



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

96

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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



CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

VOCALES

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Suscripciones y distribución:

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

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

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López
DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96 / I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: EDITORIAL COMARES



TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
N.º 96/2008
Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El desarrollo del Servicio Nacional de Empleo por el Real Decreto 1722/2007	11
JOSÉ LUIS LÁZARO SÁNCHEZ	
El Sistema de atención a la dependencia tras su desarrollo reglamentario	39
JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ	
Tres modelos distintos de formalización del Estatuto de los empleados públicos, al hilo de la exposición de motivos de Estatuto español	85
ALBERTO ARUFE VARELA	
Residencia de los extranjeros extracomunitarios y prestaciones familiares de Seguridad Social	97
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
La conciliación de la vida laboral con la vida privada (personal, familiar y social) del trabajador en Italia	135
MANUEL MAIRAL JIMÉNEZ	

2. MERCADO DE TRABAJO

Desaceleración económica y crisis. El mercado de trabajo en el primer trimestre de 2008	185
SANTOS M. RUESGA BENITO, JOSÉ L. MARTÍN NAVARRO Y LAURA PÉREZ ORTIZ	

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA****NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO**

Universidad de Almería

Trabajadores extranjeros no regularizados y derecho de huelga 217

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

DESPIDO

Universidad de Córdoba

Trabajadoras embarazadas y despidos nulos: Presunción «iuris et de iure» del móvil discriminatorio ¿en todo caso? 229

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ**PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**

Universidad de Granada

De nuevo una reforma de las pensiones de viudedad: el desmoronamiento de toda una doctrina constitucional y la ignorancia de la dimensión multicultural 241

SOFÍA OLARTE ENCABO

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Universidad de Huelva

Igualdad de trato entre hombres y mujeres: concepto de trabajadora embarazada 257

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental? 267

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

4. INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe de actuación del SERCLA durante 2007 287

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

ORDEN de 11 de diciembre de 2007, por la que se establece para el año 2008 la población con derecho a la prestación asistencial que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, y se fijan las tarifas aplicables a la contratación de los servicios 297

BOJA núm. 7, de 10 de enero



ORDEN de 7 de febrero de 2008, sobre publicación de las Sanciones por Infracciones muy graves en materia de Prevención de Riesgos Laborales	298
BOJA núm. 36, de 20 de febrero	

ORDEN de 7 de marzo de 2008, por la que se modifica la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de contabilidad de las prestaciones y la Gestión de las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía y la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de ayuda a domicilio	302
BOJA núm. 55, de 19 de marzo	

NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista «Temas Laborales»: <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/car1/herramientas/revista/1stContenidos.asp>





1

Estudios







EL DESARROLLO DEL SERVICIO NACIONAL DE EMPLEO POR EL REAL DECRETO 1722/2007

JOSÉ LUIS LÁZARO SÁNCHEZ

Profesor TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO

Palabras Clave: Intermediación Laboral, SNE

El modelo de gestión de la política de empleo implantado por la Ley 56/2003, de Empleo, se caracteriza, entre otras cosas, por su descentralización, participando en él la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. De ahí, que se creara una estructura adecuada para la necesaria coordinación entre las diferentes Administraciones: el Servicio Nacional de Empleo. Considerado por ello como instrumento nuclear del sistema, parte de las prescripciones de la Ley de Empleo referidas al mismo necesitaban ser desarrolladas, finalidad a la que responde el Real Decreto 1722/2007, de cuyo título, se deriva cuáles eran esos aspectos que precisaban reglamentarse. En primer lugar, y fundamentalmente, el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, órgano del Sistema al que dedica especial atención este Real Decreto, sobre todo desde la perspectiva de su composición y funcionamiento interno. En segundo lugar, los instrumentos de coordinación, delimitados por la Ley de Empleo y sobre los que el Real Decreto 1722/2007 detalla aspectos tanto de su elaboración como de contenido. Y, en tercer lugar, la evaluación del propio Sistema Nacional de Empleo, ordenada por la Ley de Empleo y a la que se dedica el artículo 30 de este Real Decreto.

ABSTRACT

Key words: Job intermediation, National Employment Service

The policy management model procured by the 56/2003 Law of Employment aims to the decentralization, and among other features, it is characterised for the participation of the General State Administration and the Autonomous Communities. As a result, it was created an appropriate institution: the National Employment Service (SNE, *Servicio Nacional de Empleo* as stands for its acronym in Spanish) to coordinate all Administrations. The SNE is considered as the system's core instrument and in the Royal Decree 1722/2007 it has been included new proposals that the previous Employment Law definitely needed it. First and mainly, this decree pays attention focusing mainly on the structure and functioning of the General Council of the National Employment System. Second, coordination instruments -as regards its development and components aspects- that are delimited by the Employment Law and pointed out in this Royal Decree 1722/2007. Third and finally, the National Employment System self evaluation given by the Employment Law and that has been contemplated under article 30 of this Royal Decree.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO Y LA FUNCIÓN DE COHESIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE EMPLEO
3. LOS INSTRUMENTOS PARA LOGRAR LA COORDINACIÓN
4. LOS ÓRGANOS DEL SERVICIO NACIONAL DE EMPLEO
 - 4.1. La conferencia sectorial de asuntos laborales
 - 4.2. El Consejo General del Servicio Nacional de Empleo
5. LA EVALUACIÓN DEL SISTEMA
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

A los cuatro años de la aprobación de la Ley 56/2003, de Empleo, de 16 de diciembre¹, (LE, en adelante), se aprobó el pasado mes de diciembre el Real Decreto 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla aquella Ley en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo² (RD 1722/2007, en adelante).

Como se desprende de su enunciado, nos encontramos ante el desarrollo de una parte, y no precisamente menor, del sistema ordenado por la LE³. Es conocido que esta Ley vino a regular, entre otras cosas pero muy especialmente, un modelo fraguado desde mediados de la década de los noventa del pasado siglo, como consecuencia del proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas (CCAA, en adelante) de ciertos aspectos de la política de empleo⁴.

En este sentido, la exposición de motivos de la LE, por un lado, reconoce que el contexto en el que se aprueba es ya sustancialmente distinto del previsto en la normativa entonces en vigor⁵, y, por otro, apunta los factores del cambio, entre los que resalta que «El método tradicional de gestión es-

¹ BOE de 17 de diciembre de 2003.

² BOE de 23 de enero de 2008.

³ Sobre la Ley de Empleo, MONTROYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «Comentario a la ley de empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre», Civitas, *Colección Estudios de Derecho laboral* núm. 83, 2004.

⁴ Al estudio de este proceso, en general, me he dedicado en *La intermediación en el mercado de trabajo*, CARL, 2003, págs. 271 y ss. Y de manera particular, referida a la creación del Servicio Andaluz de Empleo, en *El Servicio Andaluz de Empleo*, publicado en el núm. 68/2003 de esta Revista.

⁵ «La vigente Ley Básica de Empleo 51/1980, de 8 de octubre, se aprobó en un contexto en el que la situación socioeconómica, tecnológica y de organización territorial presentaba unos perfiles bien distintos de los actuales».

tatal del mercado de trabajo ha dado paso a planteamientos más descentralizados con transferencias de funciones y servicios para la ejecución de las políticas activas de empleo a las comunidades autónomas». Fruto de ello, uno de los objetivos de la Ley es el de establecer un modelo de cooperación y coordinación entre las Administraciones implicadas.

Para alcanzar dicha finalidad, se perfila como «instrumento nuclear»⁶ el Sistema Nacional de Empleo (SNE, en adelante), considerado como el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo. Y como consecuencia de tal importancia, la LE dedica al SNE el primero de sus dos títulos, además del título preliminar, y de forma específica el primer capítulo de dicho título, artículos 5 a 10. En éstos, se define el propio SNE, fijándose sus fines, funciones, órganos y principios de funcionamiento, remitiéndose el artículo 7.1, b), dedicado al Consejo General del SNE, a un desarrollo reglamentario posterior en el que se determinen las funciones de este órgano que, junto con la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, articulan la estructura del SNE.

En este contexto, hemos de situar el RD 1722/2007, el cual no viene, por tanto, ni a regular el SNE ni a desarrollarlo reglamentariamente en su conjunto, sino sólo una parte del mismo. Ha de tenerse en cuenta que el SNE se apoya, al margen de los dos órganos citados, sobre servicios administrativos previos, ya regulados por las administraciones competentes para ello: el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) y los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas (SPECA). En el primer caso, en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional primera LE, se cambia la denominación anterior, Instituto Nacional de Empleo (INEM), para pasar a denominarse Servicio Público de Empleo Estatal, y, por tanto, éste conserva el régimen jurídico, económico, presupuestario, patrimonial y de personal, así como la misma personalidad jurídica y naturaleza de organismo autónomo de la Administración General del Estado que tenía el INEM⁷. Y en los segundos porque se trata de órganos creados en cada Comunidad Autónoma, en unos casos antes de recibir el traspaso de competencias en materia de empleo y en otros con posterioridad, precisamente con ocasión de que se produjera la transferencia.

⁶ Expresión utilizada tanto por la exposición de motivos de la LE como por el preámbulo del RD 1722/2007.

⁷ Esta previsión no ha cumplido del todo, como lo demuestra que cuando se accede a la web del Ministerio de Trabajo (www.mtas.es) y se entra en el apartado Empleo, en el panel que se despliega aparece, entre otros, el Sitio Web del Instituto Nacional de Empleo, Servicio Público de Empleo. Cuando se entra en el mismo, dentro de los logotipos que aparecen arriba de la página, se encuentra el del INEM.

Por otro lado, uno de los dos órganos del SNE ya existía, caso de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, sobre la cual como recoge el preámbulo del RD 1722/2007, «al ser un órgano ya existente, que cuenta con sus propios mecanismos de funcionamiento, no necesita más detalle que los referidos a su naturaleza y funciones». De ahí, que buena parte del Real Decreto se dedique al Consejo General del SNE, en concreto, 14 artículos —8 a 22— de los 30 que en total contiene.

Brevemente expuestas las circunstancias en las que publica el RD 1722/2007, el análisis que del mismo realizamos en estas páginas va comenzar haciendo una referencia a determinados aspectos del modelo descentralizado de gestión de la política de empleo, para a continuación desgajar el texto de referencia en este trabajo.

2. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO Y LA FUNCION DE COHESIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE EMPLEO

El actual modelo de gestión de la política de empleo se caracteriza, entre otros rasgos, porque parte de los instrumentos de la política de empleo se gestionan por las CCAA, mientras que otros lo son por la Administración General del Estado. Siguiendo la clasificación utilizada por la LE⁸, tanto

⁸ El Título II de esta Ley, dedicado a los Instrumentos de la Política de Empleo, se estructura en tres capítulos: Intermediación Laboral (I), Políticas Activas de Empleo (II) y Coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo (III). No obstante, no se trata de una clasificación que compartimente la política de empleo en torno a estas tres facetas, siendo más adecuado considerar que las medidas de política de empleo se clasifican medidas activas, dentro de las que se incluye la intermediación y el resto de acciones que forman parte del amplio concepto de medidas de política activa, y medidas pasivas. En este sentido, la Disposición transitoria segunda LE señala que «El Servicio Público de Empleo Estatal gestionará las políticas activas de empleo relativas a la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo en el ámbito estatal, formación profesional y continua, mientras la gestión de la misma no haya sido objeto de transferencia a las comunidades autónomas». Sobre esta cuestión, a la que regresaremos después, puede verse: *Lecciones de Derecho del Empleo*, Rodríguez-Piñero Royo, M. (Dir.), Tecnos, 2.ª edición, 2006, págs. 49 a 52. La razón por la que la intermediación figura como instrumento específico de la política de empleo tiene que ver con las peculiaridades que a lo largo de a historia ha revestido la ordenación de esta faceta, singularidades que persisten en la actualidad como lo demuestra la regulación a la que deben someterse las agencias de colocación y como la propia LE refleja, cuya exposición de motivos resalta que la definición de intermediación constituye un objetivo esencial de la Ley. A diferencia de este régimen, el desarrollo del resto de actividades que inte-



la intermediación⁹ como las políticas activas de empleo¹⁰ son desarrolladas por las primeras, mientras que la protección económica por desempleo es competencia de la segunda a través del SPEE¹¹.

Este panorama obligaba a establecer mecanismos adecuados de coordinación y cooperación entre las Administraciones implicadas, pero también a crear una estructura que las conjuntara. Se trataba no sólo de configurar la pertinente y necesaria colaboración entre aquéllas sino de exteriorizar que ambas forman parte de un todo, el SNE, que, como hemos visto, se integra por los Servicios Públicos de Empleo de la Administración del Estado y de las CCAA.

No ha de olvidarse que los aspectos que pasan a ser gestionados por las CCAA lo son desde la perspectiva de la ejecución de la legislación laboral, que es competencia estatal, tal como recogen los Decretos en los que se han materializado las transferencias a las CCAA. Esto determina que la regulación de las materias traspasadas sigue siendo competencia estatal, pero también que el sistema debe tener rasgos de unidad y ésta, entre otras medi-

gran las políticas activas de empleo por parte de la iniciativa privada no se encuentran sometidas a régimen específico alguno. Sin embargo, en la actualidad, se evoluciona hacia un modelo no tan restrictivo para con las agencias dedicadas a la actividad de intermediación, que además fomenta el desarrollo integral de las diversas actividades relacionadas con el empleo, ejemplo de todo lo cual es el Convenio 181 OIT. Sobre éste me permito remitirme a mi trabajo, publicado en el núm. 52 de esta Revista, «El Convenio 181 OIT: Un cambio en la regulación de la intervención de la iniciativa privada en materia de empleo».

⁹ El artículo 20 LE dispone que «La intermediación laboral es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación. La intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades». Sobre el concepto de intermediación me permito remitirme a mi trabajo «La intermediación en el mercado de trabajo», cit., págs. 110 y ss.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 23 LE «Se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalcificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social».

¹¹ El artículo 13 LE contempla dentro de las competencias del SPEE» h) La gestión y el control de las prestaciones por desempleo, sin perjuicio del cometido de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias sobre obtención y disfrute de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social que el artículo 3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, atribuye a los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social».

das, se consigue creando una estructura común, evitando una mera yuxtaposición de servicios públicos.

Esta idea de conjunto está en la base del SNE y se observa tanto en la definición que del mismo dan tanto la LE como el RD 1722/2007, ya reseñada, como en los fines que le son propios según esta Ley. En este sentido, el artículo 6.1, b) LE señala el SNE debe «ofrecer un servicio de empleo público y gratuito a trabajadores y empresarios, capaz de captar las ofertas de empleo del mercado de trabajo, sobre la base de una atención eficaz y de calidad con vistas a incrementar progresivamente sus tasas de intermediación laboral». A priori, no se trata que de crear sólo un espacio de reunión de los diferentes Servicios Públicos de Empleo para conseguir una adecuada coordinación entre ellos, sino que además el SNE sea un servicio que ofrezca determinadas prestaciones.

Al respecto, el artículo 8.2, b) de esta misma Ley establece como principio de organización y funcionamiento del mismo la «existencia de un sitio común en red telemática que posibilite el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo». En esta dirección, desde abril de 2007 está disponible el portal del SNE¹², que se estructura en torno a tres apartados: información general, servicios públicos de empleo y catálogo de servicios. De éstos, y como de su propio nombre de desprende, el último de ellos es el que responde a esta idea de servicio aunque como ya se advierte en el apartado de información general, las funciones que ofrece el portal del SNE «con el tiempo se irán incrementando, mejorando y actualizando de acuerdo con las necesidades». Así, dentro del referido catálogo, se facilita información de ofertas de empleo de todo el territorio nacional, mientras que de las demandas de empleo el portal dirige al usuario hacia los SPECA.

En realidad, la principal función que tiene el SNE es la coordinación, que curiosamente no aparece dentro de sus rasgos definatorios. En este sentido, como hemos dicho, el SNE está integrado por quienes en realidad realizan las funciones de promoción y desarrollo de la política de empleo: el SPEE y los SPECA. Además, los órganos del SNE, como también se ha dicho, son la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y el Consejo General del SNE, lo cuales, como veremos, sí responden a la idea de foro de coordinación entre Administraciones, a la vez que de participación de los interlocutores sociales.

¹² <http://www.sistemanacionalempleo.es/>.

Es decir, que aun cuando la idea de servicio esté presente en el SNE, materialmente las funciones de intermediación y del resto de políticas activas de empleo, así como las de protección por desempleo se realizan por los Servicios Públicos de Empleo que sean competentes por razón del territorio o de la materia. De ahí, que la principal función del SNE sea la coordinación de estructuras ajenas.

Lo anterior no resta importancia a esta pieza central del sistema, en tanto esta función de coordinación es trascendental. En este sentido, nos referimos a continuación a dos aspectos del actual modelo de gestión del empleo que evidencian la importancia de esta función.

Se ha destacado que uno de los rasgos característicos del mercado de trabajo español es el de la reducida movilidad de los trabajadores. Así se expone en diversos análisis, como por ejemplo, en el Informe «La movilidad geográfica», del Consejo Económico y Social del Reino de España (CES, en adelante)¹³. En éste se analiza la «contradicción» de unos altos niveles de desempleo en determinadas Comunidades Autónomas, con la existencia de vacantes de puestos de trabajo que se quedan sin cubrir en algunas partes del territorio español¹⁴. Al efecto, desde las previsiones del Plan aprobado por el Gobierno en 1997¹⁵ y con la cautela a la que obligaba la entonces fase inicial del proceso descentralizador¹⁶, ya se avanzaba que la existencia de algunas disfunciones.

Así, se recoge¹⁷ que «al igual que en la gestión realizada por el INEM, el ámbito de actuación de la gestión de colocación se restringe a la *cuenca de empleo* y normalmente la búsqueda de demandantes para cubrir la oferta se centra en el ámbito local o comarcal correspondiente a la Oficina de Empleo. Esta importante restricción en la gestión de la colocación opera, por tanto, incluso dentro del ámbito geográfico de la respectiva Comunidad y no sólo respecto al conjunto del territorio del Estado o entre unas y otras Comunidades. En consecuencia, el mayor problema que se plantea en rela-

¹³ Informe 1/2000, del Plano del CES de 26 de enero de 2000. Puede consultarse en www.ces.es

¹⁴ *Ibidem*, pág. 31.

¹⁵ Referidas a la consecución de un modelo único y estatal de carácter gratuito que posibilite la unidad de mercado de trabajo español con la garantía de no discriminación territorial, ni en el acceso al empleo ni en la igualdad de trato y libre circulación; *ibidem*, pág. 53.

¹⁶ Al respecto, el Informe —pág. 54— señala que «Dado lo incipiente del proceso descentralizador actualmente en curso, no es posible adelantar una evaluación de resultados de manera global, pues salvo en el caso de los Servicios Públicos de Empleo de Cataluña y Galicia, que cuentan con mayor tiempo de funcionamiento, las demás Comunidades con competencias asumidas llevan escaso tiempo gestionando la política de colocación».

¹⁷ *Ibidem*, pág. 55.

ción con la movilidad —aunque no es sólo ni principalmente un problema de movilidad, sino de eficacia de la intermediación en la colocación— es el de garantizar la movilidad geográfica dentro y fuera de cada Comunidad Autónoma y en el conjunto del territorio del Estado, algo que por el momento no parece estar asegurado». Por tanto, el Informe resalta que los problemas de interconexión entre oficinas de empleo ya existían en el modelo anterior —INEM—, repercutiendo en la movilidad geográfica y en la libertad de desplazamiento de los desempleados, y que ahora, fruto de la descentralización de la gestión de la intermediación, el problema se ha agravado.

Al respecto, el Informe¹⁸ señala que estas deficiencias en la información de ofertas y demandas entre Comunidades Autónomas, pueden verse corregidas con el proyecto de implantación de un sistema informático —denominado SISPE— que permitiría integrar las ofertas de empleo generadas en cada Comunidad mediante un cruce de datos en las mismas y en un segundo momento entre unas y otras Comunidades. A este sistema informático dedicaremos nuestra atención más adelante, por cuanto se trata de uno de los instrumentos técnicos con lo que cuenta el SNE para lograr sus objetivos, y, por ello, contemplado en el RD 1722/2007.

Algunos años más tarde, el Programa Nacional de Reformas de España «Convergencia y empleo», de 13 de octubre de 2005¹⁹ también se ha referido a este problema. Así, este documento recoge²⁰, dentro de los objetivos, el de mejorar la intermediación laboral de los Servicios Públicos de Empleo, para lo cual se contienen medidas para mejorar del funcionamiento de las instituciones del mercado de trabajo. En concreto, se hace referencia a la necesidad de modernización de los Servicios Públicos de Empleo, para lo cual, entre otras propuestas, se prevé la creación de plataformas para la intermediación laboral, estableciendo una serie de elementos esenciales. En este sentido, se apunta la necesidad de integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información de los Servicios Públicos de Empleo. A la vez, la existencia de un sitio común en red telemática que posibilite el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio nacional, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo. Los Servicios Públicos de Empleo (SPE) deben operar en concurrencia con otros agentes en régimen de competencia, aprovechando todo el potencial que ofrecen las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, con el objetivo

¹⁸ *Ibíd.*, pág. 56.

¹⁹ Se puede consultar en http://www.inem.es/inem/inicial/pdf/PNR_2005.pdf

²⁰ Págs. 59 y 60.

de hacer más eficiente la intermediación laboral, facilitar la movilidad geográfica e incrementar sustancialmente su cuota de participación en dicho mercado. En esta línea, se crea un Portal de Empleo que facilitará la intermediación entre empleadores y trabajadores.

A finales de 2003, la LE sigue resaltando la importancia de la coordinación en este tema. Así, dentro de los objetivos de la política de empleo, se encuentra el de la unidad de mercado de trabajo —artículo 2, e y f)²¹—, propósito que se reitera dentro de los fines del SNE —artículo 6—, y a partir del cual se establecen algunos de los principios de funcionamiento del propio SNE —artículo 8.2²²—.

Junto al problema de una posible segmentación territorial del mercado de trabajo, debe tenerse en cuenta que no se trata sólo de conectar a los distintos Servicios Públicos de Empleo en lo que a las ofertas y demandas de empleo se refiere sino que la coordinación se hace precisa entre las diferentes facetas de la política de empleo, especialmente entre sus vertientes activa y pasiva. Siendo éste un aspecto clásico en los estudios de política de empleo²³, recobra actualidad como consecuencia del modelo descentralizado de gestión del empleo, por cuanto éste supone que las políticas activas

²¹ «e) Mantener la unidad del mercado de trabajo en todo el territorio estatal, teniendo en cuenta las características específicas y diversas de los diferentes territorios y promoviendo la corrección de los desequilibrios territoriales y sociales. f) Asegurar la libre circulación de los trabajadores y facilitar la movilidad geográfica, tanto en el ámbito estatal como en el europeo, de quienes desean trasladarse por razones de empleo».

²² «a) Integración, compatibilidad y coordinación de los sistemas de información. El Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas colaborarán en la creación, explotación y mantenimiento de un sistema de información común que se organizará con una estructura informática integrada y compatible. Ello permitirá llevar a cabo de forma adecuada las funciones de intermediación laboral sin barreras territoriales, el registro de paro, las estadísticas comunes, la comunicación del contenido de los contratos y el seguimiento y control de la utilización de fondos procedentes de la Administración General del Estado o europea para su justificación. b) Existencia de un sitio común en red telemática que posibilite el conocimiento por los ciudadanos de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo, respetando lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal».

²³ Desde hace tiempo viene debatiéndose acerca de la conveniencia o no de que la gestión de las prestaciones por desempleo se lleve a cabo por quien desarrolla otras tareas de política activa de empleo; así, SCHOELER, M.: «La colaboración entre las instituciones de colocación y las instituciones de seguro de paro», *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 9, 1934. La OCDE también ha dedicado su atención a esta cuestión en alguna de sus publicaciones periódicas caso de: *Los servicios públicos de empleo*, Ministerio de Trabajo, 1985; *Políticas de mercado de trabajo en los noventa*, Ministerio de Trabajo, 1991; *Perspectivas del empleo 1992*, Ministerio de Trabajo, 1992.

se gestionan por las CCAA, mientras que de las prestaciones por desempleo se encarga el SPEE. En este contexto, la LE destaca como objetivo de la política de empleo —artículo 2, b)— la necesidad de coordinar las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo a través de colaboración entre los distintos entes implicados, coordinación a la que se refieren los artículos 13, h) ²⁴ y 28 ²⁵.

3. LOS INSTRUMENTOS PARA LOGRAR LA COORDINACIÓN

Para llevar a cabo la coordinación del sistema el artículo 3 del RD 1722/2007 señala tres instrumentos: el Programa anual de trabajo del Sistema Nacional de Empleo, los Planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo y el Sistema de información de los Servicios Públicos de Empleo. Se observa alguna diferencia respecto de lo establecido en el artículo 7.2 LE ²⁶, precepto en el que parece contemplarse la posibilidad, no concretada, de algún instrumento adicional.

²⁴ «La gestión de las prestaciones se desarrollará mediante sistemas de cooperación con los Servicios Públicos de Empleo de las comunidades autónomas. El Servicio Público de Empleo Estatal deberá colaborar con las comunidades autónomas que hayan asumido el traspaso de las competencias».

