios frente a ella.

Dicho esto, sin embargo cabría preguntarse -desde la perspectiva que ahora interesa- si la transmisión del porcentaje de participación de alguno de los miembros de la UTE (con o sin abandono mismo de la UTE) podría ser considerado como una cesión de contrato a la que deba aplicársele el régimen previsto a las cesiones de contratos. Y aunque sin duda la ausencia de una regulación específica podría dar lugar a interpretaciones divergentes, a mi juicio el tratamiento que debería dispensársele a la cuestión planteada debería ser el siguiente:

- Transmisión de porcentajes de participación entre miembros de la UTE siempre que no comporte un cambio de control. Este supuesto no debería

concebirse como un supuesto de cesión de contrato. Es más, debería ser suficiente con la comunicación realizada a la Administración en relación con los cambios de participación operados, sin necesidad de previa autorización, ya que, en definitiva, la Administración mantendrá incólumes las ventajas derivadas del principio de responsabilidad de los miembros de la UTE, principio que opera con independencia del porcentaje de participación que cada uno de ellos tenga en el seno de la UTE.

Además, el sentido y finalidad que pueda tener la exigencia de concretar, en fase de adjudicación, el porcentaje de participación de cada uno de los miembros de la UTE, disminuirá en fase de ejecución del contrato.

Se trataría -*servata distantia*- de una situación asimilable a la transmisión de acciones a favor de otros accionistas en el seno de una sociedad constituida *ad hoc* en el marco de un contrato de concesión de obras públicas, y sin que dicha transmisión implique un cambio de control de la sociedad contratista.

Desde la perspectiva del interés público, la transmisión de un porcentaje de participación a favor del resto de los miembros de la UTE (siempre que el transmitente también mantenga su condición de miembro de la UTE, aunque con un porcentaje más reducido) será neutra, pues se insiste en que la Administración tendrá frente a sí a todos los miembros de la UTE que responden solidariamente con independencia de su porcentaje de participación en la UTE.

- Transmisión de todo el porcentaje de participación de uno de los miembros a favor de otros partícipes de la UTE, sin cambio de control. En este caso, hará falta la previa autorización de la Administración, pero no porque el supuesto deba ser considerado como una cesión de contrato, sino por el hecho de que, como ya se ha destacado, el abandono de uno de los miembros de la UTE perjudicará la posición de la Administración bajo el prisma del principio de responsabilidad solidaria; la Administración perderá la oportunidad de poder dirigirse contra el miembro que abandona la UTE.

- Trasmisión de todo o parte del porcentaje de participación de uno de los miembros en favor del resto de los partícipes en la UTE con cambio de control. A mi juicio, haría falta la previa autorización de la Administración, pues este cambio de circunstancias impacta sobre las decisiones que puedan y deban adoptarse en el seno de la UTE.

Además, podría considerarse por la Administración como un supuesto de cesión de contrato, riesgo que no se disipa por la circunstancia de que la transmisión de la participación pueda producirse a favor de otras empresas que gozan ya de la condición de miembro de la UTE. Es más, en este caso con propiedad ni siquiera debería hablarse ya de cesión indirecta (como ocurriría con la transmisión de la mayoría del capital social de la sociedad concesionaria, en los términos antes señalados), sino de una cesión propia-

mente dicha, a la que, por tanto, habría que aplicar el régimen previsto para la cesión de contratos. No se olvide que la Administración contrata con los miembros de la UTE, no con esta, que carece de personalidad jurídica. Esta postura llevaría consigo bajo el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, que no pudieran admitirse transmisiones con cambio de control en la UTE hasta que se hubiera ejecutado al menos el 20% del importe del contrato o su explotación efectiva durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.

- Transmisión de un porcentaje de participación en la UTE a favor de un tercero. Aunque nuevamente la ausencia de una regulación específica crea incertidumbre jurídica pues permite sostener, con argumentos más o menos sólidos, posturas distintas, lo cierto es que, en mi opinión, la entrada de un tercero en el seno de la UTE sin duda requerirá autorización previa de la Administración.

En efecto, como ya se ha destacado, al carecer de personalidad jurídica la UTE, la oferta lo es en realidad de todos los partícipes conjuntamente, de forma que la incorporación de un nuevo empresario equivaldría jurídicamente a la incorporación de un nuevo contratista (conjuntamente con los demás que conforman la UTE) frente a la Administración. Y sin duda ello no podría hacerse sin la conformidad previa de la Administración, es decir, de la otra parte en el contrato administrativo. Esta conclusión opera con independencia de que la entrada del tercero suponga la sustitución completa de uno de los que hasta entonces eran miembros de la UTE o signifique simplemente su incorporación manteniendo como miembro de la UTE al transmitente de parte de su porcentaje de participación. Obviamente, en este último caso sería más fácil de obtener la autorización de la Administración, ya que, en definitiva, la incorporación del tercero a la UTE beneficiaría a la Administración, que tendría frente a sí, sometida al régimen de responsabilidad solidaria, a una empresa adicional respecto de las que conformaban en origen la UTE.

Más discutible es que, a su vez, en trance de otorgarse la autorización por parte de la Administración, deba o no aplicarse al supuesto el régimen previsto para las cesiones de contratos. En mi opinión, cuando la transmisión de la participación a favor de tercero implique un cambio de control la UTE, habría que darle al caso el tratamiento de la cesión de contrato.

La solución es mucho más discutible si la transmisión a favor de un tercero no supone un cambio de control en el seno de la UTE, a cuyo efecto podrían sostenerse las siguientes posturas:

a) Que la mera entrada de un tercero en la UTE implica que, aunque sea parcialmente, se ha cedido el contrato, ya que pasará a formar parte del mismo una persona (el tercero) que no había contratado con la Administración. Se insiste nuevamente en que la UTE carece de personalidad

jurídica, razón por la que el tercero pasará a ser contratista (junto con los demás miembros de la UTE) de la Administración. Ello exigiría el cumplimiento de los requisitos de la cesión del contrato, especialmente si en el ordenamiento jurídico del que se trate no se distingue entre cesiones parciales o totales de contratos. Cuestión distinta es que aun en este caso pueda ser recomendable modificar la regulación de la cesión de contratos con el fin de adaptarla también a esta situación, pues dicha regulación puede no estar concebida para dar respuesta a planteamientos como el ahora suscitado. Así ocurre con el artículo 209 de la LCSP.

b) Podría sostenerse la postura contraria, esto es, la de considerar no aplicable el régimen de la cesión de contratos cuando la entrada del tercero no implica cambio de control en el seno de la UTE. Para ello podría argumentarse que, aunque es cierto que el tercero pasa a formar parte directa de la relación jurídica (contrato) que se mantiene con la Administración, lo cierto es que se trata de una situación peculiar, en la que si bien la UTE carece de personalidad jurídica, no deja de constituir un ente con una cierta subjetividad o *semipersonalidad*, que supone, entre otras consecuencias, que las decisiones se adopten en su seno conforme a las mayorías establecidas en los estatutos que regulan la UTE.

Partiendo de este planteamiento, podría argumentarse que la entrada del tercero, además de beneficiar a la Administración como consecuencia del referido principio de solidaridad, no altera el régimen de decisiones previsto en el seno de la UTE, de manera que la Administración no se vería directamente afectada por la entrada del tercero.

Y se insiste en que esta disquisición relativa a la si se considera o no el supuesto como un caso de cesión de contrato, es especialmente relevante en situaciones en las que, como acontece en el ordenamiento jurídico español, la cesión del contrato se somete a requisitos rígidos, como es el aludido cumplimiento previo de la ejecución del 20% del precio del contrato o la explotación de al menos una quinta parte del plazo de duración del mismo.

**II.4.- Cesión y subcontratación**

La figura del subcontrato se distingue nítidamente de la cesión del contrato. En el subcontrato –frente a lo que acontece en la cesión- no se produce la sustitución *jurídica* del contratista, sino únicamente una sustitución *material*. Además, en el ordenamiento jurídico español se exige que dicha sustitución material sea solo parcial, pues no se permite que el contratista subcontrate toda la ejecución del contrato. Así se desprende del artículo 210 de la LCSP cuando se refiere a que el contratista "*podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación*".

Pero dejando a un lado el porcentaje de ejecución del contrato que puede subcontratarse, interesa destacar ahora que en la subcontratación no existe sustitución *jurídica* del contratista porque este sigue siendo el mismo sin

solución de continuidad. La circunstancia de que el contratista subcontrate con terceros, ni altera su posición frente a la Administración pues sigue siendo el titular de los derechos y obligaciones del contrato administrativo adjudicado, ni supone que como consecuencia de dicha subcontratación la Administración entable a partir de entonces una relación jurídica nueva con los subcontratistas.

Por tanto, el contratista, al subcontratar, no cede su posición en el contrato administrativo, a la vez que no se ve alterado ninguno de los elementos de dicho contrato administrativo, sino que lo único que se produce, como se dice, es una mera sustitución *material* en la ejecución del contrato (en parte de la ejecución del contrato, según el ordenamiento jurídico español), en el sentido de que determinadas unidades serán materialmente ejecutadas por el subcontratista, sin perjuicio –se insiste- de la responsabilidad directa del contratista frente a la Administración, también por la forma y términos en los que se habrán ejecutado tales unidades por el subcontratista.

En todo caso, es obvio que con respecto a la subcontratación se disipan las dudas que en el ámbito de la cesión del contrato podrían producirse desde el prisma del respeto al principio de licitación pública, pues el subcontratista no suscribe negocio jurídico alguno con la Administración, de manera que no existe contrato alguno que adjudicar por la Administración.

## III.- LA CESIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

### III.1.- La cesión del contrato administrativo no constituye un supuesto de novación extintiva

Una relativamente reciente evolución ha permitido superar posiciones negadoras de la admisibilidad de la figura de la cesión del contrato, posiciones ancladas en la tradición romanística consistente en admitir únicamente la novación de los contratos en sentido más tradicional, es decir, con carácter extintivo. El recelo inicial en admitir esta figura (la cesión de contrato) se encontraba sustancialmente, entre otras razones, en la propia dicción del Código Civil, en el que, al menos como categoría general, no se recoge dicha figura. La interpretación flexible posterior de los artículos 1203 y ss. del Código Civil y fundamentalmente el principio de la libertad de pactos, recogido en su artículo 1255, ha permitido finalmente una aceptación generalizada en la doctrina científica (no solo en la civilista) de esta figura.

Dejando a un lado regulaciones sectoriales (como la prevista en el propio ámbito de la contratación administrativa), el Tribunal Supremo español admite ya sin recelos la figura de la cesión de contratos como figura, y así lo demuestra, entre otras, las sentencias de 6 de abril de 1973, 25 de abril de 1975, 26 de noviembre de 1980, 23 de octubre de 1984, 20 de marzo de

1985, 26 de noviembre de 1986, 21 de noviembre de 1991, 4 de febrero de 1993 y 4 de marzo de 1994. Y más recientemente, por ejemplo en su sentencia de 3 de noviembre de 2008, el Tribunal Supremo afirma –recordando, entre otras, su sentencia de 6 noviembre 2006- que "*la cesión de contrato consiste en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido, de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el del Código civil, [...] Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual (vid. también las sentencias de 19 de septiembre de 1998 y 27 de noviembre de 1998)*".

En el Derecho Administrativo, la admisibilidad de la cesión del contrato deriva, además, de la propia regulación legal existente, que la admite expresamente y establece al efecto determinadas previsiones de obligado cumplimiento. Actualmente esta regulación se contiene en el artículo 209 de la LCSP[1].

Debe observarse que en relación con los contratos administrativos, sostener que constituye un supuesto de novación extintiva la cesión a un tercero en la posición de contratista, supondría lisa y llanamente una quiebra del principio de licitación pública que impera en este ámbito.

En efecto, si se admitiera que cuando el contratista es sustituido en su posición contractual por un tercero, lo que se está produciendo es una extinción del contrato originario suscrito con la Administración para sustituirlo por otro (aunque sea de contenido coincidente) del que pasará a formar parte el tercero (en lugar del contratista originario), ¿acaso no habría que adjudicar este nuevo contrato a través de las vías legalmente pro-

[1] Señala el artículo 209 de la LCSP lo siguiente:

*"1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.*

*2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:*

*a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.*

*b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.*

*c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.*

*d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.*

*3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente".*

cedentes, con respeto a la pública licitación? Obsérvese que no se trata ya -como acontece con la cesión de contratos en sentido estricto- de mantener el mismo contrato sin solución de continuidad, introduciendo únicamente la modificación consistente en sustituir a un contratista por otro, sino que la novación extintiva lleva consigo por esencia la extinción del contrato originario y el surgimiento de uno nuevo que sustituye al anterior. Si surgiera un nuevo contrato (consecuencia de la novación extintiva), la Administración habrá de adjudicarlo respetando principios como los de igualdad, transparencia y publicidad. No sería congruente con estos principios –en el caso de que se mantuviera que se trata de una novación extintiva- que el nuevo contrato sea adjudicado al cesionario directamente y por la sola voluntad del cedente (contratista originario) y la Administración, sin seguir esta procedimiento de licitación alguno.

Este problema se disipa si se admite, como a mi juicio es procedente, la figura de la cesión del contrato distinta de la novación extintiva, ya que se insiste en que en este caso subsistirá el mismo contrato, si bien con un cambio subjetivo (la subrogación del cesionario en la posición del contratista cedente). En definitiva, no habrá un nuevo contrato que adjudicar.

**III.2.- ¿La cesión del contrato constituye un negocio jurídico bilateral o trilateral? Alcance de la autorización de la Administración**

En toda cesión de contrato existen tres partes afectadas (que no quiere decir que tengan que ser consideradas necesariamente partes en el contrato de cesión): el cedido, el cedente y el cesionario. El cedido es la persona que forma parte del contrato desde su origen y que se mantiene con posterioridad a la cesión; el cedente es la parte contratante que va a verse sustituida en el contrato; y, finalmente, el cesionario es el tercero que, a partir de la cesión, pasa a formar parte del contrato en lugar del cedente. En el contrato administrativo, la posición de cedido la adoptará normalmente la Administración, lo cual no obsta para que, como se verá, puede ser ella misma la cedente del contrato.

Pues bien, si es indudable -y nadie lo discute- que van a existir tres partes implicadas o afectadas, lo que no está tan claro -y se plasma en la discusión doctrinal existente al respecto- es el alcance de la posición jurídica que adoptan las tres partes afectadas por el contrato mismo de cesión. Concretamente, la discusión estriba en determinar si el contrato de cesión (cuyo objeto -se insiste- es el contrato base, esto es, el contrato administrativo) es bilateral o trilateral.

Se cuestiona de esta manera si para que el contrato de cesión se perfeccione (nazca al mundo jurídico) basta con que preste el consentimiento el cedente (contratista originario) y el cesionario (el tercero que va a pasar a ocupar la posición .del contratista), o si también es imprescindible, para al-

canzar dicha perfección del contrato de cesión, que preste su consentimiento el cedido (la Administración contratante).

Podría intentar darse una rápida respuesta a esta cuestión afirmando que es indudable que la Administración contratante, en su condición de cedido, debe prestar su consentimiento, toda vez que no es viable jurídicamente sustituir sin su aquiescencia a la persona que con ella ha contratado (contratista originario). Sin embargo, aun siendo esto cierto -y a ello responde que esté legalmente previsto que la Administración deba autorizar expresa y previamente la cesión del contrato-, la cuestión no queda resuelta, ya que el problema se traslada a dilucidar cuál es el alcance y naturaleza de dicha autorización a otorgar por la Administración; ¿opera esta como una *conditio iuris* para que despliegue sus efectos el contrato de cesión suscrito (y perfeccionado) entre el cedente y el cesionario?; ¿o más bien dicha autorización, como manifestación del consentimiento de la Administración, es un requisito de perfección (no simplemente de eficacia) del referido contrato de cesión?

Que es imprescindible el consentimiento de la Administración (que se manifiesta a través de la autorización) es -se insiste- incuestionable, si bien, como ha quedado expuesto, se plantea si dicho consentimiento se coloca en una posición jurídica equiparable al consentimiento que deben prestar en el contrato de cesión tanto cedente como el cesionario o si, por el contrario, constituye un elemento externo a dicho contrato de cesión; y aun en este último caso, se plantea si debe configurarse como un requisito de *perfección* (aunque no colocado en el mismo plano que el consentimiento que prestan el cedente y el cesionario en el contrato de cesión) o de *eficacia* de un contrato ya perfeccionado.

Examinado el problema por referencia a la cesión en general (no solo en el ámbito de los contratos administrativos), sería posible esgrimir argumentos convincentes en favor de una y otra tesis (consentimiento del cedido como requisito de *eficacia* o de *perfección* del contrato de cesión). Es más, la solución no tiene por qué ser en todos los casos de cesión la misma, pues es posible admitir que teniendo presentes, por ejemplo, las modulaciones introducidas por la legislación sectorial de que se trate o de las propias peculiaridades del ámbito material que pueda verse afectado por la cesión, pueda concebirse de distinta manera el contrato de cesión.

Circunscribiendo la cuestión al contrato administrativo, a mi juicio hay que partir de la siguiente premisa: las propias peculiaridades del contrato administrativo, como instrumento convencional dirigido a satisfacer el interés público, exige el mayor rigor en la forma de entender la intervención de la Administración en los casos de cesión. Y es obvio que dicho mayor rigor se alcanza, por lo que ahora interesa, concibiendo la autorización previa a la cesión que debe prestar la Administración como un requisito de *per-*

*fección* del contrato de cesión mismo, y no simplemente como un requisito de *eficacia* de un contrato (el de cesión) ya perfeccionado.

Apoya esta conclusión, además, el hecho de que difícilmente podría sostenerse que el contrato de cesión se ha perfeccionado si no media la previa autorización de la Administración. En tal caso (ausencia de la preceptiva autorización), no existirá con rigor contrato de cesión alguno, pues el contrato base (el contrato administrativo), en su configuración originaria (por tanto, incluyendo como parte contratante al pretendido cedente) subsistirá inalterado, de manera que la Administración no reconocerá la existencia del contrato de cesión mismo. Para ella, el contrato administrativo permanecerá inalterado.

Esta argumentación, que no oculto que fácilmente podría extenderse a otros ámbitos, pretende salir al paso de lo que constituye una visión errática relativamente extendida. En efecto, afirmar que el contrato de cesión no se ha perfeccionado (y, por tanto, no ha llegado a formarse) si falta la autorización de la Administración, no es incompatible con el hecho de que los pactos efectivamente suscritos -sin mediar la autorización- entre los supuestos cedente y cesionario (que en realidad materialmente no son tales) puedan desplegar determinados efectos (por ejemplo, indemnizatorios); pero lo que no cabe es concebir tales pactos como constitutivos de un verdadero contrato de cesión. Gráficamente podría decirse que, si falta la autorización de la Administración, tales pactos serán otra cosa, pero no un contrato de cesión.

Excluida la configuración de la autorización de la Administración como un mero requisito de eficacia, aun queda por examinar si realmente el contrato de cesión tiene carácter trilateral, es decir, si constituye un negocio jurídico celebrado entre las tres partes implicadas (cedente, cesionario y cedido). Tal calificación (negocio jurídico trilateral) se contiene en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo español, sirviendo de ejemplo la sentencia de 3 de noviembre de 2008 (de la Sala de lo Civil).

Sin perjuicio de la crítica que con carácter general pueda merecer dicha calificación como negocio jurídico trilateral (y el alcance con el que se utiliza) incluso en el ámbito de civil, lo cierto es que a mi juicio, al menos en el ámbito de la contratación administrativa, no estamos con rigor ante un negocio trilateral. Es cierto que es imprescindible el consentimiento del cedente y del cesionario, así como el consentimiento de la Administración (cedido). Pero el consentimiento de esta -que se manifiesta a través de la autorización- no cabe colocarlo en el mismo plano que el prestado por cedente y cesionario. El contrato de cesión se negocia y suscribe exclusivamente entre estos, que pactaran lo que crean conveniente (precio, compensaciones, etc.), pactos en los que no tiene una participación activa la Administración, a la que únicamente le compete

aceptar o no la cesión que se le propone (en definitiva, la sustitución sin más del contratista).

De hecho, el contrato de cesión es suscrito solo entre el cedente y el cesionario, como expresamente se dispone en el artículo 209.2.d) de la LCSP, en cuanto señala que la cesión se formalizará entre el adjudicatario y el cesionario en escritura pública.

En definitiva, la autorización se configura así como un requisito de perfección del contrato de cesión, contrato que, sin embargo, tiene naturaleza bilateral, pues se celebra -con la concurrencia del referido requisito (la autorización)- exclusivamente entre el cedente y el cesionario. Nada impide jurídicamente que un elemento externo al contrato (en este caso, la autorización de la Administración) se erija en requisito constitutivo de este (y no simplemente de eficacia).

**III.3.- La Administración contratante puede ceder el contrato administrativo**

Como ya se ha destacado, en el ordenamiento jurídico español es el artículo 209 de la LCSP el que establece los requisitos necesarios para que pueda producirse la cesión de un contrato administrativo. Lo primero que llama la atención es el hecho de que este precepto legal está redactado sobre la idea de que va a ser el contratista quien pretenda ceder el contrato administrativo, y no la Administración.

Esta conclusión se obtiene de una simple lectura del precepto (antes transcrito a pié de página), en el que expresamente se establecen los requisitos precisos para que "*los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros*". La pregunta que cabría formularse ahora es si a pesar de dicha regulación legal, es viable que la Administración contratante ceda el contrato administrativo del que es parte en favor de otra persona; de esta manera la Administración adoptaría en tal caso la posición de cedente, el tercero que pasa a formar parte del contrato sería el cesionario y el contratista originario -que se mantiene inalterado- adoptaría la posición de cedido.

Pues bien, en principio no existiría inconveniente jurídico en admitirlo. Es cierto que no es usual que esto ocurra, tal y como lo demuestra la propia regulación legal sobre la materia, que, como se ha destacado, ni siquiera se plantea la cuestión. Además, podría aducirse también en favor del carácter extraño del supuesto planteado el hecho de que la Administración contratante será la que represente el interés público que permite finalmente la calificación del contrato como de naturaleza administrativa.

Sin embargo, tras resaltar suficientemente lo excepcional del caso, no puede por menos que afirmarse que en la práctica podría efectivamente plantearse la cuestión. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de obras adjudicado por una Administración municipal en favor de una empresa con-

tratista para la construcción de un edificio que va a albergar oficinas administrativas municipales; posteriormente, se observa que son innecesarias tales dependencias, si bien la Administración regional correspondiente muestra su interés por dicha edificación en construcción también para destinarlo a oficinas administrativas. En esos términos cabría preguntarse si la Administración municipal a la que ya no interesa el edificio tiene necesariamente que desistir y, con ello, extinguir el contrato indemnizado al contratista, o si, por el contrario, es admisible que ceda el contrato en favor de la Administración regional (en ambos casos se mantendrá el interés público –aunque pase del ámbito municipal al regional-, lo que permitirá el mantenimiento de su calificación como administrativo), siempre, obviamente, con la aquiescencia del contratista.

A mi juicio, no sería razonable negar esta posibilidad, que incluso podría encontrar apoyo -siempre que el interés público objetivamente así lo justificara- en el propio principio de libertad de pactos, que en el ordenamiento jurídico español se recoge en el artículo 25 de la LCSP.

Es más, en la práctica nos estamos encontrando con situaciones aún más complejas. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la LCSP, para que exista un "contrato administrativo" como tal, será preciso que la parte contratante sea una "Administración Pública", tal cual se define en el artículo 3.2 del mismo texto legal, expresión en la que no tienen cabida las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por una Administración Pública. O dicho de otra manera, tales sociedades mercantiles no son "Administración Pública" a efectos de contratación. Pues bien, en ocasiones las Administraciones Públicas que han suscrito un contrato administrativo, lo ceden a sociedades mercantiles de ellas dependientes respecto de las que tienen el 100% de su capital social, lo que genera el problema añadido del modo en el que habrá que calificar el contrato a partir de la cesión; ¿seguirá siendo un contrato administrativo?; ¿sería ello admisible cuando la LCSP establece taxativamente que el "contrato administrativo" se celebra por una "Administración Pública" en el sentido de la LCSP, siendo así que no goza de tal condición la sociedad mercantil aun cuando esté participada en el 100% de su capital social por una Administración Pública? En este contexto, la cesión del contrato por parte de la Administración llevará consigo la transformación o mutación de su naturaleza jurídica, que pasará a concebirse a partir de entonces como un contrato privado. Y esto no se queda en una mera cuestión semántica, pues sin duda sería difícilmente defendible que, mutado en contrato privado el que hasta la cesión era un contrato administrativo, puedan mantenerse prerrogativas clásicas de los contratos administrativos, tales como las prerrogativas de interpretación, modificación o resolución previstas en el artículo 194 de la LCSP.

**III.4.- Requisitos para que sea operativa la cesión del contrato administrativo**

Me refiero a continuación específicamente a los requisitos exigidos en el artículo 209 de la LCSP.

A.- Debe mediar autorización de la Administración contratante

En el apartado a) del artículo 209.2 de la LCSP se dispone que el órgano de contratación debe autorizar de forma previa y expresa la cesión. Me remito a lo ya expuesto en cuanto a la consideración de este requisito como un elemento de perfección del contrato de cesión mismo. En todo caso, conviene añadir los siguientes aspectos:

- La autorización debe ser *expresa*. Con ello, el legislador ha querido adoptar las mayores cautelas para disipar cualquier duda acerca de la efectiva existencia del consentimiento por parte de la Administración. A pesar de ello, a mi juicio no es impensable la posibilidad de que se module tal exigencia a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De esta manera, por ejemplo, cabría admitir autorizaciones implícitas o tácitas, por ejemplo si la Administración emplaza al cesionario para que continúe las obras o expide las certificaciones a su favor tras haberse formalizado la cesión, a pesar de no haber mediado autorización *expresa* de la cesión.

- La autorización debe otorgarse con carácter *previo* a la cesión. Cabría suscitar en este aspecto qué ocurre cuando, sin otorgarse dicha autorización, el contratista y el tercero suscriben un contrato que denominan de cesión, o incluso cuáles son las consecuencias jurídicas de la autorización otorgada con posterioridad (es decir, no con carácter *previo* a la cesión). Dos son, pues, las cuestiones planteadas:

1.- En cuanto la primera de ellas (ausencia de la perceptiva autorización de la Administración contratante), como he destacado -y a ello me remito- el contrato denominado de cesión suscrito entre el contratista y el tercero no será en realidad tal, sin perjuicio de los efectos que "inter privatos" puedan producir los pactos por ellos suscritos, pero sin que en modo alguno puedan incidir sobre el contrato administrativo ajeno a tales pactos.

2.- Si la Administración otorga la autorización con posterioridad al contrato de cesión suscrito entre el contratista y el tercero, a mi juicio obedecería a una visión extremadamente formalista la que pretendiera rechazar la posibilidad de que la autorización así prestada pueda desplegar sus efectos, simplemente con apoyo en la dicción literal del artículo 209.2.a) de la LCSP, en cuanto exige que la autorización se otorgue con carácter *previo*. En realidad, el contrato de cesión suscrito entre el contratista y el tercero (sin que se haya otorgado previamente la autorización administrativa) no habrá llegado a perfeccionarse como tal contrato de cesión. Si posteriormente en el tiempo la Administración autoriza la cesión, no existen razones jurídicas sólidas para negar que a partir de dicho instante el supuesto con-

trato de cesión se habrá efectivamente perfeccionado. Solo a partir de dicho instante existirá ya un contrato de cesión, de manera que la autorización así otorgada propiamente no habrá *sanado* un defecto anterior, sino que simplemente se cumplirá uno de los requisitos imprescindibles para que el contrato de cesión nazca al mundo jurídico.

- ¿Constituye una actividad regalada o discrecional de la Administración? Como fácilmente se comprenderá, se trata de una cuestión fundamental, que incide en la propia esencia de la figura de la cesión. A mi juicio, en estos casos (o al menos en algunos de ellos) la Administración realizará una labor que va más allá de lo que es pura y simplemente una mera labor de comprobación. No se trata de que simplemente se compruebe (sin margen de valoración alguno, por tanto) si el cesionario tiene capacidad, si ostenta la solvencia requerida y, finalmente, si no está incurso en prohibición alguna para contratar. No cabe perder de vista -especialmente en los contratos de larga duración- la confianza que debe infundir en la Administración quien pretenda convertirse en contratista por mor de la cesión, confianza que no deriva simplemente del cumplimiento nominal de los citados requisitos de capacidad, clasificación e inexistencia de supuestos de prohibición para contratar.

Sería dar la espalda a la realidad, especialmente cuando la forma de adjudicación hubiera sido el concurso (es decir, hubiera tomado en consideración varios criterios de adjudicación) o incluso el procedimiento negociado, negar que la Administración, al valorar las ofertas, tomó también en consideración la referida confianza en que el adjudicatario, por su solvencia moral y seriedad en el cumplimiento de sus compromisos, iba a hacer frente, en los términos acordados, al contrato finalmente suscrito. Por tanto, a mi juicio la Administración, en trance de otorgar o no la autorización que se le solicita para ceder el contrato, no se limita a realizar una mera actuación de comprobación (potestad reglada), sino que tinene un margen de valoración para acceder o no a lo que se le solicita.

B.- Es preciso haber ejecutado un determinado porcentaje del contrato

El apartado b) del artículo 209.2 de la LCSP exige que el cedente haya ejecutado al menos un 20% del importe del contrato, o cuando se trate de gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del tiempo de duración del contrato. Con ello se pretende que esta figura jurídica (la cesión del contrato), a la vez que permita la necesaria movilidad acorde con el tráfico moderno, no se desnaturalice mediante su utilización desviada, no ya en casos en los que de manera sobrevenida hayan surgido determinadas circunstancias que aconsejen la cesión del contrato, sino que responda a una estrategia preconcebida. Diversas consideraciones conviene formular acerca del alcance de este requisito:

B.1.- Se exige determinado porcentaje.

Señala el artículo 209.2.b) de la LCSP que, para poder ceder el contrato, el cedente deberá tener ejecutado "*al menos un 20 por 100 del importe del contrato*". Por tal ("*importe del contrato*") debe entenderse el presupuesto de adjudicación (aplicada, por tanto, la baja correspondiente ofertada en su día por el licitador). Si hubieran existido modificados, el "importe del contrato" (que es único) estaría conformado por la suma del presupuesto de adjudicación más los presupuestos de los modificados (una vez aplicadas las correspondientes bajas) que en su caso se hubieran producido.

Si se tratara de la gestión de un servicio público, el cedente habrá tenido que realizar la explotación al menos durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato, entendiéndose por tal el que expresamente se hubiera dispuesto al efecto, incluidas las prórrogas si hubieran existido.

B.2.- El requisito que se examina es exigible en sucesivas cesiones.

Los anteriores porcentajes de orden cuantitativo y temporal no se agotan en una sola vez, sino que son exigibles para cada cesión del mismo contrato administrativo. Dos razones sustanciales cabe esgrimir en apoyo de esta postura:

- En primer lugar, que es congruente con la propia *ratio* del requisito que se examina. No se trata de que una vez cumplido el referido porcentaje, el contrato administrativo se convierta automáticamente en cedible sin límite, pues ello podría provocar cambios reiterados e inconvenientes en la posición subjetiva del contratista.

- En segundo término, atendiendo a la literalidad del artículo 209.2.b) de la LCSP, se obtiene la misma conclusión. Este precepto legal se refiere al requisito de orden cuantitativo o temporal, según el tipo de contrato, que debe necesariamente cumplir el "cedente". Y obsérvese que no se refiere exclusivamente al *primer cedente* (el contratista originario), sino que el requisito previsto es el referible a cualquier cedente, aunque se trate de la segunda o posteriores cesiones.

Por lo demás, en la segunda y sucesivas cesiones la base sobre la que opera el 20% (en el caso de que no se trate de la gestión de servicio público) es también "*el importe del contrato*" (entendido como presupuesto de adjudicación más los presupuestos de los modificados si hubieran, tras aplicar las bajas correspondientes), y no sobre el importe del contrato pendiente de ejecutar. A similar conclusión se llega en el caso de que se trate de un contrato de gestión de servicio público.

Por tanto, el que fue cesionario (actual contratista) que quiere ceder el contrato a un tercero, deberá haber ejecutado el 20% del importe contrato o explotado el servicio público durante una quinta parte del plazo de duración, sin que pueda aprovecharse o sumar lo ejecutado por el anterior contratista. Esta es la solución lógica si se atiende al hecho de que el legislador

ha optado, a mi juicio, por una posición intermedia: admite que el contrato administrativo esté en el tráfico jurídico (es susceptible de ser cedido), pero con limitaciones en el número de cesiones posibles.

C.- La cesión debe formalizarse en escritura pública

Otro requisito consiste en que el contrato de cesión se formalice, entre el cedente y el cesionario, en escritura pública. Es fácil apreciar que esa exigencia responde a la idea de alcanzar la mayor garantía y certidumbre posibles.

Frente a lo que ocurre en relación a los contratos administrativos en general (artículo 140 de la LCSP), en este caso no existe la alternativa entre formalizar en documento administrativo o en escritura pública, por la razón de que el contrato de cesión no es un contrato administrativo, sino que se trata de un negocio jurídico de carácter privado suscrito entre el cedente y el cesionario. La circunstancia de que la autorización previa que debe otorgar la Administración se haya configurado como un requisito de perfección en los términos ya expuestos, no enerva tal conclusión. De ahí que la Administración no deba suscribir la escritura pública de cesión, en la que solo participan el cedente y el cesionario.

Por otra parte, cabría preguntarse si la forma exigida en este artículo 209.2.d) de la LCSP se configura como una forma *ad solemnitatem* (o *ad sustantiam*) o *ad probationem*, con los diferentes efectos jurídicos que en uno y otro caso se producen. Es decir, si el otorgamiento en escritura pública es o no un requisito de perfección más del contrato de cesión. En su dictamen 805/1996, de 11 de julio de 1996, mantuvo precisamente el Consejo de Estado que la formalización en escritura pública es un requisito de naturaleza *ad sustantiam*, " *... que conforme prescribe la legislación reguladora de la contratación pública, constituye una condición esencial para que la cesión autorizada pueda operar válidamente*". Se trataba de un asunto en el que, a pesar de mediar la pendiente autorización administrativa, no se había formalizado en escritura pública la cesión, razón por la que el Consejo de Estado la consideró inexistente, y mantuvo la procedencia de resolver el contrato administrativo como consecuencia de la quiebra del contratista originario.

D.- Requisitos referibles a las condiciones personales del cesionario

He señalado ya que para la Administración no es indiferente la persona que con ella contrata, menos aún en el caso de la cesión del contrato, en que la Administración no participa en la elección del cesionario, sino que este pretende irrumpir en el contrato administrativo como consecuencia de la negociación que haya podido tener con el cedente, adjudicatario del contrato administrativo de cuya cesión se trata.

Así las cosas, es lógico que el legislador se haya preocupado de introducir determinadas cautelas relativas a las condiciones que deberá cumplir el ce-

sionario para poder ocupar la posición del contratista originario. Atendiendo a lo que dispone el artículo 209 de la LCSP, cabe señalar lo siguiente:

- No cabe la cesión si las prestaciones pactadas tienen carácter personalísimo.

El artículo 209.1 solo permite la cesión en favor de un tercero cuando "*las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato*". Las cualidades técnicas o personales del licitador se toman siempre en consideración, con una mayor o menor trascendencia, en la adjudicación de los contratos administrativos. Lo que exige el artículo 209.1 -y es lo que permite calificar las prestaciones objeto del contrato como de carácter personalísimo- es que tales cualidades hayan sido "*razón determinante*" de la adjudicación, no simplemente que se hayan tomado en consideración.

- El cesionario debe reunir los requisitos relativos a capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar.

El artículo 209.2.c) señala que el cesionario deberá tener "*capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar*". Y no basta simplemente con que el cesionario afirme que reúne estos requisitos, sino que tendrá que acreditar su cumplimiento en los términos previstos en la regulación aplicable. Constituye ésta otra cautela razonable para evitar la paradoja de que el cesionario, que no pudo licitar por no cumplir dichos requisitos, posteriormente a través de la cesión del contrato efectivamente consiga un efecto práctico similar.

### III.5.- Relaciones entre las distintas partes afectadas por la cesión de un contrato administrativo

Como ya se ha destacado, tres son las partes afectadas en toda cesión de contrato: la Administración contratante (cedido), el contratista originario (cedente) y el tercero que pasa a ocupar la posición de este (cesionario). Como consecuencia de la cesión del contrato, se producen entre ellos relaciones jurídicas diversas y de distinta naturaleza.

Entre el cedente y el cesionario se suscribe un contrato de cesión cuyo objeto es el contrato base (el contrato administrativo). Ese contrato de cesión suscrito entre cedente y cesionario puede ser observado desde una doble perspectiva:

- En primer lugar, se trata de un contrato de naturaleza privada; el conjunto de pactos que conformen el contrato mismo de cesión tienen un alcance limitado a las partes contratantes, de tal manera que, sin perjuicio de lo que a continuación se expone, los concretos términos en los que se haya negociado y finalmente suscrito dicho contrato son estrictamente ajenos a la Administración y por tanto al contrato base, sobre el que no podrá

incidir más allá del efecto natural de la cesión misma. La Administración contratante no es parte del contrato de cesión, lo que no es incompatible -en los términos ya expuestos- con la importancia (al calificarlo como requisito de perfección) de su preceptiva autorización de la cesión.

- En segundo término, el contrato de cesión considerado en abstracto (es decir, con independencia de los pactos concretos a los que hubiesen llegado el cedente y el cesionario) unido a la preceptiva autorización de la Administración, repercuten sobre el contrato base (el contrato administrativo) exclusivamente en lo que a la sustitución del contratista originario se refiere. La cesión debe ser pura (no cabe condicionarla), comenzando a surtir efectos -concurriendo la preceptiva autorización de la Administración- a partir del instante en que se suscribe la oportuna escritura pública (y se comunica a la Administración).

En cuanto a las relaciones entre el cedido (la Administración contratante) y el cedente (el contratista originario), tales relaciones cesan en el momento en el que se produce la cesión, instante a partir del cual la Administración no podrá reclamar nada del contratista originario ni viceversa.

La sustitución del cedente por el cesionario se produce en bloque, es decir, en relación con el conjunto de derechos y obligaciones dimanantes del contrato, incluso respecto a hechos producidos antes de la cesión y cuyos efectos nacen o se prolongan tras la cesión del contrato. En realidad es como si nada hubiera ocurrido, de tal manera que el contrato base (el contrato administrativo) mantiene inalterada su existencia jurídica con la sola sustitución de la persona concreta del contratista, cuyos derechos y obligaciones en modo alguno se verán alterados como consecuencia de tal cambio, ni hacia el pasado ni hacia el futuro.

**III.6.- Repercusiones recíprocas entre el contrato base (el contrato administrativo) y el contrato de cesión**

La existencia de dos contratos (el contrato base y el contrato de cesión) puede producir lógicas repercusiones entre ambos cuando, por ejemplo, se declara la invalidez de uno de ellos. Se trata de dos contratos que, a distinto nivel y con diverso objeto, se encuentra de alguna manera entrelazados.

En efecto, la declaración de invalidez del contrato base (del contrato administrativo), por tanto con efectos *ex tunc*, provocará inmediatamente que el contrato de cesión suscrito carezca en realidad de objeto, aunque aparentemente cuando se suscribió existiera dicho objeto, por la propia apariencia de validez del contrato base entonces todavía no declarado inválido. Y en tal caso, faltaría uno de los requisitos necesarios para entender existente el contrato de cesión, como es que tenga un objeto cierto.

Es posible también plantear la cuestión desde la óptica de la declaración de invalidez del contrato de cesión (no del contrato base), supuesto en el que extinguido el contrato de cesión con efectos retroactivos (consecuencia

de su declaración de invalidez), habrá de entenderse vigente la situación anterior y, por tanto, habrá de considerarse contratista a quien lo era antes de la cesión, además sin solución de continuidad dado que el contrato de cesión no habrá llegado a existir, lógica consecuencia del efecto *ex tunc* de la declaración de invalidez del contrato de cesión (ello sin perjuicio de las modulaciones que en cada caso puedan hacerse en función de las circunstancias, pues la retroactividad que acompaña a la declaración de invalidez, no siempre es realizable materialmente hasta sus últimas consecuencias).

# Paz Hidalgo Bermejo

Letrada jefe del servicio jurídicode la Administración de la Seguridad Social en Santander

## EL TRATAMIENTO DE LA ORFANDAD ABSOLUTA EN LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA

Se analiza la cuestión relativa al examen de la orfandad absoluta para casos tales como los de huérfanos que vivieron con su madre hasta su fallecimiento, sin que su padre biológico (que no estuvo casado con su madre) atendiera al huérfano. Muy al contrario, la situación del padre era la de abandono como consecuencia de padecer un trastorno mental, demencia y hábitos tóxicos. La solución favorable, ya lo apuntamos, se fundamenta en la doctrina constitucional contenida en la STC 154/2006, de 26 de mayo. Con estos presupuestos, nos encontramos con que por parte de la Seguridad Social se deniega en ocasiones la aplicación de la condición de huérfano absoluto y, por tanto, de las consecuencias que en materia de pensión de orfandad otorga la consideración de huérfano absoluto (incremento de la pensión de orfandad con el porcentaje de la de viudedad y ampliación del plazo para su extinción). Con ello se realiza una interpretación restrictiva de la norma, no aplicando la doctrina constitucional alegada.

Sin embargo, las sentencias que a continuación se analizan ante hechos similares estiman la consideración de orfandad absoluta. Así, la sentencia dictada por el **Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 6 de noviembre de 2007**, dictada en el recurso de suplicación número 2179/07 (AS 2008/300), analiza la pretensión relativa al incremento de la prestación de orfandad con la de viudedad, en el supuesto de los hijos de una causante fallecida, quienes vivían con su padre, compañero de la causante. Concluye la sentencia que, dado que el compañero de la causante y padre de los huérfanos de madre no tiene vínculo matrimonial, deberá incrementarse la orfandad de los hijos con la viudedad que no genera el compañero de la causante con quien no había contraído matrimonio. Argumenta esta sentencia que el incremento resulta justificado por la doc-

trina constitucional que, si bien declaró constitucional la exigencia de vínculo matrimonial para acceder a pensión de viudedad, también considera que la inaplicación de este incremento a la orfandad reconocida supone una discriminación indirecta a los hijos de la causante por su filiación, quienes se van a ver privados de los ingresos que no recibe el compañero de la madre fallecida, por ausencia de vínculo. Discrimimación que es aún mayor cuando, como en el caso del demandante, el padre no solo no tiene derecho a viudedad, sino que además ha desatendido y abandonado al hijo sin responder de obligación alguna.

La sentencia citada es confirmada por la sentencia dictada por el **Tribunal Supremo de fecha 24 de septiembre de 2008,** sentencia recaída en el recurso de casación para la Unificación de Doctrina 36/08, RJ 2008/5658 que, desestimando el recurso de casación interpuesto por el INSS, concluye que ***procede la aplicación de la doctrina constitucional aunque se analicen prestaciones diferentes, porque todas son prestaciones por muerte y supervivencia*** , así afirma que:

*"Conviene notar que STC 154/2006 (RTC 2006, 154) se refiere no a la pensión de orfandad sino a otra prestación distinta a favor de hijos sobrevivientes (indemnización especial a tanto alzado por muerte en accidente de trabajo o enfermedad profesional). Pero la diferencia no parece relevante, habida cuenta de que los términos en que está formulada la ratio decidendi de dicha sentencia son generales, y deben valer para cualquier clase de prestación de Seguridad Social a favor de los hijos".*

Asimismo, la sentencia alegada de contraste analiza la inaplicación de la constante jurisprudencia que existía hasta la tan citada STC 154/06, afirmando que: *"la sentencia del Tribunal Supremo en fecha 23 de febrero de 1994 (RJ 1994, 5343), (rec. 1264/1993), sentencia de unificación de doctrina que fue seguida por una larga serie de resoluciones sobre la misma materia, de las que cita varias de los años 1994 y 1995, denegaban esta consideración de huérfano absoluto. La tesis o fundamento de esta doctrina jurisprudencial viene a ser que el incremento de pensión objeto del litigio corresponde únicamente en supuestos de orfandad absoluta u orfandad de padre y madre, y no en casos de huérfanos de parejas extramatrimoniales. De no ser así -vienen a decir las sentencias citadas- existiría discriminación en contra de los huérfanos de las uniones conyugales, que sólo acceden al incremento en litigio en caso de fallecimiento de los dos progenitores".* Argumento que asume la sentencia que recurrimos. Continúa afirmando el TS que *"debemos pronunciarnos de nuevo sobre la cuestión controvertida, a la vista de la jurisprudencia constitucional contenida en STC 154/2006 (RTC 2006, 154)… y nuestra jurisprudencia en la materia* ***debe por tanto ser modificada,*** *teniendo en cuenta la declaración de discriminación y consiguiente vulneración del art. 14 CE efectuada por el supremo intérprete de la Constitución.*

En el mismo sentido, se ha pronunciado otra sentencia reciente de esta **Sala del Tribunal Supremo, de fecha 9 de junio de 2008, sentencia nº 197/08**, ( recaída en el rec. 963/2007), (RJ 2008, 4226). Esta sentencia confirma la sentencia dictada por el **Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 23 de enero de 2007**, sentencia nº 161/07, en el recurso de suplicación 2443/06, AS 2007/1724. Se analizaba en estas sentencias la pretensión ejercitada por un menor quien, tras el fallecimiento de su padre, solicita se considere "huérfano absoluto" a los efectos de la cuantía de la pensión de orfandad, incrementándose el porcentaje de la viudedad, porque la madre del menor no puede generar prestación de viudedad por falta de vínculo matrimonial.

Pese a la jurisprudencia existente hasta el 2006, el Tribunal Supremo en la sentencia que se alega (de fecha 9-6-08), afirma:

*"Concurre una razón que justifica un **cambio de criterio de esta Sala y que nos apartemos, por tanto, de esa jurisprudencia, como es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 154/2006, de 22 de mayo, que si bien no está referida a ese mismo precepto, lo hace en relación a otro en el que concurre la misma razón de ser** (así lo puso de manifiesto el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9999]), como es el art. 29-2 -b) de esa misma Orden Ministerial (RCL 1967, 360), en el que se regula el acrecimiento de la indemnización a tanto alzado que perciben los huérfanos, en los casos de muerte por causa laboral, "cuando no exista viuda o viudo con derecho a esta indemnización especial", repartiéndose el importe de la que se asigna a estos en el apartado 1 de dicho precepto. Doctrina consistente en entender que vulnera el derecho a no sufrir discriminación por razón de nacimiento, reconocido en el art. 14 CE, que se interprete ese precepto en el sentido de estimar que se carece de derecho al acrecimiento indemnizatorio en los casos en que el causante no deja viuda o viudo por no estar casado con el otro progenitor, que sí sobrevive. Según razona el Tribunal, se trata de una discriminación indirecta por razón de la filiación, ya que los hijos nacidos de padres vinculados mediante matrimonio, cuando sobrevive el cónyuge, se benefician de una situación económica familiar en la que se ha integrado la indemnización especial prevista para el cónyuge sobreviviente, lo que no sucede cuando el vínculo entre los progenitores no es matrimonial, dado que en el entorno familiar del hijo no se integra ese beneficio por conducto alguno. Diferencia de trato derivada estrictamente del tipo de filiación, que pugna con la prohibición de discriminación por razón del nacimiento consagrada en el art. 14 CE, en relación con la igualdad de todos los hijos ante la Ley con independencia de su filiación que se proclama en el art. 39-2 de nuestra Carta Magna"* .

En las sentencias alegadas hasta este momento no se entraba a valorar

si el padre o madre sobreviviente, y que no genera viudedad, atendía o no al beneficiario de prestación de orfandad.

Sin embargo, sí se analiza en la sentencia dictada por el **Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de fecha 9 de septiembre de 1993**, sentencia recaída en el recurso de suplicación nº 1289/92, AS 1993/4126.

En esta sentencia se discute el incremento de la cuantía y porcentaje de la prestación de orfandad, denegada por el INSS y Juzgado, y estimada por el TSJ, discutiendo si cabe o no el incremento al no concurrir el supuesto de orfandad absoluta.

Se analizaba la situación de unos niños que, tras fallecer el padre, pasan a ser atendidos por los abuelos por concurrir abandono y desatención de su madre, que tampoco tenía derecho a pensión de viudedad por no unirle vínculo matrimonial con el causante. Reconoce la condición (a efectos económicos de la condición de huérfanos absolutos) afirmando:

*"En la relación de hechos probados, los cuales no han sido modificados y que por tanto vinculan a esta Sala, consta que el causante no estaba casado y formaba pareja de hecho con doña María del Carmen D. C., la cual* **se ha desentendido de sus hijos,** *que viven con sus abuelos desde que el padre falleció. Siendo por tanto el causante soltero, procede el incremento tal y como ha declarado el Tribunal Central de Trabajo, citando entre otras la Sentencia de fecha 3-4-1989".*

Por último, la sentencia dictada por el **TSJ de Asturias de fecha 11 de julio de 2008, sentencia nº 2097/08**, recaída en el recurso 4018/2007, AS 2008/2443, analiza también el derecho al acrecimiento de la pensión de orfandad cuando no se causa derecho a pensión de viudedad por no existir vínculo matrimonial entre los padres. A diferencia de la sentencia recurrida, la alegada de contraste aplica la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 154/2006, de 22 de mayo, afirmando que *"si bien no está referida al mismo precepto, lo hace en relación a otro en el que concurre la misma razón de ser (así lo puso de manifiesto el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de noviembre de 1998), como es el art. 29-2 -b) de esa misma Orden Ministerial, en el que se regula el acrecimiento de la indemnización a tanto alzado que perciben los huérfanos, en los casos de muerte por causa laboral, "cuando no exista viuda o viudo con derecho a esta indemnización especial", repartiéndose el importe de la que se asigna a estos en el apartado 1 de dicho precepto".*

En todos los casos, se analiza la aplicación o no de los beneficios de la orfandad absoluta a los hijos de padres fallecidos, que no generan prestación de viudedad del otro progenitor porque no le unía vinculo matrimonial con el causante fallecido, e incluso cuando concurre abandono al menor que era atendido por otros familiares. En todos los casos se analiza en prestaciones de muerte y supervivencia.

**Se debe destacar que ello es así aunque en las sentencias se analicen pensiones diferentes.**

Ello no ha sido obstáculo para acceder a la unificación de la doctrina. Así lo estableció esa Sala en sentencias de 21-4-00 (RJ 4251), 15-11-99 (RJ 9786) o, en palabras de la de 7-11-01 (RJ 835) "excluidas las circunstancias irrelevantes, como la profesión, el tipo de aseguramiento o el de pensión, el tema capital es idéntico, las consecuencias en el tiempo del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral por lo que hace al plazo para el ejercicio de la acción". Asimismo, lo han establecido las sentencias alegadas como contraste (ss. TS de 9-6-08 y 24-9-08), máxime cuando todas se refieren a prestaciones de muerte y supervivencia que tienen la misma razón de ser.

El fundamento jurídico, en definitiva, se basa en lo siguiente:

**El artículo 175 de la Ley General de la Seguridad Social y art. 17-2 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 de Procedimiento Laboral, y la doctrina que los interpreta establecida en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de fecha 22 de mayo de 2006.**

En su consecuencia, deniega el derecho a una prestación de orfandad pese a que, siendo menor de 24 años y una vez fallecida la madre del menor consta desatendido por el padre biológico (con el que convivió la madre sin casarse) y, del que aún sin resolución judicial de ausencia, consta que abandonó al menor padeciendo en la actualidad una situación de alcoholismo, demencia e internamiento psiquiátrico.

Las prestaciones por muerte y supervivencia que otorga la Seguridad Social son aquellas que se destinan a remediar las situaciones de necesidad que se originan, para quienes convivan y dependan económicamente del trabajador o pensionista, a causa del fallecimiento de uno u otro. Es decir, el hecho causante de todas las prestaciones por muerte y supervivencia está constituido por la muerte del causante (art. 171 de la LGSS) y, la situación de necesidad que protege la Seguridad Social es la pérdida económica que se sufre. Por tanto, es la misma situación que amparan las prestaciones que establece el sistema, siendo correlativa la pérdida de salario que se sufre tras el fallecimiento del "causante" y la correlativa situación de desamparo económico en el que se encuentra el beneficiario.

Así las cosas, y centrándonos en la prestación de orfandad, la misma según el artículo 175 de la LGSS se reconoce, con independencia de la filiación, a los hijos del causante que tengan una edad máxima pensionable inferior a 22 años, edad que se eleva a 24 en caso de orfandad absoluta (art. 175-2 modificado por Ley 24/2001).

En consecuencia, la situación de orfandad absoluta prolonga por un lado

la edad pensionable a los 24 años y, por otro lado, incrementa la pensión con el porcentaje de la pensión de viudedad que no se genera.

No permitir la aplicación de las previsiones de la orfandad absoluta porque el tenor literal de la norma no lo permite es, en nuestra opinión, un error.

Es cierto que conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo no se produce el acrecimiento en los supuestos de inexistencia de vínculo matrimonial entre los progenitores, si sobrevive la madre o el padre y ello, aún cuando no proceda la pensión de viudedad, precisamente por la falta de matrimonio. Esto se debe, como indica el Tribunal Supremo, a que la finalidad del acrecimiento es la de atender a quienes sufren un mayor menoscabo patrimonial por la ausencia de los dos progenitores.

Este criterio judicial, asentado entre otras en las sentencias de 23-2-94 y 10-7-95, se fundamenta en el hecho de entender que aquella improcedencia no supone discriminación en contra del hijo extramatrimonial, en cuanto que el menoscabo económico de este es menor cuando pervive la madre o el padre solteros, a quienes incumbe (art. 154 del CC) entre otras, las obligaciones de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral.

Pero es que, además, frente a una interpretación restrictiva debe tenerse en cuenta **la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 2006 (RTC 2006/154),** dictada en un supuesto también de prestación de muerte y supervivencia y en la que ante el supuesto de fallecimiento de causante con hijo extramatrimonial y pareja (por tanto inexistencia de cónyuge con derecho a percibir dicha indemnización), **se rechaza la interpretación anterior porque, afirma, tiene un impacto negativo indirecto y perjudicial en las necesidades familiares del hijo extramatrimonial afectado, ocasionando una discriminación indirecta por razón de la filiación en cuanto les coloca en una situación económica familiar más prejudicial que a los hijos matrimoniales quienes en alguna medida se benefician del incremento a través de la pensión reconocida al cónyuge supérstite.**

Incluso así se analiza en el informe del Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional en ese asunto que afirma que el caso que se analiza es el de: "c) supervivencia del progenitor unido por relación de afectividad con el otro progenitor causante de la pensión … En el tercer supuesto -que considera el caso objeto de este recurso-, en principio, a tenor de la interpretación que se ha hecho en la Sentencia impugnada se causaría exclusivamente una pensión de orfandad más la indemnización a tanto alzado de una mensualidad".

Asimismo, la codemandada en aquel procedimiento ante el TC (Mutua) sintetizaba la oposición al decir que "recalca que la clave reside en que el

menor no es huérfano absoluto, al vivir su madre, que tiene la obligación de prestarle alimentos, motivo por el cual no procede el incremento de la indemnización especial a tanto alzado por orfandad en la cuantía máxima de seis mensualidades, como con acierto razona la sentencia recurrida con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

**Pero es que además el INSS, ha extendido la doctrina constitucional citada a otras prestaciones ( diferentes a la que se analiza en la sentencia del TC sin que ello haya sido obstáculo impeditivo), por ejemplo, a la prestación a favor de familiares. No se entiende que no se aplique a la de orfandad, cuando todas protegen la misma situación de necesidad.**

**No aceptar la tesis señalada habrá supuesto una interpretación de la legalidad contraria al derecho fundamental de la igualdad ante la Ley de los hijos con independencia de su filiación matrimonial o extramatrimonial, así como a normas internacionales ratificadas por España (concretamente, la Convención de 20 de noviembre de 1989 [RCL 1990, 2712] sobre derechos del niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en particular sus artículos 2, 5 y 29). Igualmente, se habrá desatendido el art. 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27),** que impone interpretar las normas en relación con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas; realidad social que hoy día lleva a reflexionar sobre el evidente aumento de las relaciones *more uxorio* y correlativamente el incremento de los nacimientos de hijos fuera del matrimonio, exigiendo una interpretación a favor de los huérfanos, sean o no hijos matrimoniales. Por todo lo cual se vulnera el derecho a la igualdad ante la Ley (art. 14 en relación con art. 39.2 CE [RCL 1978, 2836]) al discriminarse al hijo del fallecido por razón de su filiación extramatrimonial, lo mismo que se vulnera el art. 41 CE, al no tener en cuenta la situación de necesidad del huérfano, quien dependía económicamente de su madre, no garantizándole las prestaciones sociales suficientes.

**Incluso con una interpretación restrictiva se vulnera el principio de igualdad proclamado en la CE porque como se afirma en la STC citada:**

"Es sabido que el art. 14 CE (RCL 1978, 2836) contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de

acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas**.**

Esto es, como se ha declarado desde la STC 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22), F. 3, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del Convenio europeo (RCL 1999, 1190, 1572) (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (por ejemplo, SSTC 27/2004, de 4 de marzo [RTC 2004, 27] , F. 3, y 104/2004, de 28 de junio [RTC 2004, 104] , F. 4).

En resumen, el principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio [RTC 1981, 22] , F. 3; 49/1982, de 14 de julio [RTC 1982, 49] , F. 2; 2/1983, de 24 de enero [RTC 1983, 2], F. 4; 23/1984, de 20 de febrero [RTC 1984, 23], F. 6; 209/1987, de 22 de diciembre [RTC 1987, 209], F. 3; 209/1988, de 10 de noviembre [RTC 1988, 209], F. 6; 20/1991, de 31 de enero [RTC 1991, 20], F. 2; 110/1993, de 25 de marzo [RTC 1993, 110], F. 6; 176/1993, de 27 de mayo [RTC 1993, 176], F. 2; 340/1993, de 16 de noviembre [RTC 1993, 340], F. 4; 117/1998, de 2 de junio [RTC 1998, 117], F. 8, y 27/2004, de 4 de marzo [RTC 2004, 27], F. 3, por todas).

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación.

Esta referencia expresa a concretas razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos que la provoquen (SSTC 128/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 128], F. 5, o 161/2004, de 4 de octubre [RTC 2004, 161], F. 3), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 128], F. 5; 166/1988, de 26 de septiembre [RTC 1988, 166], F. 2; 145/1991, de 1 de julio [RTC 1991, 145], F. 2; 17/2003, de 30 de enero [RTC 2003, 17, F. 3; 161/2004, de 4 de octubre [RTC 2004, 161], F. 3; 182/2005, de 4 de julio [RTC 2005, 182], F. 4, o 41/2006, de 13 de febrero [RTC 2006, 41], F. 6).

En este sentido, el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (STC 39/2002, de 14 de febrero [RTC 2002, 39], F. 4, y las que en ella se citan).

Más concretamente, como destaca la STC 200/2001, de 4 de octubre (RTC 2001, 200), F. 4, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, específicamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero [RTC 1994, 7], F. 3.b; 74/1997, de 21 de abril [RTC 1997, 74], F. 4; 67/1998, de 18 de marzo [RTC 1998, 67], F. 5), de modo que estas deben entenderse absolutamente equiparadas.

Y recordando ahora «la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del "principio de unidad de la Constitución" -STC 179/1994, de 16 de junio (RTC 1994, 179), F. 5-, pues esta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática (STC 5/1983, de 4 de febrero [RTC 1983, 5], F. 3)» (SSTC 113/1994, de 14 de abril [RTC 1994, 113], F. 5, y 16/2003, de 30 de enero [RTC 2003, 16], F. 5), hemos de subrayar que el art. 14 CE opera aquí con el trasfondo del art. 39.2 y 3 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar «la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación» (STC 7/1994, de 17 de enero [RTC 1994, 7], F. 3.b), y a los padres a «prestar asistencia

de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio», de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (SSTC 67/1998, de 18 de marzo [RTC 1998, 67], F. 5, y 200/2001, de 4 de octubre [RTC 2001, 200] , F. 4)".

Continúa afirmando el TC:

"Entre los factores de discriminación prohibidos se encuentra el nacimiento, resultando que la filiación extramatrimonial reclama igualdad de derechos con la matrimonial, pues ambas determinan el establecimiento de una idéntica relación jurídica entre los progenitores y el hijo. La filiación por naturaleza, dicho de otro modo, puede tener lugar tanto dentro como fuera del matrimonio, no existiendo diferencia alguna entre una y otra modalidad en su origen".

Por consiguiente, la condición extramatrimonial no podría aceptarse como causa de desigualdad de trato dado que sería expresión de una minusvaloración a la que la Constitución quiere poner barrera, pues es notoria la posición de desventaja y, en esencia, de desigualdad sustancial que históricamente han conllevado las relaciones extramatrimoniales frente a las matrimoniales, así como los efectos desfavorables para los hijos nacidos en aquellas.

Como se sabe, la prohibición consagrada en el art. 14 CE comprende no solo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona basado en un factor discriminatorio prohibido, sino también la indirecta, esto es, aquellos tratamientos formalmente neutros y directamente no discriminatorios de los que se derive, sin embargo, un impacto o resultado adverso sobre los miembros de un colectivo protegido, esto es, los casos en los que dicho grupo (aquí, los hijos extramatrimoniales) sufre consecuencias desiguales perjudiciales, motivadas por el impacto diferenciado y desfavorable de tratamientos formalmente iguales o incluso de tratamientos que -descontextualizados del impacto adverso que ocasionan- podrían considerarse razonablemente desiguales.

Esta vertiente indirecta de la discriminación ha sido definida, en esencia, con ocasión de discriminaciones por razón de sexo, aunque ya en nuestra STC 145/1991, de 1 de julio (RTC 1991, 145), F. 2, la extendíamos a otras discriminaciones «por características personales», resultando entonces posible apreciar su concurrencia en relación con otros factores de discriminación constitucionalmente prohibidos, como el de la filiación que nos ocupa.

Por su importancia en la solución del caso, es también relevante resaltar que la discriminación indirecta puede darse no solo cuando exista «una norma» formalmente neutra y directamente no discriminatoria que pro-

duzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, sino, asimismo, cuando se haya dado «una interpretación o aplicación de la misma» que ocasione aquel impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre [RTC 1999, 240], F. 6)".

Aplicando la doctrina antes expuesta al diferente trato dado en la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, se establece en la sentencia:

"En el examen del asunto se constata, en primer lugar, que no existe una formal desigualdad de trato en la norma. Los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) y de la Orden de 1967 (RCL 1967, 360) a los que se refieren los órganos judiciales no diferencian entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Regulan, por el contrario, el derecho de los huérfanos -de todos ellos, sin distinción expresa- a una indemnización, diferenciándose la cuantía de la misma en las dos letras del art. 29.2 de la Orden solo en atención a que exista o no «viudo o viuda con derecho a esta indemnización especial».

Sin embargo, la interpretación judicial de la norma ocasiona en los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso y por ello, el órgano judicial debería haber tomado en consideración el impacto indirecto o reflejo que tiene la cuestión suscitada en las necesidades de la familia del hijo extramatrimonial afectado. Téngase en cuenta que en esa unidad familiar el progenitor vivo ni percibe la prestación de viudedad ni la indemnización a tanto alzado, por inexistencia de vínculo matrimonial con el causante, y que, si bien las prestaciones de muerte y supervivencia no sustituyen a la obligación alimenticia del progenitor superviviente, sin duda pueden favorecer la satisfacción de las necesidades del hijo, por lo que, al margen de cuáles sean los criterios de valoración propios de la acción protectora de la Seguridad Social, no cabe hacer total abstracción de ese elemento y de la repercusión que el fallecimiento tiene en las necesidades de la familia.

Por otra parte, el propio incremento analizado apuntaría una vocación de compensación a los huérfanos por equivalencia a las prestaciones que percibiría la familia de existir un progenitor vivo.

Todo ello abunda en la necesidad de procurar una equiparación de derechos que satisfaga las necesidades de los hijos extramatrimoniales en idéntica medida que para los matrimoniales, pues aquellos no deben sufrir una peor situación económica familiar por el hecho de que sus padres no contrajeran matrimonio.

Ya hemos dicho que, directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39, apartados 2 y 3 CE (RCL 1978, 2836), que obliga a los poderes públicos a asegurar «la protección integral de los

hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación» (STC 200/2001, de 4 de octubre [RTC 2001, 200], F. 4), y a los padres a «prestar asistencia en todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio», de forma que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad -lo mismo que aquellas interpretaciones de la regulación legal que la determinen- ocasionan una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE (RCL 1978, 2836) .

En definitiva, en contra de esa exigencia constitucional, la interpretación restrictiva, formalmente neutra, discrimina de modo indirecto a los hijos extramatrimoniales (art. 14 en relación con los arts. 39 y 41 CE) y debe ser corregida con una interpretación distinta, que resulta posible a la vista del tenor de la norma, como por otra parte ha realizado la propia Entidad gestora, en otras de las prestaciones de muerte y supervivencia y sin que se justifiquen las razones por las que no se aplica a la de orfandad.

En efecto, si al progenitor vivo de un hijo extramatrimonial se le niega la percepción de la indemnización o de otra prestación como la de viudedad, por no estar casado y, como la regulación sitúa el hecho causante del incremento a favor de los huérfanos en la inexistencia de cónyuge sobreviviente con derecho a prestación, es claro que esa situación se da, precisamente, en los casos de padres extramatrimoniales, evitándose así el impacto negativo que otra interpretación tiene en la realidad familiar y en la cobertura de las necesidades de los hijos extramatrimoniales.

Concluye el TC al decir: "De acuerdo con aquella lógica hermenéutica, tanto en casos de orfandad relativa (como el que se plantea en el presente caso), como en casos de orfandad absoluta, las normas de referencia permiten asegurar una igualdad sustancial, que garantice a los hijos extramatrimoniales en igualdad con los matrimoniales la protección a la que se refiere el art. 39.2 y 3 CE, a través de las prestaciones previstas en el régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE)".

**Debemos examinar además los artículos 171 a 179 de la Ley general de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) y su normativa de desarrollo OM de 13 de febrero de 1967 y RD 1647/97, y la finalidad de la prestación que nos ocupa.**

A la vista de la misma, resulta evidente que, cuando el padre del "beneficiario" no se ha ocupado nunca del menor, no ha percibido ni rentas ni pensiones, su situación personal y social es la de dependencia a tóxicos, demencia, desarraigo y abandono, la situación de ese menor, cuando fallece la madre, ha de equipararse a la de huérfano absoluto y, en consecuencia y al no poder beneficiarse el padre de la pensión de viudedad (por carecer del derecho a la pensión por ausencia de matrimonio), procede se incremente la orfandad con la viudedad, porque en otro caso se hace de peor condición

(y menos protección) al hijo extramatrimonial del matrimonial que ve compensada la pérdida de ingresos con la pensión de orfandad y con la de viudedad, a la que tendría derecho el cónyuge viudo.

El sentido y alcance del art. 17.2 de la OM no es algo novedoso, sino que ha sido objeto de atención desde hace bastante tiempo por parte del Tribunal Supremo, del extinto Tribunal Central de Trabajo, por los Tribunales Superiores de Justicia y finalmente por el TC.

La línea de interpretación de este precepto ha ido en dos direcciones. La primera vino haciendo una interpretación literal y restrictiva de dicho precepto legal, consistente en que únicamente se producía el incremento de la pensión de orfandad en los casos legalmente previstos, entendiendo como tales cuando la viuda premuerta o sobreviviente (luego fallecida) tenía derecho a la pensión de viudedad. En caso contrario, se entendía que el legislador no creía procedente la concesión del incremento al huérfano.

En realidad, en el fondo subyacía no la idea de proteger al huérfano sino un control de la pensión de viudedad; se pretendía evitar como, alguna sentencia indica, que «... el legislador ...se propuso impedir que por cauce indirecto se llegue a percibir pensión a la que no se tenía derecho» (véase entre otras STS 12 marzo 1971, [RJ 1971\1080] y STCT 16 diciembre 1977 [RTCT 1977\6584). Se trata, en definitiva, de impedir que por vía indirecta se perciba lo que directamente no se puede percibir (se parte de que normalmente la pensión de orfandad, junto con el incremento correspondiente a la viudedad, son abonados normalmente a la madre o padre, representante legal del huérfano). Esta es en definitiva una interpretación restrictiva rechazable.

Por ello, con el transcurso del tiempo se vino imponiendo una segunda línea de interpretación que se inclinaba por primar la situación del huérfano, atendiendo al objeto de la protección, esto es, al estado de necesidad producido por el fallecimiento del causante (sea real o presunto), cuando existe «cónyuge supérstite» sin protección de viudedad.

Criterio que se inicia -entre otras- a partir de la STCT 7 diciembre 1978 (RTCT 1978\6947) que parte de un criterio argumental doble: primero, la procedencia de una aplicación extensiva y no limitativa del art. 17.2 de la OM 13 febrero 1967, y la otra, acudiendo a una aplicación analógica de dicho precepto en función de la posibilidad integradora del art. 4.1 del Código Civil (se entiende que existe identidad de razón entre el supuesto teórico contemplado en el art. 17.2 de la Orden y los casos de inexistencia de cónyuge sobreviviente por causa de abandono). Línea iniciada y continuada por el TCT, entre otras, en STCT 17 mayo, 1982 (RTCT 1982\2912) y 25 octubre, 1988 (RTCT 1988\6947), en que se sigue entendiendo la necesidad de una interpretación extensiva y analógica del art. 17.2 OM 13 febrero, 1967.

En esta línea de aplicación extensiva y analógica del art. 17.2 OM 13 fe-

brero, 1967 también se ha venido inclinando el propio régimen de previsión social público, recuérdese la Resolución de 14 marzo, 1968 (RCL 1968\966 y NDL 27257), de la Dirección General de Previsión sobre incremento de la prestación en favor de la madre con el correspondiente porcentaje de la viudedad cuando el causante fallece soltero (en este sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 15 enero, 1974 [RJ 1974\90]); o también la Resolución de 29 marzo, 1976 de la Dirección General de Gestión y Financiación de la Seguridad Social (RCL 1976\2246), que asimila a cónyuge inexistente la esposa que abandona el domicilio familiar para que así se pueda incrementar la prestación de orfandad.

# José Manuel Leonés Salido

Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social

## PENSIONES DE VIUDEDAD Y MODELOS FAMILIARES

### SUMARIO

**I.-** Sobre el mantenimiento del requisito del vínculo matrimonial.
**II.-** Criterios judiciales en torno a la problemática que suscita la necesidad de la existencia de un vínculo matrimonial: uniones celebradas conforme a otros ritos (musulmán, hebreo evangélico y gitano).
**III.-** La poligamia y sus efectos sobre la pensión de viudedad.

### I.- SOBRE EL MANTENIMIENTO DEL REQUISITO DEL VÍNCULO MATRIMONIAL.

Resulta pacífico que el requisito del matrimonio para acceder a la pensión de viudedad ha sufrido una importante transformación por la modificación operada en **el art. 5 tres de la Ley 40/07 de 4 de diciembre de** Medidas en materia de Seguridad Social, que da una nueva redacción al **art. 174 de la LGSS de 1994** y añade uno nuevo con el art. 174 bis en el mismo cuerpo legal.

Es cierto que la palabra matrimonio no aparece en el primer párrafo del artículo 174 en la nueva redacción y que inicia el precepto con la palabra "cónyuge superviviente". La palabra matrimonio aparecerá en el segundo párrafo del primer número, a propósito del fallecimiento del causante derivado de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal.

Puede afirmarse que, si bien es cierto que el requisito del matrimonio no resulta una condición *sine qua non* para acceder a la pensión, porque aparece la nueva realidad de la pareja de hecho en el **número 3 del art. 174,** no es menos cierto que el matrimonio como requisito no está derogado.

Lo que ha sucedido es que ya no es un requisito exclusivo o excluyente, sino más bien una alternativa más, una opción que junto al de la pareja de hecho va ligado a otros condicionamientos temporales y a la existencia o no de hijos comunes.

La problemática del matrimonio como requisito para acceder a la pensión viene dada por la necesidad o no de su inscripción registral. Resulta cuestionable que se nieguen efectos civiles al matrimonio bajo la consideración de que para que estos se produzcan y puedan hacerse efectivos para causar derecho a la pensión, conforme al **art. 174 de la LGSS,** sea preciso que el matrimonio se halle inscrito en el Registro Civil.

Es verdad que el art. 61 del CC determina que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, por lo que desde ese momento son jurídicamente reconocidos no teniendo la inscripción efectos constitutivos. Lo que quiere decir el **art. 61 del CC** es que el pleno reconocimiento de efectos civiles supone la posibilidad de oponer dichos efectos a terceros de buena fe según la **RDGRN de 11 de abril de 1985 -RJ 1989**,5947- que textualmente dice lo siguiente: "… La circunstancia de que el matrimonio no esté inscrito implicará una dificultad de su prueba y del pleno reconocimiento de sus efectos, pero no puede provocar la grave consecuencia de estimar que el contrayente no está casado. Por el contrario, la inscripción sigue siendo obligatoria y su falta no puede redundar en beneficio de uno u otro contrayente, sino solamente, en su caso, en el de terceros de buena fe, como expresan el **art. 70 de la ley del Registro Civil** y el art. 61 del CC."

La redacción actual del art. **174** da por hecho la existencia del matrimonio sin necesidad de hacer indagaciones acerca del alcance de las expresiones "efectos civiles" o "plenos efectos" del art. 61, pues el precepto habla de "cónyuge superviviente".

En consecuencia, puede decirse que a los efectos de causar la pensión de viudedad debe considerarse cónyuge supérstite a quien contrajo matrimonio aunque después este no se hubiera inscrito, porque la inscripción no puede considerarse en nuestro derecho con carácter constitutivo. Así se desprende de la sentencia **TC 199/2004 de 15 de noviembre (RTC 2004/199).**

Siguiendo esta línea de razonamiento, tampoco habría inconveniente en admitir la validez del matrimonio celebrado en el extranjero aun cuando no se haya inscrito en el Registro Civil, toda vez que un español puede contraer matrimonio en el extranjero, acogiéndose, o bien a la forma civil regulada en el derecho español, debiendo prestar su consentimiento ante el funcionario diplomático o consular encargado del registro civil en el extranjero; o bien de forma religiosa legalmente prevista en España; o bien, finalmente, en la forma establecida o admitida por la ley del estado en que se celebre.

Si la celebración del matrimonio produce efectos civiles, nada impediría

que se pudiera contraer un segundo matrimonio y que este produjera efectos civiles, dada la dificultad de advertir la existencia de otro anterior por no estar inscrito. Esta dificultad sería mayor en aquellas celebraciones del matrimonio en forma religiosa en las que no se exige tramitar previamente el expediente matrimonial, como ocurre en el matrimonio islámico. Así, el **art. 7 de la ley 26/92** por la que se aprueba el **Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión islámica de España de 10 de noviembre de 1992 (BOE 12/12/92).** En este supuesto, el control sobre el cumplimiento de los requisitos se deja para el momento de la inscripción.

Como la tramitación del expediente tiene su relevancia para evitar consentimientos simulados, que suponen una voluntad matrimonial inexistente, originándose una discordancia consciente, que conduciría a la nulidad absoluta del matrimonio, y en el matrimonio islámico no existe expediente previo, la inscripción en el Registro es importantísima porque es en este momento en el que se determina si concurren los requisitos de validez del matrimonio.- **IDGRN de 9/1/95(RCL 1995/210) y RDGRN de 24/3/06-RJ 2007/1791-.**

## II. CRITERIOS JUDICIALES EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA LA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UN VÍNCULO MATRIMONIAL. UNIONES CELEBRADAS CONFORME A OTROS RITOS.

El Derecho español permite que los contrayentes manifiesten su consentimiento en la forma civil prevista en el art. 51 y ss del CC o también en la forma religiosa reconocida y ante el ministro de culto de entidades religiosas inscritas o reconocidas por la legislación vigente (art. 49.2 del CC). Para que el consentimiento matrimonial pueda prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa se exige que se trate de una confesión religiosa inscrita en el Registro de Entidades religiosas, y además, que el estado haya celebrado un acuerdo o convenio con esa confesión religiosa en el que admita como válida la forma ritual utilizada para prestar el consentimiento. Aun no existiendo convenio, se considera válida si lo autoriza una norma jurídica estatal. En la actualidad, existen cuatro formas religiosas legalmente admitidas: la canónica (acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos Jurídicos de 3/1/79, ratificado el 4/12/79(BOE 15/12/79), la evangélica(ley 24/92 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades religiosas evangélicas de España, de 10/11/92(BOE 12/11/92), la judía (Ley 25/92 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades israelitas de España, de 10/11/92(BOE 12/11/92) y la islámica (Ley 26/92 por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión islámica de España de 10/11/92(BOE 12/11/92).

Respecto a la formalidad del matrimonio según el rito evangélico dispone el art. 7 del mencionado acuerdo que el matrimonio es válido desde su celebración pero, para el pleno reconocimiento de los efectos, se necesita la inscripción en el Registro Civil. Se tramita expediente previo ante el encargado del registro civil quien expedirá una certificación de la capacidad matrimonial de los contrayentes. El matrimonio se celebra ante el ministro del culto de la iglesia evangélica quien extenderá en la certificación de la capacidad diligencia de haber celebrado el matrimonio en presencia de dos testigos y un ejemplar se remite al encargado del Registro para su inscripción. El otro ejemplar se mantiene en el acta de la celebración como archivo del oficiante.

En cuanto a la formalidad del matrimonio según el rito judío rige el mismo procedimiento: expediente previo ante el Registro Civil, celebración ante el ministro de culto respectivo y extensión en el certificado de la capacidad matrimonial de los contrayentes de diligencia de haberlo celebrado ante dos testigos. Tanto en uno como en otro caso, el consentimiento habrá de prestarse dentro de los seis meses ss. a la expedición de la certificación de capacidad de los contrayentes emitida por el encargado del Registro Civil.

El matrimonio islámico tiene la particularidad respecto a los anteriores que no requiere de expediente previo ante el encargado del Registro Civil. Pero si se pretende inscribir será necesaria la expedición del certificado del Registro sobre la capacidad matrimonial de los contrayentes. Es por ello por lo que es en el momento de la inscripción donde se puede observar si se cumplen o no las formalidades y eficacia del matrimonio.

En determinadas resoluciones judiciales, como ocurre en la sentencia del **TS de 15/12/2004 (RJ 2005/2170**), se entiende respecto de la condición de cónyuge del causante en un matrimonio celebrado ante la Iglesia Evangélica de Filadelfia antes de la ley 24/92, que efectivamente, y a pesar de haber contraído un matrimonio en una forma religiosa regulada con posterioridad a su celebración, reunía la condición de cónyuge del causante. Se trataba de un fallecido con posterioridad a la Ley 24/92 y, por tanto, al cónyuge supérstite se le podía atribuir la condición de viuda a los efectos del art. 174 de la LGSS. El matrimonio se celebró en 1989, es decir, estando en vigor la normativa del CC, en concreto la Ley 30/81 de 7 de julio, y los contrayentes prestaron su consentimiento ante un pastor de la Iglesia Evangélica de Filadelfia, inscrita en el Registro de asociaciones religiosas, celebrándose en presencia de dos testigos, con la única diferencia de que no se tramitó el expediente previo ante el Registro Civil que exige la Ley 24/92. Para el Tribunal Supremo el hecho de haberse celebrado el matrimonio antes o después de 1992 es un detalle solo de procedimiento porque ello no afecta a la eficacia del matrimonio. Considera que se está ante un

matrimonio válido y eficaz que se acomoda a las pautas de una Iglesia reconocida en España. La ley 24/92 lo único que hace es dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 30/81. Celebrar el matrimonio en una u otra fecha no le resta de eficacia jurídica.

Mención especial exige la unión celebrada conforme al rito gitano, pues es necesario clarificar cuál es la situación actual al respecto.

Vamos a relatar brevemente la situación de hecho que ha concluído con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8/12/09, sección 3ª, en la que el tribunal declara el derecho a la pensión de viudedad para la cónyuge del causante en un supuesto de matrimonio celebrado por el rito gitano, rito que carece de validez en nuestro derecho interno.

Los hechos son como siguen: La Sra Muñoz Díaz solicita pensión de viudedad tras el fallecimiento de su marido con el que había contraído matrimonio, solo por el rito gitano, en 1971 y con el que había tenido seis hijos. El INSS deniega la pensión sobre la base de que no estaba casada. El matrimonio gitano no tiene reconocimiento civil (par.12 de la sentencia del TEDH). La demandante recurre la decisión. El Juzgado Social 12 de Madrid estima su demanda por la analogía existente entre el matrimonio regulado en el Código Civil y la libertad de contratos, interpretado según el Convenio Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial además de la directiva comunitaria 200/43/CE (par. 14). El INSS recurre y el TSJ de Madrid estima el recurso ya que en el momento del fallecimiento está en vigor el art. 174 de la LGSS que exige la condición de cónyuge para el cobro de la viudedad (par. 15). La Sra. Muñoz presenta recurso de amparo ante el TCO por discriminación basada en la raza y en la condición social que es contrario al art. 14 de la CE. El TCO rechaza el amparo acogiendo los motivos del TSJ de Madrid. A pesar de que la sentencia fue adoptada por mayoría en sentencia 69/2007 de 16 de abril (RTC 2007/69), el magistrado **RODRÍGUEZ ZAPATA** emitió un voto particular discordante con la sentencia porque entiende que el Constitucional ya otorgó el amparo a un supuesto semejante. Hace referencia a una sentencia del TCO 1999/2004 en la que se analizaba la pensión del viudo de una funcionaria cuyo matrimonio no había sido inscrito en el Registro Civil. El viudo de la mencionada funcionaria, con unión conyugal controvertida y no inscrita, obtuvo el amparo del Alto Tribunal y consiguió la pensión mientras que la viuda gitana, que no ha visto inscrito su unión en el Registro Civil conforme a las costumbres ancestrales de su pueblo, ha visto rechazado el reconocimiento a su pensión de viudedad. Para el magistrado disidente la validez previa del matrimonio gitano a efectos del derecho de Familia no era necesaria para otorgar el amparo a la Sra. Muñoz. Entiende que si el Estado español ha tenido en cuenta a la Sra. Muñoz para otorgarle libro de familia, reconocimiento de familia numerosa, asistencia sanitaria con

familiares a su cargo y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano, durante 19 años tres meses y ocho días, quiera desconocer que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad y menciona una sentencia del TJCE Becker, asunto 8/81, p.24).

RODRÍGUEZ ZAPATA basa su voto en que España es parte de la Convención Marco del Consejo de Europa para la protección de minorías nacionales y, por tanto, está obligada por esta.

Como crítica a este voto particular tenemos que decir lo siguiente:

1º/ El problema de fondo no es el matrimonio no inscrito, sino aquellos matrimonios que, inscritos o no en el registro civil, han sido celebrados en algunas de las formas admitidas por la ley para que surtan efectos civiles, distinguiéndolos de aquellas uniones bajo otros ritos no previstos en la ley o no admitidas por la ley como formas de contraer matrimonio.

2º/ Diferenciar entre efectos jurídicos familiares y prestacionales es una opción de política legislativa, pero no de interpretación jurídica. El concepto de matrimonio lo toma el ordenamiento del derecho de familia. No es admisible multiplicar conceptos de matrimonio con objeto de reconocer puntuales derechos a los convivientes en unión libre. Los tribunales no pueden suplantar al legislador porque no se trata de una opción interpretativa, sino de política legislativa.

Por su parte, El Tribunal de Estrasburgo resuelve en la fase de admisibilidad sobre el fondo del asunto. Pero poco después de presentarse la demanda, y antes de que el Tribunal resolviese dando la razón a la viuda gitana, se aprueba la Ley 40/07 estableciendo entre otros muchos preceptos que se puede lucrar la pensión de viudedad, siempre que se demuestre la convivencia con seis años anteriores al fallecimiento del causante. A finales de 2008 el INSS, en aplicación de esta ley, le reconoce la pensión de viudedad a la demandante, pero el proceso en Estrasburgo continúa y la demanda no es retirada.

Es de reseñar que el INSS en ningún momento ha dado por válido el matrimonio celebrado con arreglo al rito gitano, sino que utiliza la norma vigente-Ley 40/07-para otorgar la pensión por el requisito de la convivencia de 6 años para los supuestos de fallecimientos anteriores a 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 40/07, en concreto la disposición adicional tercera de la ley 40/07: se cumplían los requisitos de fallecimiento antes de 1 de enero de 2008, fallecido en alta y cotizando, con hijos comunes, convivencia de seis años anteriores a la muerte y no tener derecho a pensión contributiva del sistema. Obviamente, se trataba de una situación excepcional, pero en ningún momento extensible a todas las uniones celebradas con base en el rito gitano.

Dos son las violaciones que alega la demanda ante el TEDH: **la primera**

se fundamenta en el art. 14 de la CE en conjunción con el art. 1 del Protocolo nº 1 sobre el derecho de propiedad. **La segunda** en el art. 14 de la CE en conjunción con el art 12 del mismo cuerpo legal sobre el derecho a contraer matrimonio.

Mientras que la primera de las causas es aceptada a trámite unánimemente por el TEDH, la segunda es inadmitida por mayoría (par. 81) en cuanto considera que el derecho a contraer matrimonio en igualdad está garantizado por la actual legislación española.

La discriminación ha de entenderse como un diferente trato sin justificación objetiva y razonable entre personas que se encuentran en situaciones comparables (par. 47). Igualmente, mantiene el Tribunal que los Estados conservan un cierto margen de apreciación en las situaciones análogas (par. 48).

El TEDH recuerda tres sentencias en las que el TCO reconoció derecho a una pensión de viudedad en el caso de matrimonios canónicos no inscritos en el Registro Civil y, por tanto, no productores de efectos civiles: la sentencia **del TCO 260/88** en caso de un matrimonio canónico que no pudo inscribirse debido a la imposibilidad del divorcio antes de 1981; la sentencia del **TCO 180/2001** que reconoce el derecho a una indemnización con la base de un matrimonio canónico no inscrito poco antes de la Ley del Divorcio de 1981 por motivos de libertad de conciencia y de religión; y la sentencia del **TCO 199/2004** que reconoce el derecho a una pensión de viudedad también sobre un matrimonio canónico no inscrito voluntariamente en el registro Civil (par. 32). En estos tres casos el TEDH ha exigido que los recurrentes en amparo hubiesen actuado de buena fe, examen de buena fe al que no fue sometido el demandante en este caso y más cuando la disposición adicional décima de la Ley 30/81 reconocía el derecho a la pensión de viudedad en caso de imposibilidad del consentimiento canónico antes de la entrada en vigor de esta norma (par. 53).

El Tribunal de Estrasburgo sostiene que el Constitucional español no hace este análisis de la buena fe, que sí había realizado en los anteriores casos citados, por la pertenencia a la etnia gitana de la entonces recurrente en amparo y ahora demandante (par. 54), un análisis que está intimamente ligado al que sostiene que las autoridades españolas le hicieron creer a la demandante la realidad y eficacia de su matrimonio (par. 56).

El TEDH mantiene la existencia de un consenso europeo en la protección de la identidad y seguridad de las minorías culturales, como su modo de vida (par. 60). Estima que las creencias de vida de una comunidad enraizada y bien definida no pueden ser ignoradas (par. 59). Considera el Tribunal que no solo se da buena fe sobre los efectos y la plena validez de la demandante respecto a su matrimonio según el rito gitano, sino que además esta convicción ha sido reforzada por el Estado a través de documentos

que se le otorgaron como el libro de familia, el reconocimiento de familia numerosa y la tarjeta de la seguridad social (par. 62 y 63).

Por ello, el Tribunal de Estrasburgo declara la existencia de una violación del derecho reconocido en el art. 14 en conjunción con el art. 1 del Protocolo nº 1 ya que entiende que la percepción o no de una pensión si está dentro de los bienes futuribles que entran dentro del derecho de propiedad según su propia jurisprudencia (par. 44).

Existe un voto particular disidente del juez Mjer. Entiende el magistrado holandés que el TEDH se ha extralimitado en sus funciones interpretativas del Convenio Europeo de Derecho Humanos y que ello puede generar desconfianza en los estados, pues más que reconocer derecho lo que ha hecho el Tribunal ha sido crear un nuevo derecho. Mantiene que el caso con la presencia de la Unión romaní como tercera parte, cuestiona realmente o no el reconocimiento legal del matrimonio gitano, asunto que está fuera de las competencias del TEDH, ya que el CEDH encomienda a los estados la regulación de los modos de contraer matrimonio. Plantea que si se crea una línea jurisprudencial a partir de esta sentencia podrían cuestionarse sistemas matrimoniales, como el de su país(Holanda) que solamente reconoce efectos civiles a los matrimonios civiles y no a los religiosos (como sí sucede en España). Señala una cuestión sumamente importante que el Tribunal no se ha planteado: la eficacia por razón del tiempo del CEDH, ya que los hechos son anteriores a que España se convirtiese en Estado parte y la situación legal en la actualidad resuelva estas cuestiones de forma general.

Como comentario crítico a la sentencia de Estrasburgo podemos afirmar lo siguiente:

1º) Las decisiones del TEDH son para el caso concreto: examina las decisiones de las autoridades nacionales con independencia del poder que las dicte. En ningún caso cabe decir que se hace un control abstracto, esto es, si está de acuerdo o no con el Convenio europeo de Derecho Humanos que el matrimonio gitano tenga o no efectos civiles.

2º) Una cosa es lo que la sentencia dice y otro muy diferente lo que la Unión romaní ha dado a entender a los medios de comunicación, pues la pretensión que tocaba el fondo del asunto, como era la igualdad en el derecho a contraer matrimonio y la eficacia civil del matrimonio gitano ha sido declarada inadmisible por la sala, entendiendo que la igualdad está plenamente garantizada por la existencia de un matrimonio civil y no como en 1971 cuando existía un matrimonio canónico obligatorio para todos, salvo prueba en contrario de su no pertenencia a la Iglesia católica.

3º) No se puede afirmar con rotundidad que el TEDH adopte como criterio hermenéutico el convenio Marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales. Siendo obligatorio para España , no

forma parte de las normas internacionales que han de servir de base al TEDH para la toma de decisiones. El Tribunal no tiene competencia sobre la vigilancia de su aplicación.

4º) En España tienen efectos civiles solo los matrimonios celebrados de conformidad con el CC y aquellos matrimonios celebrados en las cuatro formas religiosas afiliadas a la FEREDE: católicos, evangélicos, musulmanes y judíos. Aunque los efectos civiles se producen desde su celebración y la inscripción garantiza estos efectos frente a terceros, en el caso de los matrimonios musulmanes la inscripción tiene una especial relevancia ya que es en ese momento cuando se aprecian los requisitos de validez del matrimonio.

De modo que por más que los contrayentes vivan como matrimonio, y sean reconocidos como tales por la propia comunidad gitana, lo cierto es que la inscripción registral no podría ser obviada. Al estar vedada la inscripción en el registro de un matrimonio celebrado bajo el rito gitano, este quedaría fuera del paraguas de la protección frente a terceros.

5º) El juez Mjer, en su voto particular, dice que el TEDH no ha estudiado con detenimiento el efecto temporal del CEDH. Las convicciones personales de un grupo de personas no pueden ser definitorias a la hora de establecer los efectos civiles de una institución tan importante como es el matrimonio.

## III. LA POLIGAMIA Y SUS EFECTOS SOBRE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD.

El régimen jurídico matrimonial se rige por la ley personal de los contrayentes, por lo que la presencia cada vez mayor en España de ciudadanos procedentes de otros países que admiten la bigamia (todos de religión islámica) no puede ser obviada por el legislador en lo que atañe a las consecuencias derivadas de seguridad social. La anomia legislativa obliga a los tribunales a adoptar soluciones que no resultan sencillas en relación con el orden público internacional.

Con carácter previo, hay que decir que no hay poligamia entre españoles porque lo impide el art. 46 del CC y porque lo castiga con penas de hasta un año de prisión el Código Penal español (art. 217). Tampoco está permitida la inscripción registral de segundos matrimonios contraídos por hombres, aunque su estatuto personal les permita la poligamia. Por su parte, la ley orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España no permitía el reagrupamiento familiar de más de un cónyuge. Esta ley, que fue modificada en 2003, aún establece una aplicación más restrictiva ya que permite que el extranjero pueda discriminar a las esposas ya que solo se le permite el reagrupamiento familiar de una de ellas. Igualmente, existe una propuesta de directiva comunitaria del Con-

sejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, modificada el 7 de febrero de 2000, en cuyo art. 5 2º señala: "El Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otra esposa, ni de los hijos de esta última; solo se autorizará la entrada y residencia de los hijos de otra esposa, si el interés superior del hijo así lo exigiese".

En orden al problema que se suscita sobre el ordenamiento jurídico interno se pueden adoptar dos posturas distintas:

Primera: Es la llamada cláusula de orden público. No se admite la poligamia. La ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulta contraria al orden público internacional español. Debe ser rechazada cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables del derecho español. Cuando la ley extranjera incurre en tales violaciones no debe ser aplicada por los tribunales españoles (art. 12.3 del CC), que en su lugar ha de aplicar la ley española como *lex fori*.

En el ámbito familiar, todas las cuestiones que tienen que ver con el matrimonio se consideran que son cuestiones de orden público y por tanto están fuera de la disponibilidad de las partes. Aquí entra la capacidad nupcial para contraer matrimonio. Pero como la ley personal es la que rige para los contrayentes, los problemas surgen cuando la capacidad nupcial de contrayentes islámicos permiten al esposo celebrar un segundo u ulterior matrimonio, estando vigente un matrimonio anterior, originado conflictos que guardan relación con la aptitud nupcial por conculcar el orden público español, así como a través de la determinación de la eficacia extraterritorial de documentos y sentencias emitidas por los tribunales o autoridades extranjeras.

El orden público está protegiendo: la unidad de la relación matrimonial, el principio de igualdad jurídica entre hombre y mujer en relación con el derecho a contraer matrimonio (arts. 14 y 32 de la CE), puestos en relación con el Convenio sobre eliminación de formas de discriminación de la mujer de 8 de diciembre de 1979, el respeto a la dignidad humana...

Puede concluirse, según esta postura, que la pluralidad de vínculos matrimoniales simultáneos es incompatible con nuestro orden público.

Segunda: Es la llamada posición atenuada de la cláusula de orden público que abandera FERNÁNDEZ ROZAS o, si se quiere, aplicación restrictiva del orden público.

En ocasiones es deseable un efecto atenuado de la reserva del orden público para garantizar una adecuada protección jurídica y económica de la familia, reconocer alimentos, derechos sucesorios y la pensión de viudedad a los sucesivos cónyuges.

En caso contrario, estarían los integrantes de estas uniones en franca desprotección económica y jurídica. Es cierto que la familia polígama no es

un modelo aceptado por los países occidentales, pero el sistema de reagrupamiento familiar establecido en nuestros países invocando el orden público deja en total desamparo a las sucesivas esposas e hijos, que son los sujetos más desprotegidos, creándose resultados intolerables con base en nuestro ordenamiento. El art. 39 de la CE establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres cualesquiera que sea su estado civil. Si no se reconoce de manera atenuada la poligamia ¿cómo se puede corregir el abandono y la total desprotección de distintas esposas e hijos nacidos de estas uniones?

Frente a estas dos posturas hay que deslindar dos problemas:

1º) Evitar que el extranjero que adquiera la residencia en territorio español pueda contraer un segundo matrimonio válido sin haber disuelto el primero, a pesar de que su ley personal se lo permita.

2º) Que las limitaciones del reagrupamiento familiar avalen actitudes discriminatorias del esposo polígamo, al que se le permite elegir entre sus esposas para proceder al reagrupamiento y, con ello, poner en juego, los derechos de las personas integrantes de otros modelos familiares, como las sucesivas esposas y los hijos habidos en estas uniones.

Se propone como solución un reconocimiento selectivo de determinados derechos a las sucesivas esposas e hijos de los extranjeros polígamos, de forma que no se rompan otros modelos familiares a la hora de aceptarse el reagrupamiento familiar, con lo que se lograría preservar los derechos de los integrantes de estas familias y a su vez respetar el art. 39 de la CE.

En el derecho comparado, la jurisprudencia francesa ha sido favorable al reconocimiento de ciertos efectos en territorio francés a los matrimonios polígamos celebrados en forma legal en el extranjero. Si bien la posición inicial ha sido de apertura, con el transcurso del tiempo, y como consecuencia de la afluencia masiva de inmigrantes polígamos, a partir de los años 90 se ha procedido al cierre de dicha posición. El Derecho francés ha regulado esta institución ya que no permite la poligamia simultánea, pero sí la sucesiva, siempre que los cónyuges tuviesen el estatuto personal polígamo y que el matrimonio se haya celebrado en un país que permite esta figura sin fraude de ley. No obstante, un extranjero casado no puede celebrar un nuevo matrimonio en Francia hasta que se disuelva su anterior matrimonio. En el derecho español es el art 46.2 el que de forma tajante dice que no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial (referencia que se hace para los que deseen contraer matrimonio según la ley española, la *lex fori*).

En lo referente a la pensión de viudedad, contamos con dos sentencias de tribunales superiores de Justicia pero ninguna en casación para unifi-

cación de doctrina del Tribunal Supremo en orden a lucrar la pensión por parte de varias esposas legítimas conforme al derecho musulmán.

La primera, la del TSJ Galicia, sentencia de 2 de abril de 2002 (Recc 4795/1998. La ley 65911/2002). Esta sentencia que desestima tanto el recurso del INSS como el de la actora, reconoce la pensión de viudedad a las dos esposas del fallecido por partes iguales, con lo que confirma la sentencia del juzgado de lo social 3 de la Coruña: es decir, una sola pensión a dividir por mitad y no dos pensiones íntegras como pedían las viudas en su recurso.

Resulta esclarecedor que el INSS, en el recurso de suplicación, no combatió el efecto de una pensión para una situación matrimonial poligámica, sino que al causante no le era de aplicación el art. 7.5, un ciudadano senegalés con permiso de trabajo como vendedor ambulante y trabajador autónomo en España, casado con una de las esposas en 1981 y con la otra en 1974.

El Tribunal hace una aplicación de los efectos atenuados de la cláusula el orden público, pues reconoce que el matrimonio poligámico está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico (delito en el art. 217 del CP), pero al mismo tiempo reconoce igualmente que los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos conforme a la legislación de su país, según la ley personal de los contrayentes. De modo que, a pesar que el CC en los art. 49 y 50 contiene normas sobre el reconocimiento de matrimonios extranjeros, EXISTE UNA LAGUNA LEGAL SOBRE EL MATRIMONIO DE EXTRANJEROS ANTE AUTORIDADES EXTRANJERAS FUERA DEL TERRITORIO ESPAÑOL, laguna que se llena aplicando la analogía del art. 49.2 del CC que establece lo siguiente: "También podrán contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración". Por esta vía se reconoce a los matrimonios celebrados por extranjeros en el extranjero válido según la ley personal de los contrayentes.

La cláusula del orden público del art. 12.3 del CC según la cual debe rechazarse la ley extranjera cuando sea contraria al orden público admite inflexiones o flexibilizaciones. Y aquí, la sala sigue la doctrina de una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977.

Por otro lado, no puede darse una pensión íntegra a cada viuda porque no está previsto en el art. 174 de la LGSS. De modo que el número dos no puede ser de aplicación porque opera cuando existe una separación judicial o divorcio, que no se da en el presente supuesto ya que los dos matrimonios eran válidos en el momento de la muerte del causante. Se confirma la sentencia recurrida otorgando una sola pensión a dividir por partes iguales entre las dos viudas válidamente casadas según la ley personal con el causante senegalés.

La segunda sentencia es del TSJ de Cataluña de 30/7/2003 (Rec.2864/2002), (Ley 278/2004). Esta resolución es opuesta a la del TSJ de Galicia.

Centra muy bien el problema al decir si la poligamia debe ser aplicada en nuestro ordenamiento o por el contrario es contraria al orden público.

El Tribunal dice que es contraria al orden público. Y hace las siguientes afirmaciones:

1ª) El modelo de familia que conforma la CE determina que el matrimonio es monógamo. En ningún país de la UE se admite el matrimonio polígamo al amparo de sus leyes civiles, ya sea entre nacionales, entre nacionales y extranjeros o de extranjeros entre sí.

2ª) Que nuestro ordenamiento prohibe casarse a quien esté ligado con vínculo matrimonial (46.2 del CC). La violación de este precepto determina la nulidad de la institución (art.73.2 del CC).

3ª) Que los arts. 42,46 y 73, así como los convenios de derechos humanos suscritos por España, determinan que para que puedan reconocerse efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma religiosa no debe existir el impedimento de ligamen entre los contrayentes (art. 44 del CC).

4ª) Respecto del matrimonio islámico y de conformidad con el acuerdo entre el Gobierno español y la Comisión islámica de España de 20/2/1992 se dice que en lo que no regule el derecho musulmán el matrimonio en forma coránica, se aplicará la legislación civil española, pues si las normas coránicas fuesen contrarias a la CE, no serán de aplicación pues el mencionado Acuerdo de 1992 contempla un respeto de mínimos.

5ª) El principio del orden público se aplica en la figura del reagrupamiento familiar ya mencionado anteriormente que establece que en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge.

En consecuencia, revoca la resolución del INSS que había repartido al 50% la pensión entre dos viudas, al considerar que el segundo matrimonio es nulo desde el inicio y que no produce efecto alguno. Señalando que a los efectos de la ley española únicamente tiene el concepto de cónyuge el que deriva del primer matrimonio.

Por tanto, se deniega el reparto de la pensión de viudedad entre las dos esposas legítimas del causante, ciudadano de Gambia, conforme al derecho musulmán.

## CONCLUSIONES

Podemos establecer varias afirmaciones a la luz de lo expuesto:

1º El requisito del vínculo matrimonial permanece aunque no es exclusivo o excluyente a la vista de la introducción de la institución de la pareja de hecho, en la Ley 40/07.

2º El requisito del vínculo matrimonial habrá que ponerlo en relación con la validez de un matrimonio, tanto en forma civil como religiosa, por las únicas cuatro confesiones que se encuentran inscritas en la FEREDE (arts. 49. 1º y 2º del CC), así como 59 del mismo cuerpo legal y que son: la canónica (Concordato entre el Estado español y la Santa Sede de 1979) y los acuerdos de 1992 con las confesiones islámica, judía y evangélica.

3º El matrimonio celebrado bajo el rito gitano no tiene cobertura legal en nuestro ordenamiento. La sentencia del Tribunal de Estrasburgo no tiene efectos *erga omnes* ni supone un mandato al legislador interno español para dar eficacia jurídica a este matrimonio a los efectos de lucrar una pensión de viudedad para todos los matrimonios celebrados bajo este rito. No existe laguna legal alguna que llenar.

4º La poligamia tiene diferentes soluciones. O se aplica la cláusula del orden público: NO se debe aplicar la ley extranjera cuando se oponga al orden público español que proscribe la bigamia, incluso como delito, pese a que según las normas de derecho internacional privado español se aplique la ley personal de los contrayentes para matrimonio entre extranjeros celebrados en el extranjero que admite tal institución.

O bien se aplica la cláusula de manera atenuada -reconociendo la ilegalidad de la poligamia en nuestro ordenamiento interno- pero admitiendo al mismo tiempo que no han de desprotegerse los derechos de las sucesivas esposas e hijos que quedan excluídos del reagrupamiento familiar por el esposo, ya que esto vulneraría el art. 39 de la CE de protección a la familia. Como no existe una unificación por el tribunal Supremo, el legislador debería regular este vacío de alguna manera.

# José Luis López-Tarazona Arenas

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

## CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y CRÉDITOS CONTRA LA MASA EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

### I.- INTRODUCCIÓN

La mismísima exposición de motivos de la ley concursal ya se ocupa de los créditos contra la masa, los tiene presentes y se refiere a ellos, como aquellos que integran, tras su devengo posterior al auto de declaración del concurso, una deuda que nunca debería llegar a generarse, al menos en los importes y cuantías, que en más ocasiones de las deseables llegan a acumularse. Se trata de deudas de gran relevancia económica y que, en la mayoría de los procedimientos concursales, afecta a las Administraciones Públicas: A la Tributaria y con mayor incidencia, si cabe, a la de la Seguridad Social.

La ley en su exposición de motivos asume, no en vano quedan vinculados a la actividad del concursado posterior a la declaración del concurso que se producirán (algo hasta cierto punto normal y lógico). Así se afirma, que la lista de acreedores comprenderá una relación adicional de aquellos que conforme a la ley tienen la consideración de créditos contra la masa o créditos extraconcursales en contraposición a los concursales; si bien, también declara, que operarán con el carácter de prededucibles, es decir, antes de procederse al pago de los créditos concursales, habrán de deducirse de la masa activa los bienes y derechos, no afectos a créditos singularmente privilegiados, que sean necesarios para el pago de los mismos conforme vayan devengándose.

De esta forma, en el concurso se distingue entre una masa pasiva integrada por las deudas del concursado y unas deudas de la masa o contra la

masa, cuya característica es, como se ha advertido, su "prededucibilidad" de esa masa pasiva antes de la satisfacción de los acreedores concursales.

La diferencia entre créditos concursales y créditos contra la masa, se recoge en el art. 84 de la LC siendo estos los que se relacionan en el número 2 del art. 84, cuya característica común, salvo alguna excepción, como la de los créditos por los últimos treinta días de salarios, es la de ser créditos vinculados bien a la continuidad de la actividad de la concursada en su más amplio sentido o a la propia dinámica del concurso.

En la ley, salvo casos concretos, se vinculan los créditos contra la masa, con aquellos devengados con posterioridad a la declaración del concurso, entendiendo por estos los que se producen con ocasión del concurso (gastos generados en la tramitación del procedimiento) y con posterioridad a su declaración (obligaciones contraídas con posterioridad), estableciéndose como única excepción a esa regla la del supuesto previsto en el artículo 84.2.1º LC.

Los créditos de la Tesorería General de la Seguridad social quedan habitualmente ubicados en ambas clasificaciones, bien como deudas concursales (con sus correspondientes privilegios, como simples créditos ordinarios o incluso subordinados algunos de ellos) o bien como deudas contra la masa.

En este caso, mayoritariamente se tiende a ubicarlos, aún sin expresa mención, en el apartado 5° del citado precepto. Es decir, entre los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, "pues aunque el precepto incluye expresamente los créditos laborales, a ellos se unen necesariamente los de Seguridad Social por cuotas en la medida en que la obligación de abonar estas surge como consecuencia del simple desarrollo de una actividad incluida en el campo de aplicación de la Seguridad Social de conformidad con lo dispuesto en la LGSS[1], con lo que, en realidad, la continuidad de las obligaciones de Seguridad Social se liga a las decisiones generales sobre el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor (en los concursos actuales es principio rector que la actividad del concursado pueda o deba continuar, y así el artículo 44 establece que la declaración de concurso no interrumpe la continuación de tal actividad, salvo supuestos excepcionales); a no ser que, como excepción, se acuerde el cese o suspensión de actividades conforme al art. 44. 4 en relación con los arts. 64 y 65 LC".