²⁵ «1. Las Administraciones y los organismos públicos que tengan atribuidas la competencia de la gestión del empleo y el Servicio Público de Empleo Estatal deberán cooperar y colaborar en el ejercicio de sus competencias garantizando la coordinación de las distintas actuaciones de intermediación e inserción laboral y las de solicitud, reconocimiento y percepción de las prestaciones por desempleo, a través de los acuerdos que se adopten en Conferencia Sectorial y de los convenios de colaboración que se alcancen, en aplicación de lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 2. En ese marco se fijará la conexión de los procesos de gestión y de los sistemas de información relacionados; la colaboración en la ejecución de las actividades; la comunicación de la información necesaria para el ejercicio de las respectivas competencias; la prestación integrada de servicios a los demandantes de empleo solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, y la aplicación de intermediación, de medidas de inserción laboral y de planes de mejora de la ocupabilidad y de comprobación de la disponibilidad del colectivo». Sobre los convenios de colaboración celebrados para coordinar las funciones en materia de gestión de prestaciones por desempleo me permito remitirme a mi trabajo *la intermediación en el mercado de trabajo*, cit., págs. 304 y ss.

²⁶ En éste se dice que «la coordinación se llevará a cabo *principalmente* a través de los siguientes instrumentos: a) El Plan nacional de acción para el empleo. b) El Programa anual de trabajo del Sistema Nacional de Empleo. c) El Sistema de información de los Servicios Públicos de Empleo».

Al primero de estos instrumentos, el Programa anual de trabajo del Sistema Nacional de Empleo, se refiere el RD 1722/2007 en su artículo 25, precepto que ubica este Programa en el marco de la política nacional de empleo y de la Estrategia Europea para el Empleo. El Programa es realizado por la Comisión Técnica de Trabajo de los Directores Generales de los Servicios Públicos de Empleo, comisión perteneciente a la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y que, de acuerdo con el artículo 7 del RD 1722/2007, tiene como objetivo facilitar el desarrollo de los debates en aquellas materias que, siendo relativas al Sistema Nacional de Empleo, afecten más directamente a las administraciones públicas. Tras ser sometido al informe del Consejo General del SNE, el Programa es aprobado por la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, siendo objeto de seguimiento por la referida Comisión Técnica.

En cuanto a su contenido, el citado artículo 25 establece líneas generales²⁷ pero también contempla un contenido mínimo. Al respecto se prescribe que deben reflejarse los objetivos cuantitativos y cualitativos de actuación, las prioridades y los colectivos de atención preferente, las tareas a desarrollar y las actividades en las que se dividen, el plazo de ejecución de cada una de las tareas y los indicadores de seguimiento.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el Programa anual de trabajo del SNE se perfila como instrumento a través del cual el SNE interviene en materia de formación para el empleo. En este sentido, el RD 395/2007 de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo²⁸, se refiere a aquél llevar a cabo la planificación de ciertos aspectos²⁹.

Del segundo de los instrumentos de coordinación, los Planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo se ocupa el RD 1722/2007 en los artículos 23 y 24³⁰. De conformidad con ellos, estos Planes son elaborados

²⁷ «Contendrá un conjunto de medidas integradas y coordinadas que, incluyendo los criterios del Consejo General, enmarque los objetivos y actividades a cumplir por los Servicios Públicos de Empleo».

²⁸ BOE de 11 de abril. Básicamente, este Real Decreto es fruto del Acuerdo de Formación Profesional para el Empleo, suscrito en febrero de 2006, que reúne en un único sistema la formación ocupacional y continua, la que se dirige a los parados y a los trabajadores ocupados.

²⁹ Los estudios a realizar en materia de formación profesional para el empleo —artículo 29—, el plan para el perfeccionamiento del profesorado que imparta acciones formativas y para el desarrollo de una metodología técnico-didáctica orientada al mismo —artículo 36—, y el plan de seguimiento y control de la formación profesional para el empleo — artículo 38—.

³⁰ Sobre la política de empleo de la Unión Europea existe una abundante bibliografía. Una de las más recientes contribuciones al respecto es la de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.:

por el Ministerio de Trabajo³¹, con la colaboración de las CCAA y restantes Ministerios, previo informe de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales y del Consejo General del SNE, así como con la participación de los agentes sociales. En realidad, el artículo 5 del RD 1722/2007 concede mayor protagonismo a la Conferencia Sectorial en esta materia, por cuanto ésta se configura como instrumento de coordinación, colaboración y cooperación entre las Administraciones especialmente en la elaboración de estos Planes.

En cuanto al contenido de estos planes el artículo indica que reflejarán el conjunto de políticas, medidas, acciones de política de empleo y de mercado de trabajo, tanto estatales como autonómicas, y su financiación necesarios para aplicar la Estrategia Europea de Empleo en España. Contendrán asimismo medidas coordinadas e integradas con el resto de políticas nacionales de países miembros de la Unión Europea.

Por otra parte, y en sintonía general con lo dispuesto en el RD 1722/2007, se establecen medidas relativas a su seguimiento y evaluación, faceta en la que también intervienen los agentes sociales y que se articula a través del informe cuatrimestral que el Ministerio de Trabajo elabora y comunica al Consejo General del SNE.

El último de los instrumentos de coordinación a los que se refiere el artículo 3 del RD 1722/2007, y al que éste dedica los artículos 26 a 29, es el Sistema de información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE, en adelante). Se define como un instrumento técnico de coordinación del SNE que tiene como finalidad el establecimiento de protocolos, a través de acuerdos en el seno de la Conferencia Sectorial para Asuntos Laborales, para el registro de datos comunes y la integración de la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo que llevan a cabo los Servicios Públicos de Empleo. Por ello, y en atención a los problemas comentados del actual modelo descentralizado de gestión de la política de empleo, se trata de un instrumento de gran importancia.

En realidad, se trata de un Sistema ya implantado desde mayo de 2005, y al que, como se ha indicado, la LE se refiere de forma expresa. Tiene su origen en las conclusiones del grupo de trabajo sobre «Intermediación, conexiones informáticas, aspectos registrales y administrativos», constituido

«Aproximación a la política de empleo de la Unión Europea», dentro de la obra *Política Social Europea y Comunidades Autónomas*, VV.AA., Fernández López, M.^a F. (Directora), CARL, 2007.

³¹ En virtud del RD 438/2008, de 12 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE de 14 de abril), el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales es suprimido por su Disposición final primera, pasando a denominarse Ministerio de Trabajo e Inmigración.

por representantes de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las diferentes Comunidades Autónomas, para estudiar los aspectos esenciales del nuevo modelo de Servicio Público de Empleo. Sin duda, el proceso de transferencias en la gestión de las políticas activas de empleo determina la consiguiente necesidad de integrar, compartir e interconectar los sistemas de información.

De conformidad con la declaración institucional suscrita por los Servicios Públicos de Empleo con ocasión de la entrada del Sistema, el SISPE constituye un instrumento esencial para asegurar la gestión eficaz del mercado de trabajo y de las políticas de empleo en España y para garantizar los derechos de los desempleados. El objetivo, plasmado entonces, era la integración de la información sobre la gestión de las políticas activas de empleo, utilizada por los distintos Servicios Públicos de Empleo tras el proceso de transferencia a las Comunidades Autónomas de las correspondientes competencias en la materia, y la relativa a la gestión de las prestaciones por desempleo realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal. Por ello, en este mismo documento se señalaba que el SISPE representa un importante avance en el proceso de modernización de los Servicios Públicos de Empleo, y está llamado a convertirse en pieza básica para la creación del Sistema Nacional de Empleo.

Asimismo, se reflejaba que la integración de la información es básica para dar cumplimiento a los principios constitucionales de igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles, de unidad del mercado de trabajo y de libre circulación de las personas en todo el territorio nacional, para lo cual se hace necesario dar a conocer tanto a demandantes como a oferentes, con independencia del lugar donde residan, las ofertas y demandas de empleo disponibles, sea cual sea el lugar en donde éstas se produzcan. A tal fin, el Sistema se articula sobre la base de la disposición de datos comunes compartidos, y el consenso sobre los criterios y procedimientos de gestión comunes aplicables en todo el territorio del estado.

Junto a esta finalidad principal, también se apuntaban hacia otros objetivos con la implantación del SISPE, como la coordinación en la gestión de políticas activas de empleo y de las prestaciones por desempleo entre los distintos Servicios Públicos de Empleo, así como facilitar al Sistema Nacional de Empleo una visión global de la evolución del empleo que permita elaborar propuestas normativas eficaces en materia de políticas activas de empleo.

Por otra parte, en el mencionado documento se contemplaba que el desarrollo del SISPE iba a afectar también a la determinación de diversos conceptos estadísticos, introduciendo modificaciones y una variación estadística de las cifras de paro registrado. En este sentido, en la declaración con-

junta de los interlocutores sociales y el Ministerio de Trabajo realizada con ocasión de la entrada del Sistema, se abundaba en este aspecto, precisando, entre otras cosas, que «el concepto de paro registrado no debe ser el indicador fundamental de seguimiento de la coyuntura del mercado de trabajo, ni de medición del desempleo, tareas que corresponden a la Encuesta de Población Activa (EPA)».

En cuanto a su funcionamiento, el Sistema se apoya sobre una base de datos estatal, única y compartida por todos los Servicios Públicos de Empleo, en la que se almacenan los denominados datos comunes³², y que deberán ser actualizados por las CCAA y el SPEE. Esta base de datos reside en el Sistema de Información del SPEE, y a ella tienen acceso todos los SPECA. Para su actualización y consulta se han definido una serie de procesos de intercambio de información, que se ejecutan simultánea y coordinadamente en el sistema estatal y en el respectivo sistema autonómico. De este modo cualquier actualización de un dato común, quedará consolidada cuando está validada en ambos sistemas, con independencia de cual de ellos haya iniciado la variación del dato.

Como decimos, el SISPE ha sido integrado en el RD 1722/2007, aunque al mismo se refiere la LE de forma expresa en el artículo 8, y en otros preceptos en los que se alude a la necesidad de interconectar los sistemas de información de los Servicios Públicos de Empleo, caso de los ya reseñados artículos 8.2 y 28.2.

El artículo 26 del RD 1722/2007 define al Sistema como instrumento técnico del SNE que, apoyado en determinadas especificaciones y herramientas técnicas —datos comunes, establecimiento de protocolos que definan procedimientos comunes de gestionar estos datos e integración de los mismos—, consiga integrar la información tanto de los aspectos de gestión de las políticas activas de empleo como de las prestaciones por desempleo. Y ello para, de acuerdo con su artículo 27, conseguir el objetivo principal: la unidad de mercado de trabajo.

En efecto, los objetivos plasmados en este precepto se dirigen a alcanzar esta finalidad de la política de empleo en general y del SNE en particu-

³² Estos datos comunes son compartidos por todos los Servicios Públicos de Empleo, que con independencia de la Comunidad Autónoma en la que se registren, pueden ser consultados y modificados desde todas las Autonomías. Estos datos son los que van a permitir la movilidad laboral de los demandantes de empleo en todo el territorio nacional y la elaboración de las estadísticas y estudios del mercado de trabajo a nivel nacional. Los datos comunes se actualizan y validan de acuerdo con unas reglas establecidas y se mantienen actualizados tanto en la correspondiente base de datos autonómica, en la que se registran, como en la base de datos estatal compartida por todos los Servicios Públicos de Empleo.

lar, tanto de manera específica como de forma indirecta. En este sentido, resulta básico para conseguir esta unidad que tanto demandantes como oferentes de empleo tengan acceso a los puestos de trabajo y a los trabajadores disponibles del conjunto del Estado, garantizando así la transparencia del mercado de trabajo y evitando la existencia de barreras geográficas internas dentro del Estado que pudieran obstaculizar la libertad de desplazamiento.

Pero la unidad del mercado también se consigue estableciendo reglas comunes en la gestión de los diferentes Servicios Públicos de Empleo, lo que redundaría en garantizar la igualdad de trato. No obstante, y desde la ejecución de la legislación laboral que compete a las CCAA a la hora de gestionar la política de empleo, cabe recordar que éstas poseen potestad de organización de su propia administración³³, dato que constituye un importante matiz a esta intención de unificar la gestión. De ahí, que la propia norma prevea que ello se hará «sin perjuicio de su adecuación a la situación del territorio y de la autonomía de gestión de los distintos Servicios Públicos de Empleo, para adaptar su funcionamiento a las distintas necesidades».

Asimismo, el SISPE representa un instrumento para conseguir la unidad del mercado de trabajo desde la perspectiva del conocimiento adecuado del mismo, a través de la elaboración de estadísticas sobre las magnitudes que definen su funcionamiento, aspecto de gran importancia para la realización de propuestas normativas en materia de políticas activas de empleo.

Y la unidad del mercado de trabajo es también la perspectiva desde la que la normativa sobre el subsistema de formación para el empleo, el RD 395/2007, se refiere al SISPE. En este sentido, su artículo 9, sobre centros y entidades de formación, establece la existencia de un Registro estatal de centros y entidades de formación, de carácter público, Registro que estará coordinado con los Registros Autonómicos a través del Sistema. Asimismo, el artículo 11, impone la obligación de llevar un registro nominal y por especialidades de los certificados de profesionalidad y de las acreditaciones

³³ Aspecto éste que cobra aún más importancia en el contexto actual de reformas de los Estatutos de Autonomía, alguno de los cuales, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este aspecto, asumen en los nuevos Estatutos competencias ejecutivas que comprenden esta potestad. Al respecto, y desde la óptica de las reformas estatutarias en Andalucía y Cataluña, MONEREO PÉREZ, J.L.: «La distribución de competencias en el Estado Social Autonomico en materia de políticas de empleo e inmigración», capítulo V del volumen *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, VVAA, Molina Navarrete (Dir.), CARL, 2007, págs.

parciales acumulables expedidas, prescribiendo su apartado cuarto que a los efectos de garantizar la transparencia del mercado de trabajo y facilitar la libre circulación de trabajadores, «existirá un registro general en el Sistema Nacional de Empleo, coordinado por el Servicio Público de Empleo Estatal e instrumentado a través del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, al que deberán comunicarse las inscripciones efectuadas en los registros a que se refiere el párrafo anterior».

Finalmente, queda por referir la estructura que el artículo 29 RD 1722/2007 prevé para el SISPE, articulada en torno a un Comité de Dirección, integrado por los Directores Generales de los Servicios Públicos de Empleo y presidido por el Director del SPEE, y a la Comisión de Coordinación y Seguimiento, formada por los responsables de gestión de los Servicios Públicos de Empleo, y que tendrá el mismo número de miembros que el Comité de Dirección, siendo presidida también por el responsable del SPEE.

En el artículo 29 se emplea el tiempo futuro con ocasión de la referencia a esta Comisión³⁴, aunque la información disponible acerca de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales alude a la misma, como veremos seguidamente. Por otro lado, la estructura orgánica inicial del SISPE estaba formada por un Comité de Dirección, un Comité Técnico y cuatro Equipos Técnicos, con la participación, en todos ellos, de representantes de la Administración General del Estado y de la Autónoma en situación de paridad. Además, inicialmente la composición del Comité de Dirección era diferente por cuanto la presidencia recaía en el Secretario General de Empleo, el vicepresidente primero era el Director General del SPEE y como vicepresidentes 2.º y 3.º actuaban dos Directores Generales de Comunidades Autónomas, contando además con cuatro vocales de la Administración Central (Subdirectores Generales del SPEE) y cuatro de las Administraciones Autónomas (Directores Generales).

Junto a los instrumentos de coordinación que específicamente contempla el artículo 3 del RD 1722/2007, éste prevé como instrumento general de coordinación la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, de acuerdo con su artículo 5 y 6, a), y tal como señala el artículo 3 LE. Ello nos conduce a analizar a continuación la vertiente orgánica de este Real Decreto, es decir, los órganos del SNE.

³⁴ «La Comisión de Coordinación y Seguimiento, órgano ejecutor de las líneas de acción del Comité de Dirección, integrada por los responsables de gestión del Servicio Público de Empleo Estatal y de cada uno de los Servicios Públicos de Empleo Autónomos. Tendrá el mismo número de miembros que el Comité de Dirección y estará presidido por el responsable del Servicio Público de Empleo Estatal».



4. LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

Del título de la norma de referencia en este comentario cabe desprender que una de las razones de ser de esta normativa de desarrollo de la LE es la referida a los aspectos orgánicos del SNE. El artículo 7 LE señala que los órganos del SNE son la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y el Consejo General del SNE, y el RD 1722/2007 antes de reiterar esta estructura en el artículo 2, resalta en el preámbulo, como ya se comentó, que el primero de estos órganos ya existe, por lo que sólo se precisa detallar su estructura y funciones, mientras que el segundo de aquellos sí requiere mayor desarrollo fruto de su carácter novedoso. Este diferente punto de partida determina que la regulación que de ambos lleva a cabo el título I del Real Decreto sea más reducida para con la Conferencia Sectorial.

4.1. La Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales

La Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales se crea por acuerdo de las partes, reuniéndose por primera vez el 23 de julio de 1996, siendo posterior su Reglamento, de 1997³⁵. Al margen de las referencias que a ella hace la Ley de Empleo y el RD 1722/2007, también es contemplada en la Ley 42/1997³⁶.

³⁵ Este Reglamento, como el resto de la documentación a la que se hará referencia, puede consultarse en http://www.map.es/documentacion/politica_autonomica/Cooperacion_Autonomica/Coop_Multilateral/Conf_Sectoriales/Documentacion

³⁶ Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE 15 de noviembre) Artículo 15. Principios generales. 2. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social se estructura en una Autoridad Central y, territorialmente, en Inspecciones Provinciales agrupadas en cada Comunidad Autónoma. 3. Los poderes públicos garantizarán el ejercicio y la eficacia de las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, haciendo efectivos los principios generales de colaboración, coordinación y cooperación recíprocas, a través de los siguientes órganos: a) La Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales. b) Las Comisiones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Esta Ley es desarrollada por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyo artículo 42 establece: «1. La Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales es el órgano de colaboración y cooperación entre la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos del artículo 16 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 2. La Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales funciona con sujeción a su Reglamento interno y conocerá de las cuestiones de carácter multilateral relativas al sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se le sometan o que recaben sus miembros. A tal objeto podrá conocer

El citado Reglamento la define como órgano de encuentro y deliberación que tiene como finalidad primordial conseguir la máxima coherencia en la aplicación de las políticas públicas ejercidas por la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito laboral

En cuanto a su composición, el artículo 4 de su Reglamento señala que estará constituida por el Ministro de Trabajo, que la presidirá, y por los Consejeros con competencia en la materia de cada Comunidad Autónoma. Asimismo, se prevé que actúe como Secretario el Secretario General Técnico del Ministerio de Trabajo, que lo hará con voz pero sin voto. Por otro lado, el artículo 5 del Reglamento contempla la existencia de la Comisión Sectorial para Asuntos Laborales como órgano de apoyo de la Conferencia e integrada por un representante con rango de Director General de cada Comunidad Autónoma y presidida por el Secretario General Técnico del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. A su vez, el artículo 6 del reglamento recoge la posibilidad de creación de Comisiones³⁷, Grupos de trabajo³⁸ y Ponencias para el estudio de cuestiones concretas.

Y respecto de sus funciones el Reglamento de la Conferencia Sectorial señala las siguientes:

- servir de cauce de información sobre los procesos de elaboración de las normas laborales
- analizar con carácter general las condiciones del mercado de trabajo y sus perspectivas futuras
- acordar los criterios de distribución de los créditos presupuestarios destinados a Comunidades Autónomas y examinar y deliberar sobre los programas desarrollados en las mismas con cargo a esos créditos
- cooperar en la determinación de objetivos comunes y sus correspondientes acciones en lo relativo a fomento del empleo, elaborar

de los programas generales y territoriales de objetivos, las propuestas de integración o coordinación de planes territoriales, conocerá la programación acordada en las Comisiones Territoriales, la disposición general de medios y su distribución, y cuantos otros asuntos se estime pertinentes. 3. Anualmente, la Autoridad Central de la Inspección presentará a la Conferencia Sectorial un informe sobre la actuación general del sistema de inspección en el año anterior».

³⁷ En este sentido, puede verse la comentada Comisión Técnica de Trabajo de Directores Generales de los Servicios Públicos de Empleo, así como del Comité de Dirección del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo y la Comisión de Coordinación y Seguimiento del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, a las que ha de añadirse la Comisión de Trabajo para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

³⁸ En la 35.ª Conferencia, celebrada el 24 de julio de 2007, se acordó crear, en el ámbito del SISPE, un grupo de trabajo sobre confidencialidad de los datos personales y sobre formación de las mujeres víctimas de dicha violencia.



los planes y programas conjuntos de actuación, e intercambiar información sobre criterios técnicos y procedimentales en la ejecución de la legislación laboral, y, en su caso, establecer criterios y procedimientos comunes en la misma

- examinar los proyectos de convenios de colaboración
- intercambiar información y puntos de vista en relación con la política laboral en el ámbito de la Unión Europea, articulando su actuación con la de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas y, en su caso, con otras Conferencias que puedan actuar en esos temas
- organizar conjuntamente actividades de estudio, formación y divulgación, y la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas.

Con estos precedentes, llama la atención lo recién comentado acerca de las necesidades de desarrollar aspectos de este órgano, ya que se advierte de que *sólo* debe precisarse su naturaleza y sus funciones.

Al margen de ello, el artículo 5 del RD define a la Conferencia Sectorial de Asuntos laborales (Conferencia Sectorial, en adelante) como «instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas y ciudades autónomas de Ceuta y Melilla». Si tenemos en cuenta que, como venimos comentando, la principal función del SNE es precisamente la de cohesionar un modelo descentralizado a través de la coordinación entre las Administraciones que lo gestionan, podemos convenir que estamos ante un órgano central para conseguir dicho propósito, siendo precisamente ésta la primera de las funciones que el artículo 6 del RD 1722/2007 le encomienda.

Junto a esa tarea básica, este precepto enumera el resto de cometidos que se le encargan a este órgano, entre los que destaca la ya comentada labor de aprobación del Programa anual de trabajo del SNE, la de acordar los criterios de distribución presupuestaria a las CCAA, función prevista ya en el artículo 14.2 LE³⁹, y, obviamente, la de coordinación. A ésta alude de forma general el artículo 6 p) del RD 1722/2007 general, así como la letra m) de este precepto, a la vez que se destaca una vertiente específica de la misma, en concreto a las actuaciones del SPEE y los SPECA en lo que se

³⁹ En éste se precisa al respecto que precisa de debe identificarse aquella parte de los mismos destinada a políticas activas para los colectivos que específicamente se determinen de acuerdo con las prioridades de la Estrategia Europea de Empleo y teniendo en cuenta las peculiaridades existentes en las diferentes comunidades autónomas, a fin a garantizar el cumplimiento del Plan nacional de empleo.

refiere a las actuaciones de intermediación y gestión de las prestaciones de desempleo, recogiendo así lo que la LE dispone en su artículo 28.

Asimismo, se encomienda a la Conferencia Sectorial la labor de informar sobre determinados aspectos. En primer lugar, como ya se ha comentado, sobre los Planes de ejecución de la Estrategia Europea de Empleo, velando por su aplicación en el Plan Nacional de Reformas. En segundo lugar, sobre proyectos de convenios de colaboración, especialmente entre las Administraciones Públicas, y en cuarto lugar, sobre la reserva de créditos para determinados programas, concretados en el artículo 13, e) LE, a los que alude la Disposición adicional vigésima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008, de conformidad con la previsión contenida en aquél precepto. Y en tercer lugar, sobre proyectos de normas, función prevista en el artículo 3.1 LE, que se refiere a la elaboración y aprobación de disposiciones reglamentarias en determinadas materias; en concreto: en relación con la intermediación y colocación en el mercado de trabajo, fomento de empleo, protección por desempleo, formación profesional ocupacional y continua en el ámbito estatal, así como el desarrollo de dicha ordenación.

Adviértase que la clasificación de materias recién expuesta no se corresponde con preceptos anteriores. En este sentido, se utiliza la expresión colocación que sólo es empleada por esta misma Ley para referirse a la finalidad de la intermediación y de la política activa de empleo, tal como se observa en los artículos 20 y 23.1 LE, al margen, claro está de las referencias a las agencias de *colocación*⁴⁰. Por otra parte, no se alude a proyectos de normas en el ámbito de la política activa de empleo, y sí cuando la materia sea la de «fomento de empleo».

No obstante, cabe concluir que el listado permite a la Conferencia informar sobre el conjunto de normas laborales en materia de empleo, como por otra parte ya señala su reglamento de funcionamiento interno. Así, a lo largo del pasado año 2007, la Conferencia Sectorial informó y debatió los siguientes textos normativos: el Anteproyecto de Ley para la regulación del

⁴⁰ Acerca de la conveniencia de utilizar el término intermediación frente al de colocación me reitero en los argumentos expuestos en *La intermediación en el mercado de trabajo*, *op. cit.*, págs. 111 y ss. De alguna forma, como antes comentamos, la LE refuerza tanto la terminología —intermediación— como el hecho de dotar a esta actividad de cierta autonomía dentro del conjunto de la política de empleo. No parece compartirse esta visión, o al menos los criterios seguidos para delimitar la noción de intermediación, en GARCÍA JIMÉNEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C. «Modernización del sistema público estatal de empleo, mejora de la intermediación y evaluación de las políticas activas de empleo: una reforma otoñal», *Temas Laborales* núm. 85, 2006, pág. 189.

régimen de las empresas de inserción, los Proyectos de Real Decreto sobre el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad; sobre órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo; y de regulación de los Centros de Referencia Nacional en formación profesional, publicados en el BOE, y el Proyecto de Real Decreto sobre Programa Específico de Empleo para Víctimas de Violencia de Género.