Por lo que respecta a estos créditos, las cuotas pueden referirse tanto a los trabajadores al servicio del deudor, como a las de este mismo en

[1] Art.15.2 de la LGSS y 12 y siguientes del RD 2064/95 de 22 de diciembre.

cuanto trabajador por cuenta propia si continuase desarrollando su actividad. Lo decisivo será que el período de devengo sea posterior a la declaración del concurso.

## II.- LA INSINUACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Con las anteriores premisas, no parece que los acreedores institucionales debieran tener una especial preocupación en cuanto al cobro de estos créditos, toda vez que los administradores concursales están compelidos legalmente a incluirlos en la lista de acreedores por así exigirlo el nº 4 del art. 94 de la LC y el mismo apartado del art. 96 de la Ley, cuando señala que junto con los textos definitivos de su informe se incluirá una relación actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, máxime si a estos acreedores se les niega el derecho a asistir a la junta de acreedores, la posibilidad de incidir en el convenio deliberando y votando e incluso no pudiendo adherirse a las propuesta anticipadas de convenio. Lo anterior queda refrendado a modo de cierre por el art. 154 de la LC cuando declara, que antes de procederse al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta.

Teniendo en cuenta que la continuidad de la empresa y su salvaguarda impregna toda la reforma concursal, hubiera sido deseable que la norma hubiera exigido a los administradores concursales explicar en sus informes y justificar las razones que han provocado estas nuevas deudas, algo, por otra parte elemental, si se tiene en cuenta que estos créditos deben ser satisfechos a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso.

Ocurre, no obstante, como se ha indicado, que su reconocimiento o su pago debe producirse por expreso mandato legal y no precisaría tan siquiera de pronunciamiento judicial y esto no es lo habitual. Por regla general, el pago se difiere en el tiempo y se realiza ayuno de cualquier tipo de explicación[2] (relaciones de pagos sin especificación de la fecha de devengo de los créditos que se satisfacen), no digamos si lo que se quiere conocer es el orden de pago que ha sido observado para conocer algo tan elemental como la postergación o no del crédito de un acreedor postconcursal respecto de otro.

Los administradores concursales deben ser especialmente escrupulosos e informar expresamente, y con el grado de especificación que sea preciso,

[2] " … los acreedores contra la masa disponen de muy escasa información para tener conocimiento en cuanto al cumplimiento de esta obligación o con relación al momento o fecha en que se están satisfaciendo tales pagos"., Caballero García, Fernando.

en relación con estos créditos; oportunidades para ello la Ley les da muchas sin necesidad de que puedan verse compelidos por el juez a petición de los acreedores, de conformidad con las previsiones del art. 35.6 de la LC.

La administración concursal dispone de momentos procesales varios para hacer llegar esta información, bien con los informes que debe presentar en la fase común o en los relativos al estado de operaciones en la de liquidación.

Atendiendo a su naturaleza y a su indudable contribución a que la empresa en concurso pueda superar esta fase crítica, su reconocimiento debería no exigir a las administraciones públicas, como de hecho ocurre, esfuerzo alguno. En efecto, son innumerables los incidentes que los Letrados de la Administración de la Seguridad Social y los Abogados del Estado se ven obligados a plantear para que sus créditos contra la masa sean reconocidos, más allá de lo que constituyan legítimas interpretaciones jurídicas.

Una de las primeras justificaciones que se esgrime para no incluir el crédito contra la masa, o incluirlo por importe inferior al que corresponde, es la falta de insinuación.

No consideramos, que los créditos contra la masa constituidos por las cuotas no ingresadas estén sujetos al régimen de comunicación de los créditos concursales regulado en el art. 85, que está incluido en la sección segunda del capítulo III del título IV correspondiente al informe de la administración concursal y determinación de las masas activa y pasiva del concurso, al no integrar estos la masa pasiva y sin perjuicio de su inclusión en la lista de acreedores que debe elaborar la administración y la genérica referencia a la obligación de los acreedores de comunicar la existencia de sus créditos sin especificación alguna, ya que su no insinuación o comunicación no implica que no existan o que se renuncie a su cobro[3], ya que la propia ley obliga a su abono tan pronto como se devenguen. Otros argumentos avalan la no exigencia de esta insinuación o que la misma pueda ser opuesta en los incidentes que se plantean para su reconocimiento, calificación o pago.

En efecto, un planteamiento de estas características, obligaría a remitir certificaciones administrativas mensuales[4], cuando no diarias por parte de la TGSS, pues las cuotas, manteniéndose la actividad de la empresa

[3] "La falta de insinuación de los créditos contra la masa del art. 84 LC en el momento de su devengo no los excluye del concurso, a diferencia de lo que se sanciona en orden a la comunicación tardía de los créditos concursales, ni puede ser entendida como una renuncia a los mismos", JM Santander S. 30 12-2009.

[4] "Por otro lado, tampoco es necesario esperar nuevos informes para concretar los nuevos créditos contra la masa en tanto que su pago ha de verificarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 154 de la LC" JM Santander S. 12-5-2010

continúan devengándose y a su vez, el devengo de los recargos e intereses de demora de las mismas se produce *ex lege* por el mero transcurso del paso del tiempo[5], pudiendo extenderse más allá de la fase común e incluso en la fase de liquidación. Estas circunstancias hacen de los créditos contra la masa de la TGSS algo dinámico, en permanente variación, por ello su inclusión anexada al informe provisional de la administración concursal tiene exclusivamente carácter informativo sin que les afecte el plazo preclusivo de las impugnaciones que regula el art. 96[6] de la LC.

La inclusión de estos créditos se recoge, como se dijo, en el apartado 5º del art. 84 de la LC refiriéndose a ellos como los generados por el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del deudor tras la declaración del concurso, por lo que su existencia no es susceptible de ser obviada por los administradores por mínina que sea la diligencia que en el desempeño de su cargo se observe.

Incide más en esta tesis el hecho de que el incidente que cabe, en caso de discrepancia con el crédito contra la masa incluido en la lista provisional, no es el regulado en el art. 96 y si el del 154 de la LC, lo que le exime del plazo de 10 días para su interposición. Lo mismo ocurriría si se tratara de la lista definitiva[7].

Caso diferente, en atención a la preclusividad de los plazos para la impugnación de los informes, sería el de créditos contra la masa reconocidos y calificados como concursales en cuyo caso sería preciso impugnar la lista de acreedores en el plazo de 10 días.

No obstante ello, una reciente sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander de fecha 30 de diciembre de 2009, parece asumir esta necesidad de comunicación[8] por parte de la TGSS, argumentación que se torna

[5] Art. 27 de la LGSS.

[6] "No cabe, en cambio, considerar extemporánea la demanda en tanto que no va dirigida a la lista de acreedores definitiva sino al reconocimiento y pago de los créditos contra la masa", JM Santander S. 12-5-2010.

[7] Los **créditos contra la masa** son precisamente postconcursales no afectados por la aprobación del informe definitivo si es que se dan los requisitos del art. 84 de la LC (Audiencia Provincial de Pontevedra S. 3-2-2010.

[8] "Se alega por la administración concursal que, con carácter previo a la interposición de la demanda, debieron haber sido insinuados los créditos ahora alegados. Sin embargo, con relación a los créditos concursales no se impone en la ley concursal requisito alguno en orden a la comunicación de los mismos, sin perjuicio de los efectos que en sede de costas procesales pueda tener la falta de previa insinuación a la administración concursal. Por otro lado, cierto es que para que exista una pretensión que constituya origen de una demanda incidental como la que nos ocupa es necesario la existencia de un previo conflicto derivado de la falta de reconocimiento de los créditos puesto que en caso contrario el incidente concursal resulta

incomprensible, más, cuando es la concursada, sometida a la supervisión (intervención o sustitución ex art. 40 de la LC) de la administración concursal la que presenta las autoliquidaciones de los seguros sociales, que a su vez deberán quedar reflejadas en la contabilidad de la empresa en concurso, razón por la cual la administración concursal no solo debe ser conocedora en tiempo real del importe de la deuda mensual postconcursal generada, sino de la fecha de su devengo y pago y, por ende, la de los recargos e intereses de demora (no sería concebible que en situación concursal no se presentasen los documentos de cotización pues ello supondría que incumplimientos puramente formales incrementaran el pasivo del concurso). En definitiva, no sería posible argumentar por las administraciones concursales que los créditos contra la masa no han sido comunicados o insinuados, pues conocen o debieran conocer de su existencia de primera mano. En otras palabras, en mi criterio, la no inclusión de los créditos contra la masa constituye, en si misma, la discrepancia que justifica el incidente, sin que precise insinuación previa de ningún tipo, ni tal objeción pueda ser excepcionada como causa de oposición al incidente que se promueva por el Servicio Común de la Seguridad Social.

Existen, del mismo modo, pronunciamientos judiciales favorables a la necesidad de comunicación de estos créditos en forma semejante a los concursales, como requisito previo de admisión del incidente del art. 154 de la LC[9], lo que resulta contrario al principio *pro actione* y al sentido común jurídico, pues la oposición a la demanda incidental constituiría el presupuesto y justificación de la misma.

No obstante lo anterior, y de forma voluntaria, se podría realizar la insinuación, siempre en aras a una diligente defensa de los créditos públicos y, ante la negativa o silencio de la Administración concursal, interponer el correspondiente incidente.

La referida sentencia del Juzgado de lo mercantil de Santander señala igualmente, que el retraso en la insinuación de los créditos contra la masa podrá redundar en perjuicio de los acreedores ya que si estos no le constan a la administración concursal, no podrá observar lo previsto en cuanto al orden del pago en el art. 154 de la LC, y de esta manera no existiría, según la sentencia, incumplimiento del orden del art. 154 de la LC.

Se discrepa natural y abiertamente de que el tardío reconocimiento por una resolución judicial deba o pueda perjudicar a estos créditos si no exis-

innecesario. Ordinariamente, esto se comprueba únicamente tras la insinuación de los créditos en el concurso no aceptada salvo que la administración concursal conozca la existencia de los créditos y no atienda al Art. 154 de la LC".

[9] JM Málaga nº1 S.14-7-2008, AP Barcelona S.19-6-2009

tiera activo suficiente y hubieran sido pagados otros de devengo posterior, pues en otro caso, la única solución que restaría sería la de exigir la responsabilidad de los administradores ex art. 36 de la LC.

No resultaría admisible, desde ningún punto de vista, que créditos extraconcursales por cuotas no tenidos en cuenta por los administradores y reconocidos en sentencia recaída en incidente concursal al que se ha visto obligada la TGSS, pudieran quedar sin ser satisfechos por haberlo sido otros de devengo posterior con el escaso bagaje argumental de no haber sido comunicados.

En la práctica, y a falta de previsión legal expresa, que imponga esta obligación a los administradores concursales, una buena disposición de la administración concursal, por otra parte, cada vez más habitual en evitación de incidentes que dilaten y hagan más tortuoso, si cabe, el procedimiento debería pasar por recabar de la TGSS con carácter previo a la elaboración del informe definitivo, e igualmente, al aperturarse la fase de liquidación, en atención al tiempo transcurrido entre el momento en el que se elabora aquel informe y esta nueva fase del concurso, una certificación acreditativa de las deudas por este concepto. Todo ello, en tanto en cuanto obligados legalmente a actualizar los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, aunque ello responda en última instancia a una cuestión de estricta y elemental prudencia, pues resulta razonable que la administración proceda a una actualización de todos los créditos ( piénsese, por ejemplo, en los contingentes) antes de proceder a su pago.

## III.- LOS RECARGOS E INTERESES DEVENGADOS CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Junto a la ausencia de insinuación de los créditos públicos nacidos con posterioridad a la declaración del concurso también ha sido habitual, aunque hoy puede considerarse pacífica esta cuestión, el que los administradores concursales nieguen el carácter de créditos contra la masa a los recargos e intereses de las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración del concurso sobre la base de que aquellos cumplen una función coercitiva, disuasoria o de estímulo al pago, que sería contraria al orden legal de pago del art. 154 de la LC que los hace inexigibles (S. 9-10-2009 Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla y S. De 28-10-2008 del Juzgado de lo Mercantil de Santander).

No están, en efecto, ayunas de argumentos las decisiones judiciales que excluyen los recargos de las deudas contra la masa, toda vez que estos créditos por su principal se someten a un orden de pago concreto en función de su vencimiento.

De esta forma, razonan: "El hecho de que el concursado no pague no es

debido, en supuesto de declaración de concurso, a un incumplimiento voluntario sino a un orden legal, *ope legis*, establecido que nos hace limitar esos pagos en función de la parte disponible que se tenga en la masa activa", (Sentencia del Juzgado Mercantil nº. 1 de Málaga, 12 noviembre 2007 y AP de León S. 2-2-2010).

Pero predominan las resoluciones que discrepan de la citada postura, pudiendo citarse las sentencias de la AP de La Rioja, de 6 de octubre de 2008[10]; de la AP de Pontevedra, de 24 de enero de 2008 y de la AP de Córdoba, de 27 de octubre de 2006 y Audiencia Provincial de Asturias, de 8 de octubre de 2007 y Huesca S., de 7 de octubre de 2008.

También se ha frustrado la posibilidad de calificar como subordinados los recargos a los que nos venimos refiriendo ya que tal calificación resulta exclusivamente predicable respecto de los recargos que revisten la naturaleza de crédito concursal[11] pero no cuando son créditos contra la masa, precisamente por tal carácter.

Cuestión distinta sería la relativa a los recargos devengados con posterioridad a la declaración del concurso pero correspondientes a una deuda principal devengada con anterioridad a la referida fecha.

Ciertamente, no existe precepto alguno en la Ley que, al igual que respecto a los intereses[12], impida de manera expresa el devengo de recargos

[10] "En cuanto a los recargos correspondientes a tales cuotas devengadas, después de la declaración del concurso, deben ser también reconocidos con la mencionada naturaleza de **créditos contra la masa**, sin que quepa invocar su carácter de subordinados ya que tal clasificación resulta predicable únicamente respecto de los recargos que revistan la naturaleza de crédito concursal (en este sentido, entre otras, la sentencia de esta Audiencia nº 119/2007, de 24 de abril ), pero no cuando son **créditos contra la masa**, precisamente por su carácter postconcursal, por lo que han de ser considerados como crédito contra la masa, ya que la regla general que establece el artículo 154 de la Ley Concursal es el pago de los créditos postconcursales a sus respectivos vencimientos; esto es, la pededucción de los **créditos contra la masa** se contrapone a la graduación de los créditos concursales; dichos créditos no se someten al concurso de acreedores sino que disfrutan de un tratamiento autónomo por lo que se refiere al modo y al tiempo del pago. No se trata de una simple prioridad temporal en el pago de los **créditos contra la masa** respecto del reparto del activo resultante de la liquidación, sino de una satisfacción ordinaria, al margen del concurso, que permite que los **créditos contra la masa** puedan y deban satisfacerse incluso antes de que se abra la fase de liquidación del activo o de la aprobación de un convenio. De modo que la regla de pago al vencimiento implica que los **créditos contra la masa** se satisfagan de una manera ordinaria o, si se quiere definir así, extraconcursal. Y la prioridad de los **créditos contra la masa** se aplica cualquiera que sea su naturaleza (artículo 154-2, primer inciso, de la Ley Concursal )".

[11] AP de La Rioja S. 24-4-2007

[12] Art. 59 de la LC Suspensión del devengo de intereses

de las deudas concursales, y a ello se acoge la Tesorería General de la Seguridad Social cuando, en los sucesivos certificados que expide, incorpora a los mismos los recargos que se van devengando por el mero trascurso del tiempo de conformidad con el art. 27 de la LGSS[13].

No considero, que esta práctica se ajuste a los principios de la nueva Ley y, fundamentalmente al de la par *conditio creditorum*, de tal forma que esta quedaría alterada ex art. 49 de la LC[14].

El incremento progresivo de los recargos provoca, en la práctica diaria, el que por los órganos recaudatorios se expidan certificaciones administrativas al objeto de mantener actualizada la deuda y trasladar su conocimiento tanto al procedimiento concursal como a los administradores, con las "incomodidades" que les supone a estos órganos del concurso mantener permanentemente actualizado el crédito de la Seguridad Social.

Si ello es correcto desde la perspectiva de la gestión recaudatoria, también lo será el poner un límite temporal a la emisión de esas certificaciones. Límite que debemos situar en la emisión del informe definitivo por la administración concursal.

Partiendo de las criticas, más que razonadas y razonables relativas a la posibilidad de seguir devengándose recargos con posterioridad al auto de declaración del concurso correspondientes a deudas anteriores, pues, como se ha indicado, atendiendo a los principios y consecuencias de la declaración del concurso no parece muy asumible que sea posible sumar recargos sin limitar su cuantificación al momento de declaración del concurso.

Transcurrido el hito temporal de la presentación del informe, implica que ya no se trate de una comunicación o insinuación tardía del crédito de la TGSS, sino de su comunicación (sin impugnación) con posterioridad a la entrega por parte de la Administración Concursal de aquel, lo que implicaría que el crédito, a los efectos del concurso, ha desaparecido y por lo tanto que la TGSS pierda el derecho a ser reintegrada con cargo a la masa activa y no pueda ser reconocido su crédito.

Esta conclusión, la relativizaríamos, con las elementales reservas atendiendo a la naturaleza del crédito (recargo), si lo comunicado fuese el informe provisional, pues cabría alegar que el recargo como crédito debería constar a los administradores ex art. 86.1 (resultan de los libros y documentos del deudor) puesto que si consta reconocido el principal de las cuotas, y el devengo del recargo se produce automáticamente, y como tal debería haberse incorporado al informe.

[13] Art. 10 del RD 1415/2004, de 11 de junio.

[14] AP de La Rioja, S. 6-10-2008

Pero se quiere insistir, la posibilidad del devengo de recargos y su exigibilidad con posterioridad al Auto de declaración es muy dudosa.

Los nuevos recargos que constan en las sucesivas certificaciones son créditos no insinuados, diferentes de los insinuados tardíamente o, si se prefiere, no comunicados oportunamente.

Por ello, como créditos no insinuados no ya dentro del límite para la presentación del informe provisional sino del definitivo serían excluidos definitivamente del concurso, aun cuando fueran consecuencia de la actividad inspectora (A.P. Coruña 26-6-06).

La permanente expedición de certificaciones acreditativas de la modificación del crédito, impediría la fijación definitiva de la masa pasiva, y la imposibilidad de finalizar la fase común del concurso, y provocaría una inseguridad contraria a los fines perseguidos por el concurso.

Se deberá considerar, por tanto, que firme la lista de acreedores, no impugnada, impediría plantear cuestiones de modificación del contenido del informe y, emitido también el informe definitivo, la lista de acreedores devendrá firme e intocable a modo de cierre formal a la incorporación de nuevos créditos (S. A.P. Alicante de 18-10-07).

Como conclusión, si bien los créditos se pueden entender desaparecidos para el concurso, no se produciría su desaparición (insistimos, con las reservas relativas a que se deberían limitar a la fecha de la declaración del concurso) sino que quedando fuera del proceso concursal deberá, en su caso, estarse a lo que resulte de la liquidación o del cumplimiento del convenio, para posteriormente reclamar contra el deudor.

Íntimamente relacionado con lo expuesto nos encontramos con las certificaciones administrativas[15], pues en las mismas se incorpora el recargo como deuda concursal, tanto el vinculado a una deuda anterior a la declaración del concurso como posterior.

El citado precepto obliga al reconocimiento obligatorio de los créditos públicos entre los que se encuentran los recargos contenidos en una certificación administrativa compeliendo a los administradores a la impugnación de la certificación por los cauces admitidos al efecto por su legislación específica. Esto es, los recargos incorporados en certificación administrativa[16] han de ser reconocidos, sin perjuicio de que la administración con-

[15] Art. 86 de la LC.

[16] De no presentarse la certificación administrativa comprensiva de los réditos públicos. Ello fuerza a acudir a las genéricas normas sobre la carga de la prueba contenidas en el art. 217 de la LEC… a ella (AEAT) le corresponde probar que esta deuda existe. JM Santander, S.18-2-2010.

cursal pueda efectuar la impugnación correspondiente y tras su resolución introducir las modificaciones oportunas en el concurso[17].

Por tanto, no es posible en el seno del concurso discutir sobre el nacimiento de dichos créditos[18] [19] [20] sin perjuicio de que resulte admisible la discusión sobre la extinción de dicha obligación por alguna de las formas admitidas en derecho. Por ello, la vía incidental no es la adecuada para examinar si los créditos son o no exigibles al concursado, salvo que lo alegado sea el pago u otro modo de cumplimiento o extinción de la obligación previstos en los artículos 1.156 y siguientes del Código Civil[21].

[17] AP Pontevedra, S. 13-3-2008.

[18] Tampoco imponer el tenor de la certificación (se demandaba vía incidente que se expidiera certificado de estar al corriente), JM Valencia nº 1, Auto 23 de abril de 2009. Estima la declinatoria promovida por el abogado del Estado.

[19] En sentido contrario AP Barcelona, Ss. 10-11-2008 y 23-5-2008, que señala: "Esta actualización del crédito de la Seguridad Social afecta a los recargos, en concreto, son los devengados con posterioridad a la declaración de concurso, según se ha manifestado por la Administración concursal, a la vista de la anterior certificación y no ha sido desmentido por la TGSS. Si bien es cierto que el art. 86.2 LC prescribe que se "incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por (…) certificación administrativa...", lo que impide a la Administración Concursal juzgar sobre la existencia del crédito y su cuantía, ello no obsta a que la discrecionalidad del Juzgado Mercantil alcance necesariamente a la discriminación de los créditos que por aplicación de la Ley Concursal no resultan exigibles, como son los intereses posteriores a la declaración de concurso, con las excepciones previstas en el art. 59 LC . Aunque ese precepto no se refiere expresamente a los recargos, en la medida en que venimos calificando este crédito de subordinado y el mismo nace del incumplimiento de una obligación del deudor, resulta improcedente su devengo con posterioridad a la declaración de concurso, pues por Ley el deudor tiene vedado cumplir con aquella obligación, para no vulnerar la par *condicio creditorum*. Si el deudor no puede atender a esa obligación, resulta improcedente que se devenguen los recargos administrativos, y cuando menos los mismos no pueden ser reconocidos por el Juez Mercantil, siendo irrelevante a estos efectos que aparezcan reconocidos en una certificación administrativa.

[20] AP Pontevedra, S. 13-3-2008: "Por otra parte, la presunción de validez a la que alude el recurrente es, en el fondo, una presunción orientada a la ejecutividad del acto administrativo, es decir, la Administración goza de la facultad de la autotutela, lo que le permite declarar unilateralmente un derecho frente al particular y hacerlo efectivo sin el consentimiento del afectado. Pero esa facultad, característica del procedimiento administrativo, no rige cuando el conflicto se judicializa, en cuyo caso la Administración adquiere la condición de parte, dotada de más o menos privilegios, pero sometida a las normas reguladoras de la cuestión de que se trate, interpretadas y aplicadas por el juez; la Administración acude al proceso con la certificación administrativa, a la que la ley reconoce suficiencia para acreditar el crédito, pero los problemas que se susciten en relación, no con su existencia a favor de la Administración, sino con los aspectos del crédito que determinan su calificación, se resolverán por el Juez del concurso, de conformidad con las normas administrativas y civiles aplicables al caso. En suma, el juez del concurso tiene plena competencia para conocer las cuestiones que se susciten en relación con la calificación del crédito derivado de una deuda tributaria".

[21] JM Santander, S. 19-4-2010.

Los intereses de las cuotas posteriores deberán igualmente ser abonados ya que a estos créditos no les resultan de aplicación las previsiones del art. 59 de la LC (SS. De las AAPP de Pontevedra, 24 de enero de 2008; de Barcelona, 19 de junio de 2009 y 8 de julio de 2009[22])

## IV.- LOS RECARGOS SOBRE LAS PRESTACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD LABORAL COMO DEUDAS CONTRA LA MASA.

La sensibilidad que el legislador ha tenido en relación con estos créditos, que sin perjuicio de su naturaleza híbrida sancionadora/indemnizatoria redundan en beneficio del trabajador o sus causahabientes, en modo alguno se ha visto sancionada por las resoluciones judiciales. Su ubicación en el apartado 5º del art. 84.2 los vincula necesariamente a que su devengo sea posterior a la declaración del concurso. Ahora bien, no era necesaria tanta alforja para este viaje; la interpretación que se viene efectuando torna en una obviedad la previsión legal, toda vez que si la contingencia profesional trae causa de un incumplimiento de normas de seguridad y salud en un accidente o enfermedad profesional acaecidos con posterioridad a la declaración del concurso, el crédito será siempre postconcursal.

La interpretación, que de forma literal, vienen realizando los órganos judiciales auspiciados por las calificaciones contenidas en los informes de las administraciones concursales sitúan el devengo del crédito por recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, en la fecha del accidente o declaración de la

[22]"... entendemos, en contra del criterio del Sr. Magistrado, que el art. 59 LC, aunque no lo diga expresamente, se está refiriendo necesariamente a los intereses devengados por créditos concursales, pero no a los que generan los **créditos contra la masa**, por lo general nacidos o generados con posterioridad a la declaración de concurso. En primer lugar, así lo determina la ubicación sistemática del precepto, incluido en el capítulo dedicado a los efectos del concurso sobre los acreedores, con referencia sin duda a los concursales, que quedan integrados en la masa pasiva, a diferencia de los **créditos contra la masa**, a que se refiere el art. 84. Lo confirma luego la propia norma, al decir que estos créditos derivados de intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el art. 92.3º LC, y esta clasificación es incompatible con los **créditos contra la masa**, que escapan de la clasificación y efectos establecidos para los créditos concursales y deben ser pagados, "cualquiera que sea su naturaleza", a sus respectivos vencimientos, "cualquiera que sea el estado del concurso"(art. 154.2 LC, sin perjuicio de lo que dispone el apartado 3). Por ello, los intereses que devengue un crédito que tenga la consideración de crédito contra la masa (como en este caso, pues no se discute que la deuda principal que genera los intereses constituye un crédito contra la masa, generado después del concurso por la continuación de la actividad del deudor) tienen la consideración de crédito contra la masa y no sufren las restricciones que establece, entre otros, el art. 59 LC".

enfermedad profesional[23] y, de esta manera, solo si su acaecimiento tiene lugar con posterioridad al auto de declaración del concurso serán considerados créditos contra la masa.

Considero que la previsión legal no tiene ese objeto, pues como se han indicado la previsión no era necesaria por obvia, porque podría, igualmente, quedar incluida en el n.º 10 (los que resulten de las obligaciones nacidas de la ley y por ende del art. 123 de la LGSS) y, de esta forma, si la finalidad última del recargo es la de incrementar las prestaciones de los trabajadores o sus causahabientes, el criterio de devengo debería estar vinculado a la fecha de la resolución que lo impone, pues hasta ese momento no existe; interpretación que no es contradictoria con la previsión del art. 91.1.1º, que califica como créditos con privilegio general los recargos sobre prestaciones devengados con anterioridad a la declaración del concurso.

No se puede compartir la tesis de las resoluciones judiciales y baste para ello acudir a la literalidad de ambos preceptos, el 84.5 y el 91.1 de la LC, ya que ambos se refieren al momento del devengo del recargo no el de devengo la prestación que incrementa, ni al del accidente o declaración de la enfermedad profesional y, porque sin resolución administrativa que lo declare, no existe. Siendo esta, por tanto, constitutiva; de tal forma que el crédito debería ser declarado concursal o contra la masa atendiendo a la fecha de la resolución que lo impone, y no al del accidente o enfermedad profesional del que deriva, si lo que realmente se quiere es que el trabajador o sus causahabientes lo perciban.

El voluntarismo del legislador solo podrá tener una plasmación material mínima si el criterio judicial varía y vincula la fecha del devengo a la fecha de su imposición, pues esperar que se califiquen como créditos con privilegio especial se antoja misión imposible.

## V.- RECLAMACIONES DE DEUDA, ACTAS DE LIQUIDACIÓN Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Resulta habitual que, con posterioridad a la declaración del concurso y fruto de la gestión recaudatoria, se expidan reclamaciones de deuda y actas de liquidación una vez concurran los requisitos legales y reglamentarios que justifican su expedición[24].

Lo cierto es, que independientemente de la fecha en la que nazca el acto de gestión recaudatoria, lo determinante para su incorporación como

[23] AP Alicante, S.26-9-2007.

[24] Art 30 y 32.1 de la LGSS y 62 del RGRSS y 31 y 32.2 de la LGSS y 65 del RGRSS.

deuda del concurso en sus categorías "de la masa" o "contra la masa", será el momento en que surja la obligación de cotizar y la fecha correspondiente será la vinculada al concreto periodo de liquidación[25] y, por tanto, la que deba ser tenida en cuenta para determinar si nos hallamos ante un crédito concursal o contra la masa[26].

No es esta una cuestión baladí, pues como incidiremos al final de este apartado, si su comunicación se efectúa de forma tardía, la Seguridad Social tendría que tratar de eludir la calificación de subordinado que se atribuye al acreedor moroso, que en el caso de la TGSS no insinuó como contingentes los créditos que ahora liquida y tardíamente comunica, por tratarse de créditos indefinidos en su propia existencia en tanto condicionados a la actividad inspectora[27] y no ser créditos recurridos administrativa o judicialmente.

Durante la tramitación del procedimiento concursal pueden culminar procedimientos sancionadores que se incorporan, en lo relativo al importe de la sanción, a las certificaciones que actualizando su crédito expide la TGSS, pero que responden a infracciones cometidas con anterioridad a la declaración del concurso y que el servicio común ha pretendido infructuosamente incorporar con la clasificación de deudas contra la masa.

Por regla general, se trata de actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A este propósito, cabe señalar que son ya reiterados los pronunciamientos contrarios a que las sanciones impuestas al concursado en una fecha posterior a la declaración de concurso si se corresponden con una infracción también cometida con anterioridad a dicho momento. Si la sanción se impone tras la declaración de concurso pero la infracción que se castiga aparece cometida antes de esa fecha no podrá ser reconocida como crédito contra la masa, pues en modo alguno puede reputarse el crédito por la sanción como una obligación autónoma o desconectada de la conducta antijurídica a la que aquella se anuda, por lo que en tal caso ni estaríamos en presencia de un crédito generado por el ejercicio de la actividad profesional del deudor después del concurso (art. 84-2-5º LC), dado que se estaría castigando un comportamiento previo a dicho momento, ni tampoco de un crédito nacido *ex lege* tras la declaración de concurso (art. 84-2-10º LC) por las razones antedichas[28]. Es decir,

[25] Art. 12 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre RGC.

[26] AP Oviedo, S.23-7-2006 referida a créditos tributarios.

[27] Art. 87.2, párrafo 2º.

[28] AP Alicante, S. de 3-5-2007 con apoyo en la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 23 marzo 1998, "Existen finalmente otros argumentos que avalan el criterio aquí mantenido, y así no podría reputarse el crédito por la sanción como una obligación autónoma o

solo aquellos gastos u obligaciones que nazcan una vez que se ha producido el concurso y con ocasión, o como consecuencia del él o del ejercicio de la actividad empresarial del concurso, deben ser clasificados como créditos contra la masa, de manera que solo aquellas infracciones cometidas con posterioridad a la declaración del concurso podrán ser créditos contra la masa.

Se argumenta que asumir las pretensiones de las Administraciones Públicas, implicaría que la naturaleza de los créditos quedaría al arbitrio de un acreedor, ya que dependiendo del tiempo que tardara el procedimiento sancionador, una infracción cuyo conocimiento se obtuviera incluso antes de la declaración del concurso podría ser crédito concursal o crédito contra la masa, transformando un crédito concursal subordinado (sanción) en un crédito contra la masa. Esta insatisfactoria solución contravendría los principios inspiradores de la legislación concursal especialmente en materia de formación de la masa pasiva donde se establecen criterios restrictivos, y además se vulneraría el espíritu de la legislación concursal que entiende que la clasificación de los créditos corresponde en primera instancia a la administración concursal y en última al juez[29].

Cuestión común a los supuestos examinados sería la relativa a su calificación por comunicación tardía por la administración o por el juez del concurso, como subordinados (las sanciones en cualquier caso), en tanto que se consideren deudas concursales en contra del criterio mantenido por la Tesorería General de la Seguridad Social. Estamos refiriéndonos, partiendo de las previsiones del art. 86.1 de la LC, a supuestos en los que el crédito incorporado a la reclamación de deuda, acta de liquidación o sanción no conste de ningún modo en el concurso y se certifique expirado el plazo de un mes desde la última publicación del auto de declaración del concurso y con anterioridad a la finalización para la presentación del informe por la administración concursal. En estos casos, se podría justificar por lo que respecta a las reclamaciones y en salvaguarda de su calificación, que resultan de la actividad inspectora, o que podían derivarse de los libros y documentación del deudor en evitación de la aludida calificación.

Pero pudiera ocurrir que el crédito se comunique con posterioridad a los citados hitos temporales; esto es, con posterioridad a la entrega del in-

desconectada de la conducta antijurídica a la que aquélla se anuda, porque ello, desde una perspectiva civil, supone desconocer que el momento de nacimiento de la obligación se produce con ocasión del desconocimiento de un deber legal, cuya eficacia queda sometida a una condición, la decisión administrativa y porque, desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador, supone desintegrar la infracción de la sanción cuando en realidad jurídicamente no existen de manera autónoma" y AP Oviedo, S. de 4-5-2007.

[29] AP Oviedo, Ss. 4-5 y8-10- 2007 y 31-1-2008.

forme del administrador y sin impugnación del mismo, en cuyo caso la extemporánea comunicación implicaría la desaparición del crédito a los efectos del concurso, no pudiendo se reintegrado con cargo a la masa activa, sin perjuicio de serlo tras el cumplimiento del convenio o de la finalización de la liquidación[30], en tanto en cuanto el acreedor tardío goza, al no haber querido el legislador perjudicarlo, del privilegio que le otorga el art. 60 de la LC, consistente en quedar interrumpido el plazo de prescripción por créditos anteriores al concurso[31].

Lo anterior exige a los responsables administrativos una diligente ponderación de la situación de la concursada, que vaya más allá de la mecánica emisión de una certificación administrativa oficiando, tan pronto se tenga noticia del concurso, a la Inspección de Trabajo o al Servicio Público de Empleo en reclamación de antecedentes, que pudieran justificar la insinuación de otros créditos no mecanizados para su reconocimiento como contingentes pues, en otro caso, quedarían excluidos definitivamente del concurso y ello aunque sean consecuencia de la actividad inspectora[32].

## VI.- EL PAGO DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

El art. 154.2 de la LC relativo a los créditos contra la masa establece que los mismos, "cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. Los créditos del art. 84.2.1º se pagarán de forma inmediata. Las acciones relativas a la calificación o al pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso[33] por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos."

La aludida norma parece no permitir ningún tipo de ejecución singular separada, por lo que la TGSS no podrá acudir a su procedimiento de recaudación para la satisfacción separada de los referidos créditos.

La redacción del precepto parece sancionar la imposibilidad de una ejecución separada, de tal forma que todas las vicisitudes posibles de dicho tipo de créditos contra la masa como por ejemplo su existencia, cuantía, calificación y pago, deben ventilarse mediante la acción correspondiente ante el juez del concurso, mediante el trámite del incidente concursal.

[30] Art. 134 de la LC.

[31] AP Alicante, S. 18-10-2007.

[32] AP La Coruña, S. 24-10-2006.

[33] JM Santander, Ss. 30-4-2007, 19-1-2010.

Ahora bien, el art. 154 regula como regla general el pago de los créditos postconcursales a sus respectivos vencimientos. Estos créditos no se someten al concurso disfrutando de un tratamiento autónomo por lo que se refiere al modo y tiempo de pago. Este pago implica una satisfacción ordinaria, al margen del concurso, que permite que los mismos puedan y deban satisfacerse incluso antes de que se abra la fase de liquidación del activo o de aprobación del convenio.

En efecto, para el pago de los créditos contra la masa no deberá esperarse a la apertura de la fase de liquidación ni la declaración de esa apertura supone su vencimiento anticipado, sino que se producen a lo largo del procedimiento concursal en todas sus fases.

La situación concursal, toda situación concursal, exige que la administración concursal obre con suma cautela en la gestión del concurso, evitando la generación o incremento injustificados de créditos contra la masa. Si el concurso no puede atender sus propios gastos, hay que finalizarlo cuanto antes, solicitando incluso la finalización por falta de masa, algo, por otra parte normal para evitar incurrir en responsabilidades.

Hemos señalado que, atendiendo a su carácter prededucible, su pago no debe quedar afectado por el concurso, pues han de ser satisfechos "de forma inmediata" a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea el estado del concurso" aunque hay limitaciones importantes de este principio general pues "no podrán iniciarse ejecuciones para hacerlos efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos", por tanto, su abono no resulta tan rápido como pudiera pensarse y, por otra parte, el n.° 3 del art. 154 LC prevé que las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán sobre los bienes y derechos no afectos al pago de los créditos con privilegio especial y si el importe de esos bienes y derechos resulta insuficiente, "lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos".

Por lo que respecta al orden de pago, los términos del art. 154.2 de la LC resultan claros[34] al fijar como criterio de pago el del vencimiento si bien es cierto que existen resoluciones judiciales que modulan el criterio del vencimiento, tomando como premisa que el principio de vencimiento no es absoluto y debe conjugarse con otros principios que rigen el procedimiento, como el de la conservación de la masa activa y el de la continuación de la actividad empresarial.[35]

[34] AP Vizcaya, S. 6-11-2009, AP Sevilla S. 13-5-2009.

[35] JM Castellón, nº 1, S. 2-11-2009.

Se traen a colación, en atención a lo anterior, los argumentos muy razonables del Auto del JM de Bilbao nº 2 de 1 de febrero de 2010: "… Extremo sobre el que ya han recaído pronunciamientos en sede de aprobación de plan de liquidación que recogen las tesis defendidas en la sentencia de fecha 26 de junio de 2009". En la misma, apoyándose en otras resoluciones dictadas, también por este mismo Juzgado el 11 de febrero de 2008, o por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona nº 2 de 20 de diciembre de 2006 (RA 2007/336); se señala que "a la vista de tal debate y de los principios que giran en torno al mismo, la tradicional pugna entre los principios de legalidad y de oportunidad, (sometimiento puro al dictado del legislador o introducción de matices que flexibilicen la aplicación legal para obtener un mayor beneficio en la marcha del concurso, con el riesgo que apartarse de la norma legal puede conllevar), se considera que, a falta de una unificación de la doctrina jurisprudencial por parte de las Audiencias Provinciales y, en su caso, del Tribunal Supremo, la cuestión debe plantearse sin un rigor absoluto. Es decir, debe partirse de la regla general del vencimiento puesto que así lo señala la ley, conformando un criterio claro y que otorga seguridad a los eventuales acreedores que esperan ver satisfechos, o parcialmente satisfechos, los créditos que ostentan. Si bien, tal aplicación no puede ser inflexible en todo momento, pudiendo admitirse determinadas excepciones al respecto.

Excepciones que, dado que suponen una variación del criterio literal del legislador con perjuicio del derecho de cobro de determinados acreedores, deben interpretarse de manera restrictiva, apreciando una alteración de tal orden, en cada caso concreto y en los supuestos de carencia de fondos de entidad cuando se demuestre que la misma conlleva un beneficio claro y apreciable para el interés del concurso y del conjunto de acreedores, esto es, para la conservación de la masa activa o la viabilidad de la actividad económica. De esta manera, la Administración Concursal que altera el orden de vencimiento a la hora de abonar los créditos contra la masa tendría que acreditar:

1.- Que no existen fondos para pagar un determinado crédito contra la masa.

2.- Que el pago de un crédito de vencimiento posterior ha generado un beneficio concreto para el concurso, o, en la mayoría de los casos, ha evitado un empeoramiento concreto de la situación (consiguiendo que un proveedor siga suministrando material indispensable para mantener la producción, que el propietario del local donde la empresa desarrolla su actividad no interponga una demanda de desahucio, etc.).

3.- Prueba que debería extenderse a todos los créditos contra la masa abonados de vencimiento posterior al impagado."

La obligación del abono de estos créditos corresponde a la administra-

ción concursal, quien en primera instancia verificará el pago conforme a su criterio, siendo el control judicial únicamente por vía de impugnación judicial, lo que obligaría, en nuestro caso, a la TGSS a impugnar los concretos actos de pago realizados por la administración de no ajustarse a las previsiones del art. 154 de la LC.

Será habitual, con más frecuencia de la deseada, que el activo sea insuficiente para satisfacer a todos los acreedores de la masa, para lo cual el legislador ha previsto, con una desafortunada redacción, en el nº 3 *in fine* del art.154 de la LC, la forma en la que se debe proceder a su pago.

La redacción permite interpretaciones contradictorias que oscilan entre el pago atendiendo en exclusiva al vencimiento del los créditos, en cuyo caso estos serían abonados hasta que se agotara el activo, cobrando unos acreedores y otros no; y la distribución a prorrata sobre la base de la premisa de la distribución entre todos, que acoge la redacción; en cuyo caso, lo que no se observaría sería el orden de vencimiento.

Hay quienes mantienen que el precepto determina una suerte de par conditio creditorum[36] otros, que los créditos contra la masa cuando sean varios y se encuentren pendientes de pago deberán satisfacerse por el orden de su vencimiento[37]

Existe, en cualquier caso, unanimidad en la doctrina[38] en cuanto a que para acudirse, en su caso al prorrateo, ello solo será posible en fase de liquidación.

Resta pronunciarnos sobre la posibilidad de iniciar una ejecución separada para la satisfacción de estos créditos.La Audiencia Provincial de Álava en su sentencia de 17-6-08 declara, en contra de lo que es el criterio administrativo de la TGSS[39]: "La aludida norma no permite ningún tipo de ejecución singular separada y, en lo relevante a los efectos que nos ocupan, regula que para el pago de los créditos contra la masa no se debe esperar a la apertura de la fase de liquidación ni la declaración de esa apertura supone su vencimiento anticipado, sino que se producen a lo largo del procedimiento concursal en todas sus fases, y si bien se debe pagar a su vencimiento, si es preciso ejecutar algún bien para su pago (salvo regulación especial para determinados créditos salariales) entonces habrá que esperar a que se aprueba el convenio, a que se abra la fase de

[36] Francisco Blanco Gascó. Comentarios a la Ley Concursal. Bosch, 2004

[37] Beltrán, E.: *La Liquidación. Revista del Poder Judicial,* nº XVII.

[38] Cuestiones contenciosas de interés en la actuación de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social en materia de procedimientos concursales 2010. Grupo de Trabajo.

[39] Instrucciones provisionales en materia de procedimientos concursales.

liquidación, o, finalmente, el transcurso de un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera aprobado el convenio ni se haya abierto la fase de liquidación. Ello no implica la posibilidad de una ejecución separada sino que, por el contrario, todas las vicisitudes posibles de dicho tipo de créditos contra la masa, como por ejemplo su existencia, cuantía, calificación y pago, deben ventilarse mediante la acción correspondiente ante el juez del concurso, mediante el trámite del incidente concursal, y del mismo modo deberán ser dilucidadas las discrepancias de la entidad recurrente con la Administración Concursal. Este artículo 154 establece, además, el modo de proceder a su pago, antes de los créditos concursales, con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial y, si resultan insuficientes, "lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos". El artículo 154.2 debe ponerse en relación con su contexto, y en ningún modo autoriza la posibilidad de una ejecución singular fuera del concurso de un crédito contra la masa y, si por el motivo que fuere, dicho crédito no se paga por la Administración Concursal, lo que no cabe es una ejecución separada.

No se trata de una cuestión pacífica, y no le falta razón a la TGSS cuando mantiene la posibilidad de iniciar su propio proceso administrativo para la realización de bienes del concursado que permitan cobrar sus créditos contra la masa siempre que lo haga en los momentos que establece el art. 154 de la LC, ya que el acreedor contra la masa no es un acreedor concursal.

Una solución que pudiera calificarse de híbrida, la propone y admite el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en su sentencia de 11 de enero de 2010: "… A la luz de tales pronunciamientos, reiterando las especialidades del proceso en que nos encontramos, debe concluirse que el pronunciamiento judicial contenido en sentencia incidental donde se condena a la Administración concursal a reconocer e incluir como crédito contra la masa unas cantidades derivadas de contrato arrendaticio -que devino firme-, … supone título habilitante bastante para que el titular crediticio pueda obtener el pago del mismo y, caso de negativa, proceder a su ejecución forzosa, una vez transcurrido un año desde la declaración concursal, como ocurre en el presente caso; y ello sin necesidad de que el pronunciamiento judicial contenga expresamente una condena a la concursada al abono de tales importes a la actora ejecutante, pues el mero pronunciamiento judicial declarando tal cualidad y la condena a la Administración concursal a su inclusión como tal crédito contra la masa, bastan para iniciar tal acción ejecutiva".

En otras palabras, no existiendo dudas respecto de que es el juez del concurso el único competente para conocer las acciones relativas a la ca-

lificación o pago de estos créditos, los letrados de la Administración de la Seguridad Social deberían promover los correspondientes procedimientos de ejecución esgrimiendo como títulos ejecutivos habilitantes las sentencias que hubieran reconocido los créditos contra la masa a su favor, o los propios informes de la administración concursal, junto con la resolución que pone fin a la fase común del procedimiento, debiendo esperar para su presentación a que se hubiera aprobado el convenio, abierta la fase de liquidación o transcurrido un año desde la declaración del concurso sin que hubiera sucedido nada de lo anterior.

# Fernando Manrique Rojo

LLM por la London School of Economics


## El COMITE DE EMPRESA EUROPEO O DE UN PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA A LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS Y GRUPOS DE EMPRESAS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA: DIRECTIVA 1994/45/CE DEL CONSEJO DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1994, DIRECTIVA 2009/38/CE DEL CONSEJO (TEXTO REFUNDIDO).

Las presentes notas se emiten a los efectos de determinar la realidad de la legislación a nivel nacional y comunitario relativa al Comité de Empresa Europeo, en la medida en que resultan afectadas ciertas empresas, en su condición de mercantiles domiciliadas en España, cuyos centros de actividad se encuentran en dos o más Estados miembros de la Unión Europea.

Mediante la figura del Comité de Empresa Europeo se busca dar respuesta a la demanda de los agentes sociales de que las empresas o grupos de dimensión Comunitario cuenten o puedan contar con un órgano al que se acuda para dar cumplimiento a los procedimientos de información y consultas desarrollados al amparo de la acción legislativa emanada de dicho ámbito europeo. En este sentido, cabe hablar de un órgano genuinamente europeo, que representa los intereses de los trabajadores a nivel transnacional, como muestra del creciente interés institucional por dar respuesta a la europeización de las empresas con sustento en el mercado único.

En efecto, la normativa de referencia busca complementar los canales de información y consulta existentes en las empresas a nivel nacional, un objetivo que responde a algunas de las preocupaciones que dieron lugar a la Carta Social Europea de 1989, y que se encuentra recogido en el Programa de Acción Social que se desarrolló sobre dicha base.

### 1. AMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN: LEGISLACION REGULADORA

El objeto de la legislación de referencia es lograr el establecimiento de un Comité de Empresa Europeo o un Procedimiento de Información y Consulta

"en cada empresa" o "grupo de empresas" de dimensión comunitaria, sobre la base de un acuerdo entre la dirección central y la comisión negociadora, al objeto de mejorar el derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en dichas empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

A dichos efectos, la legislación nacional de cada Estado miembro, donde en virtud de la trasposición legislativa operada, resulta de aplicación la legislación comunitaria, ha buscado adoptar los modelos previstos a nivel comunitario, respetando en cualquier caso, el principio de subsidiariedad existente entre países miembros de la UE, a cuyos efectos se han fijado unos criterios mínimos de cumplimiento que estructuren y regulen la realidad del Comité de Empresa Europeo a modo de suelo, tales como la homogeneización de los criterios relativos a competencias, participación y miembros, cadencia de las reuniones, o gastos.

Referido al ámbito objetivo, esencialmente, los umbrales necesarios que fija la Directiva para que una mercantil se encuentre afectada por la legislación de referencia, se sustancian en que la "empresa" o "grupo de empresas" de dimensión comunitaria cuente con al menos 1000 trabajadores, empleados en los Estados miembros donde tenga presencia la entidad, y al menos 150 trabajadores, en un mínimo de dos Estados miembros, respectivamente, quedando los mecanismos de elección de los representantes de los trabajadores, bajo la esfera de la legislación nacional, en aplicación del principio de subsidiariedad.

No obstante lo anterior, cabe advertir que por ejemplo en países como España o Reino Unido, el impulso para iniciar la negociación que en última instancia suponga la constitución del Comité de Empresa Europeo en ciertas empresas podrá resultar a iniciativa propia de la propia mercantil o tras la recepción de una solicitud escrita de un mínimo de cien trabajadores, o de sus representantes, pertenecientes por lo menos a dos sociedades o establecimientos situados en Estados miembros diferentes.

En España, las previsiones legales que regulan la realidad del Comité de Empresa Europeo, se encuentran contenidas en la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, en la cual aparece definido el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, al establecer en su art. 5:

*Artículo 5. Ámbito de aplicación de las disposiciones del Título I.*

*1. Las disposiciones contenidas en este Título serán de aplicación a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria que tengan su dirección central en España, así como a los centros de trabajo de las citadas empresas y a las empresas de los referidos grupos cualquiera que sea el Estado miembro en que se encuentren situados.*

Sin ánimo de abordar las pautas en base a las cuales se deberá regular la constitución del Comité de Empresa Europeo en España, resulta de interés indubitado abordar aquellos aspectos que tienen origen en la normativa co-

munitaria, por cuanto que en base a la misma, encuentran reflejo específico en la legislación nacional de los Estados miembros de la UE.

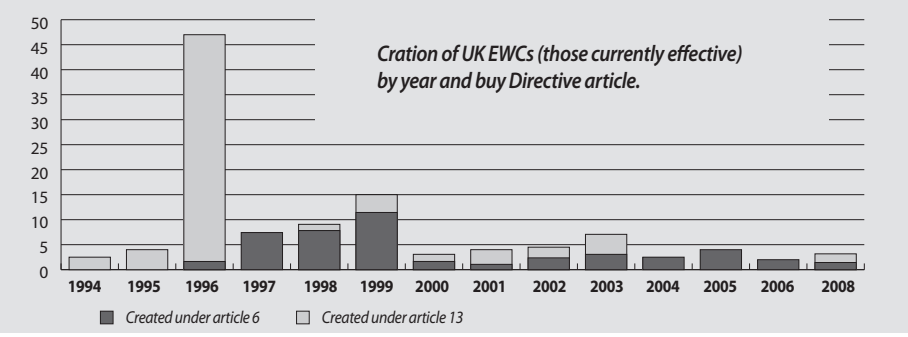
En vista de todo ello, y dado que tanto los antecedentes legislativos, como la realidad de las definiciones que resultan de aplicación al caso concreto, dimanan de la legislación Comunitaria, resulta necesario revisar de forma sucinta dicha legislación Comunitaria, a los efectos de encontrar el entronque de la normativa de aplicación, que conforme hemos adelantado resultará la española, en base a la realidad societaria de determinadas empresas

## 2. AMBITO EUROPEO (Directiva 1994/45/CE, Directiva 97/74/CE, y Directiva 2009/38/CE)

### Directiva 1994/45/CE

Conforme ya hemos advertido, la normativa que actualmente resulta de aplicación a la mercantil, tiene su origen en la Directiva 1994/45/CE del Consejo de 22 de Septiembre de 1994, que establece un Comité de Empresa o un procedimiento de información y consulta en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria según un acuerdo pactado mediante una comisión negociadora formada por los representantes de los trabajadores y la dirección general de la empresa.

En idéntico sentido la normativa de referencia resulta de aplicación por ejemplo en el Reino Unido, en virtud de la Directiva 97/74/CE, que amplía de forma específica el ámbito de aplicación de la Directiva 1994/45/CE al Reino Unido, y cuyo contenido resulta incorporado a la legislación nacional del Reino Unido a través del Reglamento sobre Información y Consulta Transnacional de los Empleados, de 1999 (TICE 1999). Dado que el origen de la cuestión que resulta objeto de análisis por el presente estudio, encuentra su origen en conocer la verdadera realidad sindical, resulta ilustrativo ver la realidad de la constitución de Comités de Empresa Europeos en base a las estadísticas del ministerio de referencia de los países que cuentan con esta información, al objeto de entender si se trata de veras de una cuestión que responde a una demanda social real:



Conforme advirtió la propia Comisión, la modernización de la legislación a través de esta nueva Directiva atiende a varios objetivos. Su cometido es garantizar el carácter efectivo de los derechos de información y de consulta transnacional de los trabajadores, promover el aumento del número de Comités de Empresa Europeos y el funcionamiento continuo de sus convenios constitutivos. Asimismo, con estas disposiciones se pretende reforzar la seguridad jurídica en lo que se refiere a la creación y el funcionamiento de los Comités de Empresa Europeos.

A dichos efectos, la propia Directiva 1994/45/CE ha dotado de contenido a las definiciones de las que se deriva el contenido obligacional de la norma, a los efectos de lograr la homogeneización de las mismas a nivel comunitario. En dicho sentido, el contenido del art. 6 y siguientes de la Ley 10/1997, de 24 de abril, encuentra el origen de su contenido en la propia Directiva, que establece que la Comisión Negociadora estará, compuesta por un mínimo de tres miembros y un máximo equivalente al total de Estados miembros, siendo su tarea la de fijar, junto con la dirección central, mediante un acuerdo escrito, el alcance, la composición, las atribuciones y la duración del mandato del Comité o los Comités de Empresa Europeos o las modalidades de aplicación de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores; podrá decidir, por mayoría como mínimo de dos tercios de los votos, no iniciar negociaciones o anular las negociaciones en curso; tal decisión pondrá fin al procedimiento para la celebración del acuerdo, y hará igualmente que no sean aplicables las disposiciones del anexo.

Los miembros de la comisión negociadora y del Comité de Empresa Europeo, así como los expertos que, en su caso, les asistan, no estarán autorizados a revelar a terceros la información que les haya sido expresamente comunicada con carácter confidencial.

*Artículo 6. Responsabilidad del procedimiento de negociación.*
*Artículo 7. Inicio del procedimiento.*
*Artículo 8. Constitución de la comisión negociadora.*
*Artículo 9. Composición de la comisión negociadora.*
*Artículo 10. Funciones de la comisión negociadora.*
*Artículo 11. Régimen de funcionamiento de la comisión negociadora.*
*Artículo 12. Contenido del acuerdo.*
*Artículo 13. Eficacia jurídica del acuerdo.*
*Artículo 14. Normas supletorias sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo.*
*Artículo 20. Capacidad de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo.*
*Artículo 21. Protección de los representantes de los trabajadores.*
*Artículo 22. Confidencialidad de la información.*

*Artículo 23. Representatividad de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo.*

En idéntico sentido, la Directiva 97/74/CE define las competencias del Comité de Empresa Europeo al objeto de lograr un criterio uniforme compartido por todos los países en los que resulte de aplicación la Directiva de referencia. En este sentido establece que las competencias del Comité se limitarán a la información y las consultas sobre las cuestiones que interesen al conjunto de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria, o al menos a dos establecimientos o empresas del grupo situados en Estados miembros distintos.

Tal y como se puede ver, la norma define y regula aspectos básicos del Comité de Empresa Europeo de forma detallada, tal y como que constará de un mínimo de tres y un máximo de treinta miembros y, si su dimensión lo justifica, elegirá en su seno un comité restringido compuesto de tres miembros como máximo; o que establece plazos para la adopción de normas sustantivas propias de conformidad con lo previsto por la legislación del Estado miembro en el que esté situada la dirección central, que reemplacen las de carácter subsidiario, que se aplicarán cuando la dirección central y la comisión negociadora así lo decidan, o cuando la dirección central rechace la apertura de negociaciones en un plazo de seis meses a partir de la solicitud inicial de convocatoria de la comisión negociadora, o cuando en un plazo de tres años a partir de dicha solicitud, no pueda llegar a celebrarse un acuerdo para la constitución de un Comité de Empresa Europeo; o de un Procedimiento de Información y Consulta, y si la comisión negociadora no ha decidido abrir negociaciones o anularlas: *cuatro años después de la constitución del comité de empresa europeo, éste deliberará sobre si deben entablarse negociaciones con vistas a la celebración del acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la información y la consulta a los trabajadores o si deben mantenerse vigentes los requisitos subsidiarios establecidos con arreglo al anexo;*

Todos estos elementos, junto con aquellos referidos a aspectos de organización interna tales como que el Comité de Empresa Europeo tendrá derecho a celebrar al menos una reunión anual con la dirección central para que se le informe y consulte, sobre la base de un informe elaborado por esta última, sobre la evolución y perspectivas de las actividades de la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria; o los de carácter sustantivo, referidos al ámbito de actuación de los procesos de información y consulta, tales como que cuando concurran circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, sobre todo en caso de traslados de empresas, cierres o despidos colectivos, el comité restringido o, si éste no existe, el Comité de Empresa Europeo, tendrá derecho a ser informado; y junto con la obligación recíproca para con los restantes trabajadores, que establece que los miembros del Comité de Empresa Europeo informarán a los representantes

de los trabajadores sobre el contenido y los resultados del procedimiento de información y consulta, configuran de forma amplia el contenido de las atribuciones que podrán ser desarrolladas y acotadas sobre la base de acuerdos en el seno de la comisión negociadora.

No obstante lo anterior, y en consonancia con el hecho de que los criterios básicos antedichos admiten el acuerdo alcanzado entre las partes como premisa modificativa de los mismos, resulta significativo encontrar una suerte de definiciones y competencias establecidas con un carácter laxo tal, que parece intencionado, tal y como abordaremos más adelante al hablar del art 6 y 13 de la Directiva, y del art. 12 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, así como del epígrafe IX del Reglamento TICE.

Así, y a modo de epílogo, cabe hacer referencia a las referidas definiciones, por cuanto que permiten resumir de forma estructurada ciertos aspectos básicos del Comité de Empresa Europeo:

**Empresa de dimensión comunitaria:** toda empresa que emplee a mil trabajadores o más en los Estados miembros y que, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, emplee a ciento cincuenta trabajadores o más en cada uno de ellos.

**Grupo de empresas:** un grupo que comprenda una empresa que ejerza el control, y las empresas controladas.

**Grupo de empresas de dimensión comunitaria:** todo grupo de empresas que cumpla las tres condiciones siguientes:

- que emplee a mil trabajadores o más en los Estados miembros;
- que comprenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados miembros diferentes; y
- que al menos una empresa del grupo emplee a ciento cincuenta trabajadores o más en un Estado miembro y que al menos otra de las empresas del grupo emplee a ciento cincuenta trabajadores o más en otro Estado miembro.

**Empresa que ejerce el control:** empresa que puede ejercer una influencia dominante en otra empresa, por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos.

**Consulta:** el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado.

Este último concepto quizás resulte el más polémico por cuanto que la definición de consulta resulta nuclear al procedimiento, y en particular, referido a aquellos aspectos cuya competencia abarca o no, las funciones atribuidas al Comité de Empresa Europeo, por cuanto que se podrá negociar, no solo el término y alcance de las "consultas" a realizar (niveles de información, tiempo máximo del proceso) sino que también las circunstancias en las que corresponde acudir al procedimiento (cuestiones transnacionales), o incluso, renego-

ciar el contenido de la competencia y funciones del propio Comité en supuestos de cambios de estructura de las empresas, derivados de operaciones mercantiles o fiscales (mediante la exclusión o la determinación de incompatibilidades para dichos supuestos). En este sentido, el precedente de GazDF-Suez, resulta sin lugar a dudas relevante, por cuanto que con origen en la operación de fusión de ambas, se inicio un proceso que culminó en la decisión del Tribunal Supremo Francés de 16 de enero de 2008, que paralizaba la operación mercantil acordada.

No obstante lo anteriormente fijado, cabe indicar que las Directivas de referencia quedarán derogadas a partir del 6 de junio de 2011, fecha en la que entrará en vigor la Directiva 2009/38/CE, que ha supuesto una revisión de los criterios definidores de los procedimientos de información y consulta en el seno de los Comités de Empresa Europeos.

**Directiva 2009/38/CE**

Conforme se ha advertido, con motivo del mandato de revisión de la Directiva 1994/45/CE del Consejo de 22 de Septiembre de 1994, se aprobó el texto refundido de la Directiva 2009/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, y cuya aplicación se refuerza de forma extensiva en la totalidad del Espacio Económico Europeo.

En este sentido la efectividad de la Directiva 94/45/CE será sustituida a partir del 6 de junio de 2011, fecha en la que entrará en vigor la presente Directiva, cuyo origen legislativo se encuentra según los expertos de la Comisión en el cierre de la Fábrica de Renault de Dijon de 1997 (y caso Hoover), y cuyo objeto atiende varios fines, siendo su cometido la modernización de la legislación a través de esta nueva norma, garantizando el carácter efectivo de los derechos de información y de consulta transnacional de los trabajadores, promover el aumento del número de Comités de Empresa Europeos y el funcionamiento continuo de sus convenios constitutivos.

En última instancia, con estas disposiciones se pretende reforzar la seguridad jurídica en lo que se refiere a la creación y el funcionamiento de los Comités de Empresa Europeos, y en particular tratar de acotar el sentido de la Directiva originaria, tanto en lo referente a las normas concretas que resulten de aplicación en cuanto a la constitución y formación del Comité de Empresa Europeo, así como al grado de flexibilidad permitido a la hora de fijar criterios definidores de funciones y competencias.

De igual manera se busca concretar los requisitos para la incoación del Procedimiento Constitutivo del Comité, siendo así que se ha abordado qué debe entenderse en las legislaciones nacionales por “Influencia dominante de una empresa”, a los efectos de la normativa de aplicación. Un concepto, que en el

ámbito español se encuentra ampliamente discutido, y que es objeto de tratamiento jurisprudencial en todos los órdenes jurisdiccionales, con las diferentes y consabidas diferencias de interpretación que ello viene provocando en nuestro ordenamiento nacional. En este sentido, la nueva Directiva define el concepto de empresa que «ejerce el control», es decir que ejerce una influencia dominante sobre otra empresa «controlada», como aquella en la que existe un vínculo de influencia definido en función de si bien se posee la mayoría del capital suscrito de otra empresa, bien se dispone de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por otra empresa o si se puede nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de otra empresa, estableciéndose que este último criterio resulta determinante, en el ejercicio antedicho. En aplicación de lo cual, se puede apreciar como todo atisbo de duda que en la actualidad se pueda presentar como argumento ante los sindicatos , o los representantes de los trabajadores a los efectos previstos en la legislación aplicable, en cuanto a la realidad de la aplicación de la normativa sobre Comité de Empresa Europeo a una empresa, quedará completamente vacío de contenido en base a los criterios que marca la nueva Directiva.

Así vemos como con en virtud del texto de la Directiva 2009/38/CE, resulta relevante incidir en la acotación fijada a través de las definiciones, junto como en los espacios abiertos a la flexibilidad negocial de las partes, que se encontraban presentes en la Directiva 1994/45/CE.

## 3. NUEVO CONTENIDO NORMATIVO Y ACCIÓN JURISPRUDENCIAL NACIONAL

Dentro de la acción normativa de la Directiva 2009/38/CE vemos como en el término Empresa de dimensión europea, pasa a ser irrelevante el aspecto del domicilio social de la mercantil, a los efectos de distinguir entre aquellas que se encuentren dentro del Espacio Económico Europeo, y aquellas que no, por cuanto que resultará afectada “toda empresa que emplee a 1000 o más trabajadores en los Estados miembros y a 150 o más trabajadores en dos Estados miembros.” Tanto es así, que la dirección central de la empresa o del grupo será responsable de la creación de un Comité o de un Procedimiento de Información y Consulta, incluso en aquellas circunstancias en las que la dirección no se encuentre establecida en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE), siendo así que la responsabilidad recaerá en el establecimiento o en la empresa que emplee al mayor número de empleados en uno de los Estados miembros.

En igual sentido, se ha precisado mediante la Directiva 2009/38/CE el contenido del término Información, por cuanto que el mismo ha venido siendo objeto de interpretación en los tribunales de los diferentes Estados miembros, lo que habría supuesto una pérdida del sentido único y homogéneo que se había

intentado infundir a la totalidad del texto articulado. Particularmente, a la luz de las acciones judiciales planteadas en diferentes Estados miembros por los respectivos Comités de Empresa Europeos, tales como la ya citada sentencia de GazDF-Suez que supuso la paralización de la fusión acordada en 2006 hasta el año 2008 (convocatoria de la Junta General de Accionistas de 4 de Junio de 2008), el muy reciente caso de GoodYear-Dunlop, que ha visto como su reestructuración ha sido paralizada en virtud de la sentencia de 01/02/2010, o la revisión del procedimiento de información y consulta en el seno de Alcatel-Lucent, de 27 de abril de 2007, siendo así que el término queda definido en la Directiva 2009/38/CE como la acción de transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que estos puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo, y respecto del cual, los representantes de los trabajadores podrán realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto y, en su caso, preparar consultas.

Por último, cabe abordar dentro del presente epígrafe, la realidad del término "Consulta", cuyo contenido ha sido igualmente acotado en la Directiva, en respuesta a las demandas de los agentes sociales, cuya reivindicación se centraba en el alcance de los procedimientos de consulta que fijaban las empresas al amparo de las excepciones de la Directiva 1994/45/CE, y de las legislaciones nacionales, que como la española, al amparo del art. 12.2 de la Ley 10/1997, admiten planteamientos más laxos que los de la nueva Directiva. Este alcance limitado ha sido objeto de controversias significativas ante los tribunales, en base a la acción sindical emprendida por los Comités de Empresa, que ha supuesto en ocasiones graves consecuencias para las mercantiles que no habían flexibilizado los términos de este procedimiento, como es el caso de British Airways, en la operación de reestructuración de sus operaciones de tierra, objeto de sentencia de los tribunales Belgas, de 10 de diciembre de 2006, el caso Schering, abordado por el Tribunal Laboral de Dusseldorf, en su sentencia de 21 de Junio de 2005, o el caso Honeywell de 03 de mayo de 2007. En base a todo ello, se consideró adecuado de una parte, incluir el derecho a comunicar a los representantes nacionales los resultados de las deliberaciones y procesos de consulta del Comité de Empresa Europeo, y de otra parte, incluir en el nuevo trámite legislativo de la Directiva 2009/38/CE la definición del término como la apertura de un diálogo e intercambio de opiniones que permita a los representantes emitir su dictamen sobre las medidas propuestas. Este dictamen podrá ser tenido en cuenta en el seno de la empresa.

## 4. ACCIONES SINDICALES RECIENTES

Resulta indubitado el carácter marcadamente protector de la nueva Directiva 2009/38/CE, especialmente dado en el contexto en el que surge, y por contraposición a las previsiones de flexibilidad apuntadas en el presente estudio,

presentes en la Directiva del 94, que ha dado origen a las legislaciones nacionales que resultan de aplicación en los distintos Estados miembros.

En este sentido, cabe apuntar como el Comité de Empresa Europeo se ha constituido en un medio que con carácter recurrente (creciente), esta siendo usado desde un plano sindical, a los efectos de forzar actuaciones por parte de la empresa, incluso respecto de elementos cuya incidencia resulta tangencial, o queda directamente fuera del ámbito de competencia funcional de este órgano. Un ejemplo claro de este planteamiento fue el proceso de negociación derivado del procedimiento de consulta de la fusión de GazDF-Suez, que supuso la aceptación de la revisión de la política de movilidad funcional de la mercantil resultante, y la inclusión de este elemento dentro de las competencias del Comité de Empresa Europeo de dicha entidad, siendo así que dicha cesión necesaria en su día, ha dado lugar a la aprobación del planteamiento de un pleito, vigente en la actualidad sobre esta materia.

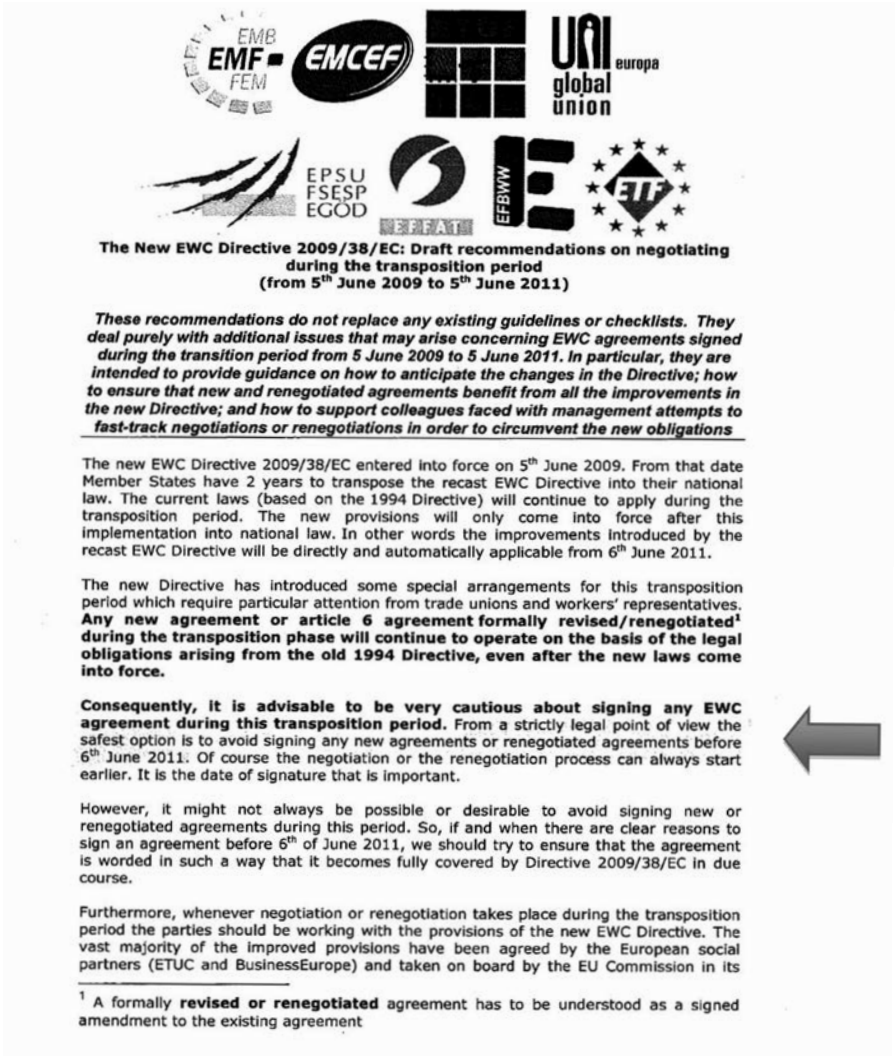
Cabe entender que dentro de la estrategia de litigiosidad advertida respecto de ciertas secciones sindicales presentes en las empresas, en relación con el Comité de Empresa Europeo, y el sentido de la legislación comentada, aun cuando la misma resulta a fecha de hoy pendiente de adopción en los Estados miembros, pero cuya vigencia, conforme se ha advertido resulta fijada para el 6 de junio de 2011, no resulta extraño haber encontrado que la confederación de Sindicatos Europeos haya girado a todos los sindicatos que la conforman una directriz firme, cual es que se evite suscribir ningún acuerdo que regule el funcionamiento y la efectividad de un Comité de Empresa Europeo en el seno de una empresa, en tanto no resulte de aplicación la Directiva 2009/38/CE, particularmente dado que sobre la base legal fijada en la misma, los poderes del Comité de Empresa Europeo o el alcance del procedimiento de información y consulta se refieren a: todos los establecimientos de la empresa o todos los establecimientos del grupo de dimensión europea establecidos en los Estados miembros.

No resulta baladí intentar entender los recientes movimientos ocurridos en el seno de ciertas empresas, bajo esta óptica, relativos a la reclamación sindical de constitución de un Comité de Empresa Europeo, cuya significación ha sido de una sustantividad creciente por ejemplo en el Reino Unido, respecto de las empresas españolas que han operado compras de empresas en dicho territorio, y que se ha venido repitiendo en el tiempo hasta la emisión del comunicado de referencia, fecha en la que esta reclamación sindical ha perdido parte del protagonismo adquirido en ese país.

Resulta en cualquier caso significativo este movimiento sindical, y su coincidencia con la efectiva aprobación de la Directiva 2009/38/CE, cuyas consecuencias son las ya advertidas desde un punto legal, y cuya entrada en vigor resultará muy favorable a las secciones sindicales presentes en algunas empresas.

En idéntico sentido se han manifestado internamente las secciones sindicales de algunas empresas, a los efectos de valorar la entrada en vigor de la Directiva en lo que se refiere al nuevo art. 13, que incorpora las circunstancias específicas de renegociación de acuerdos.

Es por ello, que no debemos infravalorar el llamamiento a que se ha hecho referencia en este informe, por parte de la Confederación Sindical Europea, a los efectos de ordenar y coordinar las acciones de las secciones sindicales de las empresas, cobijadas bajo dicho paraguas a nivel europeo, y que reproducimos a continuación:



**The New EWC Directive 2009/38/EC: Draft recommendations on negotiating during the transposition period (from 5th June 2009 to 5th June 2011)**

***These recommendations do not replace any existing guidelines or checklists. They deal purely with additional issues that may arise concerning EWC agreements signed during the transition period from 5 June 2009 to 5 June 2011. In particular, they are intended to provide guidance on how to anticipate the changes in the Directive; how to ensure that new and renegotiated agreements benefit from all the improvements in the new Directive; and how to support colleagues faced with management attempts to fast-track negotiations or renegotiations in order to circumvent the new obligations***

The new EWC Directive 2009/38/EC entered into force on 5th June 2009. From that date Member States have 2 years to transpose the recast EWC Directive into their national law. The current laws (based on the 1994 Directive) will continue to apply during the transposition period. The new provisions will only come into force after this implementation into national law. In other words the improvements introduced by the recast EWC Directive will be directly and automatically applicable from 6th June 2011.

The new Directive has introduced some special arrangements for this transposition period which require particular attention from trade unions and workers' representatives. **Any new agreement or article 6 agreement formally revised/renegotiated[1] during the transposition phase will continue to operate on the basis of the legal obligations arising from the old 1994 Directive, even after the new laws come into force.**

**Consequently, it is advisable to be very cautious about signing any EWC agreement during this transposition period.** From a strictly legal point of view the safest option is to avoid signing any new agreements or renegotiated agreements before 6th June 2011. Of course the negotiation or the renegotiation process can always start earlier. It is the date of signature that is important.

However, it might not always be possible or desirable to avoid signing new or renegotiated agreements during this period. So, if and when there are clear reasons to sign an agreement before 6th of June 2011, we should try to ensure that the agreement is worded in such a way that it becomes fully covered by Directive 2009/38/EC in due course.

Furthermore, whenever negotiation or renegotiation takes place during the transposition period the parties should be working with the provisions of the new EWC Directive. The vast majority of the improved provisions have been agreed by the European social partners (ETUC and BusinessEurope) and taken on board by the EU Commission in its

[1] A formally **revised or renegotiated** agreement has to be understood as a signed amendment to the existing agreement

## 5. EXCEPCIONES HISTORICAS Y REALIDAD NORMATIVA VIGENTE DE LA LEY 10/1997, EL REGLAMENTO TICE DE 1999, LA DIRECTIVA 1994/45/CE, Y LA DIRECTIVA 2009/38/CE.

Conforme se ha advertido en el presente estudio, la realidad mercantil de determinadas empresas supone que se debe estar a la legislación nacional de España y en particular, a la ley 10/1997, no obstante lo cual, resulta de interés analizar brevemente la realidad legislativa del conjunto de normas que conforman la ordenación del Comité de Empresa Europeo.

En este sentido encontramos como sobre la base de la Directiva 1994/45/CE, se establece la excepción contenida en los art. 6 y 13 de la misma, siendo así que este último, en particular, contempla la excepción a la aplicación de dicho texto normativo respecto de aquellas mercantiles que a fecha de entrada en vigor de la norma tuvieran articulado en el seno de las mismas procedimientos de información y consulta de los trabajadores en el ámbito europeo. Dicha excepción, contenida en la Directiva, encuentra su reflejo tanto en el Capítulo IX del Reglamento TICE de 1999 en el Reino Unido, así como en el art. 12.2 de la Ley 10/1997 de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, si bien con un carácter diferenciado al texto de la Directiva, al establecer que

*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la dirección central y la comisión negociadora podrán acordar, en vez de la constitución de un comité de empresa europeo, el establecimiento de uno o más procedimientos de información y consulta a los trabajadores sobre aquellas cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a sus intereses. En tal caso, el acuerdo deberá prever las modalidades con arreglo a las cuales los representantes de los trabajadores tendrán derecho a reunirse para deliberar acerca de la información que les sea comunicada.*

Esto es, en todo momento cabe la adopción de un Comité de Empresa Europeo, o en su lugar, de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores, a nivel Europeo, cuyo contenido podrá ser adoptado por la empresa, a los efectos de que sea aprobado por la comisión negociadora que fija la Ley.

En idéntico sentido cabe abordar el contenido de la Directiva 2009/38/CE, que frente a la regulación de competencias, extensión del alcance transnacional de las funciones y acotación de terminología que plantea respecto del Comité de Empresa Europeo, en la búsqueda del objetivo de mejorar el derecho de los trabajadores a la información y a la consulta transnacional en el seno de las empresas de dimensión europea, contempla una excepción análoga a la ya introducida en la Directiva 1994/45/CE, si bien con un alcance limitado a los acuerdos alcanzados con carácter previo a la fecha de entrada en vigor de la Directiva 2009/38/CE, y con una vigencia limitada hasta la nueva negociación de un acuerdo de funcionamiento de un Comité de Empresa Europeo.

Siendo así que, sin perjuicio de la realidad legal que resulte en virtud de la legislación española que en su momento se apruebe, cabría incluso pensar que en el momento de la expiración de dichos acuerdos, las partes podrían llegar a decidir conjuntamente su prórroga, y para el caso de no alcanzarse acuerdo en este sentido, se aplicarán las disposiciones de la Directiva 2009/38/CE, en virtud de la legislación que en su momento suponga la incorporación de la normativa contemplada en la misma, a la legislación Española de aplicación.

Vemos por tanto como se perfila una alternativa al régimen impuesto por la Directiva, bien a través del procedimiento de información y consulta adoptado por la empresa y aprobado por la Comisión Negociadora de referencia (La dirección central entablará las negociaciones para la creación de un Comité de Empresa Europeo o del procedimiento de información o consulta), bien a través de un periodo de adaptación, cuyo alcance será el que conforme el funcionamiento del propio Comité de Empresa, y que permita abordar la regulación de aspectos como los tiempos de la consulta, el procedimiento, la incompatibilidad o no de la aplicación de criterios de revisión de los acuerdos que regulen el funcionamiento del Comité de Empresa Europeo, como consecuencia de un cambio en la estructura del empleador (que de otra forma resultaría obligatorio como consecuencia de la aplicación imperativa del nuevo art. 13 de la Directiva 2009/38/CE), o la identificación de los derechos de Información y Consulta en base a los criterios flexibles de la Directiva 1994/45/CE, sin perjuicio de que en todo caso las cuestiones abordadas por el Comité de Empresa Europeo o por el procedimiento de información y de consulta deban ser cuestiones de carácter transnacional.

En cualquier caso al objeto de garantizar la seguridad jurídica y homogeneidad legislativa, la Directiva 2009/38/CE, mantiene que cuando no pueda obtenerse un acuerdo, se aplicarán las disposiciones que deben cumplir las partes, sobre la base de los requisitos subsidiarios que establezcan los Estados miembros, conforme constan expresados en la propia Directiva 2009/38/CE.

## 6. CONCLUSIONES

En base a lo anteriormente expuesto, corresponde a las empresas identificar las ventajas que obtendrían acudiendo a una de las dos vías alternativas propuestas, esto es:

(1) Bien la formación de un Comité aprovechando la flexibilidad de la Directiva 1994/45/CE y en su caso la previsión excepcional del art 12.2 de la Ley 10/1997, de 24 de Abril, para en su caso optar entre abordar la realidad del procedimiento de Información y Consultas Europeo, o del Comité de Empresa Europeo mediante un tratamiento normativo más favorable a los intereses de las empresas; o bien, en base a los análisis de oportunidad y de coste de esta acción, a cuyos efectos se adjunta el grafico de estimación de coste para una

empresa sobre la base de las estimaciones realizadas por el Departamento de Industria del Reino Unido:

**Graf.1: Estimación de costes de constitución de la Comisión Negociadora**

**IA Table 1: Average costs of setting up UK EWC (2009 prices)***

| Element | Average setting up costs |
|---|---|
| management time | £18,721 |
| employee time | £7,960 |
| cost of venue | £8,489 |
| Travel | £8,097 |
| translation costs | £3,918 |
| interpretation costs | £14,497 |
| Language and other | £10,448 |
| admin support | £1,567 |
| dissemination costs | £1,306 |
| costs of experts - for employees | £3,833 |
| costs of experts - for management | £5,307 |
| documentation for meetings | £522 |
| admin of ballot | £17,892 |
| **Total** | **£102,556** |
| **Commission IA average – 2008** | £98,584 |

**Graf. 2: Costes de cada reunión anual del Comité de Empresa Europeo**

**IA Table 2: Average costs of a UK EWC annual meeting (2009 prices)**

| Element | Running Costs (£) |
|---|---|
| management time | £6,471 |
| employee time | £9,434 |
| cost of venue | £19,564 |
| travel | £16,744 |
| translation costs | £6,608 |
| interpretation costs | £13,922 |
| admin support | £2,037 |
| dissemination costs | £3,513 |
| costs of experts - for employees | £2,771 |
| costs of experts - for management | £7,739 |
| documentation for IT | £1,267 |
| **TOTAL** | **£90,071** |

**Graf. 3: Costes para la empresa de funcionamiento operativo anual del Comité de Empresa Europeo**

**IA Table 3: Total average annual running costs of a UK EWC (2009 prices)**

| Type of meeting | Average unit cost | Average annual frequency | UK average annual cost | Commission IA average |
|---|---|---|---|---|
| Annual meeting | **£90,071** | 1.1 | £101,780 | £79,574 |
| Extraordinary meeting | | | | £79,574 |
| Select Committee | **£7,371** | 1.6 | £11,793.72 | £20,208 |
| Training | **£37,687** | | £37,687 | £34,440 |
| **Total** | | | **£151,261** | **£213,796** |

(2) Esperar a verificar que efectivamente se produce y reactiva esta demanda sindical en el seno de ciertas empresas, debiendo acudir en dicho caso a la vía negocial fijada de forma integral por la legislación nacional en el sentido que se dispone de forma taxativa a nivel comunitario, tal y como se ha tratado de abordar de forma ordenada en el presente estudio.

# José Antonio Martínez Lucas

Letrado de la Administración
de la Seguridad Social. Doctor en Derecho


## LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EMPLEO


**RESUMEN:**
El presente trabajo tiene por objeto analizar los orígenes y evolución de las diferentes normas que proporcionan cobertura legal al sistema de infracciones y sanciones en el ámbito de la Seguridad Social y empleo. Para ello, se parte de la legislación del año 1900 y se termina con el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Esta evolución se caracteriza por su enorme vis expansiva y por su dispersión normativa remediada con este último texto legal, si bien sometido a constantes y múltiples modificaciones, adiciones y supresiones por el legislador estatal.


**SUMARIO:**


**I.** Introducción
**II.** Orígenes a principios del siglo XX
**III.** Ley de accidentes de trabajo de 10 de nero de 1922 y su desarrollo reglamentario
**IV.** Los seguros sociales
- 4.1. Retiro Obrero.
- 4.2. El Seguro Obligatorio de Maternidad.
- 4.3. El Decreto de 9 de mayo de 1931.
- 4.4. Subsidio de Vejez.
- 4.5. Seguro Obligatorio de Enfermedad
- 4.6. Seguros Sociales Unificados.
- 4.7. Seguro de Desempleo

**V.** Legislación de accidentes de trabajo: el decreto de 22 de junio de 1956
**VI.** Normas procedimentales
**VII.** El sistema de la Seguridad Social
**VIII.** El estatuto de los trabajadores de 1980
**IX.** La Ley 8/1988, de 7 abril, de infracciones y sanciones en el orden social
**X.** La situación actual
10.1. El procedimiento sancionador. 10.2. Las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo

## I. INTRODUCCIÓN

El examen del origen y evolución normativa de las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo exige realizar dos consideraciones previas[1]:

En primer lugar, su vis expansiva. La transformación paulatina del Estado liberal al Estado social [y Democrático de Derecho] se saldará con un incremento de la intervención administrativa en ámbitos dispersos. La protección administrativa se extenderá, en un principio, al campo de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y, después, a los distintos seguros sociales que vayan apareciendo. Para ello, se dotará a la Administración de un poder para castigar las conductas contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias encargadas de regular estas materias.

En segundo lugar, su dispersión normativa. En efecto, no existe una regulación general de las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo, sino disposiciones específicas diseminadas en función de las distintas contingencias tuteladas. Ahora bien, este sistema sancionador no producirá una situación caótica, pues su unificación se producirá en el campo procedimental, es decir, existirá un único procedimiento para imponer las sanciones, del que conocerá la misma autoridad.

En todo caso, el establecimiento de un sistema de infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo o, utilizando la terminología precedente, en materia de previsión social, constituye una

[1] En particular pueden consultarse: DIÉGUEZ CUERVO, G.: "Ejecución sancionadora de las Leyes sociales" (1900-1932), *RPS* nº 83, 1969, p. 53 y ss; y PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: *Las infracciones laborales y la Inspección de Trabajo*, Madrid, 1977, p. 54 y ss.
Sobre la evolución histórica en general véase: DEL PESO Y CALVO: *La protección legal del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional 1900-1967*, Madrid, 1971; y MUT REMOLA: "Evolución de la Seguridad Social en España", *RISS* nº 5, 1972, p. 1057 y ss.

constante en nuestro Derecho, si bien, a diferencia de otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico[2], el poder punitivo no se otorgó siempre y en todo momento a la Administración sino que ha sido compartido por el poder judicial.

## II. ORÍGENES A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

El origen del sistema de infracciones y sanciones de la materia que tratamos se fija a comienzos del siglo XX, con la promulgación de la primera legislación de accidentes de trabajo y su desarrollo posterior que otorgará la potestad sancionadora a la autoridad gubernativa. Su razón de ser responderá a la exigencia de un mayor control por el Estado de los mecanismos de prevención de los accidentes de trabajo.

La primera Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 se ocupó más de dar entrada a la nueva teoría del riesgo profesional[3] basada en el esquema de la responsabilidad civil[4] que de establecer un marco adecuado para la represión administrativa de las conductas contrarias a sus mandatos. En efecto, la competencia para conocer de los conflictos surgidos de la aplicación de la Ley de accidentes se atribuye a los Juzgados de primera instancia (artículo 14), salvo en los supuestos de hecho que fueran constitutivos de delito o falta (artículo 17). En otras palabras, en esta norma no encontramos un solo precepto dedicado a la responsabilidad administrativa.

Esta laguna legal se solventará con su Reglamento de 28 de julio de 1900, en el que de un modo impreciso se contiene esta mención, si bien se deja a un ulterior desarrollo reglamentario la fijación de las conductas que pueden sancionarse gubernativamente. Así, su artículo 67 declaró que "las responsabilidades dimanadas de hechos relacionados con las aplicaciones de esta ley podrán ser penales, civiles y administrativas" y su artículo 69 añade que "cuando pueda tener eficacia la aplicación de los medios preven-

[2] Un estudio histórico del Derecho Administrativo Sancionador se encuentra en: CARRETERO PÉREZ, A., y CARRETERO SÁNCHEZ, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1992, p. 39 y ss; NIETO, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1994, p. 49 y ss, referido a nuestro sistema sancionador en los siglos XVIII y XIX; PARADA VÁZQUEZ, J.R.: "El Poder sancionador de la Administración y la Crisis del Sistema Judicial Penal", *RAP* nº 67, 1972; y RUBERT NEBOT, L.: "Sanciones administrativas y libertades públicas", *RGD* núms., 538-539, 1989, p. 4500 y ss.

[3] Cfr. GARCÍA ORMAECHEA: *Jurisprudencia sobre accidentes de trabajo*, Madrid, 1935, p. 9; y POSADA, A.: *Los seguros sociales obligatorios en España*, Madrid, 3ª edición, p. 104.

[4] El fundamento de la reparación de accidentes se fija no solo en la responsabilidad objetiva del empresario, en razón al riesgo profesional (art. 2) sino también en la responsabilidad extracontractual o aquiliana del artículo 1902 del Código Civil, en razón del aumento de indemnización del artículo 5.5ª, debiendo el trabajador demostrar en este último caso la culpa del empresario, existencia del daño y nexo causal entre culpa y daño.

tivos de los accidentes, el Gobierno impondrá las responsabilidades administrativas que conceptúe más eficaces"[5].

Las mencionadas responsabilidades administrativas se ceñían únicamente a la prevención de los accidentes de trabajo. De hecho, se precisaron para la "prevención de los accidentes en obras urbanas" mediante las Reales Órdenes de 6 de noviembre de 1902 y 14 de enero de 1903[6].

El Real Decreto de 1 de marzo de 1906 que aprueba el Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo lo declara constituido por una Inspección Central y por inspectores y delegados residentes en provincias, siendo su principal función la labor inspectora. Las actas de infracción deberán ser puestas en conocimiento de los alcaldes o gobernadores, a través de las Juntas de Reformas Sociales, para su posterior sanción. La competencia de la actividad de vigilancia que se atribuyó a los inspectores de Trabajo se extendió al control del cumplimiento, entre otras, de las normas de prevención de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y disposiciones complementarias. El procedimiento sancionador será el siguiente: primero, el inspector denunciará la infracción, levantando acta y propondrá razonadamente la penalidad que proceda[7]; y segundo, la autoridad municipal correspondiente impondrá las multas cuando se trate de previsión de accidentes[8].

## 3. LEY DE ACCIDENTES DE TRABAJO DE 10 DE ENERO DE 1922 Y SU DESARROLLO REGLAMENTARIO

La nueva Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922 y su Reglamento Provisional aprobado por Real Decreto de 29 de diciembre de 1922 continúan en gran medida con la Ley de 1900, si bien perfeccionan el sistema normativo[9], e introducen las siguientes modificaciones significativas:

1) Se contiene una cláusula general y no tipos concretos de conductas sancionables. Así, el artículo 19 de la Ley señala que "las infracciones de

[5] En esta línea, el artículo 56 del Reglamento dispuso: "Será causa de responsabilidad para los patronos el incumplimiento de las medidas que dicte el Gobierno, de acuerdo con la Junta técnica, con el fin de aplicar aparatos y mecanismos especiales destinados a la seguridad de los operarios".

[6] El artículo 3 de la Real Orden de 6 de noviembre de 1902 señaló una concreta sanción gubernativa pues la inobservancia de determinadas medidas preventivas daba lugar a la imposición de multas de 50 a 250 pesetas. De otro lado, el artículo 2 de la Real Orden de 14 de enero de 1903 estableció que los directores de obras estarán sujetos a "sanciones administrativas exigibles por el incumplimiento de los Reglamentos, Ordenanzas y bandos de las autoridades gubernativas, encaminados a la prevención de accidentes desgraciados".

[7] Artículos 52 a 54 del Real Decreto de 1 de marzo de 1906.

[8] Artículo 60 del Real Decreto de 1 de marzo de 1906.

[9] De ahí que DEL PESO Y CALVO, ob. cit. p. 75 lo calificase como "período de perfeccionamiento"

dichos Reglamentos y disposiciones y de cuantas se dicten para la ejecución de la presente Ley, se castigarán... con multas de 25 a 250 pesetas"[10]. No obstante, se definen los actos de obstrucción al servicio de Inspección de Trabajo, castigándolos con una multa de 250 pesetas[11].

2) Mayor especificación encontraremos a la hora de definir las concretas sanciones, pues los textos normativos fijan su cuantía, elevando la misma en caso de primera o segunda reincidencia[12]. Es decir, se incluye una circunstancia modificativa de la responsabilidad administrativa.

3) Se trasladan los poderes sancionadores de manos de las Autoridades municipales o gubernativas a las judiciales[13], debido al mal funcionamiento de las Autoridades gubernativas en materia sancionadora[14]. La transferencia de funciones tampoco tendrá resultados positivos[15] y eso a pesar de que se le otorgara por primera vez a las actas de infracción el carácter de documentos con valor y fuerza probatorios, salvo prueba en contrario[16].

4) La práctica del servicio de inspección, tramitación de las actas, imposición de multas, exacción y destino de las mismas se regulará pormenorizadamente en el artículo 70 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1922. A pesar del cambio operado en orden a la imposición de las sanciones, el procedimiento se mantiene pues en todo caso las sanciones se imponen a requerimiento de la Inspección[17].

En definitiva, las denominadas "responsabilidades administrativas" que se traducían en multas no pueden equipararse a las actuales sanciones administrativas puesto que eran impuestas por órganos judiciales, si bien esto era debido a razones de pura oportunidad política y no a la recepción del principio de división de poderes propio de otros ordenamientos comparados en los que la imposición de las sanciones se atribuye en exclusiva a Jueces y Tribunales[18].

[10] Cfr. artículo 71 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1922.

[11] Cfr. artículo 76 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1922.

[12] Véanse artículos 71, 72 y 73 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1922.

[13] *Vid*: artículo 20 de la Ley de 10 de enero de 1922.

[14] DIEGUEZ CUERVO: "Ejecución..." ob. cit. p. 58-59.

[15] PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ: Las infracciones... ob. cit. p. 67.

[16] Artículo 70 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1922.

[17] Cfr. artículos 20 de la Ley de 10 de enero de 1922 y 70 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1922. Este último se remite al Reglamento provisional para el servicio de la inspección de 21 de abril de 1922, en el que se precisó que "el señalamiento de las infracciones correrá a cargo de los inspectores de Trabajo", (artículo 20).

[18] En Alemania, Francia e Italia, el principio de separación de poderes impidió que la Administración pudiera imponer sanciones, quedando reservada esta facultad al poder judicial. Sobre el principio de separación de poderes y su recepción en el ordenamiento comparado,

## IV. LOS SEGUROS SOCIALES

La legislación sobre los seguros sociales supondrá un avance muy notable en la configuración del sistema de sanciones e infracciones administrativas en un doble sentido: primero, estableciendo un catálogo de infracciones a las que acompañan las correspondientes multas, y segundo, trasladándose los poderes sancionadores de manos del poder judicial a las Autoridades administrativas laborales. No obstante, continúa una gran dispersión normativa en este terreno pues cada seguro social tenía su completo régimen jurídico y, dentro de este, se hacía referencia a las responsabilidades administrativas. Examinemos cada una de las normas más importantes.

### 4.1. Retiro Obrero

El Real Decreto de 11 de marzo de 1919 que implantó el Retiro Obrero se preocupó más de asegurar la ejecución directa de las obligaciones del empresario, esto es, de la gestión recaudatoria de las cuotas, que de imponer sanciones en caso de inobservancia[19]. Buena prueba de ello es que el artículo 1, base séptima, número 1, estableció que "la falta de pago de la cuota patronal, transcurridos los plazos que señale la ley para el ingreso, podrá ser denunciada por cualquier persona ante la Inspección de Trabajo... Comprobada la falta de pago, dicho funcionario pasará de oficio al juez de primera instancia, el cual procederá a su exacción por la vía de apremio". En otras palabras, la falta de pago por la razón que fuese únicamente suponía recaudar las cuotas, pero no la imposición de multa alguna.

El Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto de 21 de enero de 1921, se limitará a señalar que "el patrono estará obligado a dar a los funcionarios de la Inspección las facilidades necesarias para el cumplimiento de su deber, y bajo las mismas sanciones que garanticen la eficacia inspectora de las leyes tutelares de trabajo", (artículo 53)[20]. Ninguna mención más en cuanto a cuáles son las infracciones y sanciones a imponer.

### 4.2. El Seguro Obligatorio de Maternidad

El Real Decreto-Ley de 2 de marzo de 1929 crea el Seguro Obligatorio

véase: LOZANO, B.: "Panorámica general de la Potestad Sancionadora de la Administración en Europa: despenalización y garantía", *RAP* nº 121, p. 393 y ss.
No obstante, en Alemania la Administración conservó un pequeño reducto de la potestad sancionadora: Cfr. MATTES, H.: *Problemas de Derecho Penal Administrativo, Historia y Derecho Comparado* (traducción de RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª.), Madrid, 1979, p. 76 y ss.

[19] DIEGUEZ CUERVO: "Ejecución...", ob. cit. p. 59.

[20] Este artículo fue desarrollado por la Real Orden de 17 de febrero de 1928 por el que la práctica del servicio de inspección del régimen de este retiro, respecto a la "imposición de multas, exacción y destino, recursos y demás extremos" se acomodará a las disposiciones del Real Decreto de 21 de abril de 1922.

de Maternidad, conteniendo por vez primera concretas conductas que eran merecedoras de multas, si bien se señaló al patrono como único sujeto responsable[21].

Su Reglamento de aplicación, aprobado por Real Decreto de 29 de enero de 1930, supone un hito normativo en el tema que nos ocupa pues, de un lado, se contiene un catálogo concreto de omisiones y actos sancionables (artículo 84) y, de otro lado, se fijan distintos tipos de multas acorde con las infracciones cometidas (artículos 85, 86 y 87). Constituye también una novedad la expresa declaración de que son compatibles las sanciones administrativas o disciplinarias con las demás "responsabilidades de orden legal derivadas de actos de fraude, falsedad, etcétera, en la aplicación del Seguro", (artículo 90).

**4.3. El Decreto de 9 de mayo de 1931**

El Decreto de 9 de mayo de 1931 se ocupa de trasladar el poder sancionador en manos de los Jjueces y tribunales a las autoridades laborales por entender que "la adaptación del nuevo sistema al de Previsión social es fácil"[22]. De ahí, que los inspectores tengan ya facultades no solo para la liquidación de cuotas sino también para la imposición de sanciones. El mecanismo, que permite distinguir las funciones de propuesta e imposición de sanción, es sencillo: levantada el acta de infracción por el Inspector de Trabajo[23], la remite al inspector regional quien, a la vista de los documentos, dictará resolución imponiendo la multa que estime procedente[24]. El procedimiento se cierra con un recurso de alzada ante el Consejo de Trabajo que adoptará el oportuno acuerdo y contra el mismo no se dará recurso alguno ni en vía gubernativa ni en la contencioso-administrativa[25].

**4.4. Subsidio de Vejez**

La Ley de 1 de septiembre de 1939 establece un régimen de Subsidio de Vejez, en sustitución del régimen del Retiro Obrero, siendo desarrollada por la Orden de 2 de febrero de 1940. Aunque la mencionada Ley no contiene referencia alguna a la materia que tratamos, la OM se ocupa de ella exhaustivamente en los siguientes términos: a) se enumeran los actos de-

[21] Cfr. artículo 13 Real Decreto-Ley de 2 de marzo de 1929 que se refiere a las siguientes conductas: "el patrono que no hubiere satisfecho la cuota trimestral corriente" y "el patrono que admitiere a la obrera al trabajo antes de terminar el plazo de descanso indemnizable".

[22] Se refiere al Decreto de 9 de mayo de 1931 por el que se aprueba el Reglamento para el servicio de la Inspección de Trabajo que sustituye al procedimiento judicial para imposición de sanciones "tan lento y poco seguro en la corrección de las infracciones a las leyes".

[23] Artículo 49.1ª del Decreto de 9 de mayo de 1931.

[24] Artículos 49.3ª del Decreto de 9 de mayo de 1931.

[25] Artículos 49, reglas 4ª, 5ª y 6ª, del Decreto de 9 de mayo de 1931.

terminantes de sanción (artículo 32); b) la responsabilidad pecuniaria administrativa recae, en todos los casos, en el patrono (artículo 33); c) las multas con las que se castigan las infracciones por falta de afiliación de los trabajadores se fijan hasta el "quíntuplo de las cuotas defraudadas" (artículo 34), con lo que se abre el camino para su cuantificación en función del perjuicio ocasionado; como novedad la reincidencia es tenida en cuenta no solo para agravar las multas sino también para llegar a cerrar el establecimiento; d) se tiene en cuenta para graduar la cuantía de las multas no solo la reincidencia sino también otras circunstancias que pueden actuar de atenuantes o agravantes, como "la condición social y económica de la empresa o patrono, la importancia de la infracción cometida en relación con el número de los trabajadores, el valor de las cuotas no satisfechas y el grado de malicia en que se haya incurrido", (artículo 35); y e) la falsedad en las declaraciones y certificaciones dará lugar, además de a las sanciones, a la denuncia de la Inspección en vía penal, (artículo 31) pues en aquella época estaba vigente el bis in idem.

En definitiva, se abandona el viejo esquema anterior del sistema de infracciones y sanciones dando una mayor seguridad jurídica a los empresarios pues no solo conocen cuáles son las conductas contrarias al ordenamiento jurídico sino también el importe de las multas que se pueden imponer.

**4.5. Seguro Obligatorio de Enfermedad**

La Ley de 14 de diciembre de 1942 crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad, siendo desarrollada por el Decreto de 11 de noviembre de 1943[26]. Su implantación acarreará un marco jurídico sancionador específico, cuyas notas más sobresalientes son las siguientes: a) se define implícitamente las infracciones administrativas al señalarse que "se incurrirá en sanción por los actos u omisiones que impliquen fraude o vulneren los derechos de los beneficiarios con incumplimiento del Régimen del Seguro obligatorio de enfermedad, o impidan, perturben o difieran el servicio de las inspecciones"[27]; b) la Ley se remite al Reglamento para determinar "los casos, la calidad y la cuantía de las sanciones correspondientes"[28]; c) se tipifican las infracciones sancionables, si bien la formulación de las conductas concretas finaliza con una descripción genérica que permite dar cabida a cualquier acto u omi-

[26] La Orden de 19 de febrero de 1946 contendrá el texto refundido de las disposiciones complementarias del Seguro de Enfermedad.

[27] Artículos 48 de la Ley de 14 de diciembre de 1942 y 177 del Decreto de 11 de noviembre de 1943.

[28] Artículo 48, párrafo 2º, de la Ley de 14 de diciembre de 1942.

sión imaginable[29]; d) se establecen multas para cada una de las infracciones cometidas, pudiendo elevarse su cuantía en caso de reincidencia[30]; y e) se mantiene la declaración de que son compatibles las sanciones administrativas o disciplinarias con las demás "responsabilidades de orden legal en que incurriere"[31].

**4.6. Seguros Sociales Unificados**

La dispersión normativa propia de los Seguros Sociales obligatorios se tratará de corregir en aras de la racionalización de la gestión de los mismos, con lo que se evitarán reiteraciones inútiles. A nuestros efectos, debemos mencionar el Decreto 931/1959, de 4 de junio[32], que recoge en un solo texto el régimen sancionador e introduce algunas novedades; a saber: a) se contiene en los artículos 44 y 45 un catálogo de infracciones sancionables que afectan a todos los Seguros Sociales obligatorios, a excepción del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y b) se incluye como conducta sancionable autónoma la retención indebida de la cuota obrera a la que se imponen multas variables en función del tiempo de la retención[33], si bien como afirmó BORRAJO DACRUZ "las sanciones parecen pequeñas para este caso vergonzoso y debiera reforzarse expresamente la responsabilidad penal"[34].

**4.7. Seguro de Desempleo**

La Ley 62/1961, de 22 de julio, crea el Seguro de Desempleo sin dedicar precepto alguno a las sanciones a imponer como consecuencia del incumplimiento de esta norma. Esta laguna será salvada inmediatamente por la Orden de 14 de noviembre de 1961, la que, de un lado, contiene una serie de infracciones sancionables específicas como la de la "connivencia de la

[29] En concreto, el artículo 177.8º del Decreto de 11 de noviembre de 1943 contempló como infracciones sancionables: "Cualquier acción u omisión que dificulte u obstruya la aplicación del Régimen o tienda a defraudarlo por merma de cuotas debidas o excesos en el pago de las prestaciones".

[30] Artículo 178 del Decreto de 11 de noviembre de 1943.

[31] Artículos 49 de la Ley de 14 de diciembre de 1942 y 180 del Decreto de 11 de noviembre de 1943.

[32] Su precedente lo encontramos en los Decretos de 12 de marzo de 1942 y de 29 de diciembre de 1948 sobre unificación y simplificación de los Seguros Sociales Obligatorios.

[33] El artículo 46 del Decreto 931/1959, de 4 de junio, establece: "Las Empresas o Entidades que habiendo descontado del salario de sus productores la parte proporcional a ellos correspondiente de las cuotas de los Seguros Sociales Unificados y demás Instituciones de Previsión laboral las retuvieren indebidamente, sin ingresarlas en el Instituto Nacional de Previsión u Oficina recaudadora autorizada al efecto dentro de los plazos establecidos, incurrirán, además y sin perjuicio de los recargos de demora a que haya lugar, en las siguientes sanciones...".

[34] BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, Aguilar, 1962, p. 72, nota a pie nº 162.

Empresa y el asegurado en todo aquello que tienda a defraudar al Seguro de Desempleo, o a dejar de cumplimentar obligaciones impuestas por el mismo"[35] y, de otro, se remite expresamente a los artículos 45 al 51 del Decreto 931/1959 para la exigencia de las responsabilidades administrativas[36]. Se avanza un paso más en el camino hacia la pretendida unificación que se ¿logrará? con la instauración del sistema de la Seguridad Social.

## V. LEGISLACIÓN DE ACCIDENTES DE TRABAJO: EL DECRETO DE 22 DE JUNIO DE 1956

Como hemos visto, la unificación normativa en materia sancionadora no llegó al campo de las contingencias profesionales, dadas las peculiaridades de este seguro. Por ello, se publicará el Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo y el Reglamento para su aplicación[37].

A nivel de ley, el capítulo VII tiene por objeto, como su rúbrica indica, "de las sanciones", si bien existe una falta de concreción a la hora de determinar no solo las infracciones sancionables sino también el importe de las multas. En efecto, el artículo 44 del texto refundido establece:

"Las faltas de cumplimiento por los patronos de la obligación de asegurar a sus trabajadores y de las demás que les impone esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad directa en orden al pago de las prestaciones a que pudiera dar lugar, serán sancionadas con multas cuya cuantía será fijada reglamentariamente.

También fijará el Reglamento las sanciones por falta de cumplimiento de las disposiciones sobre higiene y seguridad en el trabajo, que podrán llegar al cierre del centro.

Asimismo, determinará las sanciones que podrán imponerse a las Compañías y Mutualidades Patronales que no cumplan las disposiciones en materia de este Seguro".

El artículo 45 del texto refundido contempla la competencia para la im-

La legislación penal no contempló expresamente la conducta del delito de retención indebida de la cuota obrera, si bien la doctrina del Tribunal Supremo realizó la calificación jurídico-penal de esta acción en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal de 1973: STS de 30 octubre 1971 (RA 4378). Al respecto, véase MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: *El delito de apropiación indebida de la cuota obrera de la Seguridad Social*, Valencia, 1995, p. 17 y 18.

[35] Artículo 47.c) de la Orden de 14 de noviembre de 1961.

[36] Artículo 48 de la Orden de 14 de noviembre de 1961.