Finalmente, también se fija como competencia de la Conferencia Sectorial la de realizar análisis, función que dentro de la más genérica de organización de actividades de formación, estudio y divulgación, se concreta respecto de la situación del mercado de trabajo con el objeto de adecuar las políticas activas al mercado de trabajo. Esta función responde a la finalidad establecida en el artículo 6.2 LE, para la cual, como este mismo precepto señala y reitera el artículo 4 RD 1722/2007, se hace necesaria la evaluación del propio SNE.

4.2. El Consejo General del Servicio Nacional de Empleo

Sin duda, un aspecto central en la normativa que estamos analizando es la regulación de este órgano del SNE, que, según el artículo 8 RD 1722/2007 y el artículo 7.1, b) LE, tiene naturaleza consultiva, de participación institucional de las Administraciones públicas y de los interlocutores sociales en materia de empleo.

La regulación que del Consejo General del SNE (Consejo General, en adelante) lleva a cabo el RD 1722/2007 es fundamentalmente de su estructura, lo que evidencia la novedad de este órgano, previendo la Disposición Adicional 3.^a su constitución y primera reunión en el plazo no superior a 3 meses desde la publicación de este Real Decreto.

La estructura del Consejo General está compuesta por la Presidencia⁴¹, tres Vicepresidencias que se extraen de los vocales que forman parte del Consejo General en representación de las CCAA y los interlocutores sociales, setenta y tres 73 vocales⁴² y un Secretario general⁴³. Con sede en el Minis-

⁴¹ Artículo 12: Ministro de Trabajo e Inmigración, sustituido por y en el orden establecido en el apartado 2.º

⁴² 18 vocales de la Admón. Estatal (designados por Ministro, señalando el artículo 14.1, a que tres de ellos serán el Secretario General de Empleo, el director del SPEE y el Director ISM), 17 vocales de CCAA, 19 vocales organizaciones empresariales más representativas, 19 vocales sindicatos más representativos. El mandato de los vocales es por cuatro años, aunque en realidad se alude a la renovación del Consejo especialmente teniendo en cuenta en ello las

terio de Trabajo, su funcionamiento será ordenado a través de un Reglamento Interno, tal como prevé la Disposición Adicional 1.ª del RD 1722/2007. No obstante, el capítulo II del título II del mismo, artículos 16 a 22, lo regula, articulándolo en torno al Pleno, la Comisión Permanente, Comisiones Especiales, así como Comisiones Territoriales que pudieran crearse.

En dichos artículos se prescribe la composición de las estructuras internas de funcionamiento del Consejo⁴⁴, así como determinados aspectos de las reuniones⁴⁵. Merece destacarse la previsión acerca de la formación de los acuerdos, los cuales se adoptan por mayoría, teniendo un voto cada uno de los vocales de las Administraciones Públicas, y dos los de los interlocutores sociales, regla general establecida en el artículo 16.2 RD 1722/2007 y que es aplicable también a la Comisión Permanente como expresamente prevé el artículo 18.1. Esta ponderación del voto tiene su origen en el mandato del artículo 7.1, b) LE que a fin de mantener el carácter tripartito del Consejo ordena que las representaciones de los interlocutores sociales cuenten con el mismo peso que el conjunto de los representantes de las Administraciones.

Las funciones del Consejo General guardan lógica relación con su naturaleza de órgano consultivo informando sobre las propuestas normativas en materia de políticas activas de empleo. Como se acaba de ver, la Conferencia Sectorial informa sobre una serie de materias, concretadas en el artículo 3.1 LE, entre las que no se alude a la política activa de empleo. Puede que ésta sea la razón de que no se mencione esta faceta del empleo dentro

variaciones que se hubieran producido en la representatividad de los agentes sociales. Por otro lado, como precisa la Disposición adicional cuarta, la participación de los agentes sociales será objeto de compensaciones económicas iguales a las establecidas por su participación en otros órganos consultivos del Ministerio de Trabajo.

⁴³ De conformidad con el artículo 15 será designado por el Ministro de entre los Subdirectores Generales del SPPE y tendrá voz pero no derecho al voto

⁴⁴ El Pleno está formado por la Presidencia, los Vicepresidentes, los Vocales y el Secretario General. La Comisión Permanente se compone de 24 vocales —6 de cada sector—, y es presidida por el Director General del SPPE, que forma parte de los seis de su sector. Y las Comisiones Especiales se constituirán con sujeción al mismo criterio de composición y número establecido para el Pleno y para la Comisión Permanente.

⁴⁵ Así, respecto del Pleno se establece que se reúne al menos 2 veces al año, o cuando lo convoque el presidente por iniciativa propia o por solicitarlo una cuarta parte de sus miembros. En la Comisión Permanente se prescribe que actuará como Secretario el Secretario General del Consejo General, con voz pero sin voto, a la vez que se concretan sus funciones. Y en cuanto a las Comisiones Especiales se recoge que ejercerán las funciones que expresamente se les atribuya o aquellas otras que les fueran encomendadas por el Pleno o la Comisión Permanente, así como que podrán ser auxiliadas por personas expertas, así como recabar, a través de la Secretaría, cuantos informes y dictámenes estimen para el cumplimiento de sus fines.

de los aspectos sobre los que informa la Conferencia Sectorial, produciéndose así una especie de reparto material entre los dos órganos del SNE en lo que a la función de informar propuestas normativas se refiere.

Sin embargo, como venimos diciendo, el concepto de política activa de empleo que se refleja en el artículo 23 LE permite la integración en ella de toda medida de política de empleo que se despliegue para favorecer el acceso al mercado de trabajo por cuanto no se ofrece una noción cerrada de las medidas y, sobre todo, se pone el acento en el objetivo a conseguir. Por eso, el hecho de que la Conferencia Sectorial informe sobre las propuestas normativas que tienen que ver con la mayoría de las medidas que forman parte de la noción de política activa relativiza tanto las clasificaciones de tales medidas como el hecho de que la expresión política de empleo aparezca ahora, con ocasión de la labor de informar del Consejo general, y no antes cuando se hacía referencia a la misma función por parte de la Conferencia Sectorial.

Sobre la otra gran vertiente de la política de empleo, las políticas pasivas de empleo, también puede informar el Consejo General por cuanto se contempla dentro de sus funciones la relación entre la política activa de empleo y las prestaciones por desempleo que les sean sometidos por parte de las Administraciones Públicas. Finalmente, dentro de esta función de informar, debe recordarse que el Consejo General informa sobre los Planes de Ejecución de la Estrategia Europea para el Empleo, acerca de los cuales conoce de los informes de seguimiento elaborados por el Ministerio de Trabajo.

Pero sus funciones no se limitan a la emisión de informes, señalando el artículo 9 que el Consejo General formula propuestas de objetivos y prioridades para el Programa Anual de Trabajo del SNE, a la vez que para controlar su ejecución y los resultados del mismo. También plantear mecanismos de colaboración y cooperación entre los Servicios Públicos de Empleo, especialmente en lo que respecta a la relación entre políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo. Y emitir recomendaciones sobre los programas anuales de trabajo del SPEE y de los SPECA respecto a investigaciones, estudios y análisis sobre la situación del mercado de trabajo.

Un ámbito que debe ser resaltado de las funciones del Consejo General es la relacionada con la formación profesional para el empleo, materia en la que el RD 395/2007 se refiere de forma expresa a las competencias del Consejo General en su artículo 33, en el que se recoge la función de este órgano del SNE de emitir informe preceptivo en determinados aspectos de este ámbito⁴⁶, de

⁴⁶ «b) Emitir informe preceptivo sobre los proyectos de normas del subsistema de formación profesional para el empleo. d) Informar, con carácter preceptivo, y realizar propuestas

realizar propuestas⁴⁷, de decidir sobre determinados aspectos⁴⁸, así como cometidos generales relacionados con la materia⁴⁹.

Este artículo del RD 395/2007 prevé en su apartado tercero que el desarrollo de estas funciones se constituirá en el seno del Consejo General SNE la Comisión Estatal de Formación para el Empleo, manteniendo el carácter paritario y tripartito del Consejo en su composición y régimen de adopción de acuerdos. Al respecto, la Disposición Adicional 2.ª RD 1722/2007, señala que esta Comisión se formará en el marco del artículo 18 de este Real Decreto, error de numeración por cuanto, como ha sido corregido posteriormente⁵⁰, el artículo de referencia es el 19, relativo a las Comisiones Especiales.

Y a esta Comisión Especial se refiere el artículo 30.3 RD 395/2007, encomendándole la formulación de propuestas a las Administraciones competentes acerca de la proporción de trabajadores y desempleados que participen en la formación de oferta⁵¹, de informar al Ministerio de Trabajo de la distribución del presupuesto destinado a financiar el subsistema de formación profesional para el empleo entre los diferentes ámbitos e iniciativas de formación⁵², y hacerlo al SPEE acerca de los instrumentos necesarios

sobre la planificación plurianual de la oferta de formación profesional para el empleo y de las acciones de investigación e innovación, prevista en los artículos 21 y 30.1, respectivamente, así como sobre los planes anuales que en materia de calidad, evaluación y control están previstos en los artículos 36.3, 37.2 y 38.1 de este real decreto».

⁴⁷ «c) Informar y realizar propuestas sobre la asignación de los recursos presupuestarios entre los diferentes ámbitos e iniciativas formativas previstas en este real decreto. e) Recomendar medidas para asegurar la debida coordinación entre las actuaciones que en el marco del presente real decreto se realicen en el ámbito del Estado y en el de las Comunidades Autónomas. i) Conocer los informes anuales sobre programación, gestión, control y evaluación de la formación profesional para el empleo elaborados tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como extraer conclusiones y proponer recomendaciones sobre el funcionamiento del subsistema».

⁴⁸ «g) Aprobar el mapa sectorial para mejorar la racionalidad y eficacia de las Comisiones Paritarias previstas en el artículo 35. h) Determinar los criterios y condiciones que deben cumplir las Comisiones Paritarias Sectoriales Estatales a efectos de su financiación».

⁴⁹ «a) Velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el presente real decreto y en la restante normativa reguladora de la formación profesional para el empleo, así como por la eficacia de los objetivos generales del sistema. f) Actuar en coordinación con el Consejo General de Formación Profesional para el desarrollo de las acciones e instrumentos esenciales que componen el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional».

⁵⁰ Corrección de errores del Real Decreto 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo (BOE de 19 de marzo de 2008).

⁵¹ Artículo 5 RD 395/2007.

⁵² Artículo 6.2 RD 295/2007.

para garantizar la coordinación entre las acciones de investigación e innovación que se realicen en los ámbitos estatal y autonómico, a fin de asegurar la complementariedad de las acciones ejecutadas en los mismos.

Y sin que sean funciones propias del Consejo General, en materia de formación para el empleo cabe destacar otras referencias al SNE en este ámbito. Las mismas casi siempre se hacen a la actividad de los Servicios Públicos de Empleo en el marco del SNE, como por ejemplo, en materia de información sobre la oferta formativa⁵³, de ejecución de planes de formación⁵⁴, de recepción de contenidos formativos en contratos para la formación⁵⁵, de promoción de la formación⁵⁶, de colaboración⁵⁷, o, en fin, de elaboración de estadísticas⁵⁸.

⁵³ RD 395/2007, artículo 20.3: «A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, el Servicio Público de Empleo Estatal, en el marco del Sistema Nacional de Empleo, mantendrá permanentemente actualizado el Fichero de especialidades formativas e informará de las modificaciones que se produzcan a las Comunidades Autónomas según los criterios que se establezcan en el marco del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo contemplado en el artículo 7.2.c) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo».

⁵⁴ RD 395/2007, artículo 24.2: «En el ámbito estatal, la ejecución de los planes de formación se llevará a cabo mediante convenios suscritos en el marco del Sistema Nacional de Empleo entre el Servicio Público de Empleo Estatal y las siguientes organizaciones y entidades: Formación en alternancia con el trabajo».

⁵⁵ RD 395/2007, artículo 27: «De no existir certificado de profesionalidad, la formación teórica estará constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas para las ocupaciones o especialidades relativas al oficio o puesto de trabajo contemplados en el contrato y, en su defecto, por los contenidos formativos determinados por las empresas y comunicados al Servicio Público de Empleo Estatal a los efectos de su validación en el marco del Sistema Nacional de Empleo».

⁵⁶ RD 395/2007, artículo 19.1: «El Sistema Nacional de Empleo promoverá las iniciativas necesarias para facilitar y generalizar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la formación de sus trabajadores. A tal fin, el Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas, previa elaboración coordinada de un plan de apoyo a esas empresas, deberán prestarles asesoramiento y poner a su disposición la información necesaria acerca de las distintas iniciativas de formación profesional para el empleo y de los centros y entidades formativas existentes, que incluirán también los relativos al sistema educativo».

⁵⁷ RD 395/2007, artículo 17.4: «La aplicación indebida o fraudulenta de las bonificaciones determinará que las cantidades correspondientes sean objeto de reclamación administrativa mediante acta de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Sin perjuicio de ello, el Servicio Público de Empleo Estatal, en el marco del Sistema Nacional de Empleo, colaborará con la citada Inspección mediante la comunicación previa a las empresas de las irregularidades».

⁵⁸ RD 395/2007, Disposición adicional sexta: «El Servicio Público de Empleo Estatal, en el marco del Sistema Nacional de Empleo, adoptará las medidas necesarias para que las

5. LA EVALUACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE EMPLEO

En el ámbito empresarial, y también en el de las administraciones, incluida la Universidad como bien sabemos, el sometimiento a procedimientos de evaluación de las organizaciones es algo no sólo habitual, sino obligatorio en muchos casos. Puede afirmarse que los procesos por los cuales se examinan la calidad de los productos y servicios que prestan las organizaciones han dejado de ser una mera descripción del grado de satisfacción que proporcionan aquéllos para convertirse en criterio rector de toda la organización. Y ello porque no sólo se utilizan para mejorar dichos productos y servicios sino también por ser un elemento de competitividad para la organización, en la medida que de los mismos se derivan importantes consecuencias, como por ejemplo, la confianza de terceros hacia la propia organización, o las exigencias normativas.

En este contexto, cabe situar la evaluación del SNE, referida ya en el artículo 6.2 LE, que encomienda que el SNE se someta a una evaluación periódica, y a la que se alude en el mismo título del RD 1722/2007, al incluirla como tercera de sus finalidades. Evaluación a la que, además, obliga la Estrategia Europea Revisada y las Directrices para el Empleo, y que sigue constituyendo un déficit del sistema español⁵⁹.

Con carácter general el artículo 4 de este Real Decreto señala las características de esta evaluación, que será periódica, interna y externa, recayendo sobre las estructuras, medidas y acciones del SNE, a partir de criterio de calidad, eficacia y eficiencia, todo ello con el objeto de mejorar su adecuación a las necesidades del mercado de trabajo. Y si bien, los artículos 6, j) y 9, e) se refieren a la misma desde la perspectiva de las funciones que al respecto corresponden a la Conferencia Sectorial y al Consejo General, respectivamente, la evaluación del SNE se regula sobre todo en el capítulo IV del título III, que consta de un sólo precepto, el artículo 30.

En éste, se prevé una evaluación externa cada tres años, donde se examinará la adecuación de sus estructuras, medidas y acciones a la situación del mercado de trabajo, teniendo en cuenta los costes y la eficacia del conjunto del Sistema Nacional, y donde se harán propuestas de mejora. Nada más se dice al respecto, caso de quién vaya a efectuar dicha evaluación, y si de la misma deriva una acreditación o, en su caso, certificación. En este sen-

estadísticas que se elaboren en el ámbito de todo el territorio del Estado incluyan no sólo la formación realizada en el marco de este real decreto, sino también aquella que realicen las empresas con financiación propia y las Administraciones Públicas para sus empleados».

⁵⁹ Al respecto, GARCIA JIMENEZ, M. y MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, págs. 177 y ss.

tido, y según la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), el término acreditación define «el procedimiento mediante el cual un Organismo autorizado reconoce formalmente que una organización es competente para la realización de una determinada actividad de evaluación de la conformidad». Por su parte, la certificación es el proceso por el que una entidad independiente evalúa una organización, producto, proceso, servicio o persona, emitiendo posteriormente una declaración en la que manifiesta la conformidad del evaluado con respecto a los requisitos de una norma o especificación técnica, tanto del ámbito reglamentario como del voluntario.

A su vez se establece una evaluación interna anual, para la que el Consejo General establecerá los mecanismos necesarios. Esta evaluación, cuyos resultados deben ser conocidos por el propio Consejo General y presentados a la Conferencia Sectorial y las Comisiones del Congreso y Senado de Política Social y de Empleo, debe incluir una serie de aspectos⁶⁰.

Como se aprecia, de entre éstos, los hay que se refieren a cuestiones concretas, caso de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, analizando la aplicación a los mismos de políticas activas así como el cumplimiento de sus obligaciones como demandantes de empleo⁶¹, o del cumplimiento de los fines, mientras que otras referencias aluden a aspectos necesitados de mayor concreción, como es el caso de la medición de la calidad en el servicio, terreno en el que, no obstante, se concreta que un factor a tener en cuenta es la utilización de las nuevas tecnologías.

Esta misma *cultura* de evaluación de la calidad aparece también en materia de la formación para el empleo, estableciendo el artículo 37 del RD 395/2007 que «En el marco del Sistema Nacional de Empleo, el Servicio

⁶⁰ «Artículo 30.3: «a) Adecuación de los Servicios Públicos de Empleo al cumplimiento de los fines del Sistema Nacional de Empleo, b) Cumplimiento de los citados fines, c) La eficacia, la eficiencia y la calidad de las actuaciones de colaboración de las Entidades, públicas y privadas, con los Servicios Públicos de Empleo, d) La calidad en la prestación del servicio público a empresas y trabajadores, el conocimiento e impacto de sus medidas, así como el grado de satisfacción de sus usuarios, e) El aprovechamiento del potencial de las nuevas tecnologías por los Servicios Públicos de Empleo para proporcionar un mejor servicio, f) La aplicación de las políticas activas de empleo a los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, g) El cumplimiento de las obligaciones como demandantes de empleo de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo».

⁶¹ Se detecta así la especial preocupación por este concreto aspecto de la política de empleo, como por otra parte refleja la normativa sobre Seguridad Social. En este sentido, el artículo 231.2 del RDL 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, cuando alude al compromiso de actividad se dice que es el que adquiere el solicitante o beneficiario de las prestaciones por desempleo, poniendo el énfasis, por tanto, en las especiales obligaciones que contrae este tipo de demandante de empleo frente al que no es receptor de prestación alguna.

Público de Empleo Estatal y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas evaluarán el impacto de la formación realizada en el acceso y mantenimiento del empleo, y en la mejora de la competitividad de las empresas, la eficacia del sistema en cuanto al alcance de la formación y la adecuación de las acciones a las necesidades del mercado laboral y de las empresas, así como la eficiencia de los recursos económicos y medios empleados».

6. CONCLUSIONES

Tal como expusimos al inicio, el RD 1722/2007 presenta un alcance limitado, presupuesto de partida en el que ya su propio enunciado nos viene a situar. Tras el análisis de su contenido cabe concluir que así es, destacando del mismo dos aspectos, por encima del resto.

En primer lugar, que se destina a regular el Consejo General del SNE, órgano creado por la LE y cuyo desarrollo ha efectuado el RD 1722/2007, en aspectos tales como su estructura y funcionamiento interno.

En segundo lugar, dentro de los instrumentos de coordinación del propio SNE, cobra especial importancia el SISPE, Sistema que no obstante existía desde 2005 pero que a nivel normativo sólo se mencionaba en la LE. Esta centralidad del SISPE viene a reforzar un mecanismo central del Sistema, por cuanto resulta ser un instrumento esencial para llevar a cabo la principal labor del Servicio Nacional de Empleo: la conseguir la unidad del sistema evitando segmentaciones territoriales como consecuencia de la descentralización de la gestión de la política de empleo.



EL SISTEMA DE ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA, TRAS EL DESARROLLO REGLAMENTARIO

JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Dependencia, desarrollo reglamentario

Durante el año 2007 se ha venido produciendo el desarrollo reglamentario del contenido de la Ley 39/2006, que será el objeto de análisis del presente trabajo. Y no sólo el RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia —modificado ya parcialmente por el RD 1.197/2007, de 14 de septiembre, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas— sino también otros, como el RD 727/2007, de 9 de junio, por el que se aprueban los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el catálogo establecido por la Ley y la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos, incluida la cuantía de las prestaciones económicas, los supuestos de desplazamientos entre las Comunidades Autónoma y la protección de los emigrantes retornados.

ABSTRACT

Key Words: Dependency, Legislative Development

During 2007, it has been being developed a statutory content of the 39/2006 Law, which is the object analysis of the present study. It is focused on the April 20th Royal Decree 504/2007, in which it has been approved the valuation barometer for the situation of dependency —and already and partially modified by the September 14th Royal Decree 1.197/2007. This amendment provides recognition to maternity leave on the assumption that the child has any disability and allows providing third person assistance for non-contributive benefits. And also the present analysis studies the June 9th Royal Decree 727/2007, in which benefits criteria are set as regards services listed per each case determined by the Compatibility and Non-compatibility Law catalogue, including economic benefits, travelling benefits among Autonomous Communities and returned emigrants.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LOS OBJETIVOS DE LA LEY DE DEPENDENCIA
2. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA
 - 2.1. El sistema para la autonomía y la atención de la dependencia
 - 2.2. La participación de las administraciones públicas en el sistema para la autonomía y la atención de la dependencia
 - 2.2.1. La participación de la Administración General del Estado
 - 2.2.2. La participación de las Comunidades Autónomas
 - 2.2.3. La participación de las entidades locales
 - 2.2.4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia
 - 2.2.5. La participación privada y de los interesados
3. LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA
4. LOS SUJETOS PROTEGIDOS POR EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA
 - 4.1. Requisitos
 - 4.1.1. De carácter general
 - 4.1.2. Requisitos de carácter específico
 - 4.2. Derechos y obligaciones de los sujetos protegidos
 - 4.2.1. Derechos de los sujetos protegidos
 - 4.2.2. Obligaciones de los sujetos protegidos
5. LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA
 - 5.1. Niveles de protección
 - 5.2. Prestaciones de atención a la dependencia
 - 5.2.1. Los Servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia
 - 5.2.2. Las prestaciones económicas
 - 5.2.3. La prestación económica de asistencia personal
 - 5.2.4. La ayuda económica para facilitar la autonomía personal
 - 5.3. El reconocimiento del derecho a las prestaciones
 - 5.4. La ayuda económica para facilitar la autonomía personal
6. GARANTÍAS DEL SISTEMA: INFRACCIONES Y SANCIONES
 - 6.1. Infracciones
 - 6.1.1. Responsables
 - 6.1.2. Infracciones
 - 6.2. Sanciones

1. INTRODUCCIÓN: LOS OBJETIVOS DE LA LEY DE DEPENDENCIA

El 5 de octubre de 2006 el Pleno del Congreso aprobó el proyecto de *Ley de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia*, que con posterioridad se convirtió en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, al amparo de la competencia exclusiva del Esta-

do para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al art. 149.1.1.º de la Constitución española.

En ese momento, nos encontramos ante una norma legal a la que hay que reconocerle su trascendencia, puesto que se va a ocupar de regular la protección de la dependencia, a la que se califica como el *cuarto pilar del Estado del Bienestar*¹ (siempre que se admita que los restantes tres pilares son la seguridad social, la sanidad y la educación). Y lo cierto es que debe reconocérsele su relevante importancia, porque la dependencia ha sido una materia a la que solo indirectamente se había prestado atención mediante diferentes prestaciones enmarcadas fundamentalmente en el ámbito de protección del sistema de Seguridad Social² (pensiones por gran invalidez o invalidez no contributiva).

Se trata de una ley de amplios y profusos objetivos (universalidad, transversalidad, equidad, igualdad...) y de largo recorrido (no se prevé una aplicación plena de la misma hasta el año 2015 y se deja pendiente de su posterior regulación reglamentaria una buena parte de su contenido)³; objetivos que deberán cumplirse mediante el reconocimiento de un «derecho subjetivo de ciudadanía», que tendrá como consecuencia el otorgamiento de

¹ FERNÁNDEZ ORRICO afirma que el establecimiento del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia por la Ley 39/2006 se ha llevado a cabo la creación de un cuarto pilar de protección («La Ley de Dependencia y los cuidadores familiares», *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 7, 2008, pág. 4.

² DE LORENZO recuerda que la consideración de la dependencia como una de las prioridades del futuro más inmediato constituyó una de las novedades incorporadas por el Congreso a las Recomendaciones del Pacto de Toledo, al proponerse la configuración de un sistema integrado que abordara globalmente el fenómeno de la dependencia, con participación de la sociedad y de la Administración Pública en todos sus niveles, definiendo el papel que debía desempeñar el sistema de protección social («Importante novedad en el ordenamiento jurídico: la protección de la dependencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 727, 2007, <http://nuevo.westlaw.es>); y MANTECA reitera que la Ley 39/2006 ha venido a completar los pilares en los que se fundamenta el Estado del bienestar («La Ley de Dependencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 728/2007, <http://nuevo.westlaw.es>).

³ En tal sentido, PÉREZ DE LOS COBOS afirma que dado el nivel de remisión de la norma legal al desarrollo reglamentario posterior, que alcanza prácticamente a todos los elementos fundamentales del llamado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, será éste, y no la ley, el que configure el estatuto jurídico de la persona en situación de dependencia y sus eventuales derechos subjetivos («La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia», en AA. VV. (coord. REMEDIOS ROQUETA BUJ) *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de la dependencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 23).

prestaciones de carácter público, universal y no discriminatorio, integradas en los servicios sociales de las Comunidades Autónomas.