[37] El texto refundido se redacta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de 22 de diciembre de 1955 por la que se unifica el Seguro de Accidentes en la agricultura con el de la industria.

posición de sanciones y se remite al Reglamento a la hora de fijar el régimen de procedimientos y recursos. Dice dicho precepto:

"El señalamiento de las infracciones patronales correrá a cargo de los inspectores de Trabajo y su sanción será de la competencia de los Delegados Provinciales de Trabajo.

Las infracciones Cometidas por entidades aseguradoras serán señaladas indistintamente por la Inspección Técnica de Previsión Social y por la Caja Nacional de Seguro de Accidentes de Trabajo y sancionadas por el Ministerio de Trabajo.

El Reglamento regulará el procedimiento y recursos".

El Reglamento para la aplicación del Seguro de Accidentes de Trabajo será, pues, la disposición normativa encargada de fijar el marco sancionador dedicándole la sección 2ª del capítulo XI. Su régimen jurídico se caracteriza por las siguientes notas:

a´) No existe una sistemática clara en orden a señalar las distintas conductas sancionables, si bien se puede distinguir según los sujetos responsables de la infracción, esto es, si son cometidas por los patronos o empresarios[38] y por las entidades aseguradoras[39].

b´) Se tipifican las infracciones de los empresarios atendiendo a la materia afectada: recaudación[40], incumplimiento de los mecanismos y medios de prevención[41], infracciones de los preceptos relativos a las industrias y trabajos prohibidos a menores y mujeres[42], partes de accidentes[43] y pactos contrarios a la legislación de accidentes[44] a las que se señalan multas de cuantía variable, incluyendo circunstancias agravantes.

c´) Se establecen las infracciones relativas a las Entidades Aseguradoras de Accidentes de Trabajo y las sanciones que se pueden poner, si bien estas consisten no solo en multas de cuantía variable sino también en la privación de una serie de derechos, como la intervención temporal o la remoción de órganos directivos[45].

d´) La exigencia del principio de tipificación se diluye pues se incluye

[38] Cfr. artículos 195 a 199 del Reglamento de Seguro de Accidentes de Trabajo aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956.

[39] Cfr. artículos 200 y 201 del Reglamento de Seguro de Accidentes de Trabajo.

[40] Cfr. artículo 195 del Reglamento de Seguro de Accidentes de Trabajo.

[41] Cfr. artículo 196 del Reglamento de Seguro de Accidentes de Trabajo.

[42] Cfr. artículo 197 del Reglamento de Seguro de Accidentes de Trabajo.

[43] Cfr. artículo 198 del Reglamento de Seguro de Accidentes de Trabajo.

[44] Cfr. artículo 199 del Reglamento de Seguro de Accidentes de Trabajo.

[45] Cfr. artículos 200 y 201 del Reglamento de Seguro de Accidentes de Trabajo.

una cláusula de estilo en virtud de la cual "cualquier infracción en general de los preceptos de la Ley de Accidentes de Trabajo o de los dictados para su cumplimiento no comprendidos expresamente en los artículos anteriores será objeto de multa de 400 a 4.000 pesetas, que se irá duplicando en caso de sucesivas reincidencias"[46].

## VI. NORMAS PROCEDIMENTALES

La dispersión normativa en el aspecto sustantivo no se traduce en la existencia de un cúmulo inconexo de procedimientos administrativos para la imposición de las sanciones administrativas. En otras palabras, desde un primer momento existe un único texto normativo encargado de fijar el procedimiento para la imposición de las sanciones no solo en materia de Seguridad Social sino también en todo el ámbito laboral. Los datos no dejan lugar a dudas:

A) Las sanciones administrativas serán impuestas, en un principio, conforme al procedimiento establecido en la Ley de 10 de noviembre de 1942 y su Reglamento de 21 de diciembre de 1943, esto es, por el delegado de Trabajo de la respectiva provincia mediante la remisión del acta de infracción o de obstrucción levantada por el Inspector de Trabajo[47].

B) El Decreto 1137/1960, de 2 de junio, sobre procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones por infracción de Leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social[48], modificado por el Decreto de 21 de marzo de 1968, constituye el nuevo procedimiento de imposición de sanciones por infracciones de leyes sociales y liquidación de cuotas que afecta "a una vasta serie de materias entre las que hay que citar la colocación, la contratación laboral, las obligaciones mínimas, los tiempos de trabajo, la seguridad e higiene, la ordenación social de la empresa (constitución de Jurados, economatos, comedores, etc.), la Seguridad Social, el em-

[46] Cfr. artículo 204 del Reglamento de Seguro de Accidentes de Trabajo.

[47] Cfr. el artículo 49 del Decreto 931/1959, de 4 de junio, por el que se refunden normas y extendiendo la participación de las empresas en la Administración Delegada de los Seguros Sociales de Enfermedad, Vejez e Invalidez y Subsidios Familiares, que expresamente se remite a dichas normas procedimentales. Un examen de la normativa vigente en este período la encontramos en SAN MIGUEL ARRIBAS, L.: *La Inspección de Trabajo*, Madrid, 1952, p. 115 y ss.

[48] Un examen del mismo se llevó a cabo por MONTOYA MELGAR, A.: "El procedimiento de imposición de sanciones por infracción de la legislación laboral", Documentación Administrativa, nº 129, 1969, p. 27 y ss.

pleo…"[49]. La unificación normativa de los procedimientos sancionadores y liquidadores se impone en cuanto que la Inspección de Trabajo puede formular simultáneamente acta de infracción u obstrucción y liquidación por los mismos hechos[50]. Por ello, el artículo 6 del mencionado Decreto establece que "incurre en infracción y podrá ser sancionada con multa la empresa que incumpla sus obligaciones en materia de seguros sociales unificados, mutualismo laboral, formación profesional o cuota sindical, especialmente por morosidad total o parcial en el abono de las cuotas, o por carecer de la documentación que a estos efectos ha de obrar en su poder, o no entregar a sus trabajadores el recibo individual justificativo del pago de salarios y, en general, cualquier otra acción u omisión que tiende a defraudar cotizaciones, sin perjuicio de la obligación de liquidar los descubiertos...". La compatibilidad entre la exigencia del pago de las cuotas no abonadas y la multa como consecuencia de esta infracción resulta evidente.

C) Por último, el Decreto 1860/1975, de 10 de julio, aprueba el procedimiento especial de imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social[51]. Esta norma, que constituye el antecedente más inmediato del nuevo procedimiento sancionador, mantiene globalmente los caracteres de las disposiciones reglamentarias anteriores: desde un punto de vista material, el reglamento supone la presencia de una norma básica común a todo el sistema de la Seguridad Social, abarcando materias tan heterogéneas que afectan al "incumplimiento de las normas sobre el trabajo, Seguridad Social, empleo, migración, promoción social y otras, cuya vigilancia esté encomendada al Ministerio de Trabajo" (artículo 1.1); y desde un punto de vista formal, es una norma de carácter esencialmente adjetiva en cuanto que regula las disposiciones relativas al procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones administrativas en el orden social.

## VII. EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La superación de los riesgos singulares, atendida su causa, se producirá con la instauración del sistema de la Seguridad Social mediante la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. No obstante, la pretendida tendencia a la unidad se romperá con la existencia de Regímenes Especiales junto al Régimen General de la Seguridad Social de

[49] MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisdicción y Administración de Trabajo*, Madrid, 1970, p. 120 y 121.

[50] Cfr. artículo 4 del Decreto 1137/1960.

[51] Sobre el mismo, véase: PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F., Ob. cit. p. 121 y ss; y RODRÍGUEZ HERGUETA, J.C.: *El procedimiento sancionador por infracciones laborales. Jurisprudencia, Legislación y Formularios*, Pamplona, 1988.

modo que la incesante proliferación de disposiciones propia de la etapa de previsión social[52] continuará siendo una constante dada la fragmentación del sistema de la Seguridad Social. En consecuencia, los aspectos sustantivos sancionadores no serán objeto de una regulación unitaria sino que las disposiciones normativas de cada uno de los Regímenes se encargarán de dibujar las líneas esenciales de las infracciones y sanciones administrativas. Es más, la Ley 193/1963 no dedica ninguna de sus bases a exponer las directrices del futuro marco sancionador[53].

El artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, aprobada por el Decreto 2065/1974, de 30 mayo, desarrolla de una manera general el sistema de faltas y sanciones[54], siendo aplicable a todo el sistema de la Seguridad Social incluidas las contingencias profesionales[55], en virtud del cual:

a) define las infracciones dentro del sistema de la Seguridad Social como "las acciones u omisiones que supongan incumplimiento de las obligaciones que impone la presente Ley y las que regulen los regímenes Especiales, así como sus disposiciones de aplicación y desarrollo; igualmente lo serán las que dificulten u obstruyan la aplicación de los regímenes que integran el referido sistema y las que tiendan a defraudarlos";

b) realiza una remisión reglamentaria para determinar "los tipos de infracción, sujetos responsables, clase y cuantía de las sanciones y el procedimiento especial para la imposición de las mismas", mandato que resultará incumplido en la mayoría de los casos; el Reglamento que se dicten tiene unos límites pues debe respetar los criterios que inspiran el Régimen General y la cuantía de las sanciones no pueden rebasar los topes mínimos y máximos señalados para el Régimen General;

y c) la facultad de imponer las sanciones corresponde al Ministerio de Trabajo, a propuesta de la Inspección de Trabajo.

A nivel de Ley, la disgregación normativa en materia de faltas y sanciones, dentro del sistema de la Seguridad Social, constituye una imposición

[52] Según dice textualmente la Exposición de Motivos de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre.

[53] Una mención aislada a la responsabilidad administrativa por falta de afiliación de los trabajadores se encuentra en la base 4ª.15 de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, según la cual: "Si las personas y entidades a quienes incumben las obligaciones prescritas en los números que anteceden no las cumplieren, podrán los interesados instar directamente su afiliación, sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que aquéllas hubieren incurrido, incluido en su caso el pago a su cargo de las prestaciones, y de que se impongan las sanciones que sean procedentes".

[54] Este precepto copia literalmente el artículo 60 de la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966 que constituye su precedente más inmediato.

[55] Cfr. ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, 1967, p. 89.

en cuanto que las normas específicas del Régimen General y de los Regímenes Especiales regularán su contenido; en concreto:

a) En el Régimen General, se aplica el artículo 193 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974[56] cuyas notas características son las siguientes:

a´) se contemplan como sujetos responsables de las infracciones no sOlo a los empresarios sino también a los trabajadores por cuenta ajena;

b´) se define la infracción en términos muy genéricos, prescindiéndose de una enumeración de conductas concretas sancionables;

c´) se establecen sanciones distintas según los sujetos responsables, que consisten en multas de cuantía variable (para empresarios y trabajadores) y la suspensión, pérdida o reducción de las prestaciones (para los trabajadores);

y d´) se señalan como circunstancias modificativas que permiten graduar el importe de la sanción "la gravedad de la falta, número de trabajadores afectados, perjuicio producido y demás circunstancias concurrentes".

Las lagunas e insuficiencias de este precepto legal serán llenadas por la correspondiente disposición reglamentaria. Así, se promulgó el Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social que determina los sujetos responsables (empresarios, trabajadores por cuenta ajena y Mutuas)[57], tipos de infracción (para lo que se sistematizan en leves, graves y muy graves para cada uno de los sujetos responsables)[58], graduación de las faltas (circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa)[59], clase y cuantía de las sanciones (multas de diversa cuantía según su grado mínimo, medio y máximo)[60], compatibilidad de las sanciones con las demás responsabilidades exigibles a los sujetos responsables (se admite, pues, el bis in idem)[61] y procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones para lo que se remite al procedimiento administrativo especial para sancionar la infracción de las Leyes sociales[62].

b) En el Régimen Especial Agrario, se aplica el artículo 54 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, que remite en bloque al Reglamento la materia de las faltas y sanciones. Esta tarea se llevará a cabo en el capítulo VII del

[56] Su precedente redactado en idénticos términos estaba contenido en el artículo 193 de la Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966.

[57] Artículo 2 del Decreto 2892/1970.

[58] Artículos 4, 7 y 9 del Decreto 2892/1970.

[59] Artículos 5, 8.5, 8.6 y 10 del Decreto 2892/1970.

[60] Artículos 6, 8, 11, 12 y 13 del Decreto 2892/1970.

[61] Artículo 14 del Decreto 2892/1970.

[62] Artículo 15 del Decreto 2892/1970.

Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, en virtud del cual:

a´) se establece un plazo común de prescripción de la acción para sancionar las infracciones (cinco años, contados desde la fecha de la infracción), así como para exigir el cumplimiento de las sanciones impuestas (cinco años, desde que estas fueron notificadas a los sujetos responsables)[63];

b´) se amplía el círculo de los sujetos responsables de las infracciones, que serán: empresarios, trabajadores por cuenta propia y ajena y Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo[64];

c´) se sistematizan los tipos de infracción en función del sujeto responsable y, dentro de estos, se distinguen según el grado (leves, graves y muy graves)[65];

d´) se admite expresamente la analogía para castigar cualquier incumplimiento de una obligación impuesta que no se haya tipificado[66];

y e´) se gradúan las sanciones de acuerdo con "la gravedad de la falta, intencionalidad, perjuicios producidos o que pudieran producirse y demás circunstancias concurrentes"[67].

c) En los demás Regímenes Especiales, se incumple el mandato legal contenido en el artículo 60 LGSS al remitirse por completo a las faltas y sanciones reguladas en el Régimen General, lo que resulta fácilmente constatable de los siguientes datos legales:

a´) En el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar: artículo 54 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, y artículo 116 del Decreto 1867/1970, de 9 de julio;

b´) En el Régimen Especial de Autónomos: artículo 76 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto;

c´) En el Régimen Especial de los Empleados del Hogar: artículo 48 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre;

y d´) en el Régimen Especial de la Minería del Carbón: artículos 1 del Decreto 298/1973, de 8 de febrero y OM 3 abril 1973.

El principal escollo se producirá en aquellos Regímenes Especiales en los que los sujetos responsables no son los trabajadores por cuenta ajena; en otras palabras, existirá de hecho un vacío normativo a la hora de determinar los sujetos responsables de las infracciones cuando estos sean trabajadores por cuenta propia.

La dispersión normativa llegará hasta tal punto que las infracciones y

[63] Cfr. artículo 72.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

[64] Cfr. artículo 73 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

[65] Cfr. artículos 74 a 76 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

[66] Cfr. artículo 77 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

[67] Cfr. artículo 78 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

sanciones en materia de prestación por desempleo se desgajan de las infracciones en materia de Seguridad Social y tienen un régimen específico a partir del año 1978[68]. Las normas a tener en cuenta serán a partir de dicha fecha las siguientes:

a) el Real Decreto 656/1978, de 30 de marzo, de medidas para agilizar la gestión del pago del subsidio por desempleo y para combatir el fraude en su percepción[69];

b) la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo[70], desarrollada por el Real Decreto 920/1981, de 24 de abril, que aprueba el Reglamento de prestaciones por desempleo[71];

y c) la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo[72], desarrollada por el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril[73].

## VIII. EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1980

La ausencia de una mínima tipificación legal de las infracciones laborales del empresario impondrá una modificación normativa global con una incidencia directa en el sistema de infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo. Dicho de otro modo, la falta de cobertura legal de la disposición reglamentaria que reguló las infracciones y sanciones laborales motivará la necesidad de dotar de un instrumento jurídico adecuado para regular las infracciones y sanciones en el orden social, dentro de las que se encuentran las que estamos analizando.

En efecto, el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, estableció únicamente[74]:

a) un concepto genérico de infracción laboral;

b) los criterios para graduar las sanciones administrativas;

[68] Con anterioridad, el régimen sancionador en esta materia estaba contenido en el Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social.

[69] BOE de 8 abril 1978. Las infracciones, sujetos responsables, sanciones y su graduación y competencia sancionadora se recoge en los artículos 11 a 16.

[70] Cfr. artículos 32 a 36.

[71] Cfr. artículos 46 a 52.

[72] Cfr. artículos 27 a 30.

[73] Cfr. artículos 29 y 30.

[74] El artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 dispuso:
"1. Son infracciones laborales de los empresarios las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo. Tales infracciones serán conocidas y sancionadas, mediante el oportuno expediente administrativo, por la autoridad laboral o Consejo de Ministros, en su caso.
2. Las sanciones se graduarán en atención a la gravedad de la infracción, malicia o falsedad

y c) la determinación de la competencia sancionadora y la cuantía de las multas a imponer.

La laguna legal sería llenada por la correspondiente norma reglamentaria; en concreto, el Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre, que constituirá "una disposición que complementa a través de la calificación de las infracciones y la graduación de las sanciones el citado artículo 57, facilitando su puesta en práctica de forma objetiva y armónica"[75]. La justificación era evidente: ante el incumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad por la norma legal, será una norma de rango inferior la encargada de llenar este vacío.

Será esta disposición reglamentaria la encargada de avivar la polémica doctrinal acerca del cumplimiento de la norma legal de los mandatos establecidos en nuestra norma fundamental[76]. El problema se solventará pronto por la doctrina jurisprudencial.

La STS de 10 noviembre 1986 (AL 7, 1987, R. 143)[77] afirmó tajantemente que el principio de legalidad en el campo de las sanciones administrativas obliga a la Administración a desarrollar la potestad sancionadora a través de una Ley en sentido formal y, por no cumplir este mandato constitucional, se decretó la nulidad del Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre. Argumenta nuestro Alto Tribunal:

del empresario, número de trabajadores afectados, cifra de negocios de la empresa y reincidencia.

3. Las infracciones se sancionarán con multa, a propuesta de la Inspección de Trabajo, por los delegados provinciales del Ministerio de Trabajo, hasta cien mil pesetas; por el director general competente por razón de la materia, hasta quinientas mil pesetas; por el Ministerio de Trabajo, hasta dos millones de pesetas, y por el Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo, hasta quince millones de pesetas.

4. El Gobierno, cuando concurran circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la seguridad del trabajo, podrá acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía".

Un análisis del mismo se encuentra en ALONSO OLEA, M.: *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1980, p. 200.

[75] Palabras textuales de la Exposición de Motivos del Real Decreto 2347/1985.

[76] La doctrina no fue unánime. Así, CAMPS RUIZ, L.M., y SALA FRANCO, T.: "Legalidad y tipicidad de las infracciones laborales de los empresarios", *RL*, 1987, I, p. 440 y ss., se mostraron favorables a considerar a que el artículo 57 ET/80 respetaba los principios de legalidad y tipicidad. En contra, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "El procedimiento sancionador por infracción de leyes sociales", *RL* 1986, I, p. 330 y ss.

[77] Un comentario a esta sentencia se realiza por ORTIZ LALLANA, C.: "En torno a la nulidad del Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre, sobre infracciones laborales de los empresarios", *AL* nº 40, 1987, p. 2241 y ss.

"Expresa el artículo 57 del Estatuto que son infracciones laborales de los empresarios las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo (Inciso 1.º de su n.º 1). A su vez, el Real Decreto, en su artículo 1.º reitera aquel texto legal, con la adición a las disposiciones reglamentarias y a los convenios colectivos, como constitutivos también de infracción si son contrariados por los empresarios. Parece claro que el principio de legalidad no ha sido respetado, tanto por esa adición que innova el Real Decreto, como por la amplitud y vaguedad de lo que pretende ser una tipificación de hechos calificables como infracciones, al utilizarse una fórmula omnicomprensiva, que no deja fuera del campo sancionador acción u omisión alguna contraria a ley, reglamento o convenio colectivo. Es ocioso destacar el alcance y trascendencia de la tipificación en materia sancionadora, siendo difícil hallar opinión alguna que la excluya del ámbito del principio de legalidad.

Lo mismo cabe decir en cuanto a los restantes números del citado artículo 1.º 1.º del Real Decreto objeto de este litigio, bastando referirse a que en ellos en determinado supuesto se vienen a configurar, tipificándola, una nueva infracción (n.º 2), se establece, la figura de la "infracción continuada" (nº 3), o se diversifican las infracciones (n.º 4).

Por lo que importa al artículo 2.º del Real Decreto, rubricado como "calificación de las infracciones", a lo que en verdad responde, arrastra lo que en realidad no es otra cosa -aparte de aquella gradación- que una descripción de actos u omisiones constitutivas de infracción laboral, esto es, una serie de "tipificaciones", materia propia -por lo repetidamente expuesto- de una disposición con rango de Ley, y sin que sea ocioso constatar que en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores para nada se alude a este punto de la "calificación de las infracciones".

Si ha de decaer tanto el artículo 1.º, como el 2.º del Real Decreto, impugnado también el contenido del 3.º, que se refiere a la graduación e importe de las sanciones, no parece posible decretar la supervivencia, tachado como se halla de incidir en la misma violación de un derecho fundamental establecido en la Constitución.

La doctrina jurisprudencial posterior confirmó este criterio, llegando a proclamar la insuficiencia tipificadora del artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores de 1980[78], sin perjuicio de encontrar pronunciamientos aisla-

[78] STS de 24 octubre 1989 (RA 7000), 20 diciembre 1989 (RA 9640), 2 enero 1990 (RA 1255), 27 enero 1990 (RA 2004), 1 febrero 1990 (RA 736), 5 febrero 1990 (RA 771), 26 febrero 1990 (RA 769), 5 marzo 1990 (RA 2017), 15 marzo 1990 (RA 2021), 19 marzo 1990 (RA 2024), 4 mayo 1990 (RA 3720), 13 julio 1990 (RA 6382), 16 julio 1990 (RA 5823), 28 septiembre 1990 (RA 6865), 5 octubre 1990 (RA 8006), 30 junio 1990 (RA 9688), 20 noviembre 1990 (RA 1318, 1991), 7 octubre 1991 (RA 7721), 5 noviembre 1991 (RA 8429), dos de 3 diciembre 1991 (RA

dos de nuestro Tribunal Supremo que aceptaron la suficiencia tipificadora del indicado precepto[79].

La insuficiencia tipificadora del artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 se proclamará de igual modo por el Tribunal Constitucional; en concreto, las sentencias del Tribunal Constitucional 207/1990, de 17 de diciembre[80] y 40/1991, de 25 de febrero[81], que resuelven dos recursos de amparo y que hacen referencia a la materia que nos ocupa: la segunda sentencia -precisamente referida a un supuesto de sanción impuesta con motivo de realización en exceso de horas extraordinarias- reproduce los argumentos de la primera. Y en ambas se concluye que el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 no cumple con las exigencias materiales que impone el artículo 25.1 CE, por lo que las sanciones impuestas con su sola cobertura pueden contrariar formalmente lo dispuesto en el precepto constitucional citado. Y es que como se razona en la primera de dichas sentencias, el artículo 25.1 CE incorpora, extendiéndolos al Ordenamiento Sancionador Administrativo, la regla "Nullum crimen nulla poena sine lege", al repertorio de derechos públicos subjetivos. De la consagración de dicha regla en aquel artículo se deriva la necesidad no solo de la definición legal de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquellos y estas, correspondencia que puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa, pero en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella.

## IX. LA LEY 8/1988, DE 7 ABRIL, DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

El vacío normativo en el ámbito sancionador laboral será aprovechado por el legislador para unificar en un único cuerpo legal toda la materia sancionadora relativa al denominado "orden social". Así surge la Ley 8/1988, de 7 abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social[82] cuyos capítulos

9018 y 9342), 20 diciembre 1991 (RA 9466), 4 marzo 1992 (RA 1755), 12 mayo 1992 (RA 3828), 26 junio 1992 (RA 5184), 22 septiembre 1992 (RA 6943), 26 marzo 1993 (RA 3256), dos de 27 junio 1995 (RA 5169 y 5177), dos de 14 mayo 1996 (RA 4036 y 4195) y 28 junio 1996 (RA 5339).

[79] STS de 23 mayo 1988 (RA 4196) y 26 octubre 1988 (RA 7879).

[80] BOE número 9 suplemento de 10 de enero de 1991.

[81] BOE número 74 suplemento de 27 de marzo de 1991.

[82] Al respecto, puede consultarse: ESCUDERO, R.: "El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social", *RL* 1988, I, p. 325 y ss; GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Madrid, 1989; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *La Ley sobre infracciones y sancio*

III y IV tratan respectivamente de las "Infracciones en materia de Seguridad Social" y de las "Infracciones en materia de empleo y prestaciones de desempleo".

La Exposición de Motivos de la Ley 8/1988, de 7 abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social da buena cuenta de las razones de su promulgación. Dice literalmente:

"Se plantea, pues, la necesidad de promulgar una norma con rango de Ley que desarrolle las infracciones y sanciones administrativas en el orden laboral, estableciendo en ella los tipos y sanciones que el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores enuncia a título general.

Y a esa necesidad se unen razones de oportunidad y conveniencia, como son las de agrupar e integrar en un texto único, en una ley general, las diferentes conductas reprochables contrarias al orden social -expresión y delimitación que se toma en paralelo con la establecida en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial-, producidas en el área del empleo, con inclusión obviamente de las transgresiones relativas a los instrumentos jurídicos y medidas económicas para su fomento, y prestaciones de desempleo, así como en las áreas o capítulos de seguridad social, migración y emigración, y trabajo de extranjeros.

Ciertamente, con ello se consigue un avance innegable de homogeneización en la normativa social y, concretamente, en el tratamiento unitario de su parte sancionadora, sin que pueda pretenderse una uniformidad total que, además, tampoco parece posible por la singularidad de las materias agrupadas".

La profunda reordenación de la potestad administrativa sancionadora experimentada por el citado texto legal fue tempranamente aplaudida por la doctrina pues se logra "un tratamiento unitario de las infracciones y sanciones en el llamado orden social en pro de una regulación homogeneizadora que ponga fin, en gran medida, a la fortísima dispersión existente en tan decisiva materia"[83].

*nes de orden social*, LA LEY, núm. 2.083, 21 octubre 1988, p. 829 y ss; OLIET PALA, B.: "Infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social (Comentarios a la Ley 8/88 de 7 de abril)", *AL* 1989, I, p. 25 y ss; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: "Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el Orden social", *RL* nº 13, 1988, p. 9 y ss; y VÁZQUEZ MATEO, F.: "La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social y su puesta en práctica", *RL* 1989, I, p. 85 y ss.

[83] ESCUDERO, R.: *El nuevo marco*... ob. cit. p. 326. Añade este autor en la p. 327: "Y qué duda cabe que, en este sentido, la Ley es oportuna, pues pretende regular unitariamente una materia profundamente armonizada y tratar con criterios relativamente uniformes los aspectos más importantes de la potestad sancionadora de la Administración: sujetos responsables, graduación de infracciones y sanciones, criterios de imposición, atribución de competencias y ciertas normas de procedimiento aplicable".

No obstante, este esquema unitario no tardará en romperse y, de hecho, se producirá una desmembración de la Ley 8/1988, de 7 abril[84], propia de tiempos pasados. La diversidad de materias agrupadas parece que impide unificar su régimen jurídico en un solo texto legal con un mínimo de criterios homogéneos que les dote de autonomía. Así, de la Ley 8/1988 se desmembrarán:

- primero, las infracciones y sanciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias[85];
- segundo, las infracciones y sanciones laborales[86];
- tercero, las infracciones a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales[87];
- cuarto, las infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria[88];
- quinto, las infracciones en materia de Sociedades Cooperativas[89];
- y sexto, las infracciones de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación de servicios transnacional[90].

El resultado será que la Ley 8/1988, de 7 abril, quedó, principalmente, como el pilar básico en la regulación de las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social, empleo y prestaciones de desempleo. A salvo de las "infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros" que todavía se encontraron ubicadas en el capítulo V de esta Ley.

[84] Sobre el proceso legislativo de desmembramiento de la Ley 8/1988, de 7 abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, véase: VALVERDE ASENCIO, A.: *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Madrid, 1996, p. 103 y ss.

[85] Cfr., los artículos 18, 19, 20 y 21 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

[86] Cfr., los artículos 93, 94, 95, 96 y 97 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Su disposición derogatoria única deroga: "d) De la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, los artículos 6, 7 y 8".

[87] Cfr., los artículos 45 a 54 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Su disposición derogatoria única se encarga de derogar: "a) Los artículos 9, 10, 11, 36, apartado 2, 39 y 40, párrafo segundo, de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social".

[88] Cfr., los artículos 30, 31, 32, 33 y 34 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

[89] Cfr., los artículos 114 y 115 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

[90] Cfr., los artículos 10 a 13 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

El grupo normativo regulador de la materia que tratamos se integró por un doble orden de normas: primero, en el aspecto sustantivo por los artículos 12 y siguientes de la Ley 8/1988 dada la remisión que la Ley General de Seguridad Social de 1994 hace al mencionado texto legal[91]; y, segundo, en el aspecto procedimental por el Real Decreto 396/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social[92].

El cuadro normativo se cerró momentáneamente con la sentencia del Tribunal Constitucional 195/1996, de 28 de noviembre (LA LEY 1997, 1.151-R)[93], que incide en la atribución competencial de la potestad sancionadora en el orden social. En atención a la misma, el Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1988, de 7 de abril, y, en consecuencia:

"1.º Declarar que el art. 47 de la Ley 8/1988 es conforme a la Constitución, si se interpreta en la forma efectuada por el fundamento jurídico 5.º y, por consiguiente, reconocer la competencia del País Vasco para sancionar las infracciones previstas en la Sección 1.ª del capítulo cuarto (arts. 26, 27 y 28 de la Ley), excepto la relativa al primer inciso del núm. 3 del art. 28 ("obtener o disfrutar indebidamente de exenciones, bonificaciones o reducciones en las cuotas de la Seguridad Social") que corresponde al Estado en virtud de su competencia sobre el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17).

2.º Declarar que los arts. 47 y 46.4 de la Ley son contrarios al orden constitucional de competencias en cuanto desconocen las de ejecución, que ostenta la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de Seguridad Social y en consecuencia,

a) La potestad para sancionar las infracciones previstas en los arts. 13; 14.1, núms 1, 2, 3 y 7; 16; 19; 20.1, 2, 3, 4, 6 y 7; 21.1, 4 y 5; 22; 23.1, 2, 3; 24.1 y 2; 29.1, 29.2.1; 30.1 y 2, corresponde al País Vasco.

b) Corresponde al Estado la potestad de sancionar las infracciones previstas en los arts. 14.1, núms. 4, 5 y 6; 15; 17; 18; 20.5 y 8; 21.2, 3 y 6; 23.4, 5 y 6; 24.3 y 4; 29.2, números 2, 3 y 4 y 29.3 en todos sus números y 30.3, en virtud de su competencia sobre régimen económico de la Seguridad Social.

[91] Cfr. artículos 96 y 232 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

[92] La disposición derogatoria única del Real Decreto 396/1996 derogó "el Decreto 1860/1975, de 10 de julio, por el que se aprueba el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social".

[93] BOE núm. 3, de 3 enero 1997 y su corrección de errores publicada en el BOE núm. 39, de 14 febrero 1997.

3.º Declarar contrario al orden constitucional de competencias el art. 39 en cuanto desconoce la del País Vasco en materia de ejecución laboral.

4.º Declarar contrarios al orden constitucional de competencias los núms. 1 y 2 del art. 42 de la Ley 8/1988 en cuanto desconoce las que ostenta el País Vasco, en orden a la ejecución en materia de Seguridad Social, en los términos establecidos en los fundamentos 13 y 14.

5.º Declarar que el art. 47.1, en relación con los arts. 43 y 45 de la Ley 8/1988, es contrario al orden constitucional de competencias, en cuanto desconoce las que corresponden al País Vasco en orden a la ejecución en materia laboral y de Seguridad Social.

6.º Declarar que las referencias a las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, contenidas en los arts. 1.2, 11.3, 36.1, 42.1, 46.4, 47.1, 48, 49 y 52 de la Ley 8/1988, en su redacción originaria, entendidas en los términos expuestos en el fundamento jurídico 16, no vulneran el orden constitucional de competencias.

7.º Desestimar el recurso en todo lo demás".

## X. LA SITUACIÓN ACTUAL

### 10.1. El procedimiento sancionador

La disposición adicional cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, proclama los principios rectores del procedimiento sancionador por infracciones en el orden social y de liquidación de cuotas de la Seguridad Social. Su disposición final única autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de dicha Ley.

En cumplimiento de dichas previsiones, se promulgará el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social[94].

En consecuencia, se mantiene la unificación normativa en el aspecto procedimiental que rige para todas las infracciones y sanciones en el orden social[95], cuya norma sigue vigente hasta nuestros días con leves modificaciones[96].

[94] Publicado en el BOE número 132 de 3 de junio de 1998; corrección de errores en el BOE número 151, de 25 de junio.

[95] Aunque la inspección en materia de trabajo de extranjeros se ejerce a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad, el procedimiento sancionador presenta algunas especialidades contempladas en el artículo 149 del Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería de 2005.

[96] En concreto, se han modificado los artículos 8.2, 11, 25.1 y 32.1, por el Real Decreto 103/2010, de 5 de febrero; y se añade un capítulo VIIII, por el Real Decreto 689/2005, de 10 de junio.

### 10.2. Las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social y empleo

La desmembración de la Ley 8/1988 se intentará atajar nuevamente por el legislador. En efecto, la disposición adicional primera de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, autorizó al Gobierno para elaborar, en el plazo de nueve meses desde su entrada en vigor, un texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, las siguientes disposiciones legales:

a) Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, modificada por Ley 22/1993, de 29 de diciembre; Ley 10/1994, de 19 de mayo; Ley 11/1994, de 19 de mayo; Ley 31/1995, de 8 de noviembre; Ley 13/1996, de 30 de diciembre; Ley 42/1997, de 14 de noviembre, y Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

b) Capítulo V (artículos 18 a 21) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

c) Título IV (artículos 93 a 97) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

d) Artículo 42, apartados 2.4 y 5, y artículos 45 a 52 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

e) Capítulo I del Título III (artículos 30 a 34) de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

f) Las disposiciones sobre infracciones y sanciones de orden social contenidas en las restantes leyes.

Fruto de esta remisión es el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que pretende unificar en un solo texto normativo todas las infracciones y sanciones en el orden social. Sin embargo, esta pretensión inicial no tiene lugar por la sencilla razón de que se deja al margen las infracciones en materia de trabajo de extranjeros. En efecto, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, de Extranjería había dejado bien claro cuáles eran las infracciones y sanciones en materia de trabajo de extranjeros en sus artículos 47 a 51 y, paradójicamente, el Real Decreto Legislativo 5/2000 mantiene las infracciones en materia de permisos de trabajo de extranjeros[97]. Las reformas posteriores de la Ley Orgánica 4/2000 confirmarán la existencia de un texto normativo que recoge

[97] La defectuosa técnica legislativa hizo que se dictasen normas internas aclaratorias. En concreto, la Dirección General de la Inspección de Trabajo dictó una Instrucción (101/2001) manifestando que a partir de 23 de enero de 2001, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, a las infracciones que se comprueben en las

este tipo de infracciones y sanciones[98], de modo que su régimen jurídico actual se contiene en el artículo 52, letras c), d) y e) para las infracciones leves; en el artículo 53.1 b) y 53.2 a) para las infracciones graves; y en el artículo 54.1, letras d) y f), para las infracciones muy graves, lo que se completa con el catálogo de sanciones establecidas en el artículo 55 de la citada Ley Orgánica 4/2000.

El problema mayor que asistimos hoy en día se centra la continua modificación a que se está sometiendo el texto regulador de las infracciones y sanciones en el orden social. Por lo que respecta a la materia que analizamos, los datos son contundentes; a saber:

Primero, la rúbrica de la subsección 1ª de la sección 3ª relativa a las infracciones en materia de empleo ha sido modificada por artículo 46.1 de Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Segundo, el artículo 14 dedicado a las infracciones leves de los empresarios, de las agencias de colocación y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional ocupacional y continua ha sido modificado parcialmente pues su apartado 4 se ha añadido por artículo 46.2 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Tercero, el artículo 15 dedicado a las infracciones graves de los empresarios, de las agencias de colocación y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional ocupacional y continua ha sido modificado parcialmente pues su apartado 6 se ha añadido por artículo 46.3 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Cuarto, el artículo 16 dedicado a las infracciones muy graves de los empresarios, de las agencias de colocación y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general y formación profesional ocupacional y continua ha experimentado cuatro modificaciones; en concreto: los apartados 3 y 4 han sido modificados por el artículo 5.4 de Ley 45/2002, de 12 diciembre; y los apartados 2 y 5 han sido modificados y añadidos por los artículos 41.3 y 46.4 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Quinto, la rúbrica de la subsección 2ª de la sección 3ª relativa a las infracciones de los trabajadores por cuenta ajena y propia en materia de em-

actuaciones que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social realice, en materia de trabajo de extranjeros se aplicarán los tipos establecidos en los artículos 52.c) y 53.b) cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y 54.1.d) cuando se trate de empresarios que contraten trabajadores por cuenta ajena sin permiso de trabajo.

[98] Reformas de la Ley Orgánica 4/2000 operadas, primero, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre y, segundo, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

pleo, ha sido modificada por el artículo 46.5 de Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Sexto, el artículo 17 dedicado a las infracciones de los trabajadores por cuenta ajena y propia ha experimentado cuatro modificaciones; en concreto: la rúbrica, el apartado 1.c), el apartado 2 y el apartado 3 han sido modificados por los artículos 46.6, 46.7 y 46.8 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Séptimo, el artículo 19 dedicado a las infracciones de las empresas usuarias ha sido modificado en dos ocasiones: el apartado 2, letra e) ha sido modificado por el artículo 14.3 de Ley 12/2001, de 9 julio; y el apartado 2, letra f) ha sido añadido por el artículo 12 de la Ley 54/2003, de 12 diciembre.

Octavo, la sección 5ª dedicada a las infracciones en materia de empresas de inserción ha sido añadida por la disposición final 1.3 de la Ley 44/2007, de 13 diciembre.

Noveno, el artículo 19 bis ha sido añadido por la disposición final 1.3 de la Ley 44/2007, de 13 diciembre.

Décimo, el artículo 21 dedicado a las infracciones leves de los empresarios, trabajadores por cuenta propia y asimilados ha experimentado tres variaciones: el apartado 1 se modifica por el artículo 35 de la Ley 24/2001, de 27 diciembre; el apartado 3 se modifica por el artículo 24.1 de de la Ley 52/2003, de 10 diciembre; y el apartado 6 se añade por el artículo 46.11 de Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Undécimo, el artículo 22 dedicado a las infracciones graves de los empresarios, trabajadores por cuenta propia y asimilados ha experimentado diez variaciones: los apartados 4, 5, 6, 7, 8 y 9 han sido renumerados por el artículo 24.5 de la Ley 52/2003, de 10 diciembre; los apartados 1 y 2 han sido modificados por los artículos 24.2 y 24.3 de la Ley 52/2003, de 10 diciembre; el apartado 10 ha sido modificado por el artículo 46.9 de Ley 62/2003, de 30 diciembre, y el apartado 3 se modificó con efectos de 1 de enero de 2009 y vigencia indefinida por la disposición final 8.1 de la Ley 2/2008, de 23 diciembre.

Duodécimo, el artículo 23 dedicado a las infracciones muy graves de los empresarios, trabajadores por cuenta propia y asimilados ha experimentado dos variaciones: el apartado 1.b) se modificó por el artículo 24.6 de la Ley 52/2003, de 10 diciembre; y el apartado 1. h) se añadió por artículo 46.10 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Decimotercero, el artículo 24 dedicado a las infracciones leves de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones se modificó una sola vez: el apartado 3 se añadió por el artículo 46.12 de Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Decimocuarto, el artículo 25 dedicado a las infracciones graves de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones se

modificó una sola vez: el apartado 4 se añadió por el artículo 46.13 de Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Decimoquinto, el artículo 26 dedicado a las infracciones muy graves de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones se modificó una sola vez: el apartado 4 se añadió por el artículo 46.14 de Ley 62/2003, de 30 diciembre.

Sin duda alguna, corresponde al legislador estatal elaborar la norma jurídica reguladora de las infracciones y sanciones en el orden social, pero hasta qué punto se cumple con el principio de seguridad jurídica ex artículo 9.3 de la Constitución cuando se somete un mismo texto normativo a una avalancha de reformas como la descrita. El problema queda, pues, abierto, siendo deseable una modificación mucho más sosegada de esta Ley que permita a los ciudadanos el conocimiento general del sistema de infracciones analizado, imprescindible en la materia sancionadora.

# Juan Manuel Méjica García

Letrado de la Administración de la Seguridad Social
Doctor, Profesor de Derecho de la Universidad de Oviedo


## LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS SANITARIOS DE LOS TRABAJADORES: UNA VISIÓN PRÁCTICA

### I. FIJACIÓN DEL PROBLEMA PRÁCTICO

La Constitución Española reconoce en su art. 18 el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; asimismo dice que la ley limitará el uso de la informática para garantizar los derechos arriba mencionados.

Por su parte, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, establece en su art. 1 la garantía por parte de los Estados miembros del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.

Y, más concretamente, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, tiene por objeto garantizar y proteger lo que concierne al tratamiento de los datos personales, libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar, estableciendo en su art. 7 que son datos especialmente protegidos los que hagan referencia "al origen racial, a la salud y a la vida sexual…". En su art. 10 dispone que el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto a los mismos y al deber de guardarlos.

Sobre estos presupuestos legales, resulta claro que todos aquellos que manejen información relativa a los ciudadanos tienen la obligación de velar por el cumplimiento de los derechos antes mencionados.

Se pergeñan aquí una serie de consideraciones sobre la compromisión de la intimidad y la confidencialidad en el ámbito de la salud laboral, habida cuenta de los conflictos que se plantean entre la protección de los datos sanitarios y la tutela de otros intereses legítimos.

## II. INTIMIDAD DEL TRABAJADOR Y CONTROL DE SUS DATOS SANITARIOS POR LOS EMPRESARIOS

En el ámbito del control de la salud de los trabajadores, el carácter especialmente sensible de la información manejada convierte a los datos clínicos en susceptibles de una especial protección, como expresamente reconoce el art. 7 de la vigente Ley de Protección de Datos Personales.

Ciertamente, resulta necesitado de especial protección lo relativo a la confidencialidad de los datos sanitarios en el ámbito de las relaciones laborales. Porque cuando es dado de alta el trabajador en la empresa se inicia su historia clínico-laboral, permanente y actualizada. De modo que el conjunto de todas ellas conforma el "mapa sanitario de la empresa", donde, además de las anotaciones o datos médicos y de control biológico, se hace constar una descripción detallada del puesto de trabajo y de sus riesgos y las medidas de prevención a adoptar. Esto es, se van a recoger todas las acciones de vigilancia de la salud que le atañen, comenzando por la "evaluación inicial", a través de la cual se conocen las condiciones de seguridad del empleado inmediatamente después de su incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con riesgos; evaluación que se repite periódicamente y que se actualiza cuando se producen modificaciones en las condiciones de trabajo[1].

Así, los datos incorporados a la historia clínica laboral, fruto de las diversas actuaciones de vigilancia sobre la salud de los trabajadores, merecen una protección especial tendente a garantizar la intimidad del operario, evitando en todo caso que la información contenida en aquella pueda conllevar efectos discriminatorios en el ejercicio profesional, imponiéndose al facultativo médico un especial deber de secreto profesional en relación con el empresario[2], el cual no será conocedor de los diagnósticos sino tan solo de aquellos complejos morbosos que puedan obligar a una adaptación profesional del trabajador como consecuencia de los riesgos sanitarios que asume, o bien de la adopción de especiales medidas de prevención por parte del empresario. De ahí que la vigilancia y control de la salud de los trabajadores encuentre un límite en el respeto "al derecho a la intimidad y dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda información relacionada con su estado de salud" (art. 22.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

Estamos en presencia de unos datos sanitarios que pese a ser recabados

[1] Sobre el particular, *vid.* ampliamente CARDONA RUBERT, B.: *Datos sanitarios y relaciones laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

[2] Puede verse en esta materia, JORGE BARREIRO, A.: "El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)", en *La Ley*, núm. 4038, de 15 de mayo de 1996, págs. 7 y 8.

en atención a unas finalidades legales insertas en una relación laboral, no por ello pierden su identidad de datos altamente sensibles, debiendo determinarse las situaciones en que los datos sanitarios puedan ser relevantes tanto en la constitución del trabajo como en el desarrollo de la vía laboral y, muy especialmente, los cauces previstos para su legítima utilización.

En este contexto, resulta claro que el médico del Servicio de Prevención de la empresa, propio o externalizado, es el profesional que está al servicio de la salud de los trabajadores previniendo situaciones de riesgo laboral[3]. Entre el trabajador y el médico debe existir la misma relación de confianza que preside la relación médico-paciente y ello exige la garantía de la confidencialidad del médico sobre todo aquello que conozca del trabajador, lo que es obvio cuando este acude primero de forma voluntaria y privada para someterse a pruebas o reconocimientos. Por otro lado, la normativa laboral ampara, como derecho de los trabajadores, el respeto de su intimidad (art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). Con la excepción de los datos que coloquen al trabajador en situación de riesgo para él o sus compañeros de trabajo, incluso determinadas situaciones, tales como alcoholismo, drogadicción, etc., se intentarán resolver de mutuo acuerdo con el trabajador antes de su comunicación oficial a la empresa. Pues no olvidemos que a pesar de la relación de confianza médico-paciente, aquel está ligado laboralmente con la empresa a fin de preservar la salud de los trabajadores previniendo riesgos derivados del trabajo.

En este punto, el art. 10 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales -en relación con el art. 21 de la Ley 14/1986, General de Sanidad- establece que el Servicio de Prevención colaborará con los Servicios de Atención Primaria de Salud y de Asistencia Sanitaria Especializada para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de enfermedades relacionadas con el trabajo, y con las Administraciones Sanitarias competentes en la actividad de salud laboral, siendo las unidades responsables de salud pública del Área de Salud, que define la Ley General de Sanidad, las competentes para la coordinación entre los servicios de prevención que actúen en ese Área y el sistema sanitario. Dicha coordinación será desarrollada por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

[3] Como es sabido, a tenor de la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, el personal perteneciente a los Servicios Médicos de Empresa se integrará en los Servicios de Prevención de las correspondientes empresas cuando se constituyeren dichos Servicios, sin perjuicio de que continuasen efectuando aquellas funciones que tuvieran atribuidas distintas de las propias de los Servicios de Prevención.

Sobre esta base, el Servicio de Prevención colaborará en las campañas sanitarias y epidemiológicas organizadas por las Administraciones Sanitarias. Además, el Servicio de Prevención colaborará con las autoridades sanitarias para proveer el Sistema de Información en Salud Laboral. El conjunto mínimo de datos de dicho sistema de información será establecido por el Ministerio de Sanidad y Política Social, previo acuerdo con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias podrán desarrollar el citado sistema de información sanitaria. A este orden, corresponde al personal sanitario del Servicio de Prevención realizar la vigilancia epidemiológica, efectuando las acciones necesarias para el mantenimiento del Sistema de Información Sanitaria en Salud Laboral en su ámbito de actuación.

Naturalmente, de efectuarse algún tratamiento de los "datos médicos" o de otro tipo de datos personales relativos a la salud, deberá hacerse conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (*ex* arts. 38 y 39) y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba el Reglamento regulador de la Ley de Protección de Datos, esto es, los datos médicos deben ser recogidos y procesados por profesionales sanitarios o por individuos u órganos que trabajen en representación de los profesionales sanitarios[4].

Bajo estas pautas, el art. 22.1 LPRL impone al empresario (incluidas todas las Administraciones Públicas) la obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, si bien supeditada la medida al consentimiento que voluntariamente preste al afectado. Reconocimientos que se convierten en obligatorios cuando sean imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador constituye un riesgo para él mismo, para otros trabajadores o para terceras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.

Como dijimos, se prevé que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. También

[4] Cfr. VEGA LÓPEZ, J.: "Intimidad del trabajador y tratamiento informatizado de diagnósticos médicos", en *El Derecho*, diario núm. 1270, de 11 de octubre de 2000.

se garantiza que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador[5].

La cuestión radica en que si, conforme dictamina el art. 10.1 de la Ley General de Sanidad, todo ciudadano tiene un derecho genérico a "la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público", y los citados reconocimientos se producen por orden del empresario para conocer su estado de salud y adoptar de esa forma las medidas preventivas que resulten necesarias, cómo resulta posible conciliar el derecho a la intimidad de cada trabajador y esta exteriorización que de su estado físico y patológico se va a producir, además de si resulta posible que terceros tengan igualmente acceso a la citada información.

A nuestro entender, se tratará de practicar los reconocimientos de forma individual, con carácter circunscrito a los riesgos laborales que justifiquen su imposición, salvo consentimiento expreso del trabajador, con rigurosa observancia de reserva de los datos obtenidos -lo que significa respeto del derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador e impone la confidencialidad de todos los datos relacionados con su estado de salud[6]- y, por supuesto, de cuantas reglas hayan de considerarse conformes a la

[5] En la actualidad se discute, incluso, acerca de la eventual obligación de informar sobre los resultados de un análisis genético que revele la predisposición (o seguridad) del trabajador a contraer en el futuro una enfermedad grave de origen genético, aunque la cuestión más debatida gira en torno a la obligatoriedad misma de tales pruebas.
Sobre el particular, el art. 4 de la Recomendación 5/97 prevé que los datos genéticos recogidos y procesados para el tratamiento preventivo, diagnóstico o el tratamiento del interesado o para la investigación científica, solo deben emplearse con esos fines o para permitir al afectado tomar una decisión libre e informada a este respecto.
Igualmente, el procesamiento de datos genéticos con fines judiciales o de investigación criminal debe ser objeto de una ley específica que ofrezca medidas de salvaguarda adecuadas. Los datos solo deben emplearse en el conjunto de pruebas aportadas, para prevenir un peligro concreto o para reprimir un delito específico. En ningún caso deben emplearse para determinar otras características que puedan ser establecidas genéticamente.
La recogida y procesamiento de datos genéticos con cualquier otro fin distinto de los previstos solo debe permitirse por razones de salud del afectado o de terceros. Sin embargo, puede permitirse la recogida y procesamiento de datos genéticos en orden a predecir enfermedades en los casos de que exista un interés superior y bajo la sujeción a las medidas de salvaguarda definidas por la ley.
Puede verse en esta materia, ALBIZURI GARCÍA, V. y LÍBANO ALONSO, A.: "Bancos de datos de ADN", Comunicación presentada al VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1999, 19 páginas.

[6] *Vid.* SÁNCHEZ PEGO, F. J.: "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", en *Actualidad Laboral*, núm. 2, 6 al 12 de enero de 1997, págs. 19 a 31.

deontología médica, pero teniendo en cuenta que tal actuación no es terapéutica, sino de preventiva laboral, lo cual determina, precisamente, una particular relevancia de todos los deberes y criterios comentados.

Evidentemente, solo el personal médico y las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores[7] podrán tener acceso a la información médica de carácter personal, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas, salvo consentimiento expreso del trabajador (así lo determina el art. 22.4 LPRL). El empresario y quienes asuman la responsabilidad en materia de prevención solamente pueden ser informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados referentes a la aptitud del trabajador para el desempeño de su trabajo o a la necesidad de introducir o mejorar medidas protectoras o preventivas. Por supuesto, el trabajador tiene derecho a conocer toda esta información, la cual no puede limitarse al suministro de un escueto informe en el que se le diga si su estado de salud se adecua o no a las exigencias de su puesto de trabajo o función por constituir un peligro para él u otros sujetos, ni tampoco si las condiciones de trabajo han afectado o no a su salud[8].

Consecuentemente, la prohibición para adentrase en este tipo de información no solo deriva de la prevalencia de la intimidad de los datos médicos estrictamente personales, sino que también abarcaría a las conclusiones recibidas por el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención en tanto que en virtud de la Ley 31/1995 se ha establecido un límite subjetivo al acceso.

En definitiva, en la normativa laboral de ámbito estatal se ha asegurado el derecho a la intimidad de los trabajadores, ya que el acceso a la información clínica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores -esto es, se impone el "secreto compartido" entre los profesionales sanitarios- sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Por eso, cuando son sometidos a los preceptivos exámenes de salud, la información que puede facilitarse al empleador debe expresarse únicamente en términos de aptitud para el trabajo, sin desvelar, en ningún caso, las características de

[7] Naturalmente, estas medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada (art. 22.2 de la Ley 31/1995).

[8] Aun más, en los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo hagan necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen (*ex* art. 22.5 de la Ley 31/1995).

la enfermedad ni otros aspectos conexos[9]. Y el incumplimiento de este deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores está tipificado como infracción muy grave por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (*ex* art. 48.5), sancionable con multas de diferentes cuantías (*ex* art. 49.4.c).

Desde luego, la obligada confidencialidad de los datos no será obstáculo para que los Servicios de Prevención proporcionen estadísticas sobre accidentes de trabajo, enfermedades profesionales o enfermedad común, a la dirección de la empresa, o a cualquier otro órgano de representación o participación de los trabajadores, siempre y cuando no contengan datos personales, o que sin contenerlos explícitamente permitan la averiguación o revelación de datos personales.

Por eso, los procesos de notificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como los procesos de notificación de enfermedades de declaración individualizada, se ajustarán a lo establecido en las normas que los regulan, garantizándose en todos los casos el derecho del trabajador al respeto a su intimidad personal, y con adopción de las medidas oportunas que garanticen la seguridad en la transmisión de la información.

Desde luego, la posibilidad de que los empresarios conozcan las historias sanitarias de sus trabajadores resulta un atentado contra los derechos fundamentales de estos, tal y como se denunció en el Congreso de los Diputados por la diputada Ángeles Maestro[10], con ocasión de la aprobación del Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, sobre gestión y control de la prestación económica por Incapacidad Temporal, por el cual, con la intención de evitar el fraude en los subsidios por incapacidad temporal, se cedió a las Mutuas la posibilidad de emitir propuestas de alta con la consiguiente extinción de la percepción del subsidio. Evidentemente, esto significa que a través de tales entidades colaboradoras, "que son pagadas por los empleadores", se podría acceder a las historias clínicas de los trabajadores[11].

Sentado lo anterior, el seguimiento de un problema de salud de un trabajador (p. ej., incapacidad temporal) comportará una comunicación a los responsables institucionales (responsable del ámbito o Servicio y Director

[9] En efecto, consideramos que los informes sobre capacidad y/o aptitud para el trabajo que el médico evaluador debe emitir al director o jefe de personal de la empresa reflejarán exclusivamente la capacidad para el trabajo en general o tarea en particular, así como las recomendaciones oportunas; no figurando, en ningún caso, el diagnóstico y otros datos clínicos del trabajador.

[10] Véase diario *El Mundo*, de 13 de septiembre de 1998.

[11] Por ello, se debe tener especial cuidado en relación con los accidentes de trabajo, especialmente con los resultados de las serologías para la determinación de VHB, VHC y VIH, las cuales deben realizarse en todo caso de forma anónima.

del Área de Recursos Humanos) de la situación y evolución del trabajador. Esta comunicación tiene que contar con la autorización del trabajador y su contenido debe limitarse a la implicación profesional o repercusión funcional que la enfermedad pueda tener, preservando siempre el derecho de intimidad del trabajador.

## III. SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE SALUD POR LAS MUTUAS. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL TRAS LA STC DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1999

En este mismo orden de cosas, se plantean las posibles limitaciones de las mutuas en el conocimiento de los diagnósticos médicos de los trabajadores/mutualistas afiliados (lo mismo, *mutatis mutandi*, se comentó de las empresas), muy en particular la posibilidad o imposibilidad de facilitar información clínica de estos sin su consentimiento en aquellos casos en que resultan parte interesada en un procedimiento de incapacidad o similar.

Efectivamente, distintas entidades pueden en el ejercicio de sus competencias recabar de los centros sanitarios el acceso a la historia clínica del trabajador o a determinados datos contenidos en la misma. Así, muy especialmente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), a efectos de reconocer las oportunas prestaciones económicas y/o asistenciales por incapacidad temporal (o permanente) y la correspondiente expedición del alta laboral a efectos económicos (cuya competencia está atribuida al INSS y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales como entidades colaboradoras en la gestión de las incapacidades), situación esta en la que ha de tenerse presente la regulación establecida en 1998 sobre la confección de los partes de IT de baja, confirmación y alta que han de ser remitidos al INSS (y/o mutuas), comprensivos del diagnóstico que motiva la incapacidad, produciéndose en tales supuestos -agravado en el caso de las mutuas- la cesión de datos sanitarios sin una finalidad asistencial y sin el consentimiento del paciente[12].

Señaladamente, la STC 202/1999, de 8 de noviembre de 1999[13], vino a declarar ilegítimo el tratamiento informático de diagnósticos médicos que venía desarrollando una Mutua en base a una teórica obligación legal que le venía impuesta como entidad colaboradora de la Seguridad Social. No

[12] Sobre el particular, *vid.* muy especialmente muestro trabajo *Sobre la protección de los datos médicos de los trabajadores en el ámbito de las Mutuas y de las empresas. Algunas reflexiones aplicativas de* lege data *y última jurisprudencia (STC de 8 de noviembre de 1999 y STS de 29 de mayo de 2001)*, que resultó acreedor del Premio Internacional "Luis Patricio Frescura y Candia", en su 3ª edición, convocado por la Asociación de Abogados Laboralistas de Paraguay, Asunción, República de Paraguay, octubre de 2009, 45 páginas.

[13] Cfr. *El Derecho*, núm. 1179, Ref. 99/33365.

ofrece dudas al TC que el fichero automatizado "no es un compendio de historiales clínico-sanitarios, esto es, de reseñas circunstanciadas de los datos y antecedentes relativos a la salud de los afectados, sino sencillamente una relación de partes de baja (…), en ellos se consignan las correspondientes fechas de baja y alta laboral, el motivo de la baja (enfermedad común o accidente laboral), los días durante los cuales se prolongó la situación de incapacidad temporal y el diagnóstico resultante", por lo que a pesar del esfuerzo argumental de la entidad, la base de datos "no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral…". Dicho esto, y teniendo presente que la concreta cuestión suscitada en dicho recurso de amparo se refiera a la conformidad o no con el art. 18 CE del tratamiento y conservación en soporte informático de los datos atinentes a la salud del trabajador, señala el TC que "la realización de dichas actividades prescindiendo del consentimiento expreso del afectado ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información". Consiguientemente, concluye el Alto Tribunal que "el tratamiento y conservación de un diagnóstico médico en la mencionada base de datos, sin mediar consentimiento expreso del afectado, incumple la garantía que para la protección de los derechos fundamentales se contiene en el art. 53 CE", [por lo que] "no puede ampararse en la existencia de un interés general (art. 7.3 LORTAD, y, por remisión, art. 10.11 LGSS), que justificaría la autorización por la ley, sin necesidad del consentimiento del trabajador".

Bajo tales premisas, y en palabras del propio Tribunal Constitucional, "no se trata [en este caso] de una medida de suyo ponderada y equilibrada, ya que de ella no se derivan más beneficios o ventajas para el interés general o para el interés empresarial que perjuicios sobre el invocado derecho a la intimidad". Por eso procede calificar como acertada la decisión del Alto Tribunal de conceder el amparo y ordenar la supresión de las referencias a los diagnósticos médicos contenidas en la base de datos de la empresa, en la medida en que "el expresado tratamiento informático -con vistas a su conservación- de los datos referidos a la salud de los trabajadores de que tenga conocimiento la empresa quiebra la aludida exigencia de nítida conexión entre la información personal que se recaba y el legítimo objetivo para el que fue solicitada".

En fin, como señala el Más Alto Tribunal, una vez que en los ficheros de la empresa existen datos que ya no tienen nada que ver con la prestación desempeñada por el trabajador o que han dejado de ajustarse a la finalidad para la cual fueron recabados, deben ser cancelados (art. 16 LOPD), pues de lo contrario quedaría incumplida la garantía que para la protección de los derechos fundamentales se establece en el art. 53 CE.

En esta misma línea, la STS, Sala 3.ª, de 29 de mayo de 2001, que res-

ponde a la demanda presentada por la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria contra el RD 1117/1998, de 5 de junio. Consideraba la recurrente que no hay razón que justifique la prevalencia del criterio del facultativo del INSS sobre el correspondiente Servicio Público de Salud al extender las propuestas de alta médica en procesos de incapacidad temporal; también denunciaba la "omisión de la previsión legal de establecimiento de mecanismos de garantías de confidencialidad en el tratamiento de los datos de diagnóstico de los pacientes" por los servicios médicos de la Entidad Gestora o de la Mutua colaboradora.

Constituye esta sentencia una interesante muestra de cómo los riesgos para la intimidad del trabajador no provienen exclusivamente del empresario, sino que cualquiera de los sujetos que en el desempeño normal de sus funciones tenga conocimiento de datos personales o de salud del trabajador puede convertirse en un potencial agresor de su privacidad, así los Servicios de Salud y, desde el RD 575/1997, también, las Mutuas.

Lo cual no significa que sea el trabajador el único con derecho a acceder a tales datos, pues -como es lógico- tal posibilidad queda abierta al personal médico que lleva a cabo el control de la salud de los trabajadores, quienes no podrán facilitarla al empresario o a otros órganos con responsabilidades en materia de prestaciones de Seguridad Social sin el consentimiento expreso del afectado (excluyendo -por tanto- el implícito o tácito, pues, dados los intereses en juego, no cabría presumir nunca su otorgamiento). Así, los autorizados a penetrar en el ámbito de la intimidad del trabajador/afiliado quedan, ya por ese hecho, obligados a seguir preservándola, vinculados por el secreto profesional y que es consecuencia necesaria de haber conocido un dato íntimo y secreto por naturaleza.

En la práctica, las declaraciones médicas de baja y alta, a efectos de la prestación económica por IT, van precedidas de un reconocimiento médico del trabajador para determinar objetivamente la incapacidad temporal para el trabajo habitual, para lo cual el médico está habilitado para solicitar del trabajador las informaciones que estime pertinentes para identificar la patología causante de la IT, informaciones que pasan a ser incluidas en los partes. Estos reconocimientos deben realizarse respetando el derecho a la intimidad y la dignidad del trabajador y ofreciendo garantías de que la confidencialidad de los datos relativos a su estado de salud será salvaguardada.

Evidentemente, cuando el Servicio de Salud a través de la Inspección Médica o el facultativo del INSS y, ahora, también los médicos de las mutuas, se limitan a revisar la situación del trabajador en el ejercicio de sus facultades de control, no hacen sino cumplir con las funciones que legalmente tienen atribuidas y, por tanto, resulta imposible calificar dicha actuación como una intromisión ilegítima en la privacidad del trabajador.

Otra cuestión bien distinta, partiendo de la legitimidad de las actuaciones de los órganos de la Seguridad Social en estos procesos, es si la forma de plasmar la información relativa a la dolencia incapacitante (el diagnóstico que justifica el alta) es necesaria y adecuada a la finalidad del parte médico de alta y si la misma supone una vulneración del derecho a la intimidad.

Pues bien, la Sala sentenciadora considera que está garantizado en tales casos el derecho a la protección de datos conforme a las normas generales, esto es, sin imponerse una protección adicional por vía reglamentaria y sectorial.

Bajo esta perspectiva, consideramos que en los partes de Incapacidad Temporal solamente deberá aparecer la enfermedad causante de la baja o en el caso del parte de alta médica la enfermedad que se manifiesta como resultado del reconocimiento médico.

Desde luego, no puede perderse de vista que son los propios organismos de la Seguridad Social los que deben tutelar los intereses de sus afiliados, respetando el derecho a la intimidad y salvaguardando la confidencialidad de los datos relativos a su estado de salud. Por eso cuidar los detalles en la cumplimentación de los modelos de partes médicos de baja, confirmación de baja y el parte médico de alta, asegurarse de la correcta entrega de los partes y sus copias al titular evitará desagradables situaciones, aunque ello vaya en perjuicio de la eficacia y celeridad que se demanda de las Administraciones. Porque cuando de datos de salud se trata, la privacidad e intimidad de los ciudadanos está por encima de las cuestiones de procedimiento y de trámite.

## IV. CONCLUSIONES CONCLUSIVAS

Desde luego, la idea-fuerza que se encuentra en la base de nuestro criterio es que resulta necesario el consentimiento del trabajador para el acceso a su historial de salud laboral, y ello porque prima siempre el derecho a la protección de la intimidad de sus datos sanitarios.

Aun así, la posibilidad de que nos encontremos ante "finalidades compatibles", permite en principio la cesión de datos sanitarios entre las Administraciones Públicas y, por ende, a los Institutos de la Seguridad Social. Cualidad que, insistimos, resulta muy dudoso que ostenten las mutuas, pues la autorización administrativa para obtener la condición de colaboradora no supone que estas entidades adquieran naturaleza de entidad pública, necesitándose así en relación con estas entidades colaboradoras una previsión legal que excepcione el consentimiento para tal cesión[14].

[14] En este sentido, *vid.* también J. VEGA LÓPEZ: "Intimidad del trabajador y tratamiento informatizado de diagnósticos médicos", en *El Derecho*, diario núm. 1270, de 11 de octubre de 2000, pág. 3.

Señaladamente, para el Tribunal Constitucional (STC de 8 de noviembre de 1999) el tratamiento y conservación en soporte informático de los datos atinentes a la salud de los trabajadores, prescindiendo de su consentimiento expreso, debe calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada que conculca el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información, en este caso de los propios trabajadores.

Y la misma orientación impresiona la doctrina jurisprudencial, si bien de manera algo desapercibida (STS de 29 de mayo de 2001), cuando acoge el criterio garantista de la confidencialidad en el tratamiento de los datos de diagnóstico de los pacientes en procesos de Incapacidad Temporal. Adicionalmente, ni los arts. 10.11 y 61 de la Ley General de Sanidad, ni los arts. 22 y 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ampararán el tratamiento de los datos de salud sin haberse obtenido al efecto el consentimiento libre, expreso e inequívoco de los trabajadores en la forma que se comentó.

En la práctica, teniendo en cuenta la posibilidad prevista en el art. 3.4 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, sobre la gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal, en virtud del cual, para garantizar la intimidad de los trabajadores pueden cifrarse los datos referentes a la salud mediante claves médicas, lo más adecuado sería que el facultativo responsable del diagnóstico médico tuviera una clave personal, no solo para acceder al tratamiento automatizado de los datos, sino también para poder cambiar o vigilar el estado de conservación de los mismos. Es más, el propio médico debería ser el encargado de proceder a realizar la siempre difícil distinción entre los datos estrictamente médicos y los datos administrativos, distinción esta de notable trascendencia, en tanto que los datos administrativos no disfrutan del mismo grado de confidencialidad que los sanitarios y son, además, estrictamente necesarios para la gestión de los expedientes que tramitan las Mutuas.

En definitiva, parece claro que al personal médico que actúa por cuenta de las mutuas o de los empresarios no le está permitido realizar indagaciones irrelevantes al objeto de comprobar el estado de la incapacidad temporal de los trabajadores; es decir, le está vedada cualquier intromisión en el conocimiento de los aspectos de la vida privada del trabajador que nada tengan que ver con tal verificación.

# José Moreno Pueyo

Letrado Jefe del Servicio jurídico del INSS de Vizcaya


## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LITIGIOSIDAD ENTRE MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES Y ENTIDADES GESTORAS.

La disposición adicional 8ª.1 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 ha añadido un nuevo apartado, el 4º, al art. 76 LGSS, del siguiente tenor:

*4. La caución o garantía que, en su caso, deban constituir las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como consecuencia de los recursos que las mismas planteen, tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa, contra las resoluciones de la Secretaría de Estado o de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, así como los gastos de cualquier orden que puedan derivarse de la impugnación de tales resoluciones, en ningún caso podrán ser financiados con cargo a recursos que formen parte del patrimonio de la Seguridad Social. Igual limitación será de aplicación respecto del abono del importe de las sanciones impuestas a las Mutuas por infracciones derivadas de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social.*

Dicha previsión legal suscita serias dudas sobre su verdadero alcance y no destaca precisamente por su rigor técnico. Ello es fruto de la adición que, en el paso del proyecto de ley por el Senado, se introdujo en la redacción originaria del precepto. Esta no contenía la referencia a las entidades gestoras de la Seguridad Social, por lo que la prohibición de disponer del patrimonio de la seguridad social afectaba a los procedimientos contra resoluciones del Secretario de Estado de la Seguridad Social, esto es, a las adoptadas por tal órgano en el ejercicio de sus competencias en materia de dirección, tutela, inspección y control que corresponden al Ministerio de Trabajo e Inmigración. Dichas resoluciones son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, tras el agotamiento de

la vía previa administrativa. Por ello, resulta coherente la referencia a las *cauciones y garantías que deban constituir las Mutuas*. Cauciones y garantías que tienen por objeto responder de los perjuicios que puedan derivarse de la suspensión del acto impugnado tanto en vía de reclamación administrativa como, en su caso, contencioso administrativa (art. 111 de la ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

Sin embargo, el legislador estimó oportuno introducir la referencia a las Entidades gestoras, de tal forma que cabe concluir que tampoco podrán impugnarse sus resoluciones por las mutuas con cargo al patrimonio de la seguridad social. Es cierto que tales impugnaciones no se sustancian ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino ante la social, puesto que las entidades gestoras (Instituto Nacional de la Seguridad Social e Instituto Social de la Marina) ostentan competencias en materia de gestión de prestaciones, y esta materia, como es sabido, se atribuye al orden social de la jurisdicción (art. 2.b de la ley de procedimiento laboral, RDleg 2/95, de 7 de abril). Por otra parte, no hay lugar para la constitución de cauciones o garantías de ningún tipo, en relación con los actos de las entidades gestoras que reconozcan prestaciones, que son ejecutivos desde que se dictan, sin que se contemple la posible suspensión de su ejecución, por ser incompatible con la naturaleza de los intereses en juego.

Ahora bien, siendo ello cierto, no lo es menos que el precepto comentado, al margen de la referencia a garantías, cauciones y jurisdicción contencioso administrativa, contiene una mención expresa a *los gastos de cualquier orden que puedan derivarse de la impugnación de tales resoluciones*. Y también parece razonable que algún efecto deba tener la referencia a las entidades gestoras, pues si se interpreta el precepto en el sentido de que se refiere a las impugnaciones ante la jurisdicción contencioso administrativa y ninguno de los actos de las entidades gestoras susceptibles de afectar a las mutuas es recurrible ante tal jurisdicción, la referencia legal a estas carecería de sentido.

Cabe apuntar que se procedió a dirigir consulta al ministerio por una mutua relevante por su implantación en el territorio nacional, sobre el alcance del precepto, obteniéndose respuesta del siguiente tenor:

*"Esta Dirección General considera más adecuada la interpretación contraria, según la cual, aún partiendo de ciertos defectos o falta de precisión técnica en la formulación legal, no puede dejarse vacía de contenido la mención que se efectúa de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, y, por tanto, se ha de considerar que lo previsto en el vigente artículo 76.4 de la Ley General de la seguridad Social afectará a todas las resoluciones emanadas de las mismas, cualquiera que sea la naturaleza de los recursos o reclamaciones previstas que procedan en vía administrativa y cualquiera que*

*sea el orden jurisdiccional (social o contencioso-administrativo) competente para su impugnación judicial".*

Esta respuesta se dirige a la Mutua que formuló la consulta pero no así al colectivo de mutuas o a AMAT en forma de instrucción o criterio de actuación. La mutua receptora y alguna más han adoptado el criterio de dejar de impugnar resoluciones de las entidades gestoras relativas al reconocimiento de prestaciones.

La aplicación literal del precepto supone que cualquier gasto derivado de la impugnación de las resoluciones del INSS o del ISM por parte de una mutua debe ser financiado por esta con cargo a su patrimonio histórico o, de ser este insuficiente o inexistente, con cargo a una derrama entre sus empresarios asociados. Solución, la primera, no satisfactoria para la entidad colaboradora, y la segunda, absolutamente impensable.

Como es conocido, los ingresos que las mutuas obtengan como consecuencia de las cuotas de accidentes de trabajo aportadas a las mismas por los empresarios a ellas asociados, así como los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de esta, en tanto que los bienes incorporados al patrimonio de las mutuas con anterioridad a 1-01-67 o durante el periodo comprendido entre esa fecha y el 31 de diciembre de 1975, siempre que en este último caso se trate de bienes que provengan del 20 por 100 del exceso de excedentes, así como los que procedan de recursos distintos de los que tengan su origen en cuotas de Seguridad Social, constituyen el patrimonio histórico de las mutuas, correspondiendo su propiedad a las mutuas, en cuanto asociaciones de empresarios. Patrimonio histórico afectado al fin social de la entidad.

Con independencia de cuál sea finalmente el alcance que se otorgue al precepto a través de su interpretación en los ámbitos administrativo y, en su caso, judicial, parece oportuno, al hilo del mismo, proceder a alguna reflexión sobre la litigiosidad promovida por las mutuas. Lo primero que cabe apuntar es que nunca se ha puesto en cuestión la legitimación de la entidad colaboradora para impugnar las resoluciones de la gestora. Tampoco el precepto objeto de comentario la cuestiona, siempre y cuando tal actuación no lo sea a costa del patrimonio de la Seguridad Social. Ello autoriza a plantearse lo siguiente: ¿Cabe entender que la tesis del nuevo precepto es que no habría legitimación si los recursos de impugnante e impugnado se integran en un mismo patrimonio, el patrimonio único de la Seguridad Social?

Traeremos a colación la reciente sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 4 de junio de 2008 (nº de recurso 36/2005) que, si bien no se refiere al supuesto analizado, contiene precisiones que pueden ser trasladadas al mismo. Lo que se discute en el procedimiento seguido ante la Audiencia Nacional es la legitimación de la

Tesorería General de la Seguridad Social para instar contra el Estado reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento, anormal en el caso concreto, de la Administración de justicia. En lo que ahora interesa, la Administración del estado alega que la Tesorería carece de legitimación para entablar una acción de responsabilidad patrimonial contra ella, porque forma parte de la misma.

Recuerda la Audiencia Nacional la sentencia del TS, de 14 de octubre de 1994 que admite la legitimación de las distintas administraciones públicas cuando una de ellas sufre una lesión en sus bienes o derechos consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos prestados por otra. Ello por más que el art. 139 de la Ley 30/92 refiera a los *particulares* el derecho a ser indemnizados por las lesiones que les infieran las Administraciones Públicas en sus bienes y derechos. Despejada esta primera duda, la Audiencia Nacional entra a analizar si un organismo autónomo tiene legitimación activa para reclamar contra la Administración Pública de la que depende. La respuesta positiva viene precedida de las siguientes consideraciones:

a) La TGSS tiene personalidad jurídica propia y patrimonio independiente.

b) La legitimación activa en sede contencioso-administrativa (art. 19.g LRJCA) a favor de una Entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones *que afecten al ámbito de sus fines* no desaparece frente a la Administración Pública de la que depende salvo cuando actúe por delegación de la misma.

c) Al igual que los actos de los organismos públicos vinculados a una Administración Pública son imputables a ellos mismos y no a la Administración Pública matriz (salvo en el caso de delegación de competencias o en el de acción administrativa concurrente), la diferente imputación jurídica entre los actos de ambas Administraciones Públicas y de la responsabilidad por los hechos y actos que realicen no solo opera frente a terceros, sino en las relaciones jurídicas que ellas mismas entablen.

d) La responsabilidad patrimonial de los entes instrumentales no se ha transmitido a la Administración a la que aparecen adscritos, de modo que en aquellas entidades que no solo tienen personalidad jurídica propia sino verdadera autonomía de gestión y patrimonial, los daños producidos por ellas en relación con particulares o con otras administraciones públicas deben residenciarse con cargo a su propio patrimonio que se vería mermado para la gestión de los intereses públicos que le ha sido encomendada de forma separada cuando sufra un daño imputable no solo a otra Administración Pública territorial sino también en relación con la Administración pública a la que aparece adscrita.

Hasta aquí, la sentencia de la Audiencia Nacional. En el supuesto que nos ocupa, en una primera aproximación, podría afirmarse que estamos ante entidades con personalidad jurídica propia, no vinculadas la una a la otra, cuyos recursos se integran en un patrimonio común. Por lo que se refiere a la vinculación entre entidad gestora y mutua, de acuerdo con la literalidad de las normas que integran el ordenamiento de seguridad social, podría entenderse que, sin desconocer el carácter público de la primera y el privado de la segunda y la diferencia, al menos formal, de rango que se deduce de los calificativos *gestora* y *colaboradora,* ambas, gestora y colaboradora se encontrarían sujetas a la tutela del Ministerio de Trabajo e inmigración, subordinadas, por tanto, al mismo, pero no entre sí, ordenándose sus relaciones recíprocas en función de las competencias legales a cada una atribuidas. Sin embargo, como es conocido, con ocasión de los conflictos suscitados en torno a la determinación de la contingencia rectora de los procesos de incapacidad temporal, la Sala IV del Tribunal Supremo ha resaltado el papel rector del INSS, por su condición de Entidad Gestora con competencias genéricas en materia de gestión de las prestaciones económicas del Sistema, frente al papel auxiliar de las mutuas, colaboradoras en tal cometido (sentencias de sala general, dos, de 26 de enero de 1998, seguidas de otras muchas).

En definitiva, en orden a la legitimación de la mutua para impugnar resoluciones del INSS nos encontraríamos con que puede afirmarse la existencia de una cierta vinculación de la Mutua en relación al INSS y, además, con la configuración del patrimonio de la seguridad social como único. Desde esta perspectiva, como se ha podido constatar mediante el análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional, la vinculación entre entidades afectadas no obsta a la legitimación cuando se puede identificar un interés legítimo. La cuestión, pues, se centra en analizar si el hecho de que el patrimonio de la Seguridad Social sea único, cierra la vía a la impugnación, priva de legitimación a la mutua para combatir las resoluciones de la Entidad Gestora.

La respuesta tiene que ser negativa. Ciertamente, el patrimonio de la Seguridad Social es único, pero ello no quita para que la mutua deba actuar sus competencias y asumir sus obligaciones con cargo a un **presupuesto** cuya partida de ingresos se forma, sustancialmente, con las cotizaciones correspondientes a sus empresas asociadas, previéndose en la normativa reguladora de su régimen jurídico, muy negativas consecuencias en el caso de desequilibrios presupuestarios (necesidad de proceder a derramas a cargo de sus empresas asociadas, adopción de medidas cautelares a cargo del ministerio, disolución, fusión o absorción de la entidad, en casos extremos…). Así las cosas, es innegable el interés legítimo de la mutua de no ver grabado su presupuesto con la obligación de ingresar el capital coste de una

prestación reconocida por el INSS y que la mutua entiende indebida. Es muy ilustrativa, al respecto, la previsión del art. 71 del Reglamento general de recaudación (RD 1415 2004, de 11 de junio) a cuyo tenor, anulada o reducida por sentencia firme la responsabilidad de la mutua declarada por resolución administrativa, tendrá derecho a la devolución de todo o parte del capital coste de la prestación o del capital ingresado, más recargos e intereses, sin detracción de lo abonado al beneficiario, que se reintegrará a la Mutua con cargo al presupuesto de la Entidad Gestora en tanto que el capital coste no consumido es devuelto con cargo al presupuesto de la Tesorería, cuando esta lo hubiera percibido.

Llegados a este punto, cabe establecer las siguientes conclusiones:

1ª) No cabe cuestionar la legitimidad de las mutuas para impugnar las resoluciones de las entidades gestoras que les afecten, por imputarles responsabilidad en materia de prestaciones asumidas por aquellas. Significadamente, resoluciones del INSS reconociendo prestaciones por incapacidad permanente o determinando la contingencia profesional de procesos de incapacidad temporal.

2ª) La interpretación literal y estricta de la DA 8ª.1 LPGE 2008, al forzar a las mutuas a financiar sus acciones impugnatorias con cargo a su patrimonio histórico, podría llevar a una situación no satisfactoria para la propia entidad gestora: la inacción de las mutuas ante resoluciones claramente erróneas, con el consiguiente perjuicio para el sistema resultante de la imposibilidad de corrección del error, ya en vía administrativa o bien en el ámbito jurisdiccional.

3ª) Los conflictos entre entidades gestoras y colaboradoras deben ser reconducidos por cauces distintos al litigioso, de tal manera que se restrinja el acceso a la jurisdicción a los casos indispensables. Probablemente obedezca a este propósito la comisión de litigiosidad constituida en la Subdirección General de Ordenación de las Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social y de la que forman parte AMAT y representantes del ministerio.

AMAT ha elaborado un borrador en el que se tipifican y describen los procedimientos judiciales en los que intervienen las mutuas a partir del cual es posible apuntar soluciones o propuestas para reducir los procedimientos instados por las entidades colaboradoras.

En este ámbito, los servicios jurídicos de las entidades gestoras tienen mucho que decir, tanto en la fase previa de estudio y análisis como en la de implantación de procedimientos encaminados al logro del objetivo apuntado: reconducir de manera sustancial los conflictos entre entidades gestoras y colaboradoras por cauces distintos al litigioso.

# Mª de los Ángeles Rodríguez Menéndez

Directora del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social


## ORIGEN, EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PRESTACIONES DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

El origen de la prestación de riesgo durante el embarazo y prestación de riesgo durante la lactancia natural lo encontramos el la **Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992,** relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Considera la directiva como grupo especialmente sensible a determinados riesgos a la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o que esté en periodo de lactancia, por lo que acuerda que:

La Comisión, en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad y la salud en el trabajo, debe establecer las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos o biológicos, así como los procedimientos industriales que ponen en peligro la salud y la seguridad de las trabajadoras. Dichas directrices se refieren asimismo a los movimientos y las posturas, la fatiga mental y física y las demás cargas físicas y mentales.

Estas directrices servirán de guía para la evaluación de los riesgos. Así pues, para toda actividad que pueda presentar un riesgo, el empresario o los servicios de protección y prevención deben determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras con el fin de poder apreciar cualquier riesgo y determinar las medidas que deban adoptarse. Los resultados de la evaluación se comunican a las trabajadoras, así como todas las medidas relativas a la salud y la seguridad en el trabajo.

A efectos de esta evaluación específica de riesgos, la Directiva 92/85 ofrece una lista no cerrada de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden suponer un riesgo para la salud y seguridad de la mujer embarazada o en periodo de lactancia natural, así como para el feto o el lactante (Anexo I), y que deben de ser especialmente valorados si confluyen en un puesto ocupado por un trabajador especialmente sensible.

Conforme a la Directiva 92/95, el empresario, tras conocer que una trabajadora está embarazada, a dado a luz o está en periodo de lactancia, y una vez realizada la evaluación de los riesgos debe:

**INFORMAR DE LOS RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN ESPECÍFICA DE RIESGOS:**

Cuando la evaluación revele la existencia de cualquier riesgo para la seguridad o salud de la trabajadora, el empresario debe informar de ello a las trabajadoras y a los representantes de los trabajadores. Así mismo, la empresa también está obligada a comunicar a los trabajadores y a sus representantes qué medidas se van a adoptar para evitar que las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia se vean expuestas a los riesgos que puedan causarles daño.

**Adopción de medidas para actividades no prohibidas**, que consistirán:

- Adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o tiempo de trabajo no resulta técnica y/o objetivamente posible, o no son exigibles por motivos debidamente justificados, el empresario:

- Tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo.

Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/o objetivamente posible, o no es exigible por motivos debidamente justificados, el empresario:

-Deberá dispensar de trabajo a la trabajadora afectada durante el periodo necesario para la protección de su seguridad y salud.

**Adopción de medidas para actividades prohibidas**:

La trabajadora embarazada no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación específica supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos y a las condiciones de trabajo enumeradas en el anexo II, sección A, y, en el caso de las trabajadoras en período de lactancia, a las condiciones enumeradas en el anexo II, sección B. (En la actualidad estos listados están recogidos en la legislación española en el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo).

**Trabajo nocturno**: La Directiva aconseja a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para que las trabajadoras no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo y durante un

período consecutivo al parto, a reserva de la presentación de un certificado médico. Dichas medidas deben incluir la posibilidad del traslado a un trabajo diurno o, cuando dicho traslado no sea posible, una dispensa de trabajo o una prolongación del permiso de maternidad.

Destacar que la directiva solo recoge estas medidas para que las trabajadoras no realicen trabajos nocturnos durante el periodo de embarazo y durante el periodo consecutivo al parto sin considerarlas necesarias para las trabajadoras en periodo de lactancia.

Posteriormente, la **ley 31/95 de 8 de noviembre, Ley de Prevención de Riesgos Laborale**s, transpone al Derecho español la citada Directiva y recoge en su artículo 26, Protección de la maternidad, casi literalmente el contenido de la Directiva con algunas novedades:

La primera es que incluye (en el párrafo 1 del artículo) no solo, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno sino también el trabajo a turnos y no solo para la trabajadora en periodo de riesgo durante el embarazo, o periodo inmediatamente posterior a parto, sino para la trabajadora en periodo de lactancia.

Además da un paso más respecto a la directiva al autorizar al empresario la posibilidad (como medida) de que en el supuesto de que no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o a categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

Sin embargo, da un paso menos recortando derechos que se recogían en la directiva, ya que el artículo 26 no recoge la medida última de la misma de poder dispensar a la trabajadora de realizar la actividad, es decir, no recoge la posibilidad de suspender el contrato y es claro, en 1995 en España no había dentro del sistema de la seguridad social ninguna prestación que cubriera ese periodo, donde existiendo riesgo también existiera imposibilidad del empresario de cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo, por lo que no sería justo que fuera la trabajadora la que no percibiera el salario durante la dispensa de la actividad ni tampoco lo sería que el empresario abonara el salario sin percibir la contraprestación del trabajo a cambio, por lo que se optó por no tomar dicha medida.

Es posteriormente, con la Ley **39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras** con la que se introduce en la legislación española la prestación del riesgo durante el embarazo, recogiendo así la medida última de la Directiva comunitaria de poder dispensar a la trabajadora de trabajar.

Llama la atención que la prestación de riesgo durante el embarazo, que tiene como finalidad la seguridad y salud de la trabajadora y la del feto durante los distintos momentos de la gestación, se introduzca en la

legislación española a través de ley de conciliación familiar y laboral porque el objeto de la ley entiendo no coincide con el objeto mismo de la prestación que no es, sino como hemos dicho, la seguridad y salud de la trabajadora y la del feto. Efectivamente, si lo que se pretende es la conciliación de la mujer trabajadora con la vida laboral, la misma se conseguiría si se ampliara el periodo de la baja por maternidad. En la actualidad hay una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva **92/85/CEE** del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia [**COM(2008) 637** final -no publicada en el Diario Oficial], en la que se propone que se amplíe el permiso de maternidad mínimo de 14 semanas que recogía la directiva 92/85 a 18 semanas, lo que supondría una mejora en la conciliación familiar, pero por ahora es una mera propuesta.

Hay que destacar además que esta ley solo introduce en nuestra legislación la prestación de riesgo durante el embarazo por lo que hasta la Ley orgánica 3/2007, (que luego veremos y que crea la prestación de riesgo durante la lactancia natural), en el sistema español existía desde el 1999 al 2007 la prestación de riesgo durante el embarazo y las medidas de seguridad e higiene sin posibilidad de dispensar a la trabajadora de trabajar durante el periodo de lactancia natural, por lo que el contenido de la Directiva no estaba completo, lo que demuestra también que efectivamente no es el mismo riesgo el que sufre la trabajadora durante el embarazo que el que sufre durante la lactancia, pues de ser el mismo no se entendería que no se hubiera introducido en España a través de la misma Ley 39/99 la prestación de riesgo durante la lactancia natural.

**La Ley 39/1999 introduce a través de la inclusión del apartado 5 en el artículo 48 del Estatuto de los trabajadores** la suspensión con reserva de puesto de trabajo en el supuesto de riesgo durante el embarazo, la cual finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

Esta Ley 39/99, en el capítulo III, modifica la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales añadiendo el siguiente párrafo al apartado 2 del artículo 26: *"Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales..."*.

La inclusión de este párrafo tiene mucha importancia pues pasan de ser unas medidas de seguridad e higiene en el trabajo entre el empresario y la trabajadora, a ser una prestación por lo que aparece una tercera entidad, distinta al empresario y la trabajadora, la entidad gestora o colaboradora, mutuas, (dependiendo de quien cubra las contingencias profesionales de la empresa), que en caso de suspensión del contrato van a ser las que van a abonar la prestación durante el tiempo que exista el riesgo, por lo que es necesario que esos riesgos sean certificados por sus servicios médicos; por cierto, que es lo mismo que ocurre en las prestaciones sobre invalidez, pues no solo basta con que los médicos de los servicios públicos consideren que el trabajador no puede trabajar sino que es necesario que dicha limitación sea fijada por los médicos del equipo de valoración para el reconocimiento de la prestación de incapacidad; pues para esta prestación ocurre igual, no basta con que los servicios de prevención de las empresas certifiquen la existencias de los riesgos durante el embarazo sino que es necesario que los médicos del INSS o de las mutuas certifiquen que las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto que al fin y al cabo van a ser las que van a abonar la prestación, y así se recoge en la sentencia de 11 de noviembre de 2009, del **Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social**), Sentencia núm. 1731/2009 de 11 noviembre (AS 2009\2600):

*" En el supuesto que nos ocupa, y a pesar de que en efecto la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada hace mención a problemas organizativos dentro del servicio de urgencias de adscripción y destino de la interesada, problemas que incluían la eventual imposibilidad de adaptar el puesto o de destinar a otro a la solicitante, tales consideraciones se tornan completamente secundarias, desde el momento en que no concurre la premisa antes señalada, esto es, que el correspondiente servicio del INSS haya objetivado en el puesto de trabajo del que se trata, riesgos que pudieran incidir en la salud de la madre o de su hijo. Por el contrario, los hechos probados de la sentencia recurrida informan de que el servicio en cuestión es terminante, y concluye que no existe "riesgo específico para la lactancia por no ser considerado el trabajo de la actora como actividad de riesgo", y en consecuencia no entran en juego las obligaciones de adaptar el puesto o cambiar de adscripción a la interesada, cuya imposibilidad llevaría aparejada la suspensión de la relación inter partes.*

*En conclusión, no concurren los requisitos legales necesarios para causar derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural, y al entenderlo así la juzgadora de instancia procede la desestimación del recurso interpuesto y la correlativa confirmación de la sentencia impugnada*.

La ley 39/99 añade el apartado 3 del artículo 26: "*Si dicho cambio de*

*puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado*."

Este párrafo supone reconocer el derecho a la suspensión del contrato durante la existencia del riesgo lo que significa que por primera vez en España se crea la prestación de riesgo durante el embarazo con la finalidad de proteger la salud de la mujer trabajadora embarazada dentro del sistema de acción protectora de la Seguridad Social.

La creación de esta nueva prestación la realiza la ley 39/1999 modificando el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, añadiendo el artículo 134, que define la situación protegida de la prestación, siendo esta el *período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.*

El artículo 135 regula la prestación económica que se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de **enfermedad común**, sin más particularidades que las previstas en los siguientes apartados.

La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 75 % de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

La prestación económica por riesgo durante el embarazo se gestionará directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social siguiendo el procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Posteriormente, el Real Decreto 1251/2001, de 16 noviembre, regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo regulándose con detalle el procedimiento y actuaciones precisas para el reconocimiento del derecho al subsidio".

Dicho Real Decreto añade como novedad *que no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté*

*relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado.*

Recoge este Real Decreto, en su artículo 21, el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación de riesgo durante el embarazo, (ya que la prestación de riesgo durante la lactancia natural aparece recogida por primera vez en la Ley 3/2007) que se iniciará a instancia de la trabajadora, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la Entidad gestora de la provincia en que tenga su domicilio la interesada.

Expresamente, las solicitudes deberán contener la fecha de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, los datos relativos a la actividad desempeñada por la trabajadora afectada, su categoría profesional y función y descripción del trabajo concreto que realizase, así como el riesgo específico que presenta para el embarazo.

A la solicitud deberán acompañarse preceptivamente los documentos siguientes:

a) Informe médico del facultativo del Instituto Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente que recoja el estado de gestación de la trabajadora.

Se requiere también (como se exige en el artículo 26 de la 31/95) la **certificación médica expedida por los Servicios médicos de la Entidad Gestora correspondiente o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que cubra la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, en la que se acredite la situación de embarazo y que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud y/o en la del feto**.

b) Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora, con el informe sobre este particular emitido por el servicio de prevención propio de la empresa siempre que cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, por la entidad especializada que desarrolle para la empresa, en base al correspondiente concierto, las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos en cuanto a la vigilancia de la salud, o por el responsable de prevención, designado por la empresa, con la cualificación o acreditación suficiente para esa tarea.

A la vista de la documentación presentada, y una vez comprobados todos los requisitos exigidos para acceder al subsidio, el director provincial de la entidad gestora respectiva dictará resolución expresa y la notificará, en el plazo de treinta días, en orden al reconocimiento del derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo**.**

Este Real Decreto ha sido derogado en su totalidad por el Real Decreto

295/09, y se ha producido un cambio importante en la tramitación que posteriormente veremos.

**La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ley 3/2007 de 23 de marzo**, introduce por primera vez la prestación durante el riesgo durante la lactancia natural, quizás el motivo que pudiera justificar la aparición de esta la prestación a través de esta ley de igualdad sea que un tratamiento inadecuado del riesgo laboral durante el embarazo, o en el periodo de lactancia natural, podría ser abordado, atendiendo al artículo 8 de la Ley, como una discriminación directa por razón de sexo.

Esta ley, en primer lugar, modifica la contingencia tanto de la prestación a riesgo durante el embarazo como la de riesgo durante la lactancia natural que pasa de ser contingencia común a contingencia profesional con lo que esto supone que se ha eliminado la exigencia de cumplimiento de un periodo previo de cotización para su obtención, sino solo estar en alta y al corriente en el pago de las cuotas, y que la prestación pasa de se el 75% de la base reguladora al 100% de la base reguladora aplicable a las contingencias profesionales.

Además, la ley supone la introducción de la prestación de riesgo durante la lactancia natural dentro del sistema de acción social de la Seguridad Social.

Llama la atención que estas modificaciones la realiza la ley a través de sus Disposiciones Adicionales modificando las correspondientes leyes; así, la **Disposición adicional 11ª** modifica la **Ley del Estatuto de los Trabajadores** como sigue:

*"El contrato de trabajo podrá suspenderse por riesgo durante la lactancia natural de un hijo menor de 9 meses"*. (Art. 45.1.d ET).

La **Disposición adicional 12ª** modifica el párrafo primero del apartado 2 y 4 del **artículo 26 de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales** que quedan la siguiente manera:

*"Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo".*

La **Disposición adicional 18ª** modifica el **texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio**, que queda modificado como sigue:

La acción protectora de la Seguridad Social comprenderá el riesgo du-

rante la lactancia. (Modificación del art. 38.1c LGSS):

*"A efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia, se considerará situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo por no resultar posible el cambio de puesto, según art. 26.4 de la LPRL"*. (Nuevo art. 135bis a la LGSS)

*"La prestación económica en el supuesto de riesgo durante la lactancia será la misma que para el riesgo durante el embarazo, es decir, un 100 % de la base reguladora correspondiente. Se extinguirá al cumplir el hijo 9 meses si no existe reincorporación previa"*. (Nuevo art.135ter a la LGSS)

*"La obligación de cotizar continuará en la situación de riesgo durante la lactancia*". (Modificación del art. 106.4 LGSS)

*"Las cuotas correspondientes a la situación de riesgo durante la lactancia serán computables a efectos de los distintos periodos previos de cotización exigidos para el derecho de prestaciones"*. (Modificación del art. 124.3 LGSS).

**Por tanto, en la actualidad, y desde 2007, se recogen dentro de la acción protectora de la seguridad social las dos prestaciones, la de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, estando regulado su régimen jurídico por el Real Decreto 295/09 de 6 de marzo; este Real Decreto ha derogado en su totalidad al Real Decreto 1251/01.**

En primer lugar, es de destacar del Real Decreto 295/09 de 6 de marzo su **Disposición Adicional 3ª** que prevé la elaboración de guías, por parte del Ministerio de Trabajo e Inmigración, con el fin de:

-Valorar homogéneamente la existencia de los riesgos durante el embarazo y durante la lactancia natural.

-En las que se definan los riesgos que pueden derivar del puesto de trabajo.

-En las que se recogerá una relación no exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir de forma negativa en la salud de las trabajadoras o del feto, en caso de embarazo, y en la de la madre o en la del hijo, en supuestos de lactancia natural.

Estas guías serán una solución para filtrar las solicitudes de estas prestaciones, si bien llama la atención que la prestación del riesgo durante el embarazo apareciera por primera vez en España por la Ley 39/1999 y sea un real decreto diez años más tarde, 295/ 2009, el que recoja la necesidad de realizar esas guías que definan los riesgos que pueden derivar del puesto de trabajo. Destacar que hasta la fecha se han publicado varias guías y, a falta de la que realice el Ministerio, son las que están utilizando, entre otras bases científicas, los equipos de valoración de las entidades gestoras para la evaluación de los riesgos. (Parece ser que el Ministerio esta en ello y que en breve plazo se publicará).

Este Real Decreto supone una novedad en cuanto al procedimiento para el reconocimiento del derecho de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural respecto al procedimiento recogido en el artículo 21 del Real Decreto 1251/2001) y ello porque en la actualidad la trabajadora, con un informe del facultativo del Servicio Público de Salud (ginecólogo que acreditará la situación de embarazo y la fecha probable del parto o del pediatra recogiendo la lactancia natural del niño) y un certificado de la empresa, solo, sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, **solicitará la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda.**

En el caso que la entidad gestora o colaboradora considere que no se produce la situación de riesgo durante el embarazo, o durante la lactancia natural, denegará la expedición de la certificación médica a la que se refiere el párrafo anterior, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación.

Esto supone que queda solo en manos de los servicios médicos del INSS o de las mutuas la posibilidad de tramitar o no la prestación, pues si ellos entienden de conformidad al artículo 26 de la ley de prevención de riesgos laborales, que las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto o la mujer en período de lactancia natural, se procederá a emitir el certificado médico y, por tanto, la trabajadora podrá iniciar la solicitud de la prestación, pero si por el contrario ellos entienden que las condiciones del puesto no influyen negativamente en la mujer embarazada, el feto o en la mujer en periodo de lactancia natural, los servicios médicos no emitirán el correspondiente certificado, sin el cual la empresa no puede proceder a suspender el contrato a pesar de que sus unidades de prevención entiendan lo contrario. Como sabemos, la situación protegida de estas prestaciones son la suspensión del contrato durante la existencia del riesgo tanto durante el embarazo como durante la lactancia natural, por tanto, si el contrato no se ha suspendido no hay situación protegida, no hay posibilidad de reconocimiento de la prestación.

Pero es más, es que incluso el Real Decreto va más allá ( supone una novedad con respecto a la regulación anterior del procedimiento ) y no es que no se pueda reconocer la prestación porque no haya suspensión del contrato, es que se recoge expresamente que si no se emite el certificado, la entidad gestora o colaboradora comunicará a la trabajadora que no cabe iniciar la solicitud de la prestación.

En estos casos, ¿qué puede hacer la trabajadora ante esta situación?

Entiendo que podrá reclamar en vía administrativa, como posteriormente en vía judicial, la emisión del certificado, que se considerará positivo, es decir que sí puede afectar a la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia los riesgos en su trabajo, pero hasta el momento que lo consiga, (si es que procede) han transcurrido el tiempo necesario para que expire el plazo de riesgo durante el embarazo y el plazo de lactancia natural que, recordemos, es desde que se agota el periodo de maternidad (16 semanas, en la Comunidad autónoma andaluza; la Junta le concede cuatro semanas más de descanso a sus trabajadoras) hasta el plazo máximo, que el niño cumpla nueve meses; por lo tanto, una vez que la trabajadora ha obtenido el certificado y pueda a partir de ese momento solicitar la prestación, la prestación en sí quedará denegada porque falta (como ya se comentó anteriormente) la situación protegida de suspensión del contrato, pues la empresa, reitero, no puede suspender el contrato hasta que no se emita el referido certificado. Por tanto, la trabajadora en estos casos podrá, si así lo entiende, reclamar indemnización por daños y perjuicios pero nunca obtendrá el abono de la prestación.

En definitiva, parece que el legislador trata de filtrar las solicitudes a estas prestaciones que por su condiciones, la no necesidad de carencia y su cuantía 100 % de la base reguladora, pueden dar lugar a que para determinados colectivos (señalar que los colectivos que hacen uso de estas prestaciones son personal sanitario, compañías aéreas y personal de grandes superficies) sea una vía para aumentar el periodo maternal y no podemos olvidar que estas prestaciones no son el objetivo a alcanzar por las trabajadoras durante el embarazo o lactancia, sino que es la última medida a adoptar una vez que el empresario haya realizado todo lo posible por adaptar su puesto o incluso cambiarla de puesto o categoría.

Es decir, la finalidad de la directiva y de las leyes de conciliación familiar y laboral y la de igualdad no es que la trabajadora en esos períodos de su vida tenga que ser dispensada de realizar su actividad laboral sino todo lo contrario, la finalidad es poder realizar su actividad laboral con normalidad, sin que esos períodos, embarazo y lactancia, tengan que entenderse como obstáculos y, si efectivamente existen riesgos, debe de hacerse todo lo posible para que los mismos desaparezcan o no les afecte, y ya en caso de que efectivamente los riesgos subsistan y las medidas para hacer posible que la mujer embarazada o en lactancia pueda realizar su trabajo no puedan adoptarse, entonces es cuando debe de reconocerse la prestación.

Esta postura parece también deducirse en el cambio de criterio en relación a las bonificaciones pues hasta la ley de presupuestos para el 2010, se bonificaba con el 100 % a las empresas que contrataran para cubrir a la trabajadora durante las prestaciones de riesgo, (disposición adicional

segunda le 3/2007); sin embargo, en la actualidad (orden de cotización para el 2010) lo que se recoge es la bonificación a las empresas por las medidas realizadas para la adaptación del puesto en los periodos de embarazo o lactancia natural de sus trabajadoras.

Por todo ello, concluyo:

**Las prestaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural no son el fin a conseguir sino las última medida a adoptar.**

# Eduardo Ruiz Abellán

Letrado (Ex) de la Administración de la Seguridad Social
Profesor de Sociología

Hace aproximadamente ciento sesenta años, a mediados del siglo XIX, se publicó uno de los panfletos que, posiblemente, hayan causado un efecto más impactante, y no, precisamente, para bien, en la historia de la Humanidad. Me refiero al *Manifiesto* del Partido Comunista de Marx y Engels. Dicho *Manifiesto* comenzaba diciendo: "Un fantasma se cierne sobre Europa, el fantasma del comunismo". Hoy podríamos tomar prestada esta primera línea del *Manifiesto* y decir algo semejante: "Un fantasma recorre Europa, y en particular España, es el fantasma del relativismo".

El siglo XVIII supuso el desarrollo de una serie de cambios en todos los órdenes de la vida que dieron lugar al inicio de una nueva época histórica: la Modernidad. Los primeros signos de este cambio de época se dieron en el mundo de las ideas. Las nuevas visiones del mundo y de la vida tienen como consecuencia pasar de un mundo en el que predominan las ideas y vivencias cristianas, la Cristiandad, a otro, en el que se intenta construir una sociedad: "*etsi Deus non daretur*". Como si Dios no existiera. Los desarrollos autónomos de la Ciencia, especialmente en el campo de la Física, permiten, por una transposición imaginada, pensar un mundo regido por leyes autónomas, separado de toda noción de Providencia.

El cambio en el mundo de las ideas va seguido del cambio en la esfera de la vida política; tienen lugar las denominadas Revoluciones Atlánticas: inglesa o gloriosa, americana y francesa, que dividirán al mundo occidental en dos visiones de la sociedad y del papel del Estado. Una, la anglosajona, basada en las ideas de Locke y Montesquieu, más proclives a la libertad y al control del poder y respetuosos con las creencias religiosas, especialmente en el laicismo positivo que todavía se puede leer en la Constitución norteamericana de 1787 y otra, la francesa, y con ella gran parte de la tradición continental europea, que oscilará, como la propia revolución francesa, entre la libertad y la igualdad, sin lograr una verdadera armonía entre estos dos valores. El planteamiento ingenuo de Rousseau sobre las virtudes de la Voluntad General, potenciará, a la postre, toda clase de in-

tromisiones del Estado, hasta acabar, "malgré lui", en la ruina totalitaria que hemos conocido en el siglo XX y que es fruto exclusivo de esta época como bien señalara Julián Marías.

En la esfera social, estos cambios van acompañados de la desaparición de la sociedad estamental, del mercantilismo y de una clericalización que se sustentaba en la Alianza del Trono y del Altar y se fundamentaba, ideológicamente, en las doctrinas del derecho divino de los reyes, proyección interesada de la unción de los reyes de Israel por Jahveh tal y como se relata en el *Antiguo Testamento*.

Encontramos aquí el origen de las profundas transformaciones socioeconómicas que se suceden en el siglo XIX. La Revolución industrial da lugar a que millones de hombres y mujeres abandonen las actividades agrícolas, así como todo un mundo rico en tradiciones y costumbres, para dirigirse a los suburbios de las ciudades en busca de las ventajas de un salario, más o menos estable, y de las nuevas condiciones que la vida urbana parecía capaz de ofrecerles. El resultado, por lo menos al principio, ya lo conocemos: el hacinamiento, las viviendas insalubres, los salarios bajos, el trabajo de mujeres y niños, los horarios sin, prácticamente, límites ni descansos, etc., etc.

En poco tiempo, la " cuestión social" se convierte en foco de atención prioritaria de todo el pensamiento social, desde los teóricos del socialismo hasta el papado (León XIII y su *Rerum Novarum*) que denuncian las consecuencias negativas del nuevo (des) orden económico. Las formas antiguas de relación social se rompen y millones de hombres y mujeres quedan expuestos, sin casi defensas, ante nuevas formas de vida social que generan la pérdida del sentido vital. Hay que recordar que E. Durkheim, en su obra *División social del trabajo*, denuncia la ausencia de criterios morales para hacer frente a las nuevas situaciones creadas y en las que lo económico parece ocupar el centro de la vida social. La consecuencia es la generalización de las situaciones anómicas. Se echaba en falta un contexto social estable que viniera a sustituir al que había saltado por los aires a consecuencia de los eventos revolucionarios y de los avances tecnológicos. En este contexto, surge la Sociología, como nueva ciencia que, en el pensamiento de sus mentores, trataba de resolver con criterios científicos los desarreglos de la época. No es de extrañar que el primer nombre de esta nueva disciplina fuera el de "física social".

Hoy como ayer, estamos en época de cambio y, por tanto, de crisis. A la Modernidad le está sucediendo una época convulsa que muchos, siguiendo a Toynbee, han comenzado a llamar Postmodernidad. Vivimos un tiempo de prefijos como consecuencia de una clara tendencia a que tanto los hechos aislados, como la trama que se configura con ellos, sean conceptualizados de manera transitoria, por lo que, también de manera transitoria, a estas

épocas se les adjudican nombres diversos: Modernidad líquida, (Bauman) Sociedad del riesgo (Beck), Globalización (Giddens) o, incluso, Sociedad posthumana (Fukuyama).