El instrumento para llevar a cabo el desarrollo de aquel derecho será el «Sistema para la autonomía y atención de la dependencia», en el que participarán todas las Administraciones públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), y cuya acción protectora se estructura a través de la existencia de diferentes niveles de protección, que supondrán el reconocimiento de prestaciones en especie (teleasistencia, ayuda a domicilio, centros de día y de noche, atención residencial) y prestaciones económicas; estableciéndose una financiación a través de la participación de las propias Administraciones públicas y de los interesados en el coste de las prestaciones.

La Ley 39/2006 tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un «Sistema para la autonomía y atención de la dependencia», con la colaboración y participación de todas las Administraciones públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español (art. 1.1); siendo sus objetivos principales los siguientes:

1.º) La promoción de la *autonomía personal*, entendida como la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como desarrollar las actividades básicas de la vida diaria (art. 2.1).

A efectos del cumplimiento de este objetivo, se considera como *actividades básicas de la vida diaria* las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas (art. 2.3); y como *necesidades de apoyo para la autonomía personal* son las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad (art. 2.4).

2.º) La atención a las personas en situación de *dependencia*, definida como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida o, en el caso de las personas con

discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal⁴ (art. 2.2).

Además, la Ley 39/2006 determina que los objetivos citados deberán cumplirse a través del desarrollo de múltiples principios, a los enumera en cascada (art. 3):

- Carácter público de las prestaciones del *Sistema para la autonomía y atención a la dependencia*.
- Universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación; todo ello con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan (art. 4.1).
- Atención a las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada.
- Transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia.
- Valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real.
- Personalización de la atención, teniendo en cuenta de maneja especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades.
- Establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental.
- Promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible; permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida.
- Calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia.
- Participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen.
- Colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema y en las correspondien-

⁴ Sobre el concepto de la dependencia, *vid.* MALDONADO MOLINA, J. A. *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003; BLASCO LAHOZ, J. F. «La protección de la dependencia: un seguro social en construcción», *Aranzadi Social*, núm. 11, 2003; y AA. VV. *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, ed. Comares, Granada, 2007.

tes normas de las Comunidades Autónomas y las aplicables a las entidades locales.

- Participación en la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.
- Participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de la dependencia.
- Cooperación interadministrativa.
- Integración de las prestaciones en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados.
- Inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres.
- Atención preferente a las personas en situación de gran dependencia.

Así, parece posible interpretar que la concurrencia de todos estos principios inspiran lo que debería considerarse como una protección de carácter *asistencial o universal*, al cumplir los habituales requisitos exigidos para ello: existencia de un *derecho subjetivo de ciudadanía*, protección a través de prestaciones de carácter *público*; o acceso a la protección que se rige por la *universalidad*.

Durante el año 2007 se ha venido produciendo el desarrollo reglamentario del contenido de la Ley 39/2006. Así, en primer lugar, el RD 504/2007, de 20 de abril, aprobó el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por aquella Ley⁵, que ya ha sido modificado parcialmente por el RD 1.197/2007, de 14 de septiembre, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas; publicándose posteriormente la Resolución de 23 de mayo de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia.

⁵ La disposición adicional 4.^a del propio RD 504/2007, de 20 de abril, prevé que, transcurrido el primer año de aplicación del baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en el mismo, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia deberá realizar una evaluación de los resultados obtenidos y propondrá las modificaciones que, en su caso, estime procedentes.

En segundo lugar, la Orden TAS/1.459/2007, de 25 de mayo, estableció el Sistema de información del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia y crea el fichero de datos de carácter personal, con el objetivo de garantizar la disponibilidad de la información y la comunicación recíproca entre las Administraciones públicas y la compatibilidad y articulación entre los distintos sistemas, y proporcionar a las entidades involucradas en la gestión de las prestaciones y servicios del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia la infraestructura necesaria para el mantenimiento y gestión de la información relativa a los beneficiarios de dicho sistema, que serán acordados en el Consejo territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, a la red de centros y servicios y a los profesionales que contribuyan a su prestación.

A continuación, el RD 727/2007, de 9 de junio, se publicó con el objeto de aprobar los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el catálogo establecido en el art. 15 de la Ley 39/2006 y la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos, la cuantía de prestaciones económicas de la misma ley, los supuestos de desplazamientos entre las Comunidades Autónoma y la protección de los emigrantes retornados.

También en el ámbito autonómico, las diferentes Comunidades han ido realizando, de forma más o menos diligente, el desarrollo de la Ley 39/2006, con el objeto de facilitar su aplicación en el territorio de las mismas. Así, en Andalucía, la orden de 23 de abril de 2007, por la que se aprueba el modelo de solicitud del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, el decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración, la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establece la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, y la Orden de 1 de octubre de 2007, por la que se aprueba los modelos de informe social, trámite de consulta y propuesta de programa individual de atención del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Andalucía; en Aragón, el Decreto 55/2007, de 17 de abril, por que se regula la habilitación normativa para el desarrollo reglamentario de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, la Orden de 15 de mayo de 2007, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el acceso a los servicios y presta-

ciones establecidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, la Orden de 5 de octubre de 2007, por la que se modifica el procedimiento de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia y de acceso a los servicios y prestaciones del sistema para la autonomía y la atención a la dependencia, y el Decreto 259/2007, de 23 de octubre, por el que se regula la habilitación normativa para el desarrollo reglamentario de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en el Principado de Asturias, la Resolución de 17 de abril de 2007, por la que se aprueban, con carácter provisional, los modelos de documentación para los expedientes de reconocimiento de la situación de dependencia, el Decreto 68/2007, de 14 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la Resolución de 9 de julio de 2007, por la que se crea la Comisión especial para el seguimiento de la aplicación, en el ámbito del Principado de Asturias, de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, la Resolución de 8 de agosto de 2007, por la que se aprueba el modelo normalizado de dictamen-propuesta sobre el grado y nivel de dependencia de la persona valorada con arreglo a lo previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y el modelo normalizado de la correspondiente resolución, y Resolución de 26 de septiembre de 2007, por la que se dicta instrucciones para el diseño, elaboración y aprobación del Programa individualizado de atención a que se refiere la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en las Illes Balears, la Resolución de 20 de febrero de 2007, por la que se aprueba mientras no se produzca la entrada en vigor del baremo para la valoración de las personas en situación de dependencia en el ámbito nacional, el instrumento de valoración que tiene que aplicarse a los servicios y a las prestaciones económicas de la Consejería de Presidencia y Deportes destinados a las personas en situación de dependencia; en Canarias, la Orden de 25 de mayo de 2007, por la que se hace públicos los modelos normalizados para la solicitud del reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y la Resolución de 13 de junio de 2007, por la que se amplía el plazo de resolución y notificación en los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema; en Cantabria, la Orden SAN/26/2007, de 7 de mayo, por la que se regula los

procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y la Orden EMP/2/2007, de 26 de julio, por la que se regula provisionalmente la aportación económica a las personas usuarias del Sistema para la Autonomía Personal y la Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Cantabria; en Castilla-La Mancha, la Resolución de 24 de abril de 2007, por la que se aprueba los modelos de solicitudes de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema y del informe de salud, y la Orden de 24 de octubre de 2007, por la que se establece las intensidades de protección de los servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Castilla-La Mancha; en Castilla y León, la Orden FAM/824/2007, de 30 de abril, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia; en Cataluña, el Decreto 115/2007, de 22 de mayo, por el que se determina los órganos de la Generalitat de Catalunya competentes para aplicar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y el Decreto 123/2007, de 29 de mayo, por el que se determina el régimen aplicable a la solicitud y concesión de las prestaciones sociales de carácter económico de derecho subjetivo, y concretan los requisitos para el reconocimiento del derecho a las prestaciones creadas en desarrollo de la Ley 13/2006, de 27 de julio de prestaciones sociales de carácter económico; en Extremadura, la Resolución de 12 de febrero de 2007, por la que se da publicidad al Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), y la Comunidad Autónoma de Extremadura para la realización de programas y/o proyectos cofinanciados del Plan de Acción a favor de Personas en Situación de Dependencia, el Decreto 70/2007, de 10 de abril, por el que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones para el apoyo y la atención a las personas con dependencia, la Resolución de 25 de abril de 2007, por la que se hace públicos los modelos normalizados para la solicitud del reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema, y la Orden de 25 de septiembre de 2007, por la que se hace públicos los criterios para la determinación, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, de la prestación económica a los beneficiarios que tengan reconocida la condición de persona en situación de dependencia; en Galicia, el Decreto 176/2007, de 6 de septiembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de

Galicia; en la Región de Murcia, el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para la realización de programas y/o proyectos cofinanciados del Plan de Acción a favor de persona en situación de dependencia, la Orden de 9 de abril de 2007, por la que se crea la Oficina Regional de Información y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, y la Orden de 18 de abril de 2007, por la que se crea la Comisión de Participación Territorial para el desarrollo e implantación del Sistema Murciano de Atención a la Dependencia; en Navarra, la Orden Foral 149/2007, de 23 de julio, por la que se añade un nuevo Anexo (Anexo 2, Prestación económica para personas en situación de gran dependencia y apoyo a cuidadores no profesionales del nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia), a la Orden Foral 293/2006, de 22 de diciembre de 2006, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones del año 2007 para la obtención de servicios de cuidados en el domicilio de las personas dependientes y de apoyo a las familias cuidadoras de estas, y el Decreto Foral 184/2007, de 10 de septiembre, por el que se aprueba los Estatutos de la Agencia Navarra de la Dependencia; en La Rioja, la Resolución de 16 de marzo de 2007, por la que se dispone la publicación del resumen del Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales IMSERSO y la Comunidad Autónoma de La Rioja para la realización de programas y/o proyectos cofinanciados del Plan de Acción a favor de personas en situación de dependencia, la Orden 4/2007, de 16 de octubre, por la que se regula el procedimiento para la valoración y reconocimiento de la situación de dependencia en la Comunidad Autónoma de La Rioja, y la Orden 5/2007, de 31 de octubre, por la que se regula las condiciones de acceso y la cuantía de las prestaciones económicas del Sistema Riojano para la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; y en la Comunidad Valenciana, el Decreto 35/2007, de 30 de marzo, por el que se establece la creación, composición y régimen de funcionamiento del Consejo Interterritorial de Servicios Sociales, Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia de la Comunitat Valenciana, la Resolución de 4 de mayo de 2007, por la que se dispone la publicación del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), y la Comunidad Valenciana, para la realización de programas y/o proyectos cofinanciados del Plan de acción a favor de personas en situación de dependencia, y el Decreto 171/2007, de 28 de septiembre, por el que se establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas dependientes.



2. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA

2.1. El sistema para la autonomía y la atención de la dependencia

La protección de las personas en situación de dependencia será desarrollada a través del *Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia*, que se define como el instrumento de garantía de las condiciones básicas y el contenido común de la protección de las personas en situación de dependencia (art. 6.1 de la Ley 39/2006), y se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados⁶ (art. 6.2 de la Ley 39/2006).

Los objetivos a alcanzar por este sistema protector son los siguientes (art. 6.1 de la Ley 39/2006):

- Convertirse en cauce para la colaboración y participación de las Administraciones públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y la protección a las personas en situación de dependencia.
- Optimizar los recursos públicos y privados disponibles; y contribuir a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Por ello, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal deberán orientarse a la consecución de una mejor calidad de vida y autonomía personal, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades, de acuerdo con los siguientes fines⁷ (art. 13 de la Ley 39/2006):

- Facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible.

⁶ CAVAS interpreta que el Sistema se configura como una superestructura sectorializada por razón de la materia que integra, de manera coordinada, centros y servicios de muy diversas procedencias y titularidades («Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2006, www.westlaw.es).

⁷ GARCÍA RUBIO recuerda que, en realidad, estos objetivos coinciden básicamente con las finalidades que hasta ahora han venido asignando la mayoría de normas autonómicas a sus respectivas regulaciones a favor de los colectivos en situación de dependencia («Prestaciones y catálogo de servicios», en AA. VV. (COORD. REMEDIOS ROQUETA BUJ) *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de la dependencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 236).

- Proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad.

2.2. La participación de las administraciones públicas en el sistema para la autonomía y la atención de la dependencia

La Ley 39/2006 establece un amplio abanico para la participación de las Administraciones públicas (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), que deberán actuar de forma coordinada y cooperativa (art. 1.2), y se articularán a través del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia.

2.2.1. La participación de la Administración General del Estado

La participación de la Administración General del Estado supone la garantía de un nivel mínimo de protección para cada uno de los beneficiarios del Sistema, en función el grado y nivel de su dependencia, como condición básica de salvaguardia del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia (arts. 9.1 de la Ley 39/2006 y 2.2 del RD 614/2007, de 11 de mayo).

Además, la Administración General del Estado asumirá las funciones de planificación, ordenación, dirección y gestión del sistema y la financiación del nivel mínimo de protección en las ciudades de Ceuta y Melilla (dispos. ad. única del RD 614/2007, de 11 de mayo); quedando regulada la protección en el supuesto de traslado del beneficiario entre Comunidades Autónomas y las Ciudades con estatuto de autonomía de Ceuta y Melilla conforme a las siguientes normas (art. 3 del RD 727/2007, de 9 de junio):

- El beneficiario que hubiera tomado la decisión de trasladar su residencia fuera de la comunidad autónoma o de las ciudades de Ceuta y Melilla, que le hubiese reconocido el servicio o le abonase la prestación económica, estará obligado a comunicarlo con antelación suficiente⁸.
- Cuando el beneficiario traslade su domicilio de forma permanente al territorio de otra comunidad o a las ciudades de Ceuta y Melilla,

⁸ La comunidad autónoma de origen deberá ponerlo en conocimiento de la de destino, iniciándose a partir de este momento el plazo reglamentario.

y con el fin de dar continuidad a la acción protectora, la Administración de destino deberá revisar el programa individual de atención en el plazo máximo de tres meses, a contar desde la fecha en que tenga conocimiento de dicho traslado; debiendo mantener la Administración de origen, durante dicho plazo, el abono de las prestaciones económicas reconocidas y suspender el derecho a la prestación cuando se trate de un servicio sustituyéndolas por la prestación vinculada al servicio.

- Las personas en situación de dependencia que se encuentren temporalmente desplazadas de su residencia habitual dentro del territorio español, mantendrán el derecho y reserva del servicio y la obligación de abonar la participación en el coste del mismo o continuarán, en su caso, percibiendo la prestación económica durante un tiempo máximo de 90 días al año con cargo a la Administración competente que le haya fijado el programa individual de atención.

En el ámbito de esta Administración pública será órgano competente para imponer las sanciones como consecuencia de las infracciones previstas legalmente (art. 47.3 de la Ley 39/2006): el titular de la Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones leves; el de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones graves; y el del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte⁹, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones muy graves; requiriéndose el acuerdo previo del Consejo de Ministros cuando las sanciones sean de cuantía superior a 300.000 euros o en los supuestos de cierre de la empresa o clausura del servicio o establecimiento.

2.2.2. *La participación de las Comunidades Autónomas*

Las Comunidades Autónomas son las Administraciones públicas que representan el papel más relevante en el desarrollo de la protección de la dependencia, pues se convierten en las auténticas Administraciones ejecutoras del Sistema, dado que sus prestaciones y servicios se integrarán

⁹ Recordemos que a partir del RD 432/2008, de 12 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte tendrá competencia para la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de atención a las personas dependientes o con discapacidad (art. 8.1).

en la *red de servicios sociales de las Comunidades Autónomas*¹⁰ (arts. 3 o) y 16.1 de la Ley 39/2006).

La red de centros estará formada por los centros públicos de las Comunidades Autónomas, de las entidades locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, y los privados concertados debidamente acreditados (art. 16.1 de la Ley 39/2006).

Además, gozan de una amplia gama de funciones¹¹ (art. 11 de la Ley 39/2006):

- Planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia.
- Gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia (arts. 27.1 y 28 de la Ley 39/2006), así como su revisión (art. 30 de la Ley 39/2006).
- Establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención.
- Crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad.
- Asegurar la elaboración de los correspondientes Programas Individuales de Atención.
- Inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respecto de los derechos de los beneficiarios.
- Evaluar periódicamente el funcionamiento del Sistema en su territorio respectivo.
- Aportar a la Administración General del Estado la información necesaria para la aplicación de los criterios de financiación del Sistema por las Administraciones públicas.
- Definir, con cargo a sus presupuestos, niveles de protección adicionales al fijado por la Administración General del Estado, pudiendo adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren más adecuadas.

¹⁰ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social II. Prestaciones*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 542.

¹¹ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social II... cit.* págs. 542-543.



- Establecer el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados (art. 16.2 de la Ley 39/2006).
- Acreditar los centros y servicios privados no concertados que presten servicios a personas en situación de dependencia (art. 16.3 de la Ley 39/2006).
- Desarrollar el cuadro de infracciones y sanciones (art. 47.1 de la Ley 39/2006).

2.2.3. *La participación de las entidades locales*

Las entidades locales participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia de acuerdo con la normativa de sus respectivas Comunidades Autónomas y dentro de las competencias que la legislación vigentes les atribuye¹²; pudiendo participar en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la forma y condiciones que el propio Consejo disponga (art. 12 de la Ley 39/2006).

2.2.4. *El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*

El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tiene la siguiente constitución, que necesariamente tendrá mayoría de representantes de las Comunidades Autónomas (art. 8.1 de la Ley 39/2006): el titular del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte; un representante de cada una de las Comunidades Autónomas; que será el miembro del Consejo de Gobierno respectivo que tenga a su cargo las competencias en materia de dependencia; y representantes de los diferentes Departamentos ministeriales.

El Consejo puede ejercer las siguientes funciones específicas (art. 8.2 de la Ley 39/2006):

¹² ROQUETA sugiere la conveniencia de que en el seno del Consejo Territorial se acordase un marco común en orden a la delimitación de las competencias de las entidades locales en materia de dependencia («El sistema para la autonomía y atención a la dependencia», en AA. VV. (coord. REMEDIOS ROQUETA BUI) *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de la dependencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 95).

- Acordar el Marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas (art. 10.1 de la Ley 39/2006), a través de los que se acordarán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones del Sistema, incrementando el nivel mínimo de protección fijado por el Estado (art. 10.2 de la Ley 39/2006).
- El Consejo establecerá los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo y la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos, para su futura aprobación reglamentaria por el Gobierno (art. 10.3 de la Ley 39/2006).
- Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos en la Ley 39/2006.
- Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas.
- Adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios.
- Acordar el baremo para la valoración de la situación de dependencia, con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración, mediante el cual sea posible discriminar, con criterios objetivos, si una persona se encuentra en situación de dependencia y en qué grado y nivel corresponde encuadrarla¹³.
- Acordar, en su caso, planes, proyectos y programas conjuntos.
- Adoptar criterios comunes de actuación y de evaluación del Sistema.
- Facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes.
- Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia.
- Informar la normativa estatal de desarrollo en materia de dependencia.
- Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas.

¹³ ROQUETA BUI, R. «La dependencia y su valoración», en AA. VV. (coord. REMEDIOS ROQUETA BUI) *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de la dependencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 147.

2.2.5. *La participación privada y de los interesados*

La Ley 39/2006 introduce la posible participación en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia de la iniciativa privada (art. 3 m) de la Ley 39/2006) y del denominado «tercer sector» (art. 3 n) de la Ley 39/2006); constituido este último por las organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales (art. 2.8).

También recoge la participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias o entidades que las representen (art. 3 k) de la Ley 39/2006); estableciéndose la obligación de los poderes públicos de promover la colaboración solidaria de los ciudadanos con las personas en situación de dependencia a través de la participación de las organizaciones de voluntarios y de las entidades del tercer sector (art. 16.4 de la Ley 39/2006).

Así, se establece la creación de diferentes órganos consultivos del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia, con el fin de articular la participación institucional y cuyas funciones serán las de informar asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento del Sistema (arts. 40.2 y 41 de la Ley 39/2006):

- Comité consultivo del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia; que estará adscrito al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte (art. 40.1 de la Ley 39/2006) y su composición tendrá carácter tripartito (art. 40.3 de la Ley 39/2006).

Será presidido por el representante de la Administración General del Estado que designe el titular del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte e integrado por los siguientes miembros (art. 40.4 de la Ley 39/2006): 6 representantes de la Administración General del Estado; 6 representantes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas; 6 representantes de las entidades locales; 9 representantes de las organizaciones empresariales más representativas; y 9 representantes de las organizaciones sindicales más representativas.

Su funcionamiento deberá ser regulado por su reglamento interno (art. 40.4 de la Ley 39/2006) y sus acuerdos deberán ser adoptados por mayoría de los votos emitidos en cada una de las partes (art. 40.3 de la Ley 39/2006).

- Consejo estatal de personas mayores.
- Consejo nacional de la discapacidad.
- Consejo estatal de organizaciones no gubernamentales de acción social.

3. LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA

Como consecuencia de la participación de las Administraciones públicas en el Sistema para la autonomía y atención de la dependencia, éste lógicamente se financiará a través de sus respectivos presupuestos generales ¹⁴ (art. 32.1 de la Ley 39/2006); siendo además posible la participación de los interesados en dicha financiación.

La distribución de la financiación dependerá de los diferentes *niveles de protección* establecidos dentro del Sistema ¹⁵:

- La Administración General del Estado financiará íntegramente y a través de los anuales presupuestos generales del Estado para su transferencia a las Comunidades Autónomas el nivel *mínimo* de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema (arts. 9.2 y 32.2 de la Ley 39/2006 y 2.2 y 3.2 del RD 614/2007, de 11 de mayo).

Esta Administración hará efectiva a las Comunidades Autónomas las cantidades que procedan en función del número de beneficiarios reconocidos en situación de dependencia con derecho a prestaciones, teniendo en cuenta para ello su grado y nivel y la fecha de la efectividad de su reconocimiento, librándose mensualmente los créditos necesarios por doceavas partes según el número de beneficiarios con derecho a prestación, y regularizándose con carácter trimestral; y, para ello, las Comunidades Autónomas estarán obligadas a informar a la Administración General del Estado de las resoluciones de reconocimiento adoptadas y del grado y nivel de los beneficiarios (art. 3.5 del RD 614/2007, de 11 de mayo).

- Las Comunidades Autónomas participarán de forma diferente en la financiación:
 - o Cuando se trate del nivel de protección *consecuencia del convenio entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas* con el objeto de incrementar el nivel mínimo, en dicho convenio (que podrá ser anual o plurianual) se establecerá el reparto entre ambas Administraciones teniendo en cuenta diferentes factores (población dependiente, dispersión geográfica, insularidad, emigrantes retornados y otros factores,

¹⁴ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social II...* cit. pág. 546.

¹⁵ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social II...* cit. págs. 546-548.

que podrán ser revisados por las partes); respetándose, en cualquier caso, que la aportación de las Comunidades Autónomas sea, para cada año, igual a la del Estado (arts. 10.4 y 32.3 de la Ley 39/2006 y 2.3 del RD 614/2007, de 11 de mayo).

Durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2015, y para favorecer la implantación progresiva del Sistema, la Administración General del Estado establecerá anualmente en sus Presupuestos créditos para la celebración de los convenios con las administraciones de las Comunidades Autónomas (dispos. trans. 1.ª de la Ley 39/2006).

- o La financiación del nivel adicional establecido para cada Comunidad Autónoma se llevará a cabo mediante los propios presupuestos de cada una de ellas (art. 11.2 de la Ley 39/2006).

Además, la Ley 39/2006 establece también como medida de financiación el *copago* de los interesados, en función del tipo y coste del servicio recibido y su capacidad económica personal (art. 33.1 de la Ley 39/2006). Los criterios para la aplicación de esta modalidad financiera serán fijados por el Consejo Territorial del Sistema para la autonomía y atención de la dependencia, tomando en cuenta la distinción entre servicios asistenciales y de manutención y hoteleros (art. 33.3 de la Ley 39/2006).

En cualquier caso, respecto a esta última modalidad de financiación, es preciso advertir que la propia Ley establece expresamente que ningún ciudadano quedará fuera del Sistema de protección por no tener recursos económicos (art. 33.4 de la Ley 39/2006).

4. LOS SUJETOS PROTEGIDOS POR EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA

4.1. Requisitos

4.1.1. *De carácter general*

Nacionalidad

El art. 4.1 de la Ley 39/2006, al enumerar los derechos y obligaciones de los beneficiarios, se refirió únicamente a las *personas en situación de dependencia*; por ello deberá presumirse su nacionalidad española, sobre todo si tenemos en cuenta que en otro precepto se refiere expresamente a las personas que *carezcan de la nacionalidad española*.

En el supuesto de la posible protección de los extranjeros que se encuentren en situación de dependencia, la Ley 39/2006 se remite a lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los Tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con sus países de origen, y en las Leyes del menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, cuando se trate de extranjeros menores (art. 5.2).

Residencia

Para ser beneficiario de la protección se exige residir en territorio del Estado español (art. 4.1 de la Ley 39/2006), y haberlo hecho de la misma forma que se exige para causar derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva (art. 144.1 b) de la LGSS), es decir, 5 años, de los cuales 2 deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud (art. 5.1 c) de la Ley 39/2006).