Las diferencias que separan estas dos épocas podemos resumirlas, en principio, en:

La nueva época rompe con la ilusión más o menos utópica de un progreso lineal marcado por la esperanza en un futuro siempre mejor. Mientras que los griegos eran pesimistas respecto al devenir de la historia, el occidente cristiano mantuvo una actitud optimista respecto al futuro, basado en la idea de la existencia de un orden providencial hasta el siglo XIX, aproximadamente. En ese momento, se instala en el imaginario colectivo una plena confianza en las solas fuerzas humanas que persuade al hombre de que el gran hacedor de la historia es únicamente él. Sin embargo, una fe desmesurada en esta idea llevó a muchos a creer que sus ambiciosos proyectos utópicos podían hacerse realidad sin mayores inconvenientes. Un optimismo temerario les hizo pasar por alto que las utopías son solo puntos de referencia para el quehacer común. Cuando se olvida esto, las utopías se convierten en agentes de derrota, como así ha ocurrido, especialmente a partir de 1989 y de 2007, en que se desvanece la idea de un Estado de bienestar pleno y permanente. Hoy el tono que predomina en la nueva etapa es nostálgico o melancólico. Nada optimista. Se ha producido un gran vacío ideológico que ha dado paso a un relativismo nihilista. La Historia ya no es considerada como un proceso orientado hacia un fin superior, sino como un conjunto caótico de hechos.

2- Frente a la firmeza del proyecto de la Ilustración que incluye entre sus logros la democracia, el liberalismo y la idea de los derechos humanos, la Postmodernidad, en sus diversas variantes, señala que este proyecto no sería ya funcional en un contexto, como el presente, que sería multicultural además de etnocéntrico, exclusivo de la cultura europea y con rasgos de un autoritarismo patriarcal. Frente a los frutos más valiosos de la época Moderna, la Postmodernidad dominada en su epistemología por este relativismo nihilista, que encuentra en Nietszche su principal inspirador, exhibirá el multiculturalismo, la ideología de género y el laicismo, entre otras manifestaciones que afectan desde el Derecho hasta algunas corrientes de la Teología, como sus señas de identidad más características.

En efecto, una vez acabadas las rebeldías prometéicas del hombre moderno con la negativa a conceder verosimilitud a cualquier intento de universalización de ideas, proyectos o valores, no cabe sino constituirse en un amoralismo que forzosamente desemboca en unas consecuencias, ya lo adelantamos, destructivas. Efectivamente, el actual espíritu de la época impregnado de una cierta sensibilidad crepuscular, ha decretado el fin de las certidumbres; las grandes narraciones de la modernidad parecen haber per-

dido gran parte de su fuerza explicativa y las grandes ideologías han perdido su fuerza cautivadora y su impulso movilizador. En especial, esto se ha hecho patente en los discursos de emancipación social como los inspirados por el pensamiento marxista.

Para explicar como hemos llegado a esta situación, no podemos olvidar que, hoy como ayer, me refiero a la época en que se redacta el *Manifiesto*, estamos sufriendo una serie de revoluciones que actúan sinérgicamente como la económica que nos sumerge en un mundo globalizado; la informática, que está modificando las categorías del espacio y del tiempo, y la biotecnológica que amenaza con romper la unidad del género humano. En el campo cultural, no debemos dejar de hablar de la denominada "Revolución de Mayo de 1968": Es una época de profunda transformación de costumbres con efectos sustanciales y duraderos, como estamos viendo hoy, sobre la sociedad europea y, también, sobre sus vivencias religiosas. Precisamente 1968 es el año del rechazo público a la *Encíclica Humanae Vitae* de Pablo VI. Es una rebelión que representa un ataque directo y profundo al principio de autoridad en la Iglesia católica.

Son varios los factores que influyeron en esta llamada por algunos "cuarta revolución.":

a- El "boom" económico de los sesenta que establece los cimientos de una nueva sociedad basada en el consumo masivo de productos y la ansiedad por poseerlos.

b- Los movimientos feministas de emancipación de la mujer, especialmente con la difusión de un feminismo radical basado en la diferencia y no en la complementariedad. A ello se añadirían la proliferación de las leyes de divorcio y la aparición de la "píldora".

c- La unión del movimiento freudiano con el marxismo en una nueva ideología que ya no haría tanto hincapié en la lucha de clases, como en la lucha de sexos y en la "liberación sexual". Su lema podría sintetizarse en: "gozar hoy, sin barreras de ningún tipo, sin compromisos".

d- Las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información que actúan como eficaces propagandistas de todos estos cambios, aleccionando y alentando todo ello y proporcionando los correspondientes modelos para su imitación por el gran público.

Nos encontramos, por tanto, en esta época, ante una revolución moral y espiritual que toca a la interioridad del hombre y que afecta también a clérigos y religiosos, lo que permite entender lo que ha ocurrido con posterioridad: desde un importante movimiento de secularizaciones hasta los casos de pederastia que hoy se denuncian. Como inciso habrá que decir que, si la revolución es moral y espiritual, las soluciones solo pueden venir de la mano de la restauración de la moralidad, de la vida de austeridad, soporte de toda espiritualidad, y de la verdad integral sobre la persona humana.

Las mejores cabezas de nuestros días, como la del entonces Cardenal Ratzinger, sostienen que el relativismo nihilista se ha constituido en el problema de fondo al que tienen que enfrentarse nuestras sociedades y, también, la Iglesia católica. Hoy el relativismo se ha despojado de su lenguaje pesimista: ("es tan grande la verdad que nadie puede conocerla") para revestirse con prendas más alegres que incluso desvirtúan el sentido de palabras nobles como tolerancia o diálogo. De esta manera, el relativismo postmoderno es concebido como una tendencia personal radicalmente positiva: "cada cabeza es un mundo independiente" y, por lo tanto, cada uno puede tener su propia normatividad, su propia escala de valores así como la capacidad omnímoda de expresarlos y de hacerse respetar por el simple hecho de haberlos dicho. A toda decisión se debe llegar por el diálogo, nada de imposiciones, de autoridades o de normas. Dialogar no significa más que respetar la opinión de los demás y construir entre la mayoría de opiniones un acuerdo que hoy es válido pero mañana quién sabe si seguirá siendo válido pues no hay nada garantizado. Esta libertad postmoderna exige para sí: flexibilidad, primacía del deseo personal, ausencia de sacrificio, entronización del placer y ausencia de responsabilidad.

En resumen, el relativismo prescindiría de la Verdad y del Bien. Todo se convierte, por tanto, en un asunto de opinión, de mayoría, de cálculo personal egoísta. Y a la vez descontextualizado de la Historia, de la Cultura y del Bien Común.

La Postmodernidad vendría así a constituirse en una época de desencanto en la que se renuncia a la utopía, en la que desaparecen las figuras carismáticas y surgen infinidad de pequeños ídolos auspiciados por las guerras en los medios para conseguir incrementar la audiencia. Ya no hay gente con fama, sólo hay "famosillas" más o menos efímeras. Por lo demás, lo que no existe en los medios no está en la realidad. Junto a la compulsión al consumo se establece entre las masas una revalorización de la naturaleza y del medio ambiente. En la política, la ideología y el programa son sustituidos por la imagen. Se desacraliza la política y la propia clase política pasa a convertirse en problema importante. Por último, la intimidad personal tiende a perderse y las vidas ajenas se convierten en muchos casos en "shows" televisados.

Impulsados por este relativismo se han abierto camino y tienden a instalarse entre nosotros, en muchos casos con la vigorosa ayuda de las entidades gubernamentales, varias ideologías que están hoy amparadas por el dogma de lo políticamente correcto: el "multiculturalismo", un renovado" laicismo" y la "ideología de género"que han sabido aprovechar el hueco dejado por los discursos emancipadores de carácter universalista, para dar paso a movimientos a favor del reconocimiento de las identidades culturales. A ellas nos referimos a continuación:

El multiculturalismo es una doctrina concreta sobre como abordar la multiculturalidad, es decir: la pluralidad de culturas existentes en una sociedad democrática. Debemos añadir que la legítima pluralidad no se cuestiona por nuestra parte. El multiculturalismo es un término relativamente nuevo, cuyos máximos exponentes serían Taylor y Kymlinca, que aboga por un Estado-Nación democrático cuyo pluralismo debe consistir en promover las diferencias étnicas y culturales existentes en su interior. Para M. Azurmendi, el planteamiento multiculturalista conduce irremisiblemente a la ruptura de la ciudadanía democrática común. Se institucionaliza una tendencia hacia la separación entre un "nosotros" frente a los "otros" que, al menos conceptualmente, puede provocar un enfrentamiento entre grupos culturales diferentes. De hecho, como el sudafricano André Brink se ha encargado de recordarnos, las premisas del "Apartheid" fueron en su país, hacia los años sesenta y setenta, idénticas a las del multiculturalismo actual. No otra cosa implicaba el lema de "desarrollo por separado" que ofrecía, al menos teóricamente, a todos los grupos la posibilidad de desplegar plenamente su "potencial cultural" siendo "leales a su propio yo". Se pensaba, muy ingenuamente, que "con la creación de naciones separadas, la discriminación de hecho desaparecería a la larga". No creo que sea necesario recordar lo que ha ocurrido en esa nación. Algo no muy diferente nos relata Amín Maalouf, reciente premio Príncipe de Asturias en sus: *Identidades asesinas* sobre el experimento multiculturalista libanés.

Para el multiculturalismo todas las culturas tendrían el mismo valor ético. No sería válido proclamar la superioridad de una cultura, en particular la occidental, sobre otras. Esto, lógicamente, fomenta la aparición de "guetos" culturales en sociedades como la europea que, hoy, como consecuencia de la inmigración, es multiétnica. Sin embargo, la cultura occidental ha inventado valores e instituciones universales: la democracia, las libertades, los derechos humanos, la separación Iglesia-Estado, el mismo Estado, las Universidades, etc. No hay riesgo en decir que: una democracia es mejor que una teocracia como forma de gobierno, que una constitución es mejor que la sharia como ley fundamental, que una decisión parlamentaria es más apropiada, en términos de vigencia social, que una sura coránica o que una sentencia de un tribunal es mejor que una fatwa. Los valores e instituciones de occidente tienden a expandirse. No hay más que fijarse en los procesos de modernización y desarrollo que han tenido lugar en el mundo desde el siglo XIX hasta nuestros días. Se puede decir que los países con menor nivel de desarrollo son los que no han conseguido dar "alcance a occidente". Muchas de las turbulencias de nuestros días pueden explicarse en la frustración de tantas sociedades que no han logrado los niveles de libertad y desarrollo del mundo occidental.

Por otra parte, si no eres consciente de los valores de tu propia cultura,

y me refiero en este caso a la actitud muy generalizada de echar "toda" la culpa del subdesarrollo de muchos pueblos a las naciones de occidente, no sentiremos la necesidad de defender esta misma cultura. En este sentido, la ideología tercermundista unida al movimiento antiglobalización, sostienen que Europa, fundamentalmente, debe pagar las culpas de la explotación colonial y neocolonial, supuestamente generadora de todos los males que actualmente sufren los antiguos territorios colonizados y no desarrollados. Sin embargo, como sostienen muchos autores, por todos Salvador Forner en *Comprender Europa*, en la práctica el verdadero problema de la pobreza en el mundo, y especialmente en África, no podrá comenzar a resolverse mientras no se eliminen los obstáculos internos de orden fundamentalmente político, dictaduras y autoritarismos de toda clase y condición, que generan un auténtico círculo vicioso opuesto al desarrollo. El continente africano no es víctima de la explotación de los países desarrollados como se sostiene, contra toda evidencia, por los sectores antiglobalizadores y tercermundistas, sino, por el contrario, es victima de la falta de inversiones productivas. El África negra es la región mundial con menor presencia de capitales extranjeros, (por debajo del 1% del total mundial) y de empresas multinacionales. Con pocas excepciones, los Estados africanos son Estados fallidos en los que una gran corrupción impide el desarrollo de la iniciativa empresarial y la inversión en las infraestructuras necesarias.

Marcello Pera en su obra *Sin Raíces,* firmada juntamente con el entonces Cardenal Ratzinger, dedicó palabras muy críticas contra algunos autores como Chomsky o Saramago que se han convertido en adalides de un relativismo que considera a Occidente como culpable de todos los males y tragedias del mundo.

El multiculturalismo, por otra parte, puede convertirse en el "caballo de Troya" de un islamismo radical. Mikel Azurmendi afirmó recientemente que: "el multiculturalismo es la gangrena de la sociedad democrática". Curiosamente, en los países que han institucionalizado el multiculturalismo, como Holanda, al establecer un respeto incondicional a las identidades culturales, es en donde la opinión musulmana se identifica más con las posiciones islamistas. Sin salir de Holanda, no es comprensible que en una ciudad como Amsterdam el 60n% de los varones marroquíes y turcos de más de 40 años esté parado o tenga invalidez para el trabajo. En numerosas ciudades europeas asistimos a fenómenos sociales parecidos cuyas consecuencias son la consolidación de "guetos" de población inmigrante, principalmente de religión y cultura musulmanas.

En el Reino Unido, donde el fomento de guetos culturales es una realidad, el entonces líder del Partido Conservador ya decía en 2008: "El multiculturalismo era uno de los cinco Muros de Berlín de la división que debemos derribar, junto con la pobreza, la inmigración descontrolada, el

extremismo y el apartheid educativo". Y en otro momento dijo: "Cuando hablo de multiculturalismo no me refiero a la diversidad étnica de nuestra sociedad, que todos celebramos. Me refiero a la doctrina que pretende balcanizar a la gente y a sus comunidades con arreglo a su raza y orígenes". En este sentido, un sondeo internacional de Pew Research exponía que los jóvenes musulmanes británicos colocaban su identidad religiosa por delante de la nacional a diferencia de los musulmanes franceses. Otra encuesta de Populus indica que la mayoría de los musulmanes británicos asegura tener más cosas en común con los musulmanes de otros países que con los no musulmanes del Reino Unido.

Hay otros aspectos en los que se pueden apreciar elementos que no encajan fácilmente en los clichés de izquierda o de derechas en Gran Bretaña. Por ejemplo, en el sondeo anteriormente citado de Populus se destaca como los jóvenes musulmanes también han reaccionado contra la cultura hedonística, promiscua, alcohólica y de falta de valores que observan en sus contemporáneos.

En las sociedades democráticas no pueden existir derechos colectivos que se opongan a los derechos de la persona, su libertad y su dignidad en cuanto atributo de todos los seres humanos. No obstante, estamos de acuerdo con Forner en que el rechazo del multiculturalismo, que no se puede confundir con un legítimo pluralismo, no debe significar una actitud negativa hacia la inmigración pero sí la exigencia de una cierta integración de los recién llegados y el respeto a los valores de la sociedad de acogida.

Respecto a la denominada "Ideología de Género", algún autor la ha considerado como el nuevo nombre del marxismo. Según Gambra (*Historia sencilla de la filosofía*): "Las dos últimas décadas han conocido una evolución importante en la ideología y praxis del marxismo". Se trata del rescate de la obra de Gramsci. Para Gramsci, las ideas y creencias no son simple emanación pasajera de la economía como dijera Marx, sino que poseen una realidad que constituye la cultura en que cada hombre y cada pueblo vive inmerso. Para Gramsci "la revolución nunca se realizará verdaderamente mientras no se produzca de un modo orgánico y dialéctico dentro de una cultura que es lo que habría que desmontar y reconstruir al mismo tiempo que se utiliza". Es en esta línea en la que las propuestas de la ideología de género proponen la deconstrucción de la familia y de la sociedad para luego rearmarla con parámetros marxistas.

La ideología de género es también relativista al concebir la vida humana como producto exclusivamente de la creación histórica sin aceptar la existencia de la vertiente natural del hombre. Por tanto, según este enfoque, no existiría *ab initio* varón o mujer, sino que todo hombre o mujer va construyendo, a medida que va viviendo, su propia vida de relación con los demás según el deseo de cada uno. En realidad el ser humano, para esta

ideología, nace sexualmente neutral y luego, es socializado como hombre, mujer , gay o lesbiana. Es por ello por lo que el feminismo más radical propone depurar la educación y los medios de comunicación de todo estereotipo y de toda imagen específica de género, para que los niños puedan crecer sin que se les exponga a trabajos "sexo-específicos". Es en este contexto en el que se habla de roles socialmente construidos -la maternidad sería uno de esos roles- cuando se refieren a las ocupaciones que la sociedad asigna a uno u otro sexo. La política educativa, el cambio de lenguaje y la imposición política serían los instrumentos elegidos como más idóneos para este cambio de estructuras.

El medio en el que esta metamorfosis puede realizarse es en el pluralismo ideológico de una democracia sin valores en los que asentarse, debido, precisamente, a este nihilismo que invade a la sociedad europea. Esta situación deja sin defensas al medio cultural atacado porque en el mismo solo existen "opiniones" que serían igualmente válidas según las reglas impuestas por este mismo relativismo. Si este relativismo llegara a infiltrarse en la Iglesia católica, y algunas corrientes lo intentan como "católicas por el derecho a decidir" o algunas ramas de: "católicos por el socialismo", el éxito sería aún más fácil. Ante la decidida oposición de la Iglesia católica ante esta "dictadura del relativismo", los defensores de los llamados "nuevos derechos humanos" no cesan en sus ataques a la Iglesia a la que consideran líder en la oposición a los derechos reproductivos y a la salud.

Por último, pero no en último lugar, no se puede soslayar el hecho de que la ideología de género, contrariamente a otras corrientes neofeministas, lleva el conflicto al interior de las relaciones entre hombres y mujeres sustituyendo a la decimonónica lucha de clases, exacerbando las diferencias entre ellos y no los muchos puntos de cooperación existentes entre varón y mujer, estimulando, además, un cierto revanchismo de género basado en una concepción manipulada de la historia de estas relaciones.

En efecto, si analizamos el proceso de emancipación femenina nos podemos encontrar con grandes sorpresas para una mentalidad progresista de nuestros días. Por ejemplo, que es la Ilustración la que aparta a la mujer de las tres esferas claves de la vida moderna como son: la ciencia, la empresa y la actividad política. Leer a Hegel es muy ilustrativo de esta mentalidad. También Kant al incorporar el patriarcalismo del Derecho Romano a su visión del mundo, no deja en muy buen lugar la protección jurídica de la mujer.

Por último, las nuevas formas de laicismo también se revelan como manifestaciones de este relativismo cultural que venimos denunciando. Entrando directamente en materia, creo que ante todo se impone una clarificación conceptual, pues no todo el mundo entiende lo mismo cuando se habla de Estado laico, Estado aconfesional o Estado laicista. Iremos primero al sentido etimológico y luego haremos una breve incursión por los

distintos modelos que se han ido estableciendo en nuestra agitada y variopinta historia constitucional para acabar con unas ideas acerca del modelo de sociedad que se nos propone.

El origen de la palabra " laico" habría que buscarla en Grecia vinculada a "*laos*" o pueblo, ello explicaría que se tradujera al latín, no como *laicus* sino como *plebeius*. Se le identifica así con lo popular, con lo perteneciente al pueblo llano. Desde esta perspectiva, un Estado laico sería el que dejara a los laicos en paz al mismo tiempo que, en consonancia con la tradición democrática de la polis griega, debería dirigirse a los ciudadanos invitándoles a asumir su protagonismo y no pretender, como a veces se insinúa, que se limiten a musitar oraciones en su casa mientras guardan un aséptico silencio en la vía pública. Para los que aceptaran esta actitud, tenían los griegos un término específico: los hombres que reducían su actividad al ámbito de la vida privada eran los "*idiotai*".Creo que no hacen falta más explicaciones.

Por lo demás, si de acuerdo con el Derecho Canónico, desde una visión cristiana, laico es lo opuesto a clérigo, entendiendo por laico a la persona que vive en medio del mundo y ejerce su vocación a la santidad en las circunstancias ordinarias de la vida. La referencia a la laicidad del Estado es, sencillamente, una consecuencia del carácter profano y no sacro de la realidad estatal. Por ello, hablar de Estado laico no dejaría de ser una expresión redundante al ser la laicidad una consecuencia natural de lo que el Estado mismo es y siempre que alguien no se empeñe en darle un aura sacral, lo que, por otra lado, ha ocurrido desde los tiempos de la antigüedad clásica y se ha repetido en los tiempos modernos: desde el absolutismo monárquico a la revolución francesa de la cual son descendientes los modernos totalitarismos del siglo XX.

Continuando con la indagación del sentido, o de los diversos sentidos que tienen estos escurridizos términos, el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua define en su segunda acepción la palabra "laico" como "relativo a la enseñanza o a la escuela en que se prescinde de la instrucción religiosa". Este mismo *Diccionario* hace equivalentes las voces laicidad y laicismo, entendiendo que esta última es una "doctrina que defiende la independencia del hombre o de la sociedad y más particularmente del Estado de toda influencia eclesiástica o religiosa". Podríamos decir que, hoy, quienes aplican al Estado la adjetivación de "laico" tienen en la mente esta ultima definición que se identifica más bien con el laicismo.

En cuanto doctrina, el laicismo es una ideología no religiosa, precisamente porque niega a la Religión la posibilidad de influir en la sociedad, ignorando con ello que todas las religiones han producido efectos sociales y políticos a lo largo de la historia de la Humanidad.

¿Cuáles han sido los modelos de relación ente Religión y Estado que se han dado en la Historia de España más reciente?

Se puede decir que la llamada "Cuestión Religiosa" figuró durante el siglo XIX y parte del siglo XX, como una de las preocupaciones más importantes de los españoles, más aun que la de los nacionalismos independentistas. En general, las soluciones propuestas por las distintas constituciones del siglo XIX pasan por la confesionalidad católica del Estado, con la excepción de la frustrada previsión del proyecto de Constitución de la I República en la que se separaban Iglesia y Estado, "prohibiendo la subvención directa o indirecta de ningún culto".

La Constitución de la II República de 1931 rompe con esta tradición de confesionalidad del Estado español, estableciendo el artículo 3º que: "El Estado español no tiene religión oficial. Esta declaración que, en principio, parecía bastante aséptica y neutra iba acompañada de otras declaraciones de contenido claramente laicista.Así, el artículo 26 afirmaba:

"Todas las confesiones religiosas serán consideradas como Asociaciones sometidas a una ley especial.

El Estado, las regiones, las provincias y los municipios no mantendrán, favorecerán, ni auxiliarán económicamente a las iglesias, asociaciones e instituciones religiosas.

Una ley especial regulará la total extinción, en un plazo máximo de dos años, del presupuesto del Clero.

Quedan disueltas aquellas órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes.

Por su parte, el párrafo 3 del artículo 27 decía:

"Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno."

Como es fácil ver, las disposiciones relatadas suponían un elenco de drásticas y detalladas medidas de control por parte del Estado, que suponían la adopción de un modelo de relaciones Iglesia y Estado, que habría de configurarse como laicista.

El franquismo supone la restauración del modelo de Estado confesional que, con unos u otros matices, había sido el dominante durante el siglo XIX. Aunque el régimen se había ya definido en sus leyes fundacionales como confesionalmente católico, la firma del Concordato de 1953 supuso una serie de beneficios e incluso de privilegios para la Iglesia y una cierta capacidad del Estado para influir en ella.

El Estado se veía favorecido por el denominado Privilegio de Presentación que suponía una injerencia del Estado en el nombramiento de obispos mediante un sistema de ternas.

La Constitución de 1978 supone, desde mi punto de vista, un afortunado

"*tertium genus*"que excluye tanto el anterior modelo confesional como su alternativa laicista.

Ya el arranque del artículo 16-1 de la Constitución vigente descarta toda óptica laicista: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades. La única limitación a las manifestaciones de esta libertad ideológica y religiosa es el mantenimiento del orden público protegido por la ley." El Tribunal Constitucional ha enfatizado el carácter excepcional del orden público como único límite del ejercicio de la libertad religiosa. Y señala que ello se traduce en: "la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias."

Por lo demás, la nueva diferenciación que este artículo proclama entre concepciones ideológicas y creencias religiosas, en clara superación del reduccionismo marxista, que considera que todo lo superestructural es pura ideología, introduce la elemental exigencia de que para preservar un abierto pluralismo es preciso aceptar una doble realidad: a) que no hay propuesta civil que no se fundamente directa o indirectamente en alguna convicción y b) que es irrelevante que esta tenga o no parentesco religioso. En relación con este tema, la STC 15/1982.F.6 resalta que la libertad de conciencia "supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar conforme a los imperativos de la misma"

Si todos tenemos convicciones, sean ideológicas o religiosas, no hay fundamento alguno para impedir la libre expresión de los que no ocultan sus convicciones religiosas que serán tan legítimas como las demás convicciones, según este artículo de nuestra Constitución. Además, la Constitución al emparejar libertad ideológica con libertad religiosa y de culto, cierra el paso a la dicotomía laicista que pretende remitir lo religioso y lo cultual a lo privado reservando el espacio público para el contraste entre ideologías libres de toda sospecha de contaminación religiosa. Lo contrario es imponer el laicismo como una suerte de religión civil.

El párrafo 3 de este artículo arranca con una neta declaración de "no confesionalidad" del Estado por la vía de negar la existencia de cualquier religión de Estado. Pero, a continuación, y sin solución de continuidad, dice: "Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones". Se establece así un modelo de relaciones aconfesional o como algunos autores prefieren, (A. Ollero), de "laicidad positiva".que descarta el modelo laicista para dar paso a un novedoso modelo de cooperación.

Esta libertad religiosa y de cultos de los individuos y de las comunidades, y la consiguiente cooperación del Estado, no solo tiene una dimensión

interna o individual, sino también externa, que se traduce, según reiterada jurisprudencia del TC entre otras: la 46/2001 F.4,.en "la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo."

Se supera así la dimensión "negativa", propia del liberalismo de la primera generación de derechos, para entrar en otra dimensión en la que la Religión es reconocida como un hecho colectivo y plural digno de ser tenido en cuenta positivamente por el Estado.

Aclarados semánticamente los conceptos objeto de este apartado y analizados los tres modelos que, históricamente, ha vivido la sociedad española, hay que concluir afirmando, con Rodríguez Bereijo, citado por A. Ollero, que "bajo la Constitución de 1978, hemos vivido los españoles nuestro más dilatado periodo de libertad religiosa" y "lo estamos viviendo, (por ahora, añado por mi parte ante las incertidumbres que plantea una anunciada Ley de Libertad Religiosa), sin graves conflictos sociales".

La consecuencia es que la modernidad laicista tiene que extraer de sus propios marcos referenciales los recursos necesarios para hacer funcionar la sociedad. ¿Cuáles son los recursos ideológicos que sostienen a la modernidad en su vuelo solitario?

Podemos afirmar que en la actualidad estos recursos ideológicos se estructuran en torno a tres grandes componentes:

1.-La búsqueda de la realización personal como hiperbien. Esta realización es entendida como satisfacción de todos los impulsos, tendencias, gustos, preferencias y ambiciones.

Todo ello sin ninguna consideración de orden interior. Esto explica que nuestra sociedad sea una sociedad de la "insofrenza" y que el sacrificio sea rechazado y sea inexigible socialmente. Con esta actitud, hoy no existiría la UE y la reconciliación franco-alemana se hubiera cerrado en falso.Este ideal de la autorrealización produce como consecuencia un individuo desvinculado: sin creencias religiosas o filosófica, sin moral, sin tradición y sin historia. Desligado, además, progresivamente, de todo vínculo o comunidad laboral, social, nacional, ni tan siquiera familiar en muchos casos. Hoy el único limite es el dinero que se puede disponer. Esto propicia la aparición de los "modelos mediáticos" que proclaman a los cuatro vientos que en sus vidas no hay límites y que todo lo material puede estar a su alcance. Este modelo de persona que impone la televisión no tiene parangón en la historia de la Humanidad. Es con diferencia, el nivel más bajo, más falto de valores y de virtudes que se ha propuesto como digno de imitación en la historia de la humanidad. Pero es que además todo es un inmenso engaño, a poco que indaguemos en la vida real de los personajes que se nos imponen en las pantallas.

2.-El segundo componente es el laicismo de la exclusión religiosa. Este

es un componente necesario para que la desvinculación se produzca. La Religión, como su propio nombre indica, es el enemigo más potente que se alza ante la ruptura de los vínculos y de los compromisos. Es, por tanto, el enemigo a batir por ese individualismo radical que se nos ofrece también como modelo.

3.-El tercer gran componente es la sustitución de la responsabilidad personal y la responsabilidad de las comunidades, empezando por la más insustituible de ellas: la familia. Se pretende que sea sustituida por la "burocracia de la despersonalización". Esta sería la última línea de defensa de una sociedad desvinculada, que encuentra en la mayor intervención del Estado, el paliativo a su fracaso en proporcionar por una parte: fuentes de sentido a la vida de las personas y, por otra, la construcción de una organización social estable y segura. La inhibición reciente del Estado en la economía ha producido, como consecuencia, que ahora el Estado quiera ocuparse de aquello que antes era responsabilidad de la familia y de las comunidades: la educación, el cuidado de los mayores y la salud.

De hecho, podríamos decir que la división clásica derecha-izquierda se sitúa en términos mucho más definitorios como una confrontación entre la modernidad laicista de la desvinculación y las concepciones que apuntan a la construcción moral y cultural de una comunidad responsable.

Como conclusión, podemos decir que el relativismo ofrece en la actualidad unas características que conviene desvelar para poder hacerle frente de manera eficaz:

1.- Un engañoso pero atractivo disfraz de defensa de la libertad. Las obligaciones son relegadas a posiciones de ínfima categoría, cuando se les reconoce alguna vigencia.

2.- Manipulación del lenguaje: Interrupción del embarazo. Género. Saludo Reproductiva. Nuevas formas de familia. Derecho a decidir. Educación para la ciudadanía, etc. Y

3.- Transversalidad. Es una ideología invisible que como revolución silenciosa se extiende por los países europeos y supera y traspasa las barreras ideológicas. No se identifica con ningún partido concreto aunque desde el movimiento progresista se estimula con gran insistencia.

# Soledad Ruíz de la Cuesta Fernández

Profesora de Derecho Procesal (Universidad de Alicante)


## APUNTES SOBRE LA CONFIGURACIÓN Y TRATAMIENTO DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

**SUMARIO**:


**I.** Planteamiento previo.

**II.** Delimitación de determinadas excepciones procesales:
1. Representación procesal.
2. Falta de litisconsorcio pasivo necesario.
3. Defecto legal en el modo de proponer la demanda.

**III.** La subsanación diferida de defectos procesales en el juicio verbal.

**IV.** Excepciones procesales y declaración de nulidad de actuaciones en apelación.


### I. PLANTEAMIENTO PREVIO

El art. 416 LEC, en el marco regulador de la audiencia previa en el juicio ordinario, se refiere al examen y resolución de "cuestiones procesales", a las que el precepto define como aquellas circunstancias cuya concurrencia puede "impedir la válida prosecución y término del proceso mediante una sentencia sobre el fondo". A continuación, la norma proporciona una lista de cuestiones procesales que debe considerarse abierta, por lo que, junto a las que enumera, cabe apreciar otras que compartirán ese potencial de frustrar la obtención de una sentencia sobre el fondo. Específicamente, se indica que habrán de resolverse en la audiencia previa aquellas cuestiones procesales que afecten a la falta de capacidad de los litigantes o de representa-

ción, la cosa juzgada y la litispendencia, la falta del debido litisconsorcio, la inadecuación del procedimiento y, por último, el defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvención. Expresamente, en una delimitación negativa del ámbito de aplicación de la norma, el citado precepto niega la posibilidad de que la falta de jurisdicción o la de competencia del tribunal puedan ser tratadas en este momento procesal, pues debieron impugnarse mediante la proposición en forma de declinatoria según lo dispuesto en los arts. 63 y siguientes de la LEC. Además de ello, y respecto del juicio verbal, el art. 443 LEC indica que el demandado podrá formular en la vista las alegaciones relativas a cualquier hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Como señala la doctrina científica, la práctica totalidad de las circunstancias cuya concurrencia puede frustrar la obtención de una sentencia sobre el fondo tienen la naturaleza de auténticos presupuestos procesales[1] y, por ello, pueden -y deben- ser apreciados de oficio por el órgano judicial, en cualquier momento desde la presentación de la demanda y hasta el momento mismo de dictar sentencia[2]. Sin embargo, las partes deberán poner de manifiesto la concurrencia de cuestiones procesales en sus escritos de alegaciones, haciéndolas valer en el acto de la audiencia previa o de la vista, para el juicio ordinario y para el verbal, respectivamente. El Tribunal Supremo[3], en aplicación de la antigua LEC, ha llegado a aceptar, incluso, que puedan ser alegadas por primera vez en dichos actos, lo que supone eliminar el carácter preclusivo que en este sentido se afirma respecto de los escritos de alegaciones. Se fundamenta tal posición en la naturaleza de presupuesto procesal que comparten la mayoría de las cuestiones procesales y en el hecho de que no se causa por ello indefensión al demandante, ya que mediante la excepción procesal no se introduce un hecho nuevo que amplíe el objeto del proceso[4].

Ya sean alegadas por las partes, ya detectadas de oficio por el órgano judicial de primera instancia, en el tratamiento procesal de las cuestiones analizadas rige el principio de subsanación de los actos procesales, que informa el sistema de nulidad procesal, incorporado a la nueva LEC como

[1] ASENCIO MELLADO, J. M.: *Derecho Procesal Civil (Parte primera)*, 3ª ed., Valencia (Tirant Lo Blanch), 2008, p. 195.

[2] STS de 18 de diciembre de 2000 -*La Ley* 1407/2001-; 23 de marzo de 2001 - *La Ley* 4341/2001- y 22 de enero de 2004 - *La Ley* 11528/2004-, entre otras.

[3] STS de 16 de marzo de 1996 - *La Ley* 3577/1996-, y la que cita.

[4] GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil, Tomo I (El proceso de declaración. Parte general),*2ª ed., Madrid (Colex), 2007, pp. 353 y 354.

primer criterio de actuación ante la existencia de un vicio. Ello es así hasta el punto de que para que una decisión de inadmisión o sobreseimiento por incumplimiento de cualquier presupuesto procesal sea acorde con el derecho de tutela judicial efectiva es preciso que el defecto sea insubsanable o que, siendo subsanable, no haya sido corregido pese a que el órgano judicial haya otorgado esa posibilidad. Por ello, los órganos judiciales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto, favoreciendo la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial[5]. Tal ponderación obliga a tener en cuenta la entidad del defecto procesal, su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado[6]. Si el órgano judicial no hiciera lo posible para la subsanación del defecto procesal que pueda considerarse subsanable, o impusiera un rigor en las exigencias más allá de la finalidad a que las mismas responden, la resolución judicial que cerrase la vía al proceso sería incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva[7], pues los requisitos formales no son valores autónomos, sino instrumentos para conseguir una finalidad legítima, por lo que su incumplimiento no presenta siempre igual valor obstativo, con la consecuencia de que si aquella finalidad puede lograrse sin detrimento de otros bienes y derechos dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto[8].

El precepto central en la materia es el art. 231 LEC, al establecer que "el Tribunal y el Secretario Judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes[9]". Y dentro del ámbito de la audiencia previa del juicio ordinario, los preceptos reguladores indican, como regla general, que si no es viable la subsanación

[5] SSTC 147/1997 de 16 de septiembre -*La Ley* 9917/1997-; 122/1999, de 28 de junio -*La Ley* 11091/199- y 153/2002 de 15 de julio -*La Ley* 6506/2002-.

[6] SSTC 213/1990, de 20 de diciembre -*La Ley* 1622-TC/1991-; 145/1998, de 30 de junio -*La Ley* 8314/1998-; 285/2000, de 27 de noviembre -*La Ley* 11807/2000-.

[7] SSTC 149/1996, de 30 de septiembre -*La Ley* 9684/1996-; 285/2000, de 27 de noviembre -*La Ley* 11807/2000.

[8] SSTC 63/1999, de 26 de abril -*La Ley* 5567/1999- y 153/2002, de 15 de julio - *La Ley* 6506/2002-.

[9] Redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (*BOE* de 4 de noviembre).

en la propia audiencia el juez concederá un plazo para ello, y solo si transcurrido dicho plazo no se ha procedido a subsanar corresponderán el sobreseimiento y el archivo definitivo de las actuaciones[10]. Sin embargo, la regulación que de tales extremos se efectúa para el juicio verbal (art. 443 LEC) es sucinta y permite albergar dudas acerca de si cabe una subsanación diferida o si, por el contrario, solo es posible la subsanación cuando tiene lugar en el propio acto de la vista. De tal discrepancia se hacen eco los juzgados y tribunales, pues, como se verá y pese a la rotundidad de la doctrina constitucional aquí reproducida, es posible encontrar resoluciones de distinto signo.

En lo que respecta a la denuncia de las excepciones procesales y a su estimación o desestimación en primera instancia, la cuestión puede abocar a la reproducción de la protesta en el posible recurso de apelación, lo que exige el cumplimiento de determinados requisitos y genera distintos pronunciamientos dependiendo no solo de la valoración que el órgano *ad quem* realice acerca de la concurrencia o no de la propia excepción, sino también de los términos en los que se haya planteado la cuestión, con especial incidencia de la petición de declaración de nulidad de actuaciones, cuya omisión debe determinar la desestimación del motivo por aplicación de lo dispuesto en el art. 227.2 LEC. Así lo pone de manifiesto la doctrina judicial de la que se dará cuenta más adelante, con alguna resolución discrepante que será objeto de análisis. Igualmente, se ofrecerá en este estudio una compilación de resoluciones en las que se delimita el alcance de determinadas excepciones procesales, de utilidad a la hora de precisar su concurrencia.

## II. DELIMITACIÓN DE DETERMINADAS EXCEPCIONES PROCESALES

El análisis de la doctrina judicial seleccionada para la elaboración de este trabajo permite ordenar los criterios de las diferentes Audiencias Provinciales en torno a la concurrencia o no de determinadas excepciones procesales. En concreto, se dará cuenta de las resoluciones judiciales más relevantes recaídas en torno a las excepciones relativas a la representación procesal, la falta de listisconsorcio pasivo necesario y el defecto legal en el modo de proponer la demanda.

### 1. Representación procesal

En juicio verbal, la parte demandada comparece sin representación procesal en la vista y, pese a que el juez concede un plazo para la subsanación, el actor acepta entre tanto la continuación de la vista, en la que el deman-

[10] Ver arts. 418 y siguientes de la LEC.

dado opone excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Estimada por el juez de primera instancia esta excepción, emite auto por el que acuerda poner fin al proceso y archivar actuaciones. Frente a dicho auto interpone la parte actora recurso de apelación por considerar que dicha excepción se le había admitido a quien no había comparecido debidamente en juicio. El órgano *ad quem*¸ sin embargo, considera subsanada la falta de representación, pues, pese a que la subsanación se produjo posteriormente a la vista, esta continuó porque así lo aceptó el actor, lo que impide que posteriormente pueda ir contra sus propios actos[11].

- En supuesto distinto, presentada demanda de juicio ordinario por procurador, sin que constara el poder de representación, el juzgado requirió a la parte actora para que presentara poder en cinco días. En plazo, se presentó el correspondiente poder, de fecha posterior a la de presentación de la demanda y, teniendo por subsanado el defecto, se admitió a trámite la demanda y se tuvo por personada y parte a la procuradora de la parte actora. No obstante, en la audiencia previa la parte demandada insistió en la ilegalidad del poder por haberse prestado por la letrada a partir de un apoderamiento del que no se ofrecía constancia documental, por lo que el juez concedió un nuevo plazo de diez días para que la parte actora presentara copia de la escritura de apoderamiento a favor de la letrada. Pese a que tal escritura fue presentada dos días después, el juez dictó auto estimando excepción de falta de representación procesal por la parte actora y declaró el sobreseimiento.

Los argumentos empleados por el juez de primera instancia para acoger la excepción de falta de representación procesal fueron los de no haberse aportado poder de fecha anterior a la presentación de la demanda, ni haberse otorgado apoderamiento *apud acta* a pesar de la previsión del art. 24 LEC. El juzgador entiende, pues, que la fecha del poder de representación ha de ser anterior a la de presentación de la demanda y que, en caso contrario, no cabe hablar de subsanación de tal defecto. La Audiencia Provincial, en cambio, considera, partiendo de la doctrina constitucional sobre derecho de acceso al proceso, que resulta desproporcionado exigir que la fecha de otorgamiento del poder sea anterior a la de presentación de la demanda, si se tiene en cuenta que el art. 24.1 LEC, al que el propio juzgador se refiere, contempla la posibilidad de otorgar el poder *apud acta*, otorgamiento que, indefectiblemente, será posterior a la fecha de presentación de la demanda. En todo caso, prosigue la Audiencia, poder notarial y apoderamiento *apud acta* son ambos la exteriorización de un mismo concepto: el de mandato procesal, por lo que carece de sentido dar a cada uno un tratamiento distinto, como hace el juez de primera instancia. Por otro lado,

[11] AAP de Vizcaya, Sección 3ª, núm. 536/2002, de 23 de octubre - *La Ley* 175810/2002-.

deben deslindarse la dimensión material y la procesal de la representación, pues una cosa es decidir si hay mandato y otra su acreditación, distinción que no realiza el órgano *a quo*. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el mandato puede ser expreso y no necesariamente escrito, tal y como establece el art. 1710 del Código Civil. El requisito de la escritura tiene que ver con la acreditación del poder, no con su existencia. Y aún considerando que el mandato no existía al tiempo de presentar la demanda, por entenderse que no había entre las partes siquiera un acuerdo verbal, la actuación del procurador sin mandato fue convalidada por el posterior otorgamiento del poder escrito que se presentó ante el juzgado, convalidación prevista en el art. 1727 del Código Civil[12].

**2. Falta de litisconsorcio pasivo necesario**

- Aprecia el juzgador de primera instancia falta de litisconsorcio pasivo necesario al entender que, de accederse a la pretensión que se deducía en la demanda y al depender su cumplimiento de la voluntad de otras personas que no han sido demandadas, tal cumplimiento devendría imposible, por lo que resultaría inútil el procedimiento seguido, razón por la que se declara el sobreseimiento y el archivo definitivo de las actuaciones. Recurrido en apelación el auto descrito, el órgano *ad quem* no aprecia la falta de litisconsorcio necesario por considerar que, si para ejecutar una eventual sentencia estimatoria fuera necesario contar con la voluntad de otras personas no demandadas, sería esa una cuestión a dilucidar en el posterior proceso de ejecución, pero la acción que se ejercita en el juicio declarativo es la derivada de un contrato de compraventa que, conforme al principio de relatividad de los contratos que consagra el art. 1257 del Código Civil, sólo afecta a quienes intervinieron en el mismo -el demandante como comprador, y la demandada como vendedora- sin que pueda hablarse, por lo tanto, de la existencia de defecto alguno en la constitución de la relación jurídico-procesal[13].

- Desestimada en primera instancia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el demandado, insiste este, ya como apelante, en que era necesario traer al proceso a su esposa, una vez acreditado, como estima la sentencia recurrida, el carácter ganancial de la finca a favor de la cual se opone la existencia de un gravamen. El órgano *ad quem* recuerda que respecto de la situación litisconsorcial entre cónyuges en el ejercicio de acciones que afecten de una u otra forma a bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales, resulta clara la necesidad de dirigir la demanda

[12] AAP de Murcia, Sección 5ª, núm. 98/2005, de 15 de noviembre -*La Ley* 222351/2005

[13] AAP de Sevilla, Sección 5ª, núm. 52/2007, de 7 de marzo - *La Ley* 82309/2007

contra ambos cuando se ejerciten acciones reales reivindicatorias, limitativas o tuitivas del dominio sobre tales bienes, ya que el litisconsorcio se convierte en necesario cuando el que resulta demandado no tiene todo el poder jurídico exigido por la ley y no se le puede condenar a realizar actos o disposiciones que afectan a los bienes comunes, más allá de lo que integra su propia disponibilidad[14]. La facultad que concede el art. 1385, párrafo segundo, del Código Civil a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes no desvirtúa lo anteriormente expuesto, ya que esta facultad de cualquiera de ellos para ejercitar la defensa no significa que esté siempre legitimado uno sólo de los cónyuges en las cuestiones que se suscitan frente a la sociedad de gananciales, ni que tenga que soportar necesariamente tal defensa con exclusividad. El uso de este derecho procesal, que no es de interpretación extensiva y absoluta respecto a cada cónyuge individualizado, para soportar exclusivamente las consecuencias de una acción que afecta a sus intereses convergentes, implica el previo conocimiento por parte de ambos cónyuges de la acción que se entabla contra sus bienes comunes y la consiguiente obligación del demandante de dirigir su pretensión contra los dos[15]. De ahí que cuando el demandado alega la existencia de derechos de servidumbre lo hace, en definitiva, en beneficio de una finca y de la comunidad ganancial a la que pertenece, lo que exige la presencia en el juicio de la esposa a fin de no vulnerar los derechos de defensa y de audiencia bilateral constitucionalmente proclamados, teniendo en cuenta, además, que la obligación de hacer que supondría el cierre de las ventanas, en cumplimiento del eventual fallo condenatorio que pudiera dictarse, se impondría a la esposa sin haber sido previamente oída ni vencida en el juicio[16].

**3. Defecto legal en el modo de proponer la demanda**

-Reproduce el órgano *ad quem* la doctrina jurisprudencial sobre esta excepción procesal y reseña que se propugna una interpretación restrictiva, de acuerdo con el derecho de acceso a la jurisdicción, por lo que debe limitarse su acogimiento a aquellos supuestos en los que fuera imposible conocer lo que se pide, atendiendo a la esencia de la petición más que a la fórmula empleada para deducirla. En el caso concreto, aunque la redacción del *petitum* resultara poco precisa, no impide entrar en el fondo del asunto "porque cuando el actor interesa la demolición de lo construido por el de-

[14] SSTS de 29 de abril de 1992 -*La Ley* 3210/1992- y 10 de julio de 2000 -*La Ley* 10020/200-, entre otras

[15] SSTS de 10 julio 2000 -*La Ley* 10020/2000- y 20 diciembre 2001 -*La Ley* 231065/2001

[16] SAP de A Coruña, Sección 5ª, núm. 479/2006, de 16 de noviembre -*La Ley* 245369/2006

mandado más allá de los 48 m² que le fueron transmitidos en el contrato de compraventa concertado entre los litigantes (…) lo hace sobre la base de estimar que el volumen total del o edificado por los demandados, en lo que excede de la citada superficie, se encuentra situado sobre la finca de la comunidad vecinal actora, por lo que implícitamente está ejercitando una acción reivindicatoria"[17].

- Para acoger la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, con el efecto de sobreseimiento del pleito, sería preciso que no fuera en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las mismas. Y no resulta así cuando está perfectamente claro que lo pretendido por la parte actora es la efectividad de la servidumbre de ventilación existente a favor de un local de planta baja, sin que la pretendida imprecisa descripción de lo solicitado en cuanto a la forma en que detalladamente deba efectuarse la instalación oscurezca la claridad y precisión de la pretensión deducida: no es posible apreciar la pretendida imprecisión de la demanda porque en el suplico se solicite su instalación "de la forma menos dañosa y molesta posible"[18].

- El demandado en juicio monitorio reproduce en apelación la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda que ya adujo en su contestación a la demanda, sobre la base de que no se aportaron con la demanda del juicio ordinario los documentos en los que la parte actora funda su pretensión, omisión que, entiende, le ha generado indefensión. Considera, en cambio, la Audiencia Provincial que no concurre la excepción alegada porque el juicio ordinario trae su causa de la petición inicial de juicio monitorio, por lo que el demandado era perfecto conocedor de los hechos que se le imputaban y de la documental en que el actor basaba su pretensión, al punto de que los rebatió en su contestación a la demanda. Además, constan unidos en el mismo expediente el monitorio y el ordinario, por lo que es suficiente la solicitud efectuada por el actor de reproducción de documentos, que lo fueron por la juzgadora, para impedir que prospere la alegación de desconocimiento e indefensión del demandado[19].

- Se interpone recurso de apelación por la parte actora frente al auto por el que se declara el sobreseimiento por considerar el juzgador no subsanado el defecto legal en el modo de proponer la demanda, habiéndosele

[17] SAP de Ourense, Sección 1ª, de 23 de junio de 2006 -*La Ley* 86344/2006

[18] SAP de Barcelona, Sección 13ª, núm. 652/2006, de 14 de noviembre -*La Ley* 231933/2006

[19] SSAP de Badajoz, Sección 3ª, núm. 64/2007, de 27 de febrero -*La Ley* 80401/2007- y de 31 de diciembre de 2002 -*La Ley* 218779/2002

concedido para ello un plazo de diez días. El defecto consiste, a juicio del juez *a quo*, en no expresar con claridad y precisión, de manera justificada, la cuantía del proceso. Impugnada en la vista, por la parte demandada, la cuantía fijada en la demanda, se concedió plazo para su subsanación y se fijó nueva fecha para la vista. En la nueva vista, la parte demandada aportó documentos catastrales que permitían fijar el valor de la finca objeto del litigio, si bien la parte actora se limitó a proporcionar una cifra, sin justificación alguna. No obstante la falta de precisión en la cuantía de la demanda por parte de la demandante, quedaba claro en todo caso que el cauce procesal era el del juicio verbal, puesto que la acción que se ejercitaba lo era en defensa de la posesión (art. 250.4º LEC). El órgano *ad quem* considera por ello que, puesto que el procedimiento a seguir venía determinado en función de la materia, y dado que la documentación aportada por el demandado permitía fijar la cuantía de la demanda, el órgano *a quo* no debió sobreseer, sino proceder a partir de lo dispuesto en el art. 254.3 LEC. "En definitiva, con la documental que figuraba ya en el procedimiento, independientemente de quién hubiera sido la parte que la acompañó, en lugar de fijar un tiempo para subsanar defectos, debió en la propia vista haberse resuelto la cuestión relativa a cuantía que no iba a afectar al tipo de trámite, bien fijándola, bien considerándola indeterminada."[20].

-Se aprecia, en otro caso, la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por entender el juez de primera instancia que, ejercitada acción de deslinde, la petición contenida en el suplico de la demanda "…adolece de la necesaria concreción y descripción física, ni por remisión a los planos y fotografías adjuntados con la demanda, del lugar por el que considera debe de discurrir el trazado de la línea de separación de los predios por la linde controvertida". Frente al auto en el que se declara el sobreseimiento se alza en apelación la parte actora y alega que lo pretendido con la demanda es un deslinde "indeterminado", de conformidad con lo previsto en los arts. 384 a 387 del Código Civil, y que este resulta plenamente posible al dejarse al resultado probatorio la forma en que debe llevarse a cabo. El órgano *ad quem* considera, por el contrario, que en la demanda debe manifestarse una petición concreta acerca de por dónde debe transcurrir el deslinde, al margen de que resulte perfectamente posible acudir a los tribunales para el señalamiento exacto de la línea de deslinde[21].

- Por último, se insiste en que no basta con que el demandado indique

[20] AAP de Asturias, Sección 1ª, núm. 23/2008, de 23 de abril -*La Ley* 95769/2008

[21] SAP de Segovia, núm. 109/2008, de 30 de junio -*La Ley* 156952/2008

la falta de precisión o claridad de la demanda, sino que debe formularse expresamente la excepción[22].

## III. LA SUBSANACIÓN DIFERIDA DE DEFECTOS PROCESALES EN EL JUICIO VERBAL

Respecto del juicio verbal, dispone el art. 443.3 LEC que oído el demandante acerca de las excepciones procesales alegadas por el demandado, así como las que considere necesario proponer sobre la personalidad y representación de aquel "…el tribunal resolverá lo que proceda y, si manda proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga".

El precepto es, desde luego, mucho más parco en su regulación que la que se proporciona en el marco de la audiencia previa para el tratamiento procesal de las excepciones procesales alegadas en el juicio ordinario, y no hace referencia expresa a la posibilidad de suspender la vista para la subsanación de los defectos procesales que hubieran podido alegarse. Ello ha generado pronunciamientos en primera instancia en los que se aduce que el precepto obliga al juez a resolver en el propio acto de la vista, bien desestimando las excepciones procesales que se hubieran alegado, bien apreciándolas, en cuyo caso la subsanación habría de producirse en la vista, por lo que, de no subsanarse en ese momento, habría que poner fin al proceso[23]. En algún caso se ha llegado a afirmar, incluso, que, por las propias características del juicio verbal, determinados defectos procesales resultan insubsanables en su ámbito[24].

Las resoluciones analizadas en este estudio sientan, por el contrario, una doctrina bien distinta que corrige la interpretación descrita y hace valer el principio de conservación de los actos procesales en toda su extensión y al margen del cauce procesal procedente.

Desde la literalidad del precepto se argumenta, en primer lugar, que el art. 443.3 LEC, con su redacción de que el tribunal resolverá lo que proceda y, "si manda continuar la vista", está admitiendo implícitamente la posibilidad de que pueda suspenderse la vista para la subsanación de los defectos

[22] SAP de Les Illes Balears, Sección 3ª, núm. 322/2008, de 14 de octubre -*La Ley* 267342/2008

[23] Así, según consta en la SAP de Barcelona, Sección 17ª, núm. 818/2003, de 4 de noviembre -*La Ley* 881/2004-, el juez *a quo* concedió a las parte actora un plazo de 30 minutos para aportar el poder de representación procesal, de imposible cumplimiento pues hubo que acudir al despacho del letrado, atravesando para ello la ciudad de Barcelona. La Audiencia Provincial considera que tal plazo para subsanar es meramente formulario y que hubo, por lo tanto, "… una infracción procedimental que produjo indefensión a la parte actora.

[24] *Vid.* AAP de Cáceres, Sección 1ª, núm. 135/2004, cuando reproduce la motivación del auto objeto de recurso.

[25] SAP de A Coruña, Sección 5ª, núm. 479/2006, de 16 de noviembre -*La Ley* 245369/2006

procesales que se hubieran advertido. La única diferencia con el juicio ordinario sería la de que, por respeto al principio de concentración que caracteriza el juicio verbal, no cabría diferir la decisión sobre la excepción planteada a un momento posterior al acto de la vista, sino que el juez habrá de resolver oralmente en el mismo acto. Pero si aprecia la excepción deberá suspender la vista, si fuera necesario, para posibilitar la subsanación[25].

Se aduce también que, si bien no hay remisión expresa a los preceptos que, respecto de la audiencia previa, regulan la posibilidad de subsanación diferida de las excepciones procesales, tampoco hay una prohibición expresa, lo que, unido a la vigencia de los principios *pro actione* y de conservación de las actuaciones procesales, debe conducir a afirmar que cabe aplicar al juicio verbal las previsiones contenidas para el ordinario en los arts. 418 a 425 LEC[26]. En la misma línea se indica que la aplicación del principio de subsanación contenido en el art. 231 LEC permite que en el seno del juicio verbal el órgano judicial pueda acordar lo procedente para posibilitar que pueda sanarse el proceso.

En definitiva, alegadas excepciones procesales en la vista del juicio verbal, el juez debe decidir en el acto si las acoge o si las desestima, pues, a diferencia de lo que se prevé para la audiencia previa, en este caso no cabe una decisión postergada. Si el órgano judicial estima la excepción deberá promover su subsanación, ya sea en el propio acto de la vista, si fuera posible, ya de manera diferida, otorgando a la parte, por aplicación analógica del art. 418 LEC, un plazo no superior a diez días, y suspendiendo la vista entre tanto[27].

## IV. EXCEPCIONES PROCESALES Y DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTUACIONES EN APELACIÓN

La naturaleza de presupuesto procesal que comparten la mayoría de las excepciones procesales permite, como se dijo, que el órgano judicial aprecie de oficio su concurrencia en cualquier momento del proceso, posibilitando entonces que la parte intente la subsanación del defecto. En fase de apelación, sin embargo, no parece que pueda mantenerse aquella afirmación, pues la vigencia del principio dispositivo y su manifestación en el *tantum devolutum, quantum apellatum*, impiden que el órgano *ad quem* se pronuncie sobre puntos o cuestiones no planteados en la demanda o en los correspondientes escritos de oposición o impugnación, como expresamente dispone el art. 465.5 LEC[28]. Se prohíbe, en consecuencia, que la resolución

[26] SAP de Barcelona, Sección 17ª, núm. 818/2003, de 4 de noviembre -*La Ley* 881/2004-. Similar sentido en AAP de Vizcaya, Sección 3ª, núm. 536/2002, de 23 de octubre -*La Ley* 175810/2002

[27] AAP de Cáceres, Sección 1ª, núm. 135/2004, de 24 de noviembre -*La Ley* 247931/2004-.

[28] GIMENO SENDRA, V., *op. cit.,* pp. 590 y 591

de apelación entre a conocer de extremos que no hayan sido objeto de impugnación, lo que se evidencia con rotundidad en los arts. 227.2 LEC y 240.2 LOPJ cuando impiden al órgano de apelación "decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal".

Así pues, debe concluirse que la apreciación en apelación de una excepción procesal ha de estar precedida siempre de una petición de parte en ese sentido. De este modo, si el órgano *ad quem* considerara que concurre un defecto procesal, sin que las partes lo hubieran denunciado en sus escritos, debería obviarlo y emitir una resolución sobre el fondo, constreñida a lo que las partes solicitaron[29]. Por otro lado, si las partes introducen en el recurso una petición relativa a la concurrencia de determinada excepción procesal y el tribunal la estima, debe distinguirse si el defecto es susceptible de subsanación en segunda instancia o si no lo es. Si lo es, habrá de procederse a su subsanación en los términos previstos por el art. 465.4 LEC. En caso contrario, el éxito de la pretensión por la que se pide la apreciación judicial de la excepción procesal dependerá de que la parte haya solicitado, además, la declaración de nulidad de actuaciones. Si lo ha solicitado, así la decretará el órgano judicial, reponiendo las actuaciones al momento del proceso en que se hubiera verificado el defecto[30]. Pero, sin petición de parte respecto de la nulidad de actuaciones, el tribunal no podrá declararla por expresa prohibición del art. 227.2 LEC (y su correlativo, art. 240.2 LOPJ), manifestación, como se dijo, de la vigencia de los principios dispositivo y *tantum devolutum, quantum apellatum*. En tal caso, al ser el defecto procesal insubsanable en segunda instancia y no poder declararse de oficio la nulidad de actuaciones, solo es posible que el órgano de apelación proceda a desestimar el motivo[31].

No obstante lo expuesto, es posible encontrar en la práctica judicial de la segunda instancia alguna resolución en la que el tribunal actúa de un modo distinto, ignorando los principios que rigen en el recurso de apelación y contraviniendo lo dispuesto por los arts. 465.5, 227.2 LEC y 240.2 LOPJ. Así sucede con la SAP de Madrid, Sección 25ª, núm. 174/2008, de 8 de abril[32]. En el supuesto del que conoce dicho tribunal se había dictado sen-

[29] Así se hace en la SAP de Ourense, Sección 1ª, de 23 de junio de 2006 -*La Ley* 86344/2006-.

[30] SSAAPP de Barcelona, Sección 17ª, núm. 818/2003, de 4 de noviembre -*La Ley* 881/2004- y Cáceres, Sección 1ª, núm. 85/2009, de 2 de marzo -*La Ley* 21/2009-.

[31] Así se hace en el AAP de Les Illes Balears, Sección 3ª, núm. 322/2008, de 14 de octubre -*La Ley* 267342/2008-.

[32] *La Ley* 37241/2008.

tencia sobre el fondo y la parte apelante la impugna, igualmente, por razones de fondo, pero sin alegar, en ningún momento, concurrencia de excepción procesal. El tribunal, sin embargo, entiende que la relación jurídico-procesal estaba defectuosamente constituida y que existe falta de litisconsorcio pasivo necesario. Tal excepción, indica la Audiencia, debió ser apreciada de oficio por la propia juzgadora *a quo*, aunque las partes no la alegaran, al tratarse de una cuestión de orden público. Con base precisamente en tal naturaleza considera el tribunal que debe apreciar de oficio la concurrencia de falta de litisconsorcio -decisión con la que se violenta, desde luego, lo dispuesto por el art. 465.5 LEC- y entiende que la falta de apreciación de la misma por parte del órgano *a quo* constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el art. 238.3º LOPJ. Por ello considera que procede declarar la nulidad de actuaciones y reponerlas al momento en que debió ser apreciada la excepción. Ello pese a reconocer que la parte no ha solicitado tal declaración de nulidad. Sin embargo, la Audiencia razona que la falta de litisconsorcio necesario es insubsanable en apelación por carecer el tribunal de competencia funcional para ello y que es, precisamente, esta falta de competencia funcional del órgano *ad quem* la que permite declarar de oficio la nulidad, puesto que expresamente lo permiten los arts. 227.2 LEC y 240.2 LOPJ al señalar que, como excepción a la regla general, el órgano *ad quem* podrá decretarla de oficio si "…apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional…".

De este modo, el tribunal interpreta que la falta de competencia funcional (y la de jurisdicción y competencia objetiva) mencionada en los preceptos citados, y que sirve de base para permitir excepcionalmente una declaración de nulidad de oficio, se refiere al propio órgano de apelación. Aquí reside su desafortunada interpretación, con la que legitima su declaración de nulidad de actuaciones sin petición de parte, puesto que la falta de competencia funcional indicada en los Arts. 227.2 LEC y 240.2 LOPJ se refiere al órgano *a quo* y no al *ad quem.* Por lo tanto, sólo en el caso de que la falta de jurisdicción, o de competencia objetiva o funcional, fueran predicables del juzgador de primera instancia, podría el tribunal de apelación, con carácter excepcional, decretar la nulidad de actuaciones sin que los recurrentes la hubieran pedido.

De esta manera, la resolución comentada infringe, por un lado, lo previsto en el art. 465.5 LEC -que prohíbe que la sentencia de apelación se pronuncie sobre cuestiones que no han sido objeto de recurso-, al apreciar de oficio la existencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario; y, por otro, los arts. 227.2 LEC y 240.2 LOPJ, que claramente vetan en fase de recursos la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones.

# Andrés-Ramón Trillo García

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Letrado Jefe del Servicio Jurídico Delegado Central en el Instituto Nacional de la Seguridad Social

## LOS ACTOS DE CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE IMPUGNACIÓN[1]

### 1.- INTRODUCIÓN

El profesor ALONSO OLEA en la primera edición de su fabulosa obra *Instituciones de Seguridad Social*[2], al estudiar el seguro obligatorio de enfermedad, que incluía en aquel tiempo la prestación económica de enfermedad, lo que actualmente es la prestación de Incapacidad Temporal, ya advertía que esta prestación era una prestación costosa y compleja en su organización administrativa, que exigía para el éxito en su gestión la inexcusable adhesión de los médicos pues en ellos, según decía, residía la clave de la prestación del seguro. Desde entonces han variado muchas circunstancias, pero en gran medida sigue siendo válido el diagnóstico de los problemas. En efecto, pese a la disociación entre prestaciones económicas de Incapacidad Temporal como prestaciones de carácter contributivo, gestionadas descentralizadamente por el Estado y prestaciones sanitarias con sustantividad propia, de carácter universal, no contributivas y gestionadas por las Comunidades Autónomas, lo cierto es que la gestión de la Incapacidad Temporal es cada vez más costosa, más compleja y sigue siendo clave la adhesión de los médicos para el control de la prestación.

De este modo, se ha configurado un sistema gestor de la Incapacidad

[1] Este modesto trabajo se realiza en memoria del insigne letrado D. Manuel Peláez Nieto, maestro de letrados que me ha hecho sentir el orgullo de pertenecer al Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

[2] ALONSO OLEA, Manuel (1959): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos. Pág. 159

Temporal en el que la comprobación de la concurrencia en el beneficiario de los requisitos constitutivos de la prestación de incapacidad temporal, es decir la necesidad de recibir asistencia sanitaria y la incapacidad para el trabajo se condiciona a decisiones médicas que determinan la dinámica de la prestación y en el que además participan diversos actores (facultativos de los Servicios Públicos de Salud, Inspección Médica de los Servicios Sanitarios, Instituto Nacional de la Seguridad Social, empresas aseguradoras de la Incapacidad Temporal, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales) que ostentan diferente capacidad de gestión según el origen común o profesional de la prestación y de la entidad que asegure la contingencia o la duración del proceso. Lo cierto es que, tras el transcurso de tantos años, no se ha podido distinguir con nitidez si la asistencia sanitaria es un presupuesto de la prestación de Incapacidad Temporal o, si por el contrario, forma parte del contenido de la prestación y por ende, no se ha podido distinguir el papel que desempeñan los distintos actores que participan en el control de la incapacidad temporal, de modo que estos actores concurren, y con frecuencia se amontonan, con la finalidad de controlar a un hipotético beneficiario simulador, partiendo de la mutua desconfianza entre los sujetos llamados a gestionar la prestación[3].

Ciertamente, la necesidad de perfeccionar los mecanismos de gestión de la prestación de la Incapacidad Temporal y la lucha contra el fraude, ha sido una de las preocupaciones de los pactos políticos y sociales en materia de Seguridad Social, así la recomendación 13 del denominado "Pacto de Toledo", aprobado por el Congreso de los Diputados de 6 de abril de 1995 refería: "la necesidad de mejorar la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal y por invalidez, al objeto de frenar las causas de fraude dentro del sistema público en el acceso y permanencia de las prestaciones. Entre dichas medidas tendrán prioridad el establecimiento de un calendario y de los medios humanos necesarios para el control de dicha incapacidad desde el mismo sistema y profundizar en la participación y corresponsabilidad en la gestión, control y vigilancia de las prestaciones". En la misma línea la "renovación del pacto de Toledo", de 2 de octubre de 2003 insiste en la necesidad de seguir avanzando en la adopción de medidas destinadas a mejorar el control de las prestaciones de incapacidad temporal e invalidez, al objeto de evitar prácticas abusivas en relación con estas prestaciones y se insta a reforzar las medidas de coordinación entre las entida-

[3] MERCADER UGUINA, J. R. (2003): "El control de la incapacidad temporal (Historia de una sospecha)", en AAVV: *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*. VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo de Letrados de la administración de la Seguridad Social. Barcelona, Asociación Profesional del Cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

des responsables del pago de la prestación por incapacidad temporal y los servicios autonómicos de salud que permitan un mejor control de las situaciones de incapacidad temporal.

Desde el ámbito de la interlocución social, el Acuerdo para la Mejora y desarrollo de la Protección Social de 9 de abril de 2001 exigía un incremento de las medidas de coordinación necesarias entre las entidades responsables del pago de la prestación de incapacidad temporal y el INSALUD y los Servicios de Salud, que permita un mayor control de la situación de incapacidad temporal, preocupación que se reproduce en el Acuerdo de medidas de Seguridad Social firmado el 13 de julio de 2006, antecedente de la Ley 40/2007 de Medidas de Seguridad Social, y que en su punto II.5.b) señalaba que "se procederá al análisis de la regulación jurídica de la prestación de la incapacidad temporal, así como de sus modalidades de gestión, con la finalidad de definir con mayor precisión las funciones de los Servicios de Salud y de las Entidades que gestionan la prestación económica, respecto de los procesos de incapacidad, a fin de evitar que, debido a diagnósticos diferentes de unos y otras, puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores".

Pues bien, tras las sucesivas reformas normativas que culminan, por ahora con los procedimientos de disconformidad y de revisión de las altas médicas establecidos en el artículo 128.1.a) LGSS y en el Real Decreto 1430/2009, nos encontramos, como hemos señalado anteriormente, con dos modelos de gestión radicalmente distintos, uno durante los 365 primeros días de duración del proceso y otro durante los siguientes 180 días[4] estableciéndose además diversos mecanismos de carácter impugnatorio que intentan conciliar los desajustes en la actuación de los diversos actores.

## 1.- LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DURANTE LOS PRIMEROS 365 DÍAS DEL PROCESO[5]

Cuando el proceso de Incapacidad Temporal derive de contingencias profesionales y la empresa haya concertado el aseguramiento con una Entidad Colaboradora, ya porque la propia empresa asuma dicho aseguramiento previa autorización, ya porque lo concierte con una Mutua de

[4] La Disposición Final tercera, cuatro, de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de 2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, con vigencia indefinida, ha modificado los dos primeros párrafos del apartado a) del artículo 128 LGSS cambiando el cómputo de los plazos que pasan a contarse en días en lugar de en meses.

[5] DEL VALLE DE JOZ, J. I. y TRILLO GARCÍA, A.R.: *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, en AAVV, (Mercader Uguina, J.R., dir.) Madrid, La Ley (falta texto)

Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, será la entidad la que asuma tanto la gestión de la asistencia sanitaria como los actos de control de la prestación económica a través de la emisión de los partes de baja, confirmación de baja y alta, mientras que si el aseguramiento se realiza con el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el facultativo del Servicio Público de Salud correspondiente el que asuma las facultades de control.

Cuando la incapacidad temporal derive de contingencias comunes, serán también los facultativos de los Servicios públicos de Salud los que tendrán la facultad para emitir los actos de control sanitario determinantes de la dinámica de la prestación de incapacidad temporal con independencia de la entidad con la que se asegure la protección. En tal sentido, se establece el régimen jurídico del ejercicio de dichas facultades en la Orden de 13 de octubre de 1967 y en el Real Decreto 575/1997 de 18 de abril que regula determinados aspectos de la gestión del control de la incapacidad temporal así como en la Orden Ministerial de 19 de junio de 1997 que desarrolla dicha norma.

De acuerdo con las citadas normas, el facultativo del Servicio Público de Salud que tenga asignada la asistencia sanitaria del beneficiario de la prestación comprobará mediante un reconocimiento médico, y la constatación de los datos necesarios, si concurren objetivamente los presupuestos clínicos de la prestación, es decir, la necesidad de recibir la asistencia sanitaria y la imposibilidad de realizar su trabajo y en su caso emitirá la baja médica: Esta baja constituye un acto administrativo por el que se origina el inicio de las actuaciones conducentes a la declaración o denegación del derecho al subsidio. El parte de baja que será expedido en cuádruple ejemplar deberá contener en el original y en la copia destinada a la entidad gestora o colaboradora el diagnóstico y la descripción de las limitaciones que padece el trabajador. El mismo facultativo emitirá al cuarto día, y semanalmente, los partes de confirmación de baja mientras persistan los requisitos médico-laborales determinantes de la situación de incapacidad temporal. El tercer y cuarto parte de confirmación de baja y a partir de este, cada cuatro semanas requerirán especial motivación y así, se exige que los partes vayan acompañados de un informe médico complementario expedido por el mismo facultativo en el que se recojan las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia en la capacidad funcional. Sin duda con el objeto de incrementar el control sobre el "controlador", trimestralmente, a contar a partir de fecha de inicio de la baja, la Inspección Médica de los servicios sanitarios expedirá, con destino a la entidad gestora o colaboradora, un informe de control de la incapacidad temporal en que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que

justifiquen desde el punto de vista médico el mantenimiento del proceso de incapacidad.

Por último, cuando el facultativo del Servicio Público de Salud compruebe que dejan de concurrir los presupuestos jurídico-médicos determinantes de la situación protegida expedirá el parte médico de alta, documento acreditativo del acto administrativo determinante de la extinción de la prestación bien por sobrevenir la curación del trabajador o porque las lesiones adquieren el carácter de definitivas.

La preocupación por el incremento del gasto ha llevado al legislador a establecer una mayor presencia de las entidades responsables del pago, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Mutuas de Accidentes de Trabajo, pero particularmente el primero, en la verificación del estado de salud del trabajador y su incidencia en la capacidad laboral, creándose a tal efecto servicios médicos dependientes de dichas entidades[6]. Este incremento de la presencia de las entidades gestoras y colaboradoras en la gestión de la Incapacidad temporal se ha producido hasta ahora de forma paulatina pudiendo distinguirse dos etapas. La primera se inicia a partir de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, cuyo artículo 39 daba nueva redacción al artículo 131bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social facultando a los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social para expedir altas en los procesos de Incapacidad temporal a los exclusivos efectos de la prestación económica y en los términos que reglamentariamente se determinaran, mientras que la segunda, como veremos más adelante, se inicia con la modificación operada por la Ley General de Presupuestos del Estado para 2006 que modifica la actuación gestora de la incapacidad temporal a partir del día 365 de duración del proceso.

En relación con la primera etapa, el desarrollo reglamentario establecido en el Real Decreto 575/1997 de 18 de abril arbitraba dos complejos procedimientos de actuación de la Entidad Gestora con participación de la Inspección Médica de los Servicios Sanitarios dependiente de la Comunidad Autónoma en cuestión.

El primero de los procedimientos regulado en el artículo 5 del citado Real Decreto permitía al INSS, o a las entidades colaboradoras, proponer al Servicio Público de Salud la emisión del alta médica. De este modo, cuando los facultativos del INSS o de la entidad colaboradora, tras el reconocimiento médico realizado al trabajador consideren que el trabajador no

[6] PANIZO ROBLES, J.A.: "El nuevo paso en el control de la prestación de la seguridad social por incapacidad temporal. El Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social en materia de Incapacidad Temporal". *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 320, pág. 39 y 40.

está impedido para el trabajo pueden proponer el alta a través de la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, que deben hacer llegar la propuesta a los facultativos de atención primaria o servicios médicos correspondientes que lleven a cabo el control de la incapacidad temporal del trabajador a fin de que se pronuncien sobre la propuesta en el plazo de diez días, ya sea confirmando la baja médica, señalando las atenciones o controles médicos que consideren necesarios, ya admitiendo la propuesta de alta, a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica. Ahora bien, de no recibirse alguna de dichas contestaciones de los facultativos o de los servicios médicos en el plazo anteriormente señalado, o en el caso de discrepar de las mismas, la Inspección Médica del correspondiente Servicio Público de Salud podrá acordar el alta efectiva e inmediata, y comunicará, en todo caso y, dentro del plazo de los cinco días siguientes, la actuación realizada a la entidad gestora de la Seguridad Social o a la Mutua que corresponda.

El segundo procedimiento, regulado en el artículo 1.4 del Real Decreto 575/1997, permitía al Instituto Nacional de la Seguridad social, y solo y exclusivamente a esta entidad gestora, comunicar a la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud la intención de extender el alta médica, a fin de que dichos órganos puedan, en el plazo de tres días, manifestar su disconformidad. De este modo, si la entidad gestora no recibe en el citado plazo el informe contrario por parte de la Inspección médica u órgano similar del respectivo Servicio Público de Salud, el INSS podrá expedir el parte de alta, conteniendo siempre el resultado del reconocimiento y la causa del alta.

El artículo 1.4 del Real Decreto 575/1997, en aplicación y desarrollo del artículo 131 bis. 1 de la Ley General de la Seguridad Social, señala que el alta médica expedida por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social se emite a los exclusivos efectos económicos de la prestación, lo que determinará la extinción de la prestación económica por incapacidad temporal y el consiguiente derecho del trabajador de reincorporarse a la empresa, sin perjuicio de que por el Servicio Público de Salud se continúe prestando al trabajador la asistencia sanitaria que, sin requerir una nueva baja médica, aconseje su estado.

Como vemos, aunque el artículo 131 bis.1 LGSS permite a la entidad gestora emitir directamente el alta médica, lo cierto es que el desarrollo reglamentario supedita tal facultad y su efectividad a la actuación de la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, si bien sometiendo tal actuación a unos plazos tan breves que hace difícil, si no imposible, efectuar un pronunciamiento cabal[7]. No obstante, parece deducirse que el legislador

[7] TORTUERO PLAZA, J. L.: "Las Mutuas y la Incapacidad Temporal". TS, núm 100.2005. *Régimen Jurídico de la Incapacidad Temporal: una perspectiva personal*, Fss, núms. 12/13.

no tiene claro si la emisión del alta supone un acto de gestión sanitaria incluido en el contenido de la prestación o por el contrario un mero acto de control de un requisito de la prestación económica, con lo que su emisión por el Instituto Nacional de la Seguridad Social podría suponer la asunción de competencias sanitarias que tiene vedadas por mor del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De este modo, se incide cuidadosamente en el hecho de que el alta solo tiene exclusivos efectos económicos, como si pudiera emitirse el alta a efectos distintos, y se somete la decisión al criterio de la Inspección Médica aún cuando en realidad se pretende convertir en definitivas las altas provisionales por el transcurso del tiempo al establecer unos plazos de difícil tramitación. No obstante, estos escrúpulos del legislador en materia de competencia desaparecerán en las reformas normativas posteriores relativas a la gestión de la incapacidad temporal a partir del día 365 de duración del proceso.

Las facultades establecidas en este segundo procedimiento se pretendieron ampliar a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y así el artículo 44 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de Intensificación de la Competencia de mercados de bienes y Servicios, permitía a los médicos adscritos a las Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales emitir la correspondiente alta médica en los procesos de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas respecto del personal al servicio de los asociados a estas en los términos que reglamentariamente se establezcan. No obstante, hasta la fecha no se ha procedido a la emisión del correspondiente reglamento de aplicación y desarrollo lo que impide a los facultativos de las citadas entidades colaboradoras ejercitar la citada competencia.

### 3.- LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL A PARTIR DEL DÍA 365 HASTA EL 545.

La segunda etapa en este proceso de intensificación de la participación de las entidades gestoras en el control de los requisitos jurídico-sanitarios de la incapacidad temporal se produce a partir de la nueva redacción dada a los artículos 128.1ª) y 131 bis. 1 segundo párrafo de la Ley General de la Seguridad Social, por la disposición adicional 48ª tres de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado de 2006. En tal sentido, vemos como nuevamente el legislador vuelve a su perniciosa afición de utilizar la limitada vía legislativa de la Ley de Presupuestos para regular asuntos de dudosa trascendencia económica lo que rayaría en la inconstitucionalidad.

Con respecto del primero de los preceptos, la nueva redacción establecía que cuando se agote el plazo de duración de doce meses de incapacidad temporal, el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar

y revisar la incapacidad permanente del trabajador, tendrá en exclusiva la competencia para reconocer la situación de prórroga expresa con el límite de seis meses más, o bien para emitir el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal o, en tercer lugar, determinar que se inicie el expediente de incapacidad permanente. De igual modo, se establece que dicha entidad gestora será la única competente para determinar si una baja médica tiene o no efectos económicos cuando se produzca dentro del plazo de seis meses posterior a la anterior baja médica por la misma o similar patología.

El precepto al establecer que el INSS tenía la competencia exclusiva para determinar la existencia o no de efectos económicos a las bajas dadas por los Servicios Públicos de Salud en los seis meses siguientes al alta emitida a partir del mes doce por la misma o similar patología, incurría en la incongruencia de otorgar, por un lado, a la entidad gestora la capacidad exclusiva para gestionar el periodo de prórroga y, por otro, la de convalidar o no, y a los exclusivos efectos económicos de la prestación, las bajas emitidas por los facultativos de los Servicios Públicos de Salud cuando dichas bajas se derivaran de la misma o similar patología y se emitieran durante el periodo de duración que correspondía a dicha prórroga. De este modo, se producía una disociación entre altas médicas y altas económicas por lo que rápida y frecuentemente se plantearon supuestos en los que emitida el alta médica a efectos económicos por el INSS en el mes doce, los facultativos de los Servicios Médicos de Salud seguían emitiendo partes de baja y confirmación de esta que deberían ser o no convalidados por la entidad gestora para que se mantuviera el pago de la prestación lo que provocó que, de inmediato, las contradicciones se dirimieran ante los Juzgados de lo Social. La citada incongruencia se ha intentado remediar con el procedimiento de "disconfomidad" que más adelante analizaremos.

Como vemos, la innovación normativa produce un cambio radical en el reparto de las competencias de gestión del control de los requisitos jurídico-médicos de la incapacidad temporal variando completamente la filosofía anterior, si bien dicho cambio se realiza de manera limitada, al repercutir únicamente en la última parte de duración del proceso, es decir, en los periodos de finalización y prórroga. En tal sentido, si hasta el día 365 de duración del proceso todos los actores podían concurrir al control del trabajador, a partir del día 365 las actuaciones se monopolizan en las entidades gestoras de la prestación económica y ello con independencia de que la causa que genere el proceso sea común o profesional. No obstante, diversas resoluciones de la Secretaría de Estado para la Seguridad Social[8]

[8] Resoluciones de la Secretaría de Estado de 16 de enero de 2006, de 26 de noviembre de 2006, de 15 de diciembre de 2006 y de 14 de enero de 2008.

matizan la anterior afirmación al establecer que cuando la protección de las contingencias profesionales se haya concertado con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales dichas entidades pueden efectuar ante la entidad gestora correspondiente una propuesta de actuación que se entenderá aceptada si dicha entidad no se manifiesta en sentido contrario, en el plazo de cinco días contados a partir de la recepción de la propuesta. Estas resoluciones posiblemente carezcan de suficiencia normativa para establecer trámites en el procedimiento que afectan a terceros arbitrando una especie de silencio que, también, contradice flagrantemente la obligación de resolver que el artículo 42 LRJ-PAC impone a las Administraciones Públicas. A mayor abundamiento estas resoluciones son incongruentes con el texto del artículo 128.1.a) LGSS que establece la obligación del INSS de resolver de forma expresa.

Otro cambio de filosofía se produce en las atribuciones internas de los actos de gestión. En efecto, hasta ahora, las decisiones sobre la baja, la confirmación de la baja y el alta se atribuían individualmente a los facultativos y se consideraban actos de eficacia provisional pues aunque daban lugar al nacimiento, mantenimiento o extinción del derecho a la prestación de incapacidad temporal su emisión solo alcanzaba de acuerdo con el principio de celeridad a la comprobación del estado de salud del trabajador y a la incidencia temporal en la realización del trabajo[9]. En cambio, a partir del día 365 las facultades de gestión de la incapacidad temporal se encomiendan al INSS como órgano administrativo exigiéndose además, el previo informe del Equipo de Evaluación de las Incapacidades. De este modo, las decisiones sobre el alta, la prórroga o la iniciación del procedimiento de calificación de incapacidad permanente se formalizan a través de una resolución administrativa con las características determinadas en el artículo 89 LRJ-PAC.

El artículo 128.1 a) LGSS nuevamente cambia su redacción con el artículo 1 de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre señalando: "Agotado el plazo de duración de doce meses previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o por último, para emitir el alta médica, a los efectos previstos en los párrafos siguientes. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquella se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta mé-

[9] Así lo señala el Tribunal Supremo en sus sentencias del tribunal Supremo de 26 de enero de 1998, recurso nº 5481/1997 y de 8 de enero de 2007, recurso nº 3969/2007.

dica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes".

El comentario sobre los párrafos siguientes a los que se remite el precepto lo haremos más adelante cuando analicemos el procedimiento de disconformidad, si bien, debemos señalar que dichos párrafos al establecer los efectos del alta emitida por el INSS a partir del mes doce utiliza términos como "plenos efectos" o "a todos los efectos". Por tanto, se suprime del régimen de efectos establecidos en el artículo 128.1.a LGSS la expresión "a los exclusivos efectos de la prestación económica", si bien, esta expresión se mantiene en el texto del artículo 131. bis.1 segundo párrafo LGSS. En segundo lugar, se clarifica la anterior redacción señalando que es la entidad gestora la única administración competente para emitir una nueva baja por la misma o similar patología una vez que han transcurrido los doce primeros meses de proceso de incapacidad temporal de modo que se veda a los facultativos de los Servicios Públicos de Salud la facultad para emitir bajas por dichas patologías bajo ningún concepto o efecto. En este sentido, el artículo 1 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre señala que de conformidad con lo establecido en el artículo 128.1.a) LGSS segundo párrafo LGSS, una vez agotado el plazo de la duración de la incapacidad temporal de doce meses (365 días tras la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010), el INSS y el ISM, una vez agotado el plazo de duración serán los únicos competentes, en sus respectivos ámbitos gestores, para reconocer la situación de prórroga expresa, determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o emitir el alta médica. Igualmente señala el precepto reglamentario que, a efectos de la adecuada coordinación, el Servicio Público de Salud, cuando emita el último parte médico de confirmación antes de agotarse el referido plazo, comunicará al interesado en el acto de reconocimiento médico que, a partir de dicho momento, corresponde a la entidad gestora competente, el control de su situación, circunstancia que pondrá en conocimiento de la misma mediante procedimiento informático. En consecuencia, una vez cumplido el plazo indicado, el Servicio Público de Salud no emitirá partes de confirmación de baja médica y será la entidad gestora correspondiente la que efectuará las comunicaciones que procedan al interesado, a la empresa, al Servicio Público de Salud y, en su caso, a las entidades colaboradoras y al Servicio Público de Empleo Estatal.

La modificación normativa operada por la disposición adicional 48ª LPGE para 2006 se completó con la modificación de dos párrafos del artículo 131 bis LGSS[10]; de este modo se establece en añade un segundo párrafo

[10] TRILLO GARCÍA, A.R. (2008): *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, en AAVV (Mercader Uguina, J.R. y Trillo García A.R., dir.) Madrid, Lex Nova.

al número 1 del artículo y en segundo lugar se modifica el segundo párrafo del número 2.

En tal sentido, el artículo 131 bis.1 párrafo segundo establece que en el supuesto de que se extinga el derecho al subsidio por el transcurso del plazo máximo y el trabajador hubiera sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, solo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un periodo de actividad laboral superior a seis meses o si el INSS, a través de los órganos para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal.

El Tribunal Supremo en recientes sentencias[11] ha interpretado el precepto en el sentido de que una vez agotado el periodo máximo de incapacidad temporal y el trabajador no sea calificado en situación de incapacidad permanente, se abren dos posibilidades. De un lado, que transcurran seis meses, en cuyo caso se puede iniciar otro nuevo proceso de incapacidad temporal mediante baja emitida por el facultativo del Servicio Público de Salud; de otro lado, que sin transcurrir dicho periodo se emita baja médica mediante resolución administrativa del INSS previo dictamen-propuesta emitido por el Equipo de Evaluación de Incapacidades. Esta facultad, según señala el alto tribunal, no es discrecional sino que la entidad gestora viene obligada a tener en cuenta el estado de salud del trabajador y su capacidad para trabajar y decidir de acuerdo con dichos presupuestos.

La segunda modificación relativa al segundo párrafo del artículo 131 bis. 2 LGSS determinaba que una vez extinguida la incapacidad temporal, por transcurrir el plazo de doce o de dieciocho meses, la entidad gestora vendría obligada a calificar la incapacidad permanente en el grado que correspondiera y en el caso de que se requiriera la necesidad de un tratamiento médico, por no ser definitivas las lesiones se valoraría al trabajador en el grado de incapacidad permanente que correspondiera, declarando la situación revisable a los seis meses, plazo de duración máxima de la incapacidad permanente si no se acreditaban los requisitos de carencia exigidos en el artículo 138 LGSS. No obstante, esta modificación fue derogada inmediatamente por la Ley 40/2007 de modo que en la actualidad el precepto señala que "en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá

[11] Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2009, rec. 2983/2008 y 8 de julio de 2009, rec. 3530/2008.

retrasarse por el periodo preciso, que en ningún caso podrá rebasar los veinticuatro meses siguientes a la fecha en que haya iniciado la incapacidad permanente".

Por último, tenemos que señalar que a partir del día 365 de duración del proceso de incapacidad temporal se modifica el régimen de colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación económica. En efecto, el artículo 2 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre dispone que dicha colaboración cesará el último día del mes en que la entidad gestora competente haya dictado la resolución en la que se declare expresamente la prórroga de dicha situación o la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, de conformidad con lo previsto en el artículo 128.1.a) LGSS, pasando por tanto a abonarse la prestación en pago directo bien por la entidad gestora o por la colaboradora. No obstante, seguirán abonando la prestación las empresas autorizadas para colaborar en la gestión de la incapacidad temporal y las corporaciones locales respecto del personal al que vinieran reconociendo y abonando la prestación por incapacidad temporal, de conformidad con la disposición transitoria quinta del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Local. Igualmente, se prevé que a los trabajadores que vinieran percibiendo prestaciones contributivas por desempleo y hubieran pasado a la situación de incapacidad temporal que suponga una recaída de un proceso anterior, únicamente se les seguirá abonando la prestación económica por incapacidad temporal por el Servicio Público de Empleo Estatal cuando se declare por la entidad gestora la prórroga expresa de dicha situación de acuerdo con las competencias establecidas en el artículo 128.1.a) LGSS, con el límite máximo de duración de la prestación por desempleo.

## 3.- EL PROCEDIMIENTO DE DISCONFORMIDAD CONTRA LAS ALTAS EMITIDAS POR LA ENTIDAD GESTORA A PARTIR DEL DÍA 365. EL ESTABLECIMIENTO DE UN RECURSO ADMINISTRATIVO EXTRAORDINARIO

El artículo 1. uno de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, introduce en un texto sustantivo como es el artículo 128.1.a) LGSS una regulación adjetiva al establecer una suerte de recurso contra las altas emitidas por las entidades gestoras a partir del día 365, que merecería a mi juicio un tratamiento separado[12]. No obstante, este precepto que regula con bastante precisión los trámites de este procedimiento es completado en singulares

[12] La nueva regulación del artículo 128.1.a) LGSS establece:

aspectos por el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre que desarrolla reglamentariamente la ley 40/2007, de 4 de diciembre de Medidas de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

La primera sorpresa que encontramos en la norma es la terminología empleada, toda vez que el legislador señala que en los casos de alta médica frente a la resolución recaída podrá el interesado, en el plazo de cuatro días naturales manifestar su "disconformidad". Considero que por mucho interés que tenga el legislador por rebajar el rigor jurídico de la terminología, la expresión utilizada es cuanto menos desacertada toda vez que no nos encontramos ante una reclamación, queja o alegación sino ante la impugnación de una resolución administrativa[13]. De otro lado, debemos señalar que esta especialísima impugnación se aparta del régimen previsto en la Disposición Adicional 6ª LRJ-PAC que remite al régimen de impugnación establecido en la Ley de Procedimiento Laboral, lo que sin duda exigía que se regulara a través de una norma con rango formal de ley.

En este sentido, el legislador ha intentado establecer una tramitación muy parecida a la establecida en los artículos 1.4 y 5 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril para las intenciones y las propuestas de alta. Así se prevé la intervención de la Inspección Médica de los servicios sanitarios, se utilizan los términos "disconformidad" y "discrepancia", o se establecen brevísimos plazos computados en días naturales.

Este recurso se caracteriza por ser potestativo, sin que la falta de su pre-

"En los casos de alta médica a que se refiere el párrafo anterior, frente a la resolución recaída podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepa del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquella, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.

Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha de la alta médica y aquella en que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.

Si, en el aludido plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado la discrepancia con la resolución de la entidad gestora, esta se pronunciará expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquella, solo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución".

[13] TRILLO GARCÍA, A.R. (2008): *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social,* en AAVV (Mercader Uguina, J.R y Trillo García, A.R. dir.) Madrid, Lex Nova. Pág. 44.

sentación impida la presentación de reclamación previa; ser extraordinario, al presentarse solo por determinadas personas y contra determinados actos; ser especial, al separarse del régimen de recursos establecidos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; ser sumario, al tener limitado el conocimiento a la impugnación del alta médica, y ser devolutivo, pues se resuelve por el órgano que dictó el alta aún cuando se interpone ante órgano distinto al encargado de resolver, es decir, se interpone "para ante" como ocurre en los recursos de casación y suplicación, constituyéndose por tanto, como un recurso complejo en el que intervienen dos administraciones.

La denominada "disconformidad" se presentará contra las resoluciones del INSS o del ISM por las que se acuerde el alta médica tras agotar el trabajador los 365 días del proceso de incapacidad temporal. En cambio, a mi juicio, no se podrá interponer frente a las altas que se emitan durante la gestión de la prórroga toda vez que parece que carece de sentido la opinión de la Inspección Médica respecto de decisiones alejadas del momento en que se produjo el control del Servicio Público de Salud sobre el proceso de incapacidad temporal.

La legitimación para presentar esta acción corresponde exclusivamente al beneficiario de la prestación de incapacidad temporal, quedando por tanto excluidas las mutuas, empresas o la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, todo ello sin perjuicio de que el beneficiario pueda actuar por medio de representante en los términos previstos en el artículo 32 LRJ-PAC, o sea, acreditando la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna de la representación o mediante declaración en comparecencia personal ante la Administración de representante y representado.

En cuanto a la competencia para tramitar y resolver, en el procedimiento participan dos administraciones, así se interpone ante la Inspección Médica de los Servicios Sanitarios que una vez recibido el escrito comunicará a la entidad gestora, a la mayor brevedad posible, el inicio del procedimiento, e informará a dicha entidad sobre su conformidad con el alta emitida o su discrepancia, mientras que corresponderá a la entidad gestora emitir resolución que da lugar a la terminación del procedimiento comunicando a la empresa a la mayor brevedad posible cualquier decisión que afecte a la duración del proceso de incapacidad temporal. En tal sentido, debemos señalar que en el artículo 3 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre al regular el procedimiento de disconformidad con el alta médica emitida por las entidades gestoras y en particular el régimen de comunicaciones se realiza un alarde en el uso y abuso del concepto jurídico indeterminado "a la mayor brevedad posible".

En relación con los requisitos de actividad el citado artículo 3 del Real Decreto 1430/2009 señala el plazo máximo para presentar la disconformidad que será el de cuatro días naturales siguientes a la resolución que determine el

alta, por lo que una vez transcurrido dicho plazo caducará la acción impugnatoria que no se podrá reproducir sin perjuicio de la posibilidad de presentar reclamación previa en los términos establecidos en el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Laboral. La disconformidad se deberá cumplimentar en el modelo aprobado al efecto por la correspondiente entidad gestora, y que estará a disposición de los interesados en las correspondientes páginas web de dichas entidades, y se deberá presentar ante el registro de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud correspondiente sin perjuicio de su presentación en cualquiera de los registros previstos en el artículo 38.4 LRJ-PAC. Ahora bien, el interesado que inicie el procedimiento de disconformidad lo deberá comunicar a su empresa ese mismo día o en el siguiente día hábil.

La tramitación es extremadamente sumaria, obviándose instituciones típicas del procedimiento administrativo como la comunicación del inicio del procedimiento (art. 42,3,b LRJ-PAC), la posibilidad de personación de interesados (art. 31.b LRJ-PAC), la posibilidad de realizar alegaciones en cualquier momento del procedimiento (art. 79 LRJ-PAC), o el establecimiento del trámite de audiencia (arts. 84 y 110 LRJ-PAC). El trámite más relevante del procedimiento es el del pronunciamiento de la Inspección Médica que deberá efectuarse en el plazo máximo de siete días naturales contados a partir del momento en que tiene entrada en el registro de la Inspección Médica el escrito de disconformidad. En cuanto a la naturaleza jurídica del pronunciamiento de la Inspección Médica, considero que lo que más se asemeja es al informe, por lo tanto, se constituye en un acto trámite. En este sentido, la ley prevé preceptivamente la intervención y conocimiento de la Inspección Médica, pero en cambio, no exige preceptivamente su pronunciamiento.

Una vez transcurrido el plazo para que la Inspección Médica emita su parecer sin que este se produzca o bien se efectúe extemporáneamente la entidad gestora emitirá resolución administrativa elevando a definitiva el alta médica impugnada y determinando sus efectos. En cambio, si la Inspección Médica emite su opinión discrepando de la actuación de la entidad gestora, esta dictará resolución administrativa bien reconsiderando el alta emitida, bien ratificando la resolución impugnada.

El artículo 128.1.a) prevé un amplio abanico de efectos a consecuencia de la iniciación de este singular procedimiento, que serán diferentes en función de la actuación de la Inspección Médica y de la resolución que adopte la entidad gestora. El primer efecto es que la mera interposición de la "disconformidad" suspende los efectos del alta impugnada iniciándose la prórroga del proceso de incapacidad temporal, si bien la duración de la misma variará atendiendo a las siguientes circunstancias:

- Si el beneficiario no presenta el escrito de "disconformidad" el alta adquirirá plenos efectos.
- Si se presenta la disconformidad y la Inspección no se pronuncia en

tiempo y forma, la situación de incapacidad temporal se prorrogará por un plazo máximo de 11 días naturales, contados a partir del momento en que se dictó la resolución de alta objeto de la impugnación.

- Si una vez presentada la disconformidad, la Inspección Médica se pronuncia en el plazo de siete días concedido manifestando su conformidad con la actuación de la entidad gestora, esta dictará resolución acordando la plenitud de efectos del alta inicial, si bien la prórroga se mantendrá hasta la fecha de la resolución administrativa con el límite máximo de once días.

- Si por el contrario, la Inspección Médica se pronuncia en tiempo y forma manifestando su discrepancia con la decisión de la entidad gestora, esta dictará resolución administrativa en el plazo de siete días, bien ratificándose en su inicial criterio tras la comprobación de las pruebas complementarias oportunas en cuyo caso la prórroga alcanzará hasta la fecha de la resolución, o bien reconsiderando la primitiva decisión por lo que se acordará la prórroga del proceso de incapacidad temporal por un periodo máximo de 180 días.

En todo caso, cualquiera que sea el supuesto de los anteriormente contemplados, la prórroga acordada computará a efectos de la determinación de la duración máxima del proceso que en modo alguno, podrá superar los 545 días.

Igualmente debemos recordar que como ya hemos señalado anteriormente, la "disconformidad" también se puede presentar contra las resoluciones expresas y tácitas de las entidades gestoras por las que se acuerde el alta médica a partir del día 365 del proceso de incapacidad temporal derivado de contingencia profesional en los casos en los que el aseguramiento esté concertado con una entidad colaboradora.

Por último, desde el punto de vista jurídico-procesal la no presentación o la presentación extemporánea de la "disconformidad" no impide la presentación de la reclamación previa a la vía jurisdiccional social e, igualmente, se podrá interponer la citada reclamación contra la resolución que resuelva tan singular recurso.

## 4.- OTRO PECULIAR RECURSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL. EL LLAMADO "PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN DE LAS ALTAS MÉDICAS EXPEDIDAS EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL" EMITIDAS POR MUTUAS Y EMPRESAS COLABORADORAS EN PROCESOS DERIVADOS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

El artículo 4 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre establece un nuevo cauce de impugnación de las altas médicas emitidas por las entidades colaboradoras cuando el proceso de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales. Dicho precepto tiene su origen en el mandato establecido en la Disposición Adicional 19ª de la ley 40/2007 que establecía:

"Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal"[14].

Lo primero que debemos señalar es que tanto la disposición legal como la reglamentaria utilizan de forma impropia el término "revisión", toda vez que no se pretende revisar actos firmes, sino verdaderamente establecer un procedimiento administrativo de impugnación de las altas emitidas por las entidades colaboradoras antes de que adquirieran firmeza. Lo segundo que procede señalar es que en lugar de atribuir a las entidades gestoras la posibilidad de resolver las reclamaciones previas que se pudieran interponer contra las decisiones emitidas por las entidades colaboradoras de acuerdo con la facultad conferida por el artículo 71.2, párrafo segundo de la Ley de Procedimiento Laboral[15], se ha diseñado un procedimiento impugnatorio extraordinario y sumario que guarda gran semejanza con el procedimiento de "disconformidad" analizado anteriormente y al que se le otorga el valor de reclamación previa abriéndose frente a la resolución administrativa que emita la entidad gestora directamente la vía judicial, como más adelante veremos.

El citado procedimiento impugnatorio tiene también a mi juicio el carácter de recurso potestativo, extraordinario, especial, sumario y no devolutivo. En tal sentido, el precepto reglamentario señala que la tramitación del procedimiento debe considerarse preferente por la entidad gestora con la finalidad deseada de resolver el procedimiento en el menor tiempo posible.

[14] La Disposición Adicional 19ª de la Ley 40/2007 tiene su origen en la enmienda nº 42 presentada en el Congreso de los Diputados, por la diputada Sra. Olaia Fernández Dávila (Grupo parlamentario Mixto) con el siguiente texto:

"En el plazo de seis meses, el Gobierno previo informe del Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales, regulará un procedimiento administrativo urgente de revisión a instancia del interesado, de altas que expidan las entidades colaboradoras derivadas de procesos de incapacidad temporal por contingencias profesionales, con independencia a que dichas altas se produzcan por curación o por inexistencia de contingencia profesional.

Dicho procedimiento deberá resolverse por la entidad gestora en el plazo de diez días e incluirá un informe médico del INSS. Contra la Resolución quedará abierta la vía judicial".

La presentación de la enmienda se justificaba en los siguientes motivos:

"Se pretende introducir un procedimiento de revisión de las altas médicas por parte del interesado.

Este procedimiento permitirá resolver la actual situación de indefensión ante la expedición de la alta médica. De esta manera se crea un procedimiento por el cual el interesado dispondrá de un segundo diagnóstico, reduciéndose así la posibilidad de errores en el mismo"

[15] El artículo 71.2, párrafo 2º LPL dispone: "Si la resolución expresa o presunta, hubiera sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación previa se interpondrá, en el mismo plazo, ante el órgano correspondiente de la entidad gestora cuando sea competente".

Desde el punto de vista objetivo, esta singular acción solo se puede interponer contra las altas médicas emitidas por las entidades colaboradoras, Mutuas de accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y empresas colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, evidentemente antes de que haya transcurrido el día 365 del proceso. Por tanto, no cabe iniciar este procedimiento contra las altas emitidas por los Servicios Públicos de Salud derivadas de contingencias profesionales cuando la contingencia se asegure con el INSS actos contra el que solo cabrá presentar reclamación previa.

Tendrá exclusivamente legitimación activa el beneficiario dado de alta, quien podrá actuar por sí mismo o através de representante en los términos establecidos en el artículo 32 LRJ-PAC.

El plazo para presentar el escrito de iniciación del procedimiento será el de cuatro días naturales contados a partir de la notificación del alta médica impugnada, estableciéndose además, la obligación del trabajador de comunicar a la empresa la iniciación del procedimiento el mismo día en que presente la solicitud o el día hábil siguiente. El escrito se presentará en el registro de la entidad gestora correspondiente según el régimen al que pertenezca el trabajador si bien, a mi juicio, nada impide que se presente en cualquiera de los registros establecidos en el artículo 38.4 LRJ-PAC. Dicho escrito se deberá acomodar al modelo que las entidades gestoras tienen a disposición del trabajador en su página Web y en su cuerpo deberán constar los motivos de su "disconformidad", expresión que se vuelve a utilizar por el titular de la potestad reglamentaria, con la obligación de acompañar necesariamente al escrito el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate, o en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora. En tal sentido, la falta de motivación o de acompañamiento de los documentos requeridos por el precepto activará el mecanismo de subsanación previsto en el artículo 71 LRJ-PAC con los efectos señalados en el citado precepto.

La iniciación del procedimiento suspenderá los efectos del alta médica emitida por la entidad colaboradora manteniéndose el abono de prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que en la resolución, como más adelante veremos, se declare que las prestaciones han sido indebidamente percibidas y la obligación de devolución.

El procedimiento se tramitará por la entidad gestora que corresponda, INSS o ISM, que comunicará a la entidad colaboradora correspondiente, aunque el precepto erroneamente sólo alude a la Mutua, la iniciación del procedimiento al objeto de que aporte en el plazo improrrogable de dos días hábiles los antecedentes relacionados con el proceso e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica, de suerte que si no se cumplimenta el requerimiento, la entidad gestora resolverá teniendo en

cuenta la información facilitada por el interesado. De otro lado, la entidad gestora comunicará a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud del interesado.

Ahora bien, si el interesado solicitase baja por enfermedad común y se desprendiera que el proceso deriva de contingencia profesional en la que se hubiera emitido alta médica, el Servicio Público de Salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el "procedimiento especial de revisión" en el plazo de cuatro días desde la emisión del alta; sin embargo, si se emitiera baja por contingencia común el Servicio Público de Salud deberá comunicar a la entidad gestora la existencia de dos procesos relacionados abonándose la prestación de incapacidad temporal como si derivara de contingencia común hasta que se resuelva definitivamente el procedimiento. Igualmente, cuando el trabajador presente a la empresa un parte médico de baja emitido por el Servicio Público de Salud, el empleador deberá informar a la entidad gestora competente para tramitar el procedimiento con carácter inmediato.

A este respecto, debemos señalar que las comunicaciones efectuadas entre las entidades gestoras, las colaboradoras, el Servicio Público de Salud y las empresas se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos y telemáticos que permitan la mayor rapidez.

Si la entidad colaboradora, pese a que el precepto sólo limita la referencia a la Mutua, reconoce la improcedencia del alta se archivará, sin más trámite el procedimiento manteniéndose el trabajador en situación de incapacidad temporal. En otro caso, el director provincial de la entidad gestora competente dictará resolución administrativa en el plazo de quince días contados a partir de la aportación de la documentación que debe remitir la entidad colaboradora, previo informe preceptivo de la entidad colaboradora.

La resolución que se dicte determinará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja o la procedencia o improcedencia de otras bajas emitidas durante la tramitación de proceso de modo que podrá disponer:

a) La confirmación del alta emitida por la entidad colaboradora con la consiguiente extinción del proceso de incapacidad temporal a partir de dicha fecha, y la devolución de las prestaciones recibidas desde el alta médica.

b) El mantenimiento de la situación de la incapacidad temporal derivada de contingencia profesional declarando nula el alta emitida por la entidad colaboradora, que no tendrá efecto alguno, manteniéndose el trabajador en situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional.

c) La determinación del carácter común o profesional del proceso de incapacidad temporal cuando concurran procesos intercurrentes en el mismo periodo de tiempo, fijándose los efectos que correspondan y el carácter debido o indebido de las prestaciones recibidas, de manera que se proceda a

las compensaciones correspondientes y a la anulación y expedición de los correspondientes partes.

d) Que cuando el beneficiario hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se pueda declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. De este modo, la resolución administrativa determinará la nueva fecha de la alta médica, la consiguiente extinción de la incapacidad temporal en dicha fecha y la devolución en su caso de las prestaciones indebidamente percibidas.

Como vemos la entidad gestora puede incluso fijar los efectos de las bajas emitidas tanto por las entidades colaboradoras como por los Servicios Públicos de Salud, lo que refuerza el carácter rector de las entidades gestoras en la administración y gestión de la incapacidad temporal, tal como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias como la de 18 de abril de 2007, (recurso nº 5478/2005).

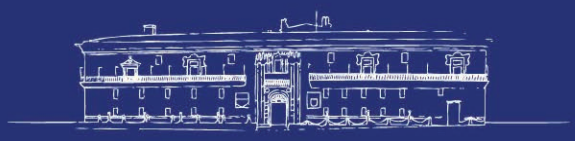
No obstante, si durante la tramitación del procedimiento se alcanzara el día 365 de duración del proceso, el procedimiento se archivará toda vez que la entidad gestora asumirá el control de la prestación en los términos previstos en el artículo 128.1.a) LGSS.

Por último, debemos señalar que desde el punto de vista procesal la resolución tiene la validez de resolución de reclamación previa, pese a que resulte cuanto menos dudoso que reglamentariamente se pueda establecer tan peculiar régimen procesal. No obstante, el procedimiento cumple con las finalidades que se exigen a la reclamación previa y así, de un lado, se permite poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión al objeto de poder resolver la pretensión y evitar la necesidad de acudir a la jurisdicción (sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de diciembre de 1988) y de otro lado, el procedimiento proporciona la oportunidad de preparar la adecuada oposición en el futuro proceso (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1988).

## 5.- CODA O EPÍLOGO.

Para finalizar, considero que no nos encontramos como señala PAREDES RODRIGUEZ[16] ante la culminación de un nuevo modelo de control de la incapacidad temporal sino, quizás, ante el comienzo de un complicado proceso de reparto de competencias en materia de control de la incapacidad temporal cuyo final es difícil precisar.

[16] PAREDES RODRIGUEZ, J. M.: "Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de control de la Incapacidad Temporal". *Revista Doctrinal* 21. Marzo 2010. Aranzadi Social.



# Derecho Social y Administración Pública

Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Manuel Peláez Nieto

XUNTA DE GALICIA