Como excepción, las personas en situación de dependencia que, como consecuencia de su condición de emigrantes españoles retornados, no hubieran residido en territorio español en los términos arriba indicados, podrán acceder a prestaciones asistenciales con igual contenido y extensión que las prestaciones y ayudas económicas establecidas, conforme a las siguientes reglas (dispos. ad. única del RD 727/2007, de 29 de junio):

- Corresponderá a la Comunidad Autónoma de residencia del emigrante retornado la valoración de la situación de dependencia, el reconocimiento del derecho, en su caso, y la prestación del servicio o pago de la prestación económica que se determine en el programa individual de atención.
- El coste de los servicios y prestaciones económicas será asumido por la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 32 de la Ley 39/2006).
- El beneficiario participará, según su capacidad económica, en la financiación de las mismas, que será también tenida en cuenta para determinar la cuantía de las prestaciones económicas.
- Las prestaciones se reconocerá siempre a instancia de los emigrantes españoles retornados y se extinguirán, en todo caso, cuando el beneficiario, por cumplir el período exigido de residencia en territorio español, pueda acceder a las prestaciones del Sistema.

Sin embargo, es preciso destacar que todavía está pendiente de su futuro desarrollo reglamentario la situación de los españoles no residentes en España (art. 5.3 Ley 39/2006).

4.1.2. *Requisitos de carácter específico*

Los beneficiarios de las prestaciones previstas en la Ley 39/2006 deben cumplir los siguientes requisitos específicos¹⁶:

Gradación

Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos (arts. 5.1 a) y 26.1 de la Ley 39/2006):

Grado I: dependencia *moderada*.

Se encuentra en este grado la persona que necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

Grado II: dependencia *severa*.

Este grado de dependencia se produce cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III: *gran dependencia*.

Tiene este grado de dependencia la persona que necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

El RD 504/2007, de 20 de abril, en su art. único, procedió a la aprobación del baremo de valoración de los grados y niveles de niveles de dependencia y la escala de valoración específica para los menores de 3 años; que deberá ser aplicado conforme a los criterios establecidos en el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia (publicado a través de la Resolución de 23 de mayo de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales).

¹⁶ TARABINI-CASTELLANILLA la atención sobre la no exigencia a los titulares de que cumplan con unos requisitos económicos o, de otra forma dicho, que demuestren que sus rentas no superan determinado umbral («Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de dependencia», en AA. VV. (COORD. REMEDIOS ROQUETA BUI) *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de la dependencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 164).

Además, estableció que, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional 9.ª de la Ley 39/2006, a las personas que tuvieran reconocido el complemento de gran invalidez (art. 139.4 de la Ley General de la Seguridad Social) se les reconocerá la situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del baremo establecido en el RD 504/2007, de 20 de abril, garantizándose en todo caso el grado I dependencia moderada, nivel 1 (disposición adicional 1.ª.1 del RD 504/2007, de 20 de abril); y a las personas que tuviera reconocido el complemento de la necesidad del concurso de otra persona como consecuencia de la aplicación del baremo previsto en el anexo 2 del RD 1.971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía, se les reconocerá el grado y nivel que les corresponda, en función de la puntuación específica otorgada por el citado baremo, de acuerdo con la siguiente escala (disposición adicional 1.ª.2 del RD 504/2007, de 20 de abril):

- De 15 a 29 puntos: Grado I de dependencia, nivel 2.
- De 30 a 44 puntos: Grado II de dependencia, nivel 2.
- De 45 a 72 puntos: Grado III de dependencia, nivel 2.

Determinando, además, que las personas que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona de acuerdo con el anexo 2 del citado RD 1.971/1999, de 23 de diciembre, continuarán disfrutando de todos los efectos jurídicos de dicho reconocimiento, cuando deban acreditarlo ante cualquier Administración o entidad pública o privada en tanto no les sea reconocido el grado y nivel de dependencia que le corresponda conforme al baremo previsto en el RD 504/2007, de 20 de abril¹⁷ (disposición adicional 1.ª.3 del RD 504/2007, de 20 de abril); si bien, esta regla sólo será aplicable hasta la fecha en la que se proceda a la revisión del baremo previsto en el RD 504/2007, de 20 de abril, como consecuencia de la nueva disposición transitoria única añadida a esta norma reglamentaria por el posterior RD 1.197/2007, de 14 de septiembre.

El grado o nivel de dependencia reconocido podrá ser posteriormente revisado, a instancia del interesado, de sus representantes o de oficio por las Administraciones Públicas competentes, por alguna de las siguientes causas (art. 30.1 de la Ley 39/2006):

- Mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia.
- Error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

¹⁷ Tanto en este supuesto como en los dos anteriores, el reconocimiento de la situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del baremo establecido en el RD 504/2007, de 20 de abril, se realizará por los órganos correspondientes, a instancias de la persona interesada o de su representante legal.



Por último, las Comunidades Autónomas deberán determinar los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y el nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia sobre los criterios comunes de composición y actuación de aquellos órganos de valoración, que, en todo caso, deberán ser públicos (art. 27.1 de la Ley 39/2006).

Residencia

Residir en territorio del Estado español en los términos anteriormente descritos (art. 5.1 b) de la Ley 39/2006).

Edad

Sin perjuicio de los servicios establecidos en los ámbitos educativo y sanitario, se considerará como sujetos protegidos a los *menores de 3 años* que acrediten su situación de dependencia (art. 5.1 c) y disposición adicional 13.^a.1 y 2 de la Ley 39/2006).

4.2. Derechos y obligaciones de los sujetos protegidos

4.2.1. *Derechos de los sujetos protegidos*

La Ley 39/2006 reconoce a las personas que se encuentren en situación de dependencia, y cumplan los requisitos exigidos para su protección el disfrute de los siguientes derechos¹⁸ (art. 4.1 y 2):

- Acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios establecidos, con independencia de su lugar de residencia.
- Disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.

¹⁸ LANTARÓN advierte que en la enumeración derechos existe se produce una referencia con especial énfasis a la igualdad, que salpica constantemente la Ley, sirviéndolo de título competencial constitucional habilitante de la regulación en norma estatal y, como no, la realidad política y jurídica actual («Proyecto de Ley de promoción de la autonomía personal ya atención a las personas en situación de dependencia: primeras conclusiones de su lectura», *Información Laboral (Jurisprudencia)*, núm. 1, 2006, pág. 14).

- Recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia.
- Ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, de la persona en situación de dependencia o quien la represente.
- Ser respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Cumpliendo la obligación establecida en el art. 37.1 de la Ley 39/2006, mediante la Orden TAS/1.459/2007, de 25 de mayo, se ha establecido el Sistema de información del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia y crea el fichero de datos de carácter personal, de cuya administración será responsable la Dirección general del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (art. 1).

Dicho sistema tiene los siguientes objetivos (arts. 37.1 de la Ley 39/2006 y 1 y 2 de la Orden TAS/1.459/2007, de 25 de mayo):

- Garantizar la disponibilidad de la información y la comunicación recíproca entre las Administraciones públicas y la compatibilidad y articulación entre los distintos sistemas.
- Proporcionar a las entidades involucradas en la gestión de las prestaciones y servicios del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia la infraestructura necesaria para el mantenimiento y gestión de la información relativa a los beneficiarios de dicho sistema, que serán acordados en el Consejo territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, a la red de centros y servicios y a los profesionales que contribuyan a su prestación.

El contenido del Sistema de información se regirá por las siguientes reglas (arts. 37.2 y 3 de la Ley 39/2006 y 3 de la Orden TAS/1.459/2007, de 25 de mayo):

- El Sistema contendrá información sobre el Catálogo de servicios e incorporará, como datos esenciales, los relativos a población protegida, recursos humanos, infraestructuras de la red, resultados obtenidos y calidad en la prestación de los servicios.
- El Sistema de información contemplará específicamente la realización de estadísticas para fines estatales en materia de dependencia y las de interés general supracomunitario y las que se deriven de compromisos con organizaciones supranacionales e internacionales.
- La información de carácter personal contenida en el Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia se utilizará para la tramitación y terminación de los procedimientos administrativos

de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes (art. 29 de la Ley 39/2006).

- La introducción de la información será realizada por el personal designado por cada Administración pública competente, en los términos establecidos en el art. 5 de la Orden TAS/1.459/2007, de 25 de mayo.

El Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, a través de la utilización preferente de las infraestructuras comunes de comunicaciones y servicios telemáticos de las Administraciones Públicas, deberá poner a disposición del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia una red de comunicaciones que facilite y dé garantías de protección al intercambio de información entre sus integrantes (art. 38.1 de la Ley 39/2006), y a través de la que deberá llevar a cabo el intercambio de información sobre las infraestructuras del sistema, la situación, grado y nivel de dependencia de los beneficiarios de las prestaciones y cualquier otra derivada de las necesidades de información en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (art. 38.3 de la Ley 39/2006); estando el uso y transmisión de la información de dicha red sometido al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y a los requerimientos de certificación electrónicas, firma electrónica y cifrado, de acuerdo con la legislación vigente (art. 38.2 de la Ley 39/2006).

Por su parte, las Comunidades Autónomas deberán designar a los órganos competentes para la adopción de las resoluciones en sus ámbitos de competencia relacionadas con los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones (arts. 28 de la Ley 39/2006 y 4 de la Orden 1.459/2007, de 25 de mayo).

Finalmente, el *fichero de datos de carácter personal* incluirá los datos enumerados en el art. 7 de la Orden 1.459/2007, de 25 de mayo, y tendrá como uso la gestión de las prestaciones asociadas al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, incluyendo la gestión y tratamiento de estadísticas públicas.

Otros derechos de los sujetos protegidos son:

- Participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.
- Decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.
- Decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.
- Ejercer plenamente sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.

- Ejercer plenamente sus derechos patrimoniales.
- Iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa de sus derechos reconocidos.
- Disfrutar de la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.
- No sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual.

4.2.2. *Obligaciones de los sujetos protegidos*

Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, deberán cumplir las siguientes obligaciones (art. 4.4 de la Ley 39/2006):

- Suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia.
No estarán obligados a aportar información, datos o documentación que obren ya en poder de la Administración Pública que los solicite o que, de acuerdo con la legislación vigente, pueda ésta obtener por sus propios medios.
- Comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban.
- Aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas.
- Cumplir cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente.

Como excepción, las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o quienes les representen, no estarán obligados a aportar información, datos o documentación que obren ya en poder de la Administración Pública que los solicite o que, de acuerdo con la legislación vigente, pueda ésta obtener por sus propios medios.

5. LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA

5.1. Niveles de protección

La protección de la situación de dependencia por parte del Sistema se prestará de acuerdo con los siguientes niveles (arts. 7 de la Ley 39/2006 y 2.1 y 2 del RD 614/2007, de 11 de mayo):

Nivel de protección *mínimo* establecido por la Administración General del Estado.

Este nivel se garantizará mediante la fijación de una cantidad económica que aquella Administración aporta a la financiación del sistema por cada una de los beneficiarios reconocidos como dependientes según grado y nivel (art. 3.1 del RD 614/2007, de 11 de mayo).

El nivel mínimo será equivalente a la cantidad fijada para cada grado y nivel de dependencia que se determinará anualmente según el calendario de aplicación progresiva establecido en la disposición adicional 1.^a de la Ley 39/2006 (art. 3.3 del RD 614/2007, de 11 de mayo); y será objeto de actualización anual mediante real decreto, teniendo en cuenta la actualización aplicada al IPREM (art. 3.4 del RD 614/2007, de 11 de mayo).

Para el ejercicio 2008 se ha establecido la siguiente cuantía ¹⁹:

Grado y nivel	Mínimo de protección garantizado
Grado III Gran Dependencia. Nivel 2	258,75 euros
Grado III Gran Dependencia. Nivel 1	175,95 euros
Grado II Dependencia Severa. Nivel 2	100,00 euros

Nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas a través de los Convenios previstos legalmente.

Nivel *adicional* de protección que pueda establecer cada Comunidad Autónoma.

5.2. Prestaciones de atención a la dependencia

Las prestaciones «de atención a la dependencia» pueden tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas, y perseguir los siguientes objetivos (art. 14.1 de la Ley 39/2006):

- La promoción de la autonomía personal.
- Atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria.

En cualquier caso, se establece una efectividad progresiva y gradual del derecho a las prestaciones de dependencia, conforme al siguiente calendario a partir de 1 de enero de 2007 (disposición final 1.^a.1 de la Ley 39/2006):

El primer año a quienes sean valorados en el grado III de *gran dependencia*, niveles 1 y 2.

¹⁹ RD 179/2008, de 8 de febrero, por el que se modifica el RD 6/2008, de 11 de enero, sobre determinación del nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ejercicio 2008.

En este caso les corresponderán los servicios de prevención y de promoción de la autonomía personal, de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de centro de día, de centro de noche y de atención residencial; y las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, de asistencia personal y prestación económica vinculada (art. 2.1 a) del RD 727/2007, de 9 de junio).

En el segundo y tercer año a quienes sean valorados en el grado II de dependencia *severa*, nivel 2.

A las personas valoradas en el grado II de dependencia «severa», nivel 1 y 2, les corresponderán los servicios de prevención y de promoción de la autonomía personal, de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de centro de día, de centro de noche y de atención residencial; y las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y económica vinculada (art. 2.1 b) del RD 727/2007, de 9 de junio).

En el tercero y cuarto año a quienes sean valorados en el grado II de dependencia *severa*, nivel 1.

El quinto y sexto año a quienes sean valorados en el grado I de dependencia *moderada*, nivel 2.

El séptimo y octavo año a quienes sean valorados en el grado I de dependencia *moderada*, nivel 1.

El reconocimiento del derecho contenido en las resoluciones de las administraciones públicas competentes generará el derecho de acceso a los servicios y prestaciones correspondientes a partir del inicio de su año de implantación de acuerdo con el anterior calendario o desde el momento de su solicitud de reconocimiento por el interesado, si ésta es posterior a esa fecha (disposición final 1.ª.2 de la Ley 39/2006).

5.2.1. *Los Servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia*

Se entiende por servicios *asistenciales* los que ha de recibir la persona dependiente para su atención y cuidado personal en la realización de las actividades de la vida diaria y los que tienen como finalidad la promoción de su autonomía personal (art. 4.2 del RD 727/2007, de 9 de junio).

Los servicios sociales *de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia* serán los establecidos en el siguiente *catálogo de servicios* (art. 15.1 de la Ley 39/2006):

- Servicio de *prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal*.
- Servicio de *teleasistencia*.

- Servicio de *ayuda a domicilio*.
- Servicio de *centro de día y de noche*.
- Servicio de *atención residencial*.

Los servicios del *catálogo* tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la *red de Servicios Sociales* por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados (art. 14.2 de la Ley 39/2006); viniendo determinada la prioridad en el acceso a los servicios por el grado y nivel de dependencia y, a igual grado y nivel, por la capacidad económica del solicitante (art. 14.6 de la Ley 39/2006).

La intensidad de la protección de los servicios se determinará por el contenido prestacional de cada uno de los servicios asistenciales y por la extensión o duración del mismo según el grado y nivel de dependencia (art. 4.1 del RD 727/2007, de 9 de junio).

Cuando no sea posible la atención mediante alguno de estos servicios porque la red de servicios no esté totalmente implantada, en los Convenios entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas se incorporará la prestación económica *vinculada*, que irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el *programa individual de atención*, debiendo ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia (art. 14.3 y 6 de la Ley 39/2006).

A efectos del desarrollo de estos servicios, se considerarán *cuidados profesionales* los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro (art. 2.6 de la Ley 39/2006).

Finalmente, salvo el servicio de atención residencial permanente, que es incompatible con diferentes servicios, el régimen de incompatibilidades entre los servicios que componen el catálogo dependerá de lo dispuesto en la normativa de las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tuviera la competencia (art. 11 del RD 727/2007, de 9 de junio).

Los Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal

El Servicio de *prevención de las situaciones de dependencia* tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de

rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos²⁰ (art. 21 de la Ley 39/2006).

Así, las personas en situación de dependencia tendrán derecho a recibir servicios de prevención con el objeto de prevenir el agravamiento de su grado y nivel de dependencia, incluyendo esta atención en los programas de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de los centros de día y de atención residencial (art. 5.1 del RD 727/2007, de 9 de junio).

El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordará criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberían cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren las Comunidades Autónomas, con especial consideración de los riesgos y actuaciones para las personas mayores (art. 21 de la Ley 39/2006); debiendo aquellos planes determinar las intensidades de los servicios de prevención en su correspondiente ámbito territorial (art. 5.2 del RD 727/2007, de 9 de junio).

Por su parte, el servicio de «promoción de la autonomía personal» tiene por finalidad desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria (art. 6.1 del RD 727/2007, de 9 de junio); cuya intensidad se adecuará a las necesidades personales de promoción de la autonomía, a la infraestructura de los recursos existentes y a las normas que se establezcan por las correspondientes Comunidades Autónomas o Administraciones que, en su caso, tuvieran la competencia (art. 6.3 del RD 727/2007, de 9 de junio).

Se consideran servicios *de promoción para la autonomía personal* (art. 6.2 del RD 727/2007):

- Los servicios de asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y adaptaciones que contribuyan a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria.

²⁰ A GARCÍA RUBIO no le parece afortunada esta referencia porque no parece que todo proceso de hospitalización complejo esté relacionado necesariamente con las situaciones de dependencia a las que protege la Ley 39/2006, tanto por la entidad y pronóstico de la enfermedad, como porque, muchas veces, las limitaciones de la autonomía y los cuidados y atenciones que requiera la persona hospitalizada pueden tener mero carácter transitorio y no permanente («Servicios (I): Servicios de prevención de las situaciones de dependencia, Servicio de teleasistencia, y Servicio de ayuda de domicilio», en AA. VV. (COORD. REMEDIOS ROQUETA BUI) *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 300).

- Los servicios de habilitación.
- Los servicios de terapia ocupacional.
- Cualesquiera otros programas de intervención que se establecieran con tal finalidad.

El Servicio de teleasistencia

El servicio de *teleasistencia* tiene por objeto facilitar asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios, en respuesta inmediata ante situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento y con el fin de favorecer la permanencia de los usuarios en su medio habitual²¹ (arts. 22.1 de la Ley 39/2006 y 7.1 del RD 727/2007); pudiendo tener el carácter de servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio (art. 22.1 de la Ley 39/2006).

Serán beneficiarios de este servicio aquellas personas que no reciban servicios de atención residencial y así lo establezca su *programa individual de atención*, en las condiciones establecidas por cada Comunidad Autónoma o Administración que, en su caso, tuviera la competencia (arts. 22.2 de la Ley 39/2006 y 7.2 del RD 727/2007).

El Servicio de ayuda a domicilio

El servicio de *ayuda a domicilio* lo constituye el conjunto de las siguientes actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria e incrementar su autonomía posibilitando la permanencia en su domicilio el mayor tiempo posible, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función²² (arts. 23 de la Ley 39/2006 y 8.1 del RD 727/2007, de 9 de junio):

²¹ De nuevo, GARCÍA RUBIO recuerda que el Servicio de teleasistencia es una prestación que, en mayor o menor medida, ya ha venido contemplándose desde hace años a favor de las personas mayores y discapacitadas por prácticamente toda las normas autonómicas, unas veces como servicio autónomo, y otras, las más, como prestación incluida dentro del servicio de ayuda a domicilio, aun cuando a veces con previsiones o normas específicas («Servicios (I): Servicios de prevención... *cit.* pág. 307).

²² También las actividades que pudieran establecerse por las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tuviera competencia (art. 8.2 del RD 727/2007, de 9 de ju-

- 1) Servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros.
- 2) Servicios relacionados con la atención personal, en la realización de las actividades de la vida diaria.
- Para determinar la intensidad del servicio de ayuda a domicilio se tendrán en cuenta las siguientes reglas (art. 8.3 y 4 del RD 727/2007, de 9 de junio):
 - Se utilizará el término horas de atención, refiriéndose la hora, en este contexto, al módulo asistencial de carácter unitario, cuyo contenido prestacional se traduce en una intervención de atención personal al beneficiario.
 - La intensidad dependerá del programa individual de atención.
 - La intensidad se determinará en número de horas mensuales de servicios asistenciales, mediante intervalos según grado y nivel de dependencia (anexo II del RD 727/2007, de 9 de junio):

Grados y niveles	Horas de atención – Horas mensuales
Grado III. Gran Dependencia:	
Nivel 2	Entre 70 y 90
Nivel 1	Entre 55 y 70
Grado II. Dependencia severa:	
Nivel 2	Entre 40 y 55
Nivel 1	Entre 30 y 40

El Servicio de centro de día y de noche

El Servicio de *centro de día o de noche* supone la prestación de una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores; cubriendo, en particular y desde un enfoque biopsicosocial, las necesidades de asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación para la promoción de la autonomía, habilitación o atención asistencial y personal²³ (arts. 24.1 de la Ley 39/2006 y 9.1 del RD 727/2007).

nio). A este respecto, una vez más GARCÍA RUBIO llama la atención sobre el hecho de que esta modalidad de prestación también ha venido estando presente en la normativa como servicio, en algún caso unido a la concesión de una prestación económica («Servicios (I): Servicios de prevención... *cit.* págs. 321-322).

²³ También THIBAUTL recuerda que se trata de un servicio que no es nuevo, puesto que, en mayor o menor medida, se contempla desde hace años en favor de las personas mayores y

La intensidad de este servicio estará en función de los servicios del centro que precisa la persona con dependencia, de acuerdo con su programa individual de atención (art. 9.4 del RD 727/2007, de 9 de junio); y las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tuviera la competencia, determinarán los servicios y programas y otras actividades de los centros para cada grado y nivel de dependencia (art. 9.5 del RD 727/2007, de 9 de junio).

El transporte adaptado deberá garantizarse cuando por las condiciones de movilidad de la persona sea necesario para la asistencia al centro de día o de noche (art. 4.3 del RD 727/2007, de 9 de junio).

Podrán existir los siguientes centros (art. 24.2 de la Ley 39/2006):

- Centros *de día para menores de 65 años*.
- Centros *de día para mayores*.
- Centros *de día de atención especializada* por la especificidad de los cuidados que ofrecen.
- Centros *de noche*, que se adecuarán a las peculiaridades y edades de las personas en situación de dependencia, tienen por finalidad dar respuesta a las necesidades de la persona en situación de dependencia que precise atención durante la noche (art. 9.3 del RD 727/2007, de 9 de junio).

El Servicio de atención residencial

El objetivo del Servicio *de atención residencial* es ofrecer, desde un enfoque biopsicosocial, una atención integral y continuada de servicios de carácter personal, social y sanitario (art. 25.1 de la Ley 39/2006), a través de los centros residenciales habilitados al efecto por las Administraciones (centros propios o concertados), teniendo en cuenta la naturaleza de la dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona²⁴ (arts. 25.2 y 4 de la Ley 39/2006 y 10.1 del RD 727/2007, de 9 de

discapacitadas prácticamente en todas las Comunidades Autónomas («Servicios (II): Servicio de centro de día y de noche», en AA. VV. (coord. REMEDIOS ROQUETA BUI) *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de la dependencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 353).

²⁴ NORES destaca que el régimen de conciertos y la acreditación de centros cuentan hoy en día con una profusa regulación normativa de carácter autonómico, que incide, entre otras cosas, en los recursos materiales y humanos que deben concurrir en todos los centros, especificándose aspectos tales como los requisitos de carácter arquitectónico, las dimensiones,

junio); y, por ello, ajustará los servicios y programas de intervención a las necesidades de las personas en situación de dependencia atendidas y su intensidad estará en función de los servicios del centro que precise la persona con dependencia, de acuerdo con su programa individual de atención (art. 10.2 y 3 del RD 727/2007, de 9 de junio).

La prestación de este servicio puede ser de dos clases (arts. 25.3 de la Ley 39/2006 y 10.1 del RD 727/2007, de 9 de junio):

De *carácter permanente*, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona. Este servicio es incompatible con los servicios de teleasistencia y de ayuda a domicilio y con el centro de noche (art. 11 del RD 727/2007, de 9 de junio).

De *carácter temporal*, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o periodos de descanso de los cuidadores no profesionales.

Esta última modalidad estará en función de la disponibilidad de plazas del Sistema en cada Comunidad Autónoma y del número de personas atendidas mediante cuidados en el entorno familiar (art. 10.5 del RD 727/2007, de 9 de junio),

Por último, las Comunidades Autónomas o la Administración que, en su caso, tuviera la competencia determinarán los servicios y programas de los centros para cada grado y nivel de dependencia (art. 10.4 del RD 727/2007, de 9 de junio).

5.2.2. *Las prestaciones económicas*

Los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones económicas se establecerán por las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tuviera la competencia (art. 12 del RD 727/2007, de 9 de junio).

Las prestaciones económicas pueden ser las siguientes:

- Prestación económica *vinculada al servicio*.
- Prestación económica *para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales*.
- Prestación económica *de asistencia personal*.

las dependencias, el tipo y número de profesionales que deben estar presentes en los centros, etc. («Servicios (III): El Servicio de atención residencial», en AA. VV. (coord. REMEDIOS ROQUETA BUI) *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de la dependencia*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 394).

- Ayudas económicas *para facilitar la autonomía personal* (disposición adicional 3.ª de la Ley 39/2006).

La cuantía de las prestaciones económicas se establecerá anualmente por el Gobierno mediante real decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial, para los grados y niveles con derecho a prestaciones, actualizándose en función del incremento del índice de precios al consumo (art. 13.1 del RD 727/2007, de 9 de junio). Siempre teniendo en cuenta que la capacidad económica del beneficiario deberá tenerse en cuenta para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas (art. 33.2 de la Ley 39/2006); y dicha capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en atención a la renta y el patrimonio del solicitante (arts. 14.7 y 20 de la Ley 39/2006 y 12 del RD 727/2007, de 9 de junio).

Por último, el importe de las prestaciones a reconocer a cada beneficiario se determinará aplicando a la cuantía vigente para cada año un coeficiente reductor según su capacidad económica, de acuerdo con lo establecido por la Comunidad Autónoma o Administración que, en su caso, tuviese la competencia y teniendo en consideración lo que se acuerde en el Consejo Territorial (art. 13.2 del RD 727/2007, de 9 de junio).

La prestación económica vinculada al servicio

La prestación económica *vinculada al servicio* tendrá carácter personal y periódico y se reconocerá, en los términos que se establezca, únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario, de acuerdo con lo previsto en el convenio celebrado entre la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 17.1 y 2 de la Ley 39/2006).

Para el año 2007 la cuantía máxima de esta prestación se estableció en los siguientes términos ²⁵:

Grados y niveles	Euros mensuales
- Grado III. Nivel 2	780
- Grado III. Nivel 1	585

²⁵ Art. 13.1 y anexo II del RD 727/2007.

La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales

El reconocimiento de la prestación económica *para cuidados en el entorno familiar y apoyo a los cuidadores no profesionales* significará que el beneficiario pueda, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su «programa individual de atención» (arts. 14.4 y 18.1 de la Ley 39/2006).

Durante el año 2007 la cuantía máxima de esta prestación se estableció de la siguiente forma²⁶:

Grados y niveles	Euros mensuales
- Grado III. Nivel 2	487
- Grado III. Nivel 1	390

Se entenderá por *cuidados no profesionales* la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada (art. 2.5 de la Ley 39/2006); y el cuidador no profesional deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social determinadas reglamentariamente (art. 18.3 de la Ley 39/2006).

A estos efectos, pueden asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado de parentesco (art. 1.1 del RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia); si bien, cuando la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, la Administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año (art. 1.2 del RD 615/2007, de 11 de mayo).

²⁶ Art. 13.1 y anexo II del RD 727/2007.

Estos cuidadores quedarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y en situación de asimilada al alta, a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza (art. 3 del RD 615/2007, de 11 de mayo), mediante la suscripción de un convenio especial que cumplirá las siguientes características (arts. 2 del RD 615/2007, de 11 de mayo, y 28.1 de la Orden TAS/2.865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social, introducido por la Orden TAS/2.632/2007, de 13 de septiembre):

- El convenio especial surtirá efectos desde el mismo día que la prestación económica para cuidados familiares concedida a la persona en situación de dependencia, de acuerdo con la resolución que la haya reconocido, siempre que el cuidador reúna las condiciones exigidas.
- La suscripción del convenio especial no precisará de la acreditación de periodo de cotización previo.
- Se considerará que los cuidados no profesionales alcanzan la dedicación completa cuando se presten durante 40 horas semanales.
- Cuando como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales el cuidador hubiera de reducir su jornada de trabajo y la correspondiente retribución, en los términos previstos en la legislación laboral o de función pública que sea de aplicación, el convenio especial se aplicará en orden al mantenimiento de la base de cotización.
- Si el cuidador no profesional, con anterioridad a la prestación de los correspondientes cuidados en beneficio de la persona dependiente, hubiese suscrito un convenio especial con la Seguridad Social, se producirá la extinción de dicho convenio y la suscripción del nuevo convenio especial, sin perjuicio del mantenimiento de la base de cotización.
- Para llevar a cabo la suscripción del convenio especial y la acreditación de la realización de los cuidados no profesionales deberá aportarse copia de la resolución por la que se haya concedido la prestación económica a la persona atendida y la documentación acreditativa del parentesco con aquélla o de las especiales circunstancias que motivan su consideración como cuidador.
- En el supuesto de suscripción del convenio especial por parte de trabajadores perceptores del subsidio por desempleo con derecho a cotización por la contingencia de jubilación, la cuota del convenio se reducirá en la parte que corresponda a dicha contingencia.

Por el contrario, no deberá suscribirse convenio especial en los supuestos siguientes (arts. 2.2 y 3 del RD 615/2007, de 11 de mayo, y 28.2 de la Orden TAS/2.865/2003, de 13 de octubre, introducido por la Orden TAS/2.632/2007, de 13 de septiembre):

- Cuando el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad Social.
- Cuando el cuidador se encuentre percibiendo la prestación de desempleo, o cuando tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o, de tratarse de pensionista de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años.
- Cuando se trate de períodos en que el cuidador no profesional esté disfrutando de los periodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares, que tengan la consideración de periodos de cotización efectiva.
- Durante los períodos de reducción de jornada de trabajo en los que las cotizaciones se computen incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si la jornada se hubiera mantenido sin dicha reducción.
- El convenio especial se extinguirá por las causas señaladas en el art. 10.2 de la Orden TAS/2.865/2003, a excepción de las recogidas en sus párrafos c) y e), así como por las siguientes:
 - o Por adquirir el cuidador la condición de titular de una pensión de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años.
 - o Por fallecimiento de la persona en situación de dependencia o extinción de la prestación económica para cuidados familiares por ella percibida.
 - o Cuando el cuidador deje de prestar sus servicios como tal o, en general, de reunir las condiciones y requisitos establecidos.

La cotización por estos cuidadores se llevará a cabo conforme a las siguientes reglas²⁷:

- La Administración General del Estado asumirá las cotizaciones correspondientes a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales (art. 2.4 del RD 614/2007, de 11 de mayo) mediante convenio con la Tesorería General de la Seguridad Social.

²⁷ BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social II... cit.*, págs. 559-561.

- La base mensual de cotización en el convenio especial será el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el Régimen General de la Seguridad Social.
- En los casos en que los cuidados a la persona en situación de dependencia no alcancen la dedicación completa, la base de cotización indicada se reducirá proporcionalmente, sin que la base de cotización pueda ser inferior al 50 por ciento del tope mínimo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Cuando la persona que desempeñe las funciones de cuidador no profesional haya interrumpido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, por la que hubiera estado incluido en el sistema de la Seguridad Social, a fin de dedicarse a la atención de la persona dependiente, podrá mantener la base de cotización del último ejercicio en dicha actividad, siempre que resulte superior al tope mínimo del Régimen General de la Seguridad Social, siendo a su cargo directo el coste del incremento de cotización sobre la cuantía resultante; y en los casos de reducción de jornada de trabajo, la suma de la base de cotización del cuidador no profesional, en función de la actividad laboral realizada, y la prevista en este apartado, no podrá ser superior a la base por la que se venía cotizando antes de reducir la jornada y la correspondiente retribución, como consecuencia de la atención al familiar en situación de dependencia, y de superarse dicho límite se procederá a reducir la base de cotización aplicable en el convenio especial.

Los efectos de la opción coincidirán con los del convenio especial, si se presentar la solicitud dentro de los 90 días naturales siguientes al de la baja en el régimen que corresponda por la actividad o convenio anterior o al de la reducción de la jornada; y si la opción se formulase fuera del plazo antes indicado, surtirá efectos desde el día de presentación de la solicitud.

En estos supuestos, el derecho a cotizar por parte del cuidador se extinguirá por las siguientes causas:

- Por renuncia al abono de la parte de cuota a su cargo, comunicada a la Tesorería General de la Seguridad Social; y los efectos de la renuncia tendrán lugar a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación.
- Por falta de abono de tres mensualidades consecutivas o cinco alternativas de la parte de cuota a su cargo, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada.
- Si la suscripción del convenio especial hubiese supuesto la extinción de otro convenio anterior, el interesado podrá mantener la base

por la que venía cotizando, siendo a su cargo directo el coste del incremento de cotización sobre la cuantía resultante.

- A la base de cotización resultante se aplicará el tipo de cotización vigente en cada momento; y el importe resultante se reducirá mediante la aplicación del coeficiente que determine el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte ²⁸.
- También se cotizará por formación profesional en una cuantía equivalente al 0,2 por ciento aplicable a la base de cotización.

Las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica se establecerán previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (art. 18.2 de la Ley 39/2006); quien, además, promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso (art. 18.4 de la Ley 39/2006).

5.2.3. *La prestación económica de asistencia personal*

Las personas en situación de gran dependencia podrán recibir la prestación económica *de asistencia personal* (arts. 14.5 y 19 de la Ley 39/2006), cuyo objeto es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria (art. 19 de la Ley 39/2006).

Como *asistencia personal* debe entenderse el servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal (art. 2.7 de la Ley 39/2006).

Por acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación (art. 19 de la Ley 39/2006).

Durante el año 2007 la cuantía máxima de esta prestación es la siguiente ²⁹:

²⁸ Para el año 2007 el coeficiente reductor de la cotización de los cuidadores no profesionales se estableció en el 0,77 (disposición adicional 2.ª del RD 615/2007, de 11 de mayo).

²⁹ Art. 13.1 y anexo II del RD 727/2007.

Grados y niveles	Euros mensuales
- Grado III. Nivel 2	780
- Grado III. Nivel 1	585

5.2.4. *La ayuda económica para facilitar la autonomía personal*

La Administración General del Estado y las administraciones de las Comunidades Autónomas podrán, de conformidad con sus disponibilidades presupuestarias, establecer acuerdos específicos para la concesión de ayudas económicas con el fin de facilitar la autonomía personal (disposición adicional 3.ª de la Ley 39/2006); que tendrán la condición de subvención e irán destinadas (disposición adicional 3.ª de la Ley 39/2006):

- A apoyar a la persona con ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria.
- A facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda.

5.3. **El reconocimiento del derecho a las prestaciones**

El reconocimiento del derecho a las prestaciones establecidas en la Ley 39/2006 se llevará a cabo mediante un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas (art. 28):

- Se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación.
- Su tramitación deberá ajustarse a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las particularidades establecidas en la Ley 39/2006.
- El reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante; que tendrá validez en todo el territorio del Estado y determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado y nivel de dependencia.
- Los criterios básicos del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y las características comunes del órgano y profesionales que procedan al reconocimiento serán acorda-

dos por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

- Los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas previstas en la presente Ley, se efectuarán directamente por las Administraciones Públicas no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas³⁰.
- Dentro de este procedimiento los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un programa individual de atención, en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente (art. 29.1 de la Ley 39/2006); y que podrá ser revisado por las siguientes causas (art. 29.2 de la Ley 39/2006):
 - o A instancia del interesado y de sus representantes legales.
 - o De oficio, en la forma que determine y con la periodicidad que prevea la normativa de las Comunidades Autónomas.
 - o Cambio de residencia a otra Comunidad Autónoma.
- Las prestaciones podrán ser modificadas o extinguidas en función de la situación personal del beneficiario, cuando se produzca una variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por incumplimiento de las obligaciones reguladas en la Ley 39/2006.

Las solicitudes electrónicas, cuya elaboración y transmisión se llevarán a cabo por medios electrónicos, sin perjuicio de su posible impresión en soporte papel en los casos en que se considere necesario, tendrán el contenido previsto en el anexo de la Orden TAS/1.495/2007, de 25 de mayo, en relación, exclusivamente, a los procedimientos administrativos cuya resolución corresponda a la Administración General del Estado (art. 6 de la Orden TAS/1.495/2007, de 25 de mayo).

El procedimiento específico para la aplicación en las ciudades de Ceuta y Melilla ha sido regulado por la Resolución de 16 de julio de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

³⁰ La prohibición de delegación, contratación o concierto con entidades privadas quedó en suspenso durante un período máximo de 6 meses desde la fecha de inicio para la presentación de solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia (disposición transitoria 2.ª de la Ley 39/2006).

5.4. Régimen de incompatibilidades

El derecho a las prestaciones económicas previstas de la Ley 39/2006 tiene las siguientes incompatibilidades (arts. 31 de la Ley 39/2006 y 14 del RD 727/2007):

- De forma genérica, se establece la deducción de su cuantía de cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social.
- De forma específica, se deducirán el complemento de la prestación por gran invalidez (art. 139.4 de la LGSS), el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75 por 100 (art. 182 bis.2 c) de la LGSS), el de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva (art. 145.6 de la LGSS), y el subsidio de ayuda a tercera persona destinado a los minusválidos (art. 12.2 c) de la LISMI).

6. GARANTÍAS DEL SISTEMA: INFRACCIONES Y SANCIONES

Las Administraciones Públicas competentes deberán garantizar el correcto uso y aplicación del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y, para ello, deberán llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- Velar por la correcta aplicación de los fondos públicos destinados al Sistema para la autonomía y atención a la dependencia, evitando la obtención o disfrute fraudulento de sus prestaciones y de otros beneficios o ayudas económicas que puedan recibir los sujetos que participen en el Sistema o sean beneficiarios del mismo (art. 39 de la Ley 39/2006).
De forma específica se establece su obligación de supervisar, el destino y utilización de las prestaciones «vinculadas al servicio» al cumplimiento de la finalidad para la que fueron concedidas (art. 17.3 de la Ley 39/2006).
- Establecer medidas de control destinadas a detectar y perseguir situaciones fraudulentas (art. 39 de la Ley 39/2006).
- Ejercer las potestades sancionadoras sobre las personas que cometan infracciones, haciendo uso, en su caso, de fórmulas de cooperación interactiva (art. 39 de la Ley 39/2006).

6.1. Infracciones

6.1.1. *Responsables*

El art. 42.1 de la Ley 39/2006 establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos.

Se consideran autores de las infracciones quienes realicen los hechos por sí mismos, conjuntamente o a través de persona interpuesta y quienes cooperen en su ejecución mediante una acción u omisión sin la cual la infracción no hubiese podido llevarse a cabo (art. 42.2 y 3 de la Ley 39/2006).

6.1.2. *Infracciones*

Se consideran infracciones al contenido de la Ley 39/2006 (art. 43):

- Dificultar o impedir el ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos.
- Obstruir la acción de los servicios de inspección.
- Negar el suministro de información o proporcionar datos falsos.
- Aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan, y recibir ayudas, en especie o económicas, incompatibles con las prestaciones.
- Incumplir las normas relativas a la autorización de apertura y funcionamiento y de acreditación de centros de servicios de atención a personas en situación de dependencia.
- Tratar discriminatoriamente a las personas en situación de dependencia.
- Conculcar la dignidad de las personas en situación de dependencia.
- Generar daños o situaciones de riesgo para la integridad física o psíquica.
- Incumplir los requerimientos específicos que formulen las Administraciones Públicas competentes.

Todas estas infracciones se calificarán, de acuerdo con criterios de riesgo para la salud, gravedad de la alteración social producida por los hechos, cuantía del beneficio obtenido, intencionalidad, número de afectados y reincidencia, de la siguiente manera (art. 44.1 de la Ley 39/2006):

- Infracciones leves: infracciones que se hubieran cometido por imprudencia o simple negligencia, y no comporten un perjuicio directo para las personas en situación de dependencia (art. 44.2 de la Ley 39/2006).

- **Infracciones graves:** infracciones que comporten un perjuicio para las personas, se hayan cometido con dolo o negligencia grave, o comporten cualquiera de las siguientes circunstancias (art. 44.3 de la Ley 39/2006):
 - Reincidencia de falta leve.
 - Negativa absoluta a facilitar información o a prestar colaboración a los servicios de inspección, así como el falseamiento de la información proporcionada a la Administración.
 - Coacciones, amenazas, represalias o cualquier otra forma de presión ejercitada sobre las personas en situación de dependencia o sus familias.
- **Infracciones muy graves:** infracciones definidas como graves siempre que atenten gravemente contra los derechos fundamentales de la persona, generen un grave perjuicio para las personas en situación de dependencia o para la Administración, o supongan reincidencia de falta grave (art. 44.4 de la Ley 39/2006).

A efectos de la calificación de la infracción existirá reincidencia cuando, al cometer la infracción, el sujeto hubiera sido ya sancionado por esa misma falta, o por otra de gravedad igual o mayor o por dos o más infracciones de gravedad inferior, durante los dos últimos años (art. 44.5 de la Ley 39/2006).

Las infracciones prescribirán (art. 46.1 de la Ley 39/2006), a partir del día en que se hubiera cometido la infracción (art. 46.2 de la Ley 39/2006): al año, las leves; a los 3 años, las graves; y a los 4 años, las muy graves.

6.2. Sanciones

El art. 45.1 de la Ley 39/2006 establece las siguientes sanciones para las personas que cometan las infracciones arriba enumeradas, que en todo caso implicarán el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas:

- Pérdida de las prestaciones y subvenciones para las personas beneficiarias.
- Multa para los cuidadores no profesionales.
- Multa y, en su caso, pérdida de subvenciones, cese temporal de la actividad o cierre del establecimiento, local o empresa para las empresas proveedoras de servicios, que se graduará entre 1 y 6 meses según la gravedad de la infracción (art. 45.4 de la Ley 39/2006); y en los casos de especial gravedad, reincidencia de la infracción o trascendencia notoria y grave, las infracciones muy graves se sancionarán con la suspensión temporal de la actividad por un máxi-

mo de 5 años o, en su caso, con el cierre de la empresa o la clausura del servicio o establecimiento (art. 45.5 de la Ley 39/2006).

Las sanciones se graduarán de forma proporcional a la infracción cometida y ponderándose los siguientes criterios (art. 45.2 de la Ley 39/2006): gravedad de la infracción, gravedad de la alteración social y perjuicios causados, riesgo para la salud, número de afectados, beneficio obtenido, y grado de intencionalidad y reiteración.

Las multas serán las siguientes (art. 45.3 de la Ley 39/2006):

- Como consecuencia de infracción leve: multa de hasta 300 euros a los cuidadores y hasta 30.000 euros a los proveedores de servicios.
- Como consecuencia de infracción grave: multa de 300 a 3.000 euros a los cuidadores; y de 30.001 a 90.000 euros a los proveedores de servicios.
- Como consecuencia de infracción muy grave: multa de 3.001 a 6.000 euros a los cuidadores; y de 90.001 hasta un máximo de 1.000.000 euros a los proveedores de servicios.

Las sanciones prescribirán (art. 46.3 de la Ley 39/2006): las impuestas por faltas muy graves, a los 5 años; por faltas graves, a los 4 años; y por faltas leves, al año.



TRES MODELOS DISTINTOS DE FORMALIZACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS, AL HILO DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE ESTATUTO ESPAÑOL

ALBERTO ARUFE VARELA

*Catedrático de Escuela Universitaria
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de A Coruña*

EXTRACTO

Palabras Clave: Empleados públicos, Derecho comparado

No sorprendentemente, la exposición de motivos de la reciente Ley 7/2007, de 12 abril, aprobando el Estatuto Básico del Empleado Público, contiene varias referencias al Derecho comparado, puesto que esta Ley 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 primero está claramente, aunque no expresamente, marcado por el modelo alemán, caracterizado por una profunda separación entre los funcionarios y los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas, desde los puntos de vista formal, material y procesal.

El otro punto extremo está representado por el modelo italiano, puesto en práctica en los noventa por la llamada reforma Bassanini, que operó una privatización drástica del empleo público, incluidos —a pesar del Convenio de la OIT núm. 81 de 1947— los Inspectores de Trabajo.

ABSTRACT

Key Words: Public employees, Comparative Law

Not surprisingly, the declaration of policies of the recent Act 7/2007, of April 12th, enacting the Basic Statute of Public Employee, contains several references to Comparative Law, since this Act pretends to implement a model of structuration of the basic legal regime covering public employees, on the basis on an equivalent position between two extreme points.

The first one is clearly, but not expressly, marked by the German model, characterized by a deep separation between officials and laborers employed by public Administrations, from formal, material and procedural viewpoints.

The other extreme point is represented by the Italian model, implemented in the nineties by the so-called Bassanini reform, which operated a drastic privatization of the public employment, including —despite the ILO Convention num. 81 of 1947— the Labour Inspectors.

ÍNDICE

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO CONTENIDAS EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO
2. EL MODELO DUALISTA ALEMÁN DE FORMALIZACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
3. EL MODELO MONISTA ITALIANO DE FORMALIZACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO CONTENIDAS EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

1. Evidentemente, el conocimiento del Derecho comparado es un factor que potencia por sí solo el verdadero progreso jurídico, bastando indicar para probarlo que nuestro Código Civil afirma —aunque frecuentemente se olvide, también por el legislador, quizá porque aparece afirmado en un lugar arrinconado y excéntrico de su contenido— que «en vista de estos datos [referidos a las «Memorias» a elaborar anualmente por los Presidentes del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales, más los contenidos en la «Estadística civil del mismo año»], de *los progresos, realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro*, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir»¹. En nuestros más recientes instrumentos normativos laborales —aunque asimismo en lugares excéntricos de los mismos—, el asunto parece haber cogido nuevos bríos, brillando con luz propia —por su carácter especialmente enfático— ciertas afirmaciones contenidas en el larguísimo «Preámbulo» del Estatuto del Trabajador Autónomo del año pasado (clamorosamente precisado, por lo demás, de algún pulido formal)², a cuyo tenor —refiriéndose a lo que denomina «el *derecho comparado* de los países de nuestro entorno»— resulta que el Estatuto en cuestión es el «primer ejemplo de regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo en la Unión Europea, lo que sin duda constituye

¹ Disposición Adicional 3.ª. Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, *Estudio comparado 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), pág. 15, y bibliografía aquí citada.

² El párrafo sexto de su apartado I habla todavía, por ejemplo, del «presente Proyecto de Ley».

un hito en nuestro ordenamiento jurídico»³. Pues bien, a esta misma línea se adscribe —aunque sin tanto énfasis— la «Exposición de Motivos» de la Ley 7/2007, de 7 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en la que se contienen hasta seis referencias explícitas sobre «Derecho comparado», que considero prudente agrupar en dos apartados distintos.

2. El primero comprende una sola alusión, que se realiza al Derecho de la Unión Europea contemplado desde una perspectiva *ad intra*⁴. Se refiere, en consecuencia, al Derecho de la Unión Europea en cuanto que empleador o empresario, para poner de relieve que el Estatuto Básico español se encuentra, literalmente, «en línea con las reformas que se vienen emprendiendo últimamente... en la propia Administración comunitaria»⁵. Sobre el tema, me limitaré a apuntar que la «línea» en cuestión conduce directamente a la Europa del siglo XIX (y por tanto, a la rancia Inglaterra victoriana, a la liberal España isabelina, a la férrea Alemania bismarckiana, etc.). Y ello, porque la norma comunitaria reguladora del régimen de derechos y deberes del personal funcionario y laboral al servicio de las diversas Administraciones públicas de la Unión Europea —que formalmente es una sola norma⁶, aunque materialmente hablando sean dos normas distintas—, en la parte de la misma específicamente relativa al personal laboral⁷: 1) en el plano del Derecho individual, no contiene ni una sola referencia expresa a la prohibición de discriminación⁸ (ni siquiera al supuesto «techo de cristal», según la terminología paritarista hoy en boga, representado por la *passim* prohibidísima discriminación por razón de sexo)⁹; 2) de nuevo en el plano del Derecho individual más sensible para el trabajador, otorga a la Unión Europea —siempre en cuanto que empleador o empresario— el derecho de

³ *Ibidem*.

⁴ Al Derecho de la Unión Europea en su vertiente *ad extra*, o más tópica, también se refiere la «Exposición de Motivos» de la Ley 7/2007, en su párrafo vigésimo, inciso («en aplicación del *Derecho comunitario*»).

⁵ «Exposición de Motivos», párrafo tercero.

⁶ Más en concreto, el Reglamento (CEE, EURATOM, CE CA) núm. 259/68 del Consejo, de 29 febrero 1968.

⁷ Más en concreto, su Anexo sobre «Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades».

⁸ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 207-208.

⁹ Acerca del citado «techo de cristal», véase la «Exposición de Motivos» de la Ley del Parlamento de Galicia núm. 2/2007, de 28 marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia (núms. 4, párrafo cuarto, y 6).

despido libre de su personal laboral (eso sí, con preaviso)¹⁰; y 3) en el plano del Derecho colectivo, no reconoce la posibilidad de ejercicio del derecho de huelga al personal a su servicio (silencio sobre el que existe una tímida y muy tibia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, aunque referida sólo al personal funcionario, al que por supuesto no se aplica la regla citada de despido libre)¹¹.

3. En cuanto al segundo grupo, lo integran las cinco referencias restantes, literalmente relativas a lo siguiente: «el Estatuto Básico es un paso importante y necesario..., en línea con las reformas que se vienen emprendiendo últimamente en *los demás países de la Unión Europea*»¹²; «las Administraciones y entidades públicas de todo tipo deben contar con los factores organizativos que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que se va consolidando en *el espacio europeo*»¹³; «esta dualidad de regímenes [funcionarial y laboral], presente también con unas u otras peculiaridades en *la mayoría de los Estados europeos*, suscita no obstante algunos problemas jurídicos y de gestión de personal, que no pueden dejar de contemplarse y regularse»¹⁴; «aunque por fortuna, no han faltado en nuestras Administraciones funcionarios y otros servidores públicos dotados de capacidad y formación directiva, conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal, como ya sucede en *la mayoría de los países vecinos*»¹⁵; y «en particular se hace hincapié en las garantías de imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección, para asegurar su independencia en el ejercicio de las potestades que les corresponden y de ahí que, como es regla en *otros ordenamientos*, se establezcan determinados límites a su composición»¹⁶. De estas cinco referencias, quizá la de más enjundia jurídica —y con seguridad la más inquietante, especialmente para quienes somos funcionarios— sea la que menciona la «dualidad de regímenes», que el Estatuto pretende querer superar no sólo formalmente —evidentemente, se trata de una sola norma, aplicable al personal laboral y no laboral al servicio de la Administración—, sino también desde un punto de vista material, resultando especialmente pertur-

¹⁰ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., págs. 156 y ss., y 197 y ss.

¹¹ *Ibidem*, pág. 146.

¹² «Exposición de Motivos», párrafo tercero.

¹³ *Ibidem*, párrafo cuarto, inciso primero.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo undécimo, inciso primero.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo décimosexto, inciso tercero.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo vigésimo, inciso tercero.



badora la afirmación contenida asimismo en su «Exposición de Motivos», acerca de que «un porcentaje significativo de los empleados públicos tienen [sic] la condición de personal laboral»¹⁷, y de que «la flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración»¹⁸. Que no sea meramente teórica la posibilidad —inquietante para los funcionarios, repito— de seguir avanzando en la senda unificadora, hasta llegar a consumir una verdadera unificación integral de regímenes (esto es, en los planos formal, material e, incluso, procesal), lo acredita el actual «modelo monista» italiano de formalización del estatuto de los empleados públicos, respecto del que el actual modelo español —precipitado en la Ley 7/2007— viene a ocupar una posición equidistante, si es que se toma como segundo punto de referencia para contextualizar las comparaciones a realizar, el actual «modelo dualista» alemán de formalización del estatuto de los empleados públicos.

2. EL MODELO DUALISTA ALEMÁN DE FORMALIZACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

4. Aunque en Alemania cabe hablar de «empleo en el servicio público [*Beschäftigung im öffentlichen Dienst*]»¹⁹, la expresión «empleado público» carece de verdadero sentido jurídico, por la sencilla razón de que los dos grandes tipos de «empleados públicos» existentes en Alemania poseen estatutos jurídicos formalmente, materialmente y procesalmente distintos. En efecto, de un lado, los funcionarios públicos alemanes cuentan con su propio estatuto básico, formalmente contenido en la «Ley Marco para la Unificación del Derecho de Funcionarios (Ley Marco del Derecho de Funcionarios) [*Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz)*]», o en abreviatura, BRRG, de 1 julio 1957²⁰, en la

¹⁷ Párrafo décimo, inciso segundo.

¹⁸ *Ibidem*, inciso tercero.

¹⁹ De extrema utilidad, véase «Der öffentliche Dienst in Deutschland», localizable en el sitio oficial en Internet del Ministerio federal alemán del Interior, ubicado en www.bmi.bund.de. Además, desde la perspectiva del Derecho Administrativo funcional, véanse H.J. WOLFF, O. BACHOF y R. STÖBER, *Verwaltungsrecht II*, 5.ª ed., C.H. Beck (Múnich, 1987), págs. 455 y ss.; y P. BADURA, R. BREUER, K.H. FRIAU, W. KREBS, P. KUNIG, F. RULAND, S. SALZWEDEL y E. SCHMIDT-ABMANN, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., Walter de Gruyter (Berlín, 1992), pág. 222.

²⁰ Accesible pública y gratuitamente, y en «versión consolidada», a través de www.bundesrecht.juris.de.

que se afirma que «el funcionario está, respecto de su jefe de servicio, en una relación de confianza y de servicio de Derecho público (relación funcional) [(*Beamtenverhältnis*)]»²¹, y en cuyo Capítulo I se especifican —entre otras muchas cosas— los «deberes del funcionario [*Pflichten des Beamten*]» y los «derechos del funcionario [*Rechte des Beamten*]». Y de otro lado, el personal laboral al servicio de las diversas Administraciones públicas alemanas —en la proporción de un laboral por cada dos funcionarios al servicio de la Federación y de los dieciséis Estados federados, si es que entre los funcionarios federales se incluyen las damas y caballeros soldados (*Soldatinnen y Soldaten*)—, respecto del que puede considerarse estatuto de sus derechos y deberes más básicos el «Código Civil [*Bürgerliches Gesetzbuch*]», o BGB, de 1896, párrafos 611 a 630, relativos al «contrato de arrendamiento de servicios [*Dienstvertrag*]»²². Se trata de un dualismo formal y material, pero también procesal, que reflejan —como es lógico— las leyes jurisdiccionales alemanas. Al respecto, baste indicar que la Ley reguladora de la jurisdicción laboral alemana²³ afirma enfáticamente —supuesto que la regla general es que los tribunales laborales alemanes sólo conocen de «pleitos jurídico-civiles entre trabajadores y empresarios [*bürgerliche Rechtsstreitigkeiten*]»²⁴— que «los funcionarios en cuanto tales no son trabajadores»²⁵; y ello, en congruencia con lo que dispone la antes citada Ley Marco del Derecho de Funcionarios, a cuyo tenor «en todas las acciones judiciales de los funcionarios, funcionarios retirados, antiguos funcionarios y sus causahabientes, derivadas de la relación funcional, se da el contencioso-administrativo [*Verwaltungsrechtsweg*]»²⁶.

5. Este dualismo de estatutos básicos se mantiene, como es lógico, también en materia de derechos de seguridad social del personal funcionario y

²¹ Párrafo 2, apartado 1.

²² Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 15 y ss. (para el estudio comparado) y 107 y ss. (para la traducción castellana).

²³ Se trata de la «Ley del Tribunal de Trabajo [*Arbeitsgerichtsgesetz*]», o ArbGG, de 3 septiembre 1953. Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 87 y ss. (para el estudio comparado) y 242 y ss. (para la traducción castellana).

²⁴ Párrafo 2, apartado 1, núm. 3. Sobre este precepto fundamental, véase P. BADER, M. CREUTZFELDT y H.-W. FRIEDRICH, *ArbGG. Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz*, 4.ª ed., Luchterhand (Múnich, 2006), págs. 79 y ss.

²⁵ Párrafo 5 (rotulado «Concepto de trabajador [*Begriff des Arbeitnehmers*]»), apartado 2.

²⁶ Párrafo 126, apartado 1.

del personal laboral al servicio de las diversas Administraciones públicas alemanas. En efecto, el estatuto básico de seguridad social de dicho personal laboral —al igual que el del personal laboral al servicio de las empresas privadas— aparece contenido en el «Código de Seguridad Social [*Sozialgesetzbuch*]», o SGB²⁷, cuyos «cinco pilares» —esto es, desempleo, enfermedad común, pensiones, accidente de trabajo y dependencia²⁸— excluyen, de un lado, el encuadramiento obligatorio de funcionarias y funcionarios, limitándose a afirmar a lo sumo —con unas u otras palabras, por ejemplo, las del seguro obligatorio de pensiones— que «asegurados voluntarios» son, entre otros varios, «los funcionarios»²⁹; y de otro lado, se mencionan en la Ley reguladora de la jurisdicción alemana de seguridad social, afirmando la competencia de los tribunales de seguridad social para conocer de los litigios relativos a los mismos (expresamente calificados como «litigios jurídico-públicos [*öffentlich-rechtliche Streitigkeiten*]») ³⁰. En cambio, el estatuto básico de seguridad social del personal funcionario lo contiene la «Ley sobre la Previsión Social de los Funcionarios y Jueces de la Federación y de los Estados Federados (Ley de Previsión Social de Funcionarios) [*Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter in Bund und Ländern (Beamtenversorgungsgesetz)*]»³¹, o en abreviatura, BeamtVG, de 24 agosto 1976, debiendo tenerse en cuenta —ahora por aplicación de la antes citada Ley Marco del Derecho de Funcionarios— que el contencioso relativo a la misma no es contencioso de seguridad social, sino puro contencioso-administrativo³².

6. En fin, en cuestiones de Derecho colectivo del Trabajo, también cabe hablar de dualismo de estatutos básicos, aunque aquí estos estatutos sean en parte «Derecho legal [*Gesetzesrecht*]», en parte «Derecho judicial

²⁷ Accesible pública y gratuitamente, y en «versión consolidada», a través de www.bundesrecht.juris.de.

²⁸ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 89.

²⁹ Cfr. parágrafo 5, apartado 1, núm. 1, del Libro Sexto del Código de Seguridad Social.

³⁰ Cfr. la «Ley del Tribunal de Seguridad Social [*Sozialgerichtsgesetz*]», o SGG, de 3 septiembre 1953, parágrafo 51, apartado 1. Sobre este precepto fundamental, indicando —con razón— que «en cualquier conflicto que se plantee relativo al contencioso de los tribunales de la jurisdicción de Seguridad Social, rige el §51 SGG», véase P. KUMMER, *Das sozialgerichtliche Verfahren*, 2.ª ed., Luchterhand (Múnich, 2004), pág. 21.

³¹ Accesible pública y gratuitamente, y en «versión consolidada», a través de www.bundesrecht.juris.de.

³² Cfr. el precepto citado *supra*, núm. 4, nota 26.

[*Richterrecht*]). En efecto, de un lado, es «Derecho judicial» que los sindicatos representantes del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas alemanas sí son titulares del derecho de huelga, mientras que los sindicatos alemanes de funcionarios carecen de este derecho³³; y de otro lado, «Derecho legal», que los sindicatos de los trabajadores son titulares del derecho de negociación colectiva (regulado en la «Ley del Convenio Colectivo [*Tarifvertragsgesetz*]», o TVG, de 9 abril 1949)³⁴, mientras que —respecto de los sindicatos de funcionarios— la citada Ley Marco del Derecho de Funcionarios afirma que «las garantías y los acuerdos y similares que puedan proporcionar a los funcionarios una retribución superior a la admisible según el Derecho de Retribuciones, o una previsión social que vaya más allá de esta Ley, son ineficaces [*unwirksam*]»³⁵, y también, que «lo mismo rige para los contratos de seguro que se concluyan con este objetivo»³⁶. Incluso en materia de representación unitaria —donde el estatuto básico es formalmente único, al estar contenido en la «Ley de Representación del Personal de la Federación [*Bundespersonalvertretungsgesetz*]», o BPersVG, de 15 marzo 1974³⁷—, funcionarios y laborales se mantienen separados en un mismo «comité de personal [*Personalrat*]» —equivalente del «comité de empresa [*Betriebsrat*]» del sector privado—, aunque con una trascendente *vis* atractiva funcional, puesto que de los pleitos suscitados por la interpretación y aplicación del estatuto básico de la representación unitaria de funcionarios y laborales conocen, única y exclusivamente, los tribunales alemanes de lo contencioso-administrativo³⁸.

3. EL MODELO MONISTA ITALIANO DE FORMALIZACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

7. Como se sabe, en la década de los años noventa del siglo pasado se produjo en Italia —en un contexto, todo hay que decirlo, de corrupción po-

³³ Al respecto, por todos, véase W. DÄUBLER, *Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*, 6.ª ed., Bund-Verlag (Frankfurt am Main, 2006), págs. 61 y ss.

³⁴ Accesible pública y gratuitamente, y en «versión consolidada», a través de www.bundesrecht.juris.de. Sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 79 y ss. (para el estudio comparado) y 234 y ss. (para la traducción castellana).

³⁵ Parágrafo 50, apartado 2, inciso primero.

³⁶ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁷ Accesible pública y gratuitamente, y en «versión consolidada», a través de www.bundesrecht.juris.de.

³⁸ Según su parágrafo 83 (bajo el rótulo «Decisiones judiciales [*Gerichtliche Entscheidungen*]»), la regla general es que «deciden los tribunales de lo contencioso-administrativo

lítica generalizada, que había que corregir— un fenómeno sorprendente, marcado en sus inicios por la promulgación del Decreto Legislativo núm. 29, de 3 febrero 1993³⁹, que pretendía conseguir un triple objetivo: 1) «incrementar la eficiencia de las administraciones en relación con la de las correspondientes unidades y servicios de los países de la comunidad europea»⁴⁰; 2) «racionalizar el coste del trabajo público, conteniendo el gasto conjunto de personal, directo e indirecto, comprendido en el ámbito de la hacienda pública»⁴¹; y 3) «integrar gradualmente la regulación del trabajo público en la del trabajo privado»⁴², que es el objetivo que a nosotros nos interesa considerar con algún cuidado. Las previsiones de esta norma, en relación con lo que todo el mundo denomina ahora en Italia «privatización» de la función pública⁴³, se fueron cumpliendo gradualmente a lo largo del cuatrienio 1994-1997 —mediante la estipulación de muy diversos convenios colectivos, autorizados por la norma en cuestión a derogar parcialmente la vieja legislación funcionarial italiana, que entretanto se mantenía provisionalmente vigente⁴⁴—, acometiendo el Sr. Franco BASSANINI (por aquel entonces, Ministro de la Función Pública y Asuntos Regionales) la tarea de colmar el vacío normativo provocado por ese cúmulo de derogaciones parciales, a través de la promulgación de diversas normas —también popularmente conocidas, en la Italia de hoy, con el nombre de «reforma Bassanini»—, que fueron en sustancia las tres siguientes: 1) la Ley núm. 59, de 15 marzo 1997, que «delega en el Gobierno la facultad de conferir funciones y competencias a las regiones y entes locales, para la reforma de la Administración Pública y para la simplificación administrativa»; 2) la Ley

[*Verwaltungsgerichte*], y en el tercer grado jurisdiccional el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo [*Bundesverwaltungsgericht*]» (apartado 1). Sobre el tema, sumamente preciso, véase A. JUNKER, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 5.ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2006), pág. 435.

³⁹ Dictado en desarrollo de la Ley de delegación núm. 421, de 23 octubre 1992 (artículo 2). Sobre el tema, véase G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Giappichelli (Turín, 2004), pág. 217.

⁴⁰ Artículo 1.1.a).

⁴¹ Artículo 1.1.b).

⁴² Artículo 1.1.c).

⁴³ Con importantísimo acopio de bibliografía, véase G. PERA y M. PAPALEONI, *Diritto del Lavoro*, 7.ª ed., Cedam (Padua, 2003), págs. 290 y ss., concluyendo con pesimismo lo siguiente: «es preciso recordar que en otros países la Administración Pública de viejo cuño publicístico funciona con general satisfacción. Pero son países mucho más antiguos que la Italia unitaria, que existe desde hace poco más de un siglo; países en los que circula un elevado *sentimiento del Estado*. Y se vuelve siempre al problema de fondo. Cada país tiene la administración que se merece o de la que es capaz».

⁴⁴ Cfr. artículo 72.1.

núm. 127, de 15 mayo 1997, de «medidas urgentes para la agilización de la actividad administrativa y de los procedimientos de decisión y de control»; y 3) la Ley núm. 191, de 16 junio 1998, de «modificaciones e adiciones de las Leyes de 15 marzo 1997, n. 59, y 15 mayo 1997, n. 127, así como de normas en materia de formación del personal dependiente y laboral a distancia en las administraciones públicas», y de «disposiciones en materia de construcción de centros educativos». Siempre desde el punto de vista de la «privatización» de la función pública italiana, la norma a tener en cuenta es hoy, sin embargo, el Decreto Legislativo núm. 165, de 30 marzo 2001 —verdadero texto refundidor—, que contiene unos complejísimos preceptos y anexos sobre normas derogadas, y por el que se regulan en la actualidad —aunque ya haya padecido diversas enmiendas, la última aparentemente en diciembre 2006⁴⁵— las «normas generales sobre regulación del trabajo en las dependencias de las administraciones públicas»⁴⁶.

8. Tal como obra cristalizada en esta última norma, la «reforma Bassanini» ha supuesto, en sustancia, todo lo siguiente. En primer lugar, la laboralización del antiguo personal funcionario al servicio «de las dependencias de las administraciones públicas»⁴⁷, teniendo en cuenta que «por administraciones públicas se entienden todas las administraciones del Estado, con inclusión de los institutos y escuelas de todo orden y grado y las instituciones educativas, las empresas y administraciones del Estado con ordenamiento autónomo, las Regiones, las Provincias, los Municipios, las Comunidades de montaña, y sus consorcios y asociaciones, las instituciones universitarias, los Institutos autónomos de vecinos, las Cámaras de comercio, industria, artesanado y agricultura y sus asociaciones, todos los entes públicos no económicos nacionales, regionales y locales, las administraciones, las empresas y los entes del Servicio sanitario nacional»⁴⁸, aunque con exclusión —por tratarse todavía de «personal en régimen de derecho público»⁴⁹— de «los magistrados ordinarios, administrativos y de cuentas, los abogados y procuradores del Estado, el personal militar y las Fuerzas de policía del Estado, el personal de la carrera diplomática y de la carrera polí-

⁴⁵ Por Ley núm. 296, de 27 diciembre 2006, de presupuestos generales para el año 2007.

⁴⁶ Acerca de la adecuación a la Constitución Italiana de esta norma, véase G. SUPPIELI, M. DE CRISTOFARO y C. CESTER, *Diritto del Lavoro. Il rapporto individuale*, 2.ª ed., Cedam (Padua, 2003), págs. 425 y ss.

⁴⁷ Artículo 1.1, párrafo 1.º.

⁴⁸ Artículo 1.2.

⁴⁹ Acerca de este personal, véase C. ENRICO, *Diritto del Lavoro*, 2.ª ed., Giappichelli (Turín, 2004), pág. 173.

tica»⁵⁰, y algunos más, casuísticamente especificados por remisión expresa a muy diversas normas parcialmente vigentes⁵¹. En segundo lugar, al igual que ocurre con los trabajadores del sector privado, que «las relaciones de trabajo de los dependientes de las administraciones públicas se regulan por las disposiciones del capítulo I, título II, del libro V del código civil [esto es, sus artículos 2082 a 2134] y por las leyes sobre relaciones de trabajo subordinado en la empresa, hecha salvedad de las disposiciones contenidas en el presente decreto»⁵². En tercer lugar, que la regulación al detalle de las condiciones de trabajo y empleo de los antiguos funcionarios ahora laboralizados se lleva a cabo a través de la negociación colectiva (posible, en principio, «sobre todas las materias relativas a la relación de trabajo y a las relaciones sindicales»)⁵³, caracterizada por tratarse de una negociación colectiva muy intervenida —sobre todo en lo que se refiere a aspectos económicos⁵⁴— y articulada o en cascada, que cristaliza en tres tipos distintos de convenios colectivos, a saber: 1) los «convenios colectivos cuadro [*contratti collettivi quadro*]», estipulados del lado patronal por la «Agencia para la representación negocial de las administraciones públicas [*Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni*]» o «ARAN»⁵⁵, y que como su propio nombre indica tienen la naturaleza de convenios colectivos meramente básicos o de pautas para negociar⁵⁶; 2) los «convenios colectivos nacionales de sector [*contratti collettivi nazionali di comparto*]», también estipulados del lado patronal por la recién citada «ARAN», y relativos a una pluralidad de Administraciones públicas (por ejemplo, el conjunto de los Ministerios de la Administración central)⁵⁷; y 3) los «convenios colectivos descentralizados [*contratti collettivi decentra-*

⁵⁰ Artículo 3.1.

⁵¹ Más en concreto, «los dependientes de los entes que desarrollen su actividad en las materias contempladas por el artículo 1 del decreto legislativo de la Jefatura provisional del Estado de 17 julio 1947, núm. 691, y por las leyes de 4 junio 1985, núm. 281, y sucesivas modificaciones y adiciones, y de 10 octubre 1990, núm. 287» (*ibidem*).

⁵² Artículo 2.2, inciso 1.º. Cfr., además, artículo 51.1. Acerca de dichos preceptos del Código Civil italiano, omnicompreensivo, véase G. FAVALLI (Coordinador), *Codice di Diritto del Lavoro. Leggi, dottrina e giurisprudenza sul rapporto di lavoro subordinato*, 2.ª ed., CasaEditriceLaTribuna (Piacenza, 2004), págs. 52 y ss.

⁵³ Artículo 40.1.

⁵⁴ Cfr. artículo 47. Explicitando pedagógicamente estos límites, véase G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, cit., págs. 219-220.

⁵⁵ Sobre ella, véase G. SUPPIELI, M. DE CRISTOFARO y C. CESTER, *Diritto del Lavoro. Il rapporto individuale*, 2.ª ed., cit., pág. 324.

⁵⁶ Cfr. artículos 40 y 45.

⁵⁷ Cfr. artículo 43.

ti]», relativos ya a una Administración pública singular⁵⁸. En cuarto lugar, la atribución de competencia a los tribunales civiles (técnicamente, «al juez ordinario, en función de juez del trabajo»)⁵⁹ para conocer de los pleitos laborales sustantivos entre las Administraciones públicas empleadoras y sus antiguos funcionarios ahora laboralizados, aunque con excepción de los pleitos relativos a los procedimientos sobre concurso de ingreso («permanecen asignadas a la jurisdicción del juez administrativo las controversias en materia de procedimientos concursales para la asunción de los dependientes de las administraciones públicas»)⁶⁰.

9. Por supuesto, a un laboralista le llama poderosamente la atención que todo cuanto acaba de decirse resulte plenamente aplicable incluso a los antiguos funcionarios de la Inspección italiana de Trabajo, también laboralizados —al igual que el resto de funcionarios públicos ordinarios italianos— como consecuencia de la drástica «reforma Bassanini», según viene confirmando expresamente la jurisprudencia civil italiana, a partir del año 2002⁶¹. Nadie, al menos que yo sepa, ha cuestionado en Italia la eventual incompatibilidad de esta resulta con lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio núm. 81 de 1947 de la OIT; precepto, como se sabe, que imperativamente exige que la Inspección de Trabajo se sirva de «funcionarios públicos cuya situación jurídica y cuyas condiciones de servicio les garanticen la estabilidad en su empleo y los independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida». Y más, teniendo en cuenta que dicho Convenio fue ratificado por la República Italiana en 1952, sin que dicha ratificación se efectuase sin ningún tipo de reserva al contenido del mismo⁶².

⁵⁸ Cfr. artículo 42.

⁵⁹ Artículo 63.1, inciso 1.º. Acerca de esta «tutela jurisdiccional civil», véase A. VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del Lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, 4.ª ed., Cedam (Padua, 2004), págs. 691 y ss.

⁶⁰ Artículo 63.4.

⁶¹ Al respecto, extraordinariamente bien documentada, véase Sentencia núm. 3041, de 17 octubre 2002, de la Sección Trabajo del Tribunal de Grosseto, con ponencia de la Juez Giulia CONTE, localizable en http://130.186.85.35/cgi-bin/visualizza_contratto?NOMEFILE=ORD2002-2&TIPO_VIS=5&TIPO_DOC=Sentenza.

⁶² Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, *Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa*, cit., pág. 98.



RESIDENCIA DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS Y PRESTACIONES FAMILIARES DE SEGURIDAD SOCIAL

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

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

EXTRACTO Palabras Clave: Extranjería, Seguridad Social, Prestaciones familiares

Este trabajo se ocupa de analizar la incidencia de los requisitos de residencia o convivencia de los extranjeros extracomunitarios para acceder a las prestaciones familiares de seguridad social (incluyendo muerte y supervivencia y maternidad o paternidad), con objeto de establecer una aproximación inicial a la protección social de las familias inmigrantes en España. Para ello, en primer lugar, se analizan los problemas jurídicos generales que plantea el requisito de residencia para el acceso de los extranjeros al sistema de seguridad social, poniendo el acento sobre las prestaciones familiares; posteriormente, el trabajo se ocupa de los problemas específicos que se suscitan en estas prestaciones orientadas directamente a la protección de la familia. Estos problemas específicos se refieren tanto a la determinación del sujeto o los sujetos a los que se exige la residencia (causante, beneficiario o incluso progenitores que no solicitan la prestación), como a los eventuales requisitos implícitos o explícitos de convivencia, que afectan a las unidades domésticas transnacionales, cuyos miembros se distribuyen en el territorio de diversos Estados-nación.

La metodología seguida por este trabajo está orientada por un programa general de investigación que se preocupa por la eficacia material de las normas laborales. A tal efecto, se enfatizan dos aspectos: de un lado, el análisis funcional del Derecho, esto es, la identificación de las diversas finalidades que determinan las normas jurídicas, los posibles conflictos entre finalidades diversas y el ajuste técnico de los medios utilizados para garantizar estas finalidades; de otro lado, un análisis jurisprudencial que procura no disociar las resoluciones judiciales más significativas del contexto en el que se dictaron, para conocer los detalles de la aplicación concreta del Derecho y tener una aproximación de su eficacia real.

ABSTRACT Key Words: Non-EU Foreigners, Social Security, Family benefits

The present study analyses the type of residence or coexistence requisites of the non-community foreigners to access social security unemployment benefits (including death, survival and maternity or parental leave) to establish a first step on protection of immigrants in Spain. To achieve that, and at first, judicial regulation problems are analysed derived from the foreigners' residence requisites to access the social security system, highlighting family benefits access. Also the study focuses on specific problems encountered as regards family care benefits; those problems affect both subject determination and subjects who must have the residence (causing, beneficiary, or even parents who do not request benefits) as well as those implicit or explicit coexistence unusual requisites that affect transnational domestic unities where members are in different Nation-state territories.

The methodology followed by this study is oriented towards a general research programme that contemplates labour law efficiency. Therefore, two aspects are highlighted: in one hand, functional Rights analysis to identify different objectives that determine judicial legislative conflicts while targeting same ends, and technical adjustments to guarantee such ends; and on the other hand, a case law analysis aiming to not split the most relevant judicial resolutions within their context, and to provide details about the concrete Rights application and disclose its real efficiency.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. PROBLEMAS GENERALES: RESIDENCIA DE LOS EXTRANJEROS Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
 - 2.1. Requisito de residencia y prestaciones contributivas
 - 2.2. Requisito de residencia y prestaciones no contributivas
3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL REQUISITO DE RESIDENCIA EN LAS PRESTACIONES FAMILIARES
 - 3.1. Problemas específicos en la consideración de la residencia del beneficiario
 - 3.2. Convivencia doméstica y residencia
4. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO

Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación más amplio¹, en el que me ocupo particularmente del análisis de la protección social de las familias migrantes. En términos hipotéticos, esta protección podría dispensarse a través de dos estrategias distintas, aunque no necesariamente incompatibles entre sí: de un lado, la atención específica a las necesidades particulares de las familias migrantes, de otro lado, el acceso normalizado de los extranjeros a las prestaciones sociales que el Estado del bienestar proporciona a los ciudadanos españoles (como individuos o en tanto que miembros de una unidad familiar)². Una parte muy importante de las prestaciones sociales que los poderes públicos ponen a disposición de los ciudada-

¹ Proyecto de investigación de excelencia P06-SEJ-2342 de la Junta de Andalucía, «Derecho de familia e integración de los inmigrantes», FIPROS/2006/93.

² MORENO FUENTES, F.J., ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, A., MORENO FERNÁNDEZ, L., «Inmigración, diversidad y protección social en España», *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 4, 2006, 65-69, aplican también al ámbito de la protección social la clásica dicotomía entre los modelos de integración que toman como referencia la «homogeneidad» y los que tienden al «multiculturalismo». En cualquier caso, debe tomarse en consideración que, en líneas generales, los modelos de protección social tendentes a la homogeneidad pueden resultar ineficaces cuando asumen como punto de partida y de llegada una uniformidad ilusoria; asimismo, aquellos con un mayor énfasis en el «multiculturalismo» (que debe distinguirse conceptualmente de la «interculturalidad») pueden incurrir en los excesos del «esencialismo cultural» y contribuir a la reproducción de las barreras entre los grupos humanos, dificultando el objetivo final de la integración social. En mi opinión, a grandes rasgos, debe tomarse como referencia o aspiración el ideal de la homogeneidad en lo que refiere al disfrute de los derechos básicos de la ciudadanía, como la seguridad social, mientras que las políticas sociales más concretas de integración (como por ejemplo, los servicios sociales) deben tener en cuenta la diversidad cultural y étnica, aunque evitando una compartimentación y simplificación excesiva de esta diversidad.

nos se articula en torno al sistema de seguridad social, institución garantizada por el art. 41 CE; como es sabido este precepto establece la obligación de mantener un sistema público de cobertura de los riesgos sociales que afronte de manera «suficiente» las «situaciones de necesidad» de «todos los ciudadanos».

En este punto, ha operado, a mi juicio, una mutación constitucional. Probablemente el artículo 41 CE se vinculaba originariamente a la «ciudadanía» en términos políticos (es decir, a la nacionalidad); ello era así porque el constituyente no podía prever en aquel momento el enorme impacto que iba a tener la inmigración en la sociedad española. La redacción del art. 13 CE partía inicialmente de un prototipo de «extranjero» como individuo ajeno o externo al sistema social, económico y político, que sólo de manera marginal o coyuntural se instalaba en el territorio del Estado, en cuyo caso era preciso conocer el alcance del disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos. En la actualidad, dado que la población de extranjeros residentes alcanza varios millones de personas, una exclusión radical de los extranjeros extracomunitarios del sistema de seguridad social sería incompatible con la definición de España como un Estado Social (art. 1.1 CE) e incongruente con el mandato que la Constitución hace a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE); por otra parte, esta exclusión radical resultaría también contraria al valor fundamental de la dignidad humana (art. 10.1 CE), dado que el derecho de toda persona a la Seguridad Social se reconoce expresamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 22) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 9). En este nuevo contexto, en el que un gran número de extranjeros se ha incorporado efectivamente a nuestra sociedad, los principios rectores de la política social y económica deben reinterpretarse en función de las nuevas necesidades de cohesión social; así pues, el art. 41 CE debe entenderse hoy referido a una noción «social» de ciudadanía que va más allá del clásico concepto de «nacionalidad», vinculándose a un verdadero derecho a la integración social de los «inmigrantes», de base constitucional³.

Ahora bien, lo anterior no impide el establecimiento de determinados requisitos a los extranjeros para poder acceder a las prestaciones del sistema. De hecho, ante el patente declive del criterio de la nacionali-

³ En este sentido, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, págs. 250-260.

dad⁴, la residencia legal se ha conformado como el requisito básico para determinar el acceso de los extranjeros a la «ciudadanía social», puesto que, a grandes rasgos, implica que la presencia efectiva del extranjero en la sociedad no tiene un carácter coyuntural —al contrario de lo que supuestamente sucede con la mera «estancia» legal— y se ajusta a los parámetros requeridos por el ordenamiento jurídico (frente a la situación de estancia irregular). No obstante, este requisito de residencia legal no deja de plantear algunas disfunciones para la finalidad integradora del sistema, dado que en nuestro país existe un elevado número de extranjeros en situación irregular. Ello ha supuesto, como se verá más adelante una relativa expansión de la acción protectora a estos trabajadores.

Este trabajo se centra en la protección proporcionada por las «prestaciones familiares», es decir, aquellas que se destinan específicamente a la protección de situaciones de necesidad surgidas en el seno de las familias y que se relacionan con el aumento de las cargas económicas o con la disminución de los ingresos del núcleo familiar⁵. Esta noción abarca, por tanto, no sólo las prestaciones denominadas «familiares» por la Ley General de la Seguridad Social (las incluidas en el capítulo IX del título II de esta ley), sino también la maternidad y paternidad, así como las prestaciones de muerte y supervivencia. No me ocuparé, en cambio, de la protección brindada por la Ley de Dependencia, puesto que no se ha integrado formalmente en el sistema de Seguridad Social, aunque podía haberlo hecho⁶. En todo caso, para conocer la influencia del requisito de residencia sobre estas prestaciones es preciso examinar, en primer lugar, la relevancia general que tiene la exigencia de residencia legal en el sistema de seguridad social (centrando la atención sobre las prestaciones de carácter familiar); posteriormente se abordarán algunos problemas específicos que las exigencias de residencia legal o convivencia suponen en el marco de las prestaciones familiares.

⁴ Precisamente en relación con el acceso al sistema, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Thompson Aranzadi, 2006, págs. 175 y ss, se ha referido a «la decadencia de un criterio clásico: la nacionalidad».

⁵ En este sentido, BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., «Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2005, pág. 103 y 232-236. Esta opción metodológica no debe desconocer, no obstante, que existen importantes conexiones —a veces incluso explícitas en la norma— entre el resto de las prestaciones y la protección a la familia.

⁶ A este respecto, ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Cuestiones competenciales en la Ley de Dependencia», *TL*, núm. 89, 2007.



2. PROBLEMAS GENERALES: RESIDENCIA DE LOS EXTRANJEROS Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Requisito de residencia y prestaciones contributivas

La regla general de exigencia de residencia legal para el acceso al sistema de seguridad social viene determinada, al menos *prima facie*, por los artículos 10.1 y 14.1 de la vigente Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LOEX). La aparente redundancia entre ambos preceptos se debe probablemente a que el primero de ellos, vinculado al condicionamiento del ejercicio de actividades lucrativas, hace referencia a las prestaciones contributivas y el segundo a las prestaciones no contributivas y a la asistencia social⁷.

En lo que refiere a las prestaciones contributivas, el art. 7.1 LGSS establece expresamente la condición de residencia para la incorporación de los extranjeros al sistema de seguridad social a estos efectos. En cambio, el citado art. 10.1 LOEX no se refiere de manera tan clara a la condición de residencia legal sino a la exigencia de que los extranjeros extracomunitarios «[...] reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que las desarrollen». Dada la conexión que la propia redacción del precepto establece con el trabajo por cuenta propia o ajena, es razonable suponer que esta mención se refiere, en principio, tanto a la exigencia de residencia legal como al requisito de que el extranjero esté autorizado para trabajar. Ahora bien, estos preceptos deben conectarse con el art. 36.3 LOEX, que, en su párrafo segundo establece que «La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a las que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador

⁷ Así lo indica gran parte de la doctrina; por ejemplo, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. Tomo II*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, Tomo I, pág. 81; CABEZA PEREIRO, J., «La protección de la seguridad social de las personas extranjeras», *AL*, núm. 3/2008, págs. 295; ROQUETA BUI, R., «Las condiciones de trabajo y seguridad social de los extranjeros en España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 10, 2005. No obstante, otra parte de la doctrina considera que el art. 10.1 se refiere al ámbito material de las prestaciones y el art. 14.1 al ámbito subjetivo; en este sentido, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *op. cit.*, pág. 269. Añaden una tercera opción interpretativa, señalando asimismo las dos anteriores, BARRIOS BAUDOR, G., y CHARRO BAENA, P., en «El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas», en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros.*, *op. cit.*, tomo II, págs. 1232-1233.

extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle».

Desde una perspectiva estrechamente vinculada a la literalidad de la norma, la interacción de estos preceptos podría ser interpretada del siguiente modo: la referencia a la obtención de las prestaciones «que pudieran corresponderle» se trataría de una remisión a la legislación general de seguridad social; así pues, la condición de residencia seguiría siendo un requisito esencial para el acceso a las prestaciones contributivas del sistema de seguridad social (art. 7.1 LGSS), pero se debilitaría la exigencia de la «autorización para trabajar». Por consiguiente, el art. 36.3 LOEX sólo tendría virtualidad en materia de seguridad social para los trabajadores que residieran legalmente en España pero que, aún así, carecieran de autorización para trabajar⁸.

Esta interpretación ha sido recientemente acogida —aunque no hasta sus últimas consecuencias—, por la más reciente doctrina del Tribunal Supremo⁹. A mi juicio resulta excesivamente formalista, desviándose de la finalidad de la norma y de una adecuada consideración de la realidad social a la que debe ser aplicada. En efecto, aunque es posible que haya personas autorizadas para residir pero no para trabajar en España (básicamente familiares beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar y personas que han acreditado que cuentan con medios de vida suficientes sin necesidad de realizar una actividad profesional), este supuesto es poco habitual, debido a la íntima conexión que existe entre los dos tipos de autorizaciones y a las facilidades que el ordenamiento concede a los residentes —especialmente a los familiares reagrupados— para la obtención de una autorización de trabajo independiente (art. 96 del RD 2392/2004 que desarrolla la LOEX). En términos generales, es evidente que la existencia de un amplio sector de economía irregular donde prestan sus servicios extranjeros no autorizados para trabajar es precisamente la principal causa de la presencia en España de extranjeros sin permiso de residencia.

El art. 36.3 LOEX debe entenderse como un mecanismo de disociación entre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por un lado, y la política de regulación de los flujos migratorios, por otro. Ciertamente, ambos bloques normativos están íntimamente relacionados por su vínculo co-

⁸ Insiste en la ausencia de excepciones a la condición de residencia, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *op. cit.*, págs. 228-233; de manera coherente con esta interpretación, este autor niega incluso que el sistema cubra los riesgos profesionales de los extranjeros no residentes (págs. 234-242), cobertura que la mayoría de la doctrina reconoce, aunque ciertamente, siguiendo una cierta inercia interpretativa que tiene una escasa base legal, dado que el art. 36.3 LOEX no hace distinción respecto de la causa de la contingencia.

⁹ STS (Social), de 18-3-2008 (Ar. JUR 2008|160062), Fundamento núm. 5.

mún con las características del mercado de trabajo; no obstante, si se concede excesiva relevancia a esta finalidad de control en la formulación de las normas laborales y de seguridad social, puede difuminarse la finalidad integradora de este sector del ordenamiento, produciéndose entonces notables disfunciones sociales, al quedar fuera del espacio protector precisamente las personas que más necesitan de la protección. En efecto, por motivos diversos, los Estados modernos establecen limitaciones para la entrada y presencia de extranjeros en su territorio, pudiendo incluso expulsar a quienes residan en él de manera irregular [Cfr. 53 a) LOEX en relación con el 57.1 LOEX]¹⁰. Ahora bien, si estas normas de control de flujos se proyectan también sobre los derechos sociales de manera significativa, puede producirse una importante fisura en la cohesión social producida por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

De hecho, en nuestro país existe un elevado número de extranjeros que prestan sus servicios en situación irregular, debido fundamentalmente a factores estructurales del modelo económico y del mercado de trabajo españoles; la disponibilidad casi ilimitada de trabajadores extranjeros poco cualificados ha permitido mantener, reproducir y posiblemente multiplicar la relevancia del ya de por sí importante sector informal de la economía, que a su vez ha impulsado en parte el propio crecimiento de la economía formal¹¹. En la medida en que se niegue a estos trabajadores «irregulares» la protección del derecho social, su situación será más precaria; no cabe duda de que estas condiciones de precariedad pueden hacer aún más ventajosa la explotación laboral de estas personas, incentivando el uso no autorizado de la fuerza de trabajo extranjera y retroalimentando, por tanto, los procesos económicos que producen en gran medida esta situación. Este argumento resulta especialmente incisivo en lo que refiere a las normas laborales, pero puede aplicarse también hasta cierto punto al nivel contributivo de la seguridad social, debido a su íntima conexión con el trabajo por cuenta ajena y, por tanto, con la utilización que algunos empresarios hacen de la mano de obra irregular en condiciones de ilegalidad para reducir los costes laborales¹²;

¹⁰ Si bien en este punto, las expulsiones deben someterse a los requisitos de proporcionalidad establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, frecuentemente ignorados por la práctica administrativa.

¹¹ Sobre las conexiones entre economía informal y migraciones en España, Vid. MORENO FUENTES, F.J., «The regularisation of undocumented migrants as a mechanism for the “emerging” of the Spanish underground economy», *Working Paper 05-06*, Unidad de Políticas Comparadas, CSIC: <<http://www.iesam.csic.es/doctrab2/dt-0506.pdf>>

¹² «La equiparación legal de los trabajadores extranjeros con los españoles a efectos de la inclusión en el sistema de Seguridad Social, no sólo satisface una legítima aspiración de todo trabajador, sino que redunda también en provecho de los propios españoles, ya que la

en este sentido, el art. 8.3 de la Recomendación núm. 151 de 1975 de la OIT sobre trabajadores migrantes aconseja aplicar a los trabajadores irregulares el principio de igualdad de trato en los derechos derivados del empleo, también en lo que refiere a la seguridad social. Siguiendo esta tendencia, la LO 14/2003 que modificó la LOEX incorporó al texto del articulado referencias expresas a la seguridad social —tanto a las responsabilidades del empresario como al derecho de obtener prestaciones— con objeto de afrontar toda esta problemática. Así pues, la responsabilidad última del empresario en el pago de estas prestaciones actúa como un desincentivo adicional a las sanciones para el uso del trabajo irregular (como sucede cuando se utilizan trabajadores españoles o extranjeros residentes legales en la economía sumergida sin cotizar a la seguridad social). Al mismo tiempo, el reconocimiento de prestaciones contributivas a estos trabajadores produce una mayor integración social de colectivos sometidos a un elevado nivel de precariedad laboral y vital, lo que se traduce en una mayor cohesión social.

En este contexto, no parece que esta modificación se refiera simplemente al supuesto marginal del trabajador con estancia regular sin autorización para trabajar, sino más bien a esta problemática global de los trabajadores «irregulares», percibidos socialmente como una categoría relativamente homogénea a estos efectos, con independencia de si la irregularidad se refiere a la residencia y el trabajo o sólo a esto último. Aunque estos trabajadores son «infractores» desde la perspectiva de la regulación de flujos¹³, desde la óptica del derecho social son más bien víctimas potenciales de la explotación laboral¹⁴ que deben ser protegidas, pues de lo contrario el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social dejaría de ser eficaz en la producción de cohesión social, al permitir la reproducción de una infra-clase de trabajadores en condiciones de precariedad extrema.

falta de inclusión de aquellos en dicho régimen suponía un ahorro en cargas sociales para los empresarios, lo que operaba en el mercado de trabajo en perjuicio de los trabajadores nacionales, al traducirse, de hecho, en una preferencia de la mano de obra extranjera, debido a su coste», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, pág. 80.

¹³ De hecho, se mantiene incluso una sanción al trabajador que trabaja sin estar autorizado para ello [53 b) LOEX], si tampoco cuenta con autorización de residencia, por más que sea el empresario la persona que debe pedir la autorización [36.3 LOEX], salvo en el supuesto de renovación; esta infracción resulta innecesaria, dado que la presencia irregular en el territorio nacional está ya tipificada [53 a) LOEX].

¹⁴ «La migración es, en su inmensa mayoría, un fenómeno con motivaciones económicas, en el que sus personajes tienen la condición de víctimas más que de infractores», CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.* pág. 294.

Por consiguiente, la referencia que hace el art. 10.1 LOEX a «los requisitos establecidos en esta Ley Orgánica» comprende en cierto modo el supuesto especial previsto en el art. 36.3 LOEX ampliando el derecho a la obtención de prestaciones más allá de la definición formal del ámbito de aplicación del sistema prevista en el art. 7.1 LGSS. Dicho esto, el problema consiste en determinar cuál es el alcance de esta extensión del campo de la seguridad social, o dicho en sentido inverso, en qué medida el requisito de autorización para trabajar —no estrictamente el de residencia— puede limitar el acceso a las prestaciones. No parece haber ninguna duda de que los trabajadores extranjeros que presten sus servicios sin estar autorizados para ello, aunque no sean residentes legales, pueden gozar de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales¹⁵, pero existen mayores problemas para reconocer su procedencia también en las contingencias comunes y recientemente se ha rechazado en materia de desempleo¹⁶.

Este problema general afecta también concretamente a algunas prestaciones familiares; así, por ejemplo, la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 5-7-2006 (Ar. JUR 2006\236012), deniega la prestación de viudedad en un supuesto en el que la muerte del causante que se encontraba en España en situación irregular no se había producido por contingencia profesional. Se trataba de un supuesto especialmente dramático, de muerte por suicidio en el lugar de trabajo (pero fuera de las horas de trabajo), en el que el causante había aducido como razones para el suicidio su propia situación de irregularidad, así como la relación con su esposa, con la que ya no convivía y que posteriormente reclamó la prestación. El Tribunal fundamenta su resolución en la aplicación del art. 7.1 LGSS y en la imposibilidad de aplicar el Convenio 19 OIT por no tratarse de un accidente de trabajo; sorprendentemente, no hace ninguna referencia al art. 36.3 LOEX.

¹⁵ Esta cuestión ha sido decidida por el TS en Unificación de Doctrina en sus sentencias de 9-6-2003 (Ar. RJ 2003\3936) y 7-10-2003 (Ar. RJ 2003\6497). La primera de estas sentencias se refiere a un supuesto en el que no era aplicable el Convenio 19 OIT, que se utiliza frecuentemente como argumento para extender la protección por contingencias profesionales a los extranjeros en situación irregular. En relación con la prestación por viudedad, *Vid.* STSJ Madrid 11-10-2004 (Ar. AS 2004\2915).

¹⁶ En lo que refiere al desempleo, existen pronunciamientos contradictorios entre distintos TSJ, sin que hasta la fecha momento se haya pronunciado al respecto el TS en unificación de doctrina. Así, por ejemplo, a favor del derecho a prestación por desempleo SSTSJ Castilla-León, Burgos de 14-3-2005 (AS 2006\1468), 1-3-2006 (Ar. AS 2006\570), 9-3-2006 (Ar. JUR 2006\110356) y otras; SSTSJ Castilla-León, Valladolid de 17-11-2005 (Ar. AS 2005\3384), 21-11-2005 (Ar. AS 3387) y otras; STSJ País Vasco de 13-2-2007 (Ar. AS 2007\900). En contra del derecho a percibir la prestación por desempleo de los extranjeros en situación irregular, STSJ Madrid de 16-1-2007 (Ar. JUR 2007\159275) y Murcia de 13-2-2007 (Ar. JUR 2007\86601).

En realidad, este art. 36.3 LOEX, que es el fundamento jurídico básico de esta extensión de la cobertura de la seguridad social, no hace ninguna distinción entre contingencias comunes o profesionales, por lo que, en principio, no hay ninguna razón para excluir las contingencias comunes del ámbito de incidencia de este precepto. Es cierto que en el ordenamiento vigente, la ausencia de autorización para trabajar impide al empresario realizar los actos de encuadramiento (como se desprende del confuso art. 42.1 del Reglamento de Inscripción Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores), lo que podría suponer algunas dificultades importantes en el acceso a las prestaciones; ciertamente, el alta presunta y por tanto la automaticidad absoluta en el pago de las prestaciones sólo se prevé para los supuestos de contingencias profesionales, desempleo y asistencia sanitaria por maternidad o contingencias comunes (art. 125.3 LGSS). En lo que refiere a las prestaciones familiares derivadas de contingencias comunes (como la maternidad o la muerte y supervivencia por enfermedad común), una vez superado el problema interpretativo de si los trabajadores no residentes tienen acceso a las prestaciones del sistema, la situación es análoga a la del trabajador español que sufre una de estas contingencias y que trabaja en la economía sumergida, sin que el empresario haya procedido a realizar la afiliación o el alta¹⁷.

En estos casos, sería el empresario quien respondería del pago de la prestación, en virtud del art. 126.2 LGSS; dado que no se ha producido el desarrollo reglamentario que el precepto prevé, la jurisprudencia aplica, como es sabido, los arts. 94, 95 y 96 de la antigua Ley de Seguridad Social de 1966, atribuyéndoles rango reglamentario, en virtud de la disposición transitoria 2.ª del Decreto 1645/1972, de 23 de junio. Así pues, cuando no opere la automaticidad de las prestaciones¹⁸, el trabajador deberá dirigirse al empresario, que será responsable directo del pago [Vid. arts 94.2 a) y 95.3.ª de la Ley de 1966], o bien, como ocurre en las prestaciones de superviven-

¹⁷ En este sentido, CEINOS SUÁREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2006, pp 454-456 y 538-539; CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, págs. 299 y ss. Así, pues, en líneas generales, los extranjeros en situación irregular tendrán derecho a las prestaciones por contingencias comunes, aunque a cargo del empresario (lo que podría dificultar su percepción efectiva).

¹⁸ La automaticidad absoluta de las prestaciones, es decir, el pago directo por parte de la entidad gestora aunque no hubiera alta, se aplicaría a los supuestos ya referidos del 125.3 LGSS (contingencia profesional, desempleo en caso de que se aplique a los extranjeros en situación irregular y asistencia sanitaria por maternidad o contingencias comunes), así como a la invalidez permanente derivada de accidente no laboral (art. 94.5 de la Ley de 1966); cuando existiera alta podría operar la automaticidad relativa en los supuestos previstos en el art. 95.5.ª, que incluyen la contingencia de la supervivencia.

cia, el empresario habrá de constituir en la entidad gestora el capital necesario para el pago de las prestaciones (art. 95.4.^a de la Ley de 1966). A estos efectos, el empresario no podrá eximirse de responsabilidad aduciendo que la realización de los actos de encuadramiento resultaba imposible por prohibirlo el ordenamiento (*ad impossibilita nemo tenetur*), dado que esta imposibilidad deriva precisamente de una infracción del empresario, al emplear trabajadores extranjeros sin contar con la preceptiva autorización.

2.2. Requisito de residencia y prestaciones no contributivas

De manera más clara, la residencia legal se convierte a partir de la LOEX en el requisito básico para el acceso a las prestaciones no contributivas del sistema de seguridad social¹⁹. De esta manera, el art. 14.1 LOEX deroga tácitamente el art. 7.5 LGSS (centrado en la nacionalidad como elemento básico), que queda completamente desplazado. En cualquier caso, este art. 7.5 LGSS era ya inaplicable porque resultaba discriminatorio por razón de raza al determinar de los orígenes nacionales que excluían la aplicación del criterio de reciprocidad o de la necesidad de aplicación de un tratado específico. Este carácter discriminatorio no suele ser advertido por la doctrina ni por los operadores jurídicos en la interpretación de ésta y otras normas similares que subsisten en nuestro ordenamiento y que se aplican de manera cotidiana; resulta por tanto, oportuno detenerse en este punto, a pesar de que sea casi unánime la opinión de que el precepto está tácitamente derogado.

Ciertamente, en sentido técnico, la «nacionalidad» no es una categoría social sino una circunstancia jurídica —la relación jurídica que une a una persona con un Estado—, que permite con carácter general establecer diferencias de trato (así lo señala, por ejemplo, el art. 3.2 de la Directiva 200/43/CE sobre igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico), cuando no se vulneren las libertades comunitarias derivadas de la unidad de mercado de la UE. Así pues, será posible hacer distinciones entre españoles y extranjeros, incluso en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 13 CE), así como distinciones entre distintos grupos de extranjeros, cuando éstas se funden exclusivamente en el requisito de la nacio-

¹⁹ «La residencia constituye, así pues, presupuesto básico sobre el que se asienta el régimen jurídico de las prestaciones no contributivas», MERCADER UGUINA, J., «La protección social de los trabajadores extranjeros», en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. Tomo II*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1178.

nalidad como circunstancia objetiva de carácter jurídico; así, por ejemplo, la firma de un tratado entre España y otro Estado puede implicar un estatus jurídico diferenciado en España para los ciudadanos del Estado firmante.

Ahora bien, las diferencias de trato por razón de nacionalidad no pueden amparar las discriminaciones directas o indirectas por razón del «origen nacional», categoría racial expresamente mencionada en varios tratados internacionales de derechos humanos²⁰; el segundo inciso del art. 14 CE, esto es, la prohibición de discriminación por razón de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social debe considerarse como un derecho inherente a la dignidad humana que en ningún caso la legislación ordinaria puede negar a los extranjeros sin vulnerar la Constitución²¹. No está del todo claro si las categorías nacionales utilizadas en el art. 7.5 LGSS se refieren a nacionalidades o a orígenes nacionales; por ejemplo, la referencia a los «latinoamericanos» es confusa, porque no se indica si se refiere a los nacionales de países «latinoamericanos» o a los que tuvieran esta procedencia étnica, aunque fueran nacionales de otros países; asimismo, en otras normas similares como el art. 47 LOEX o el art. 22.1 del Código Civil se menciona, por ejemplo, a los «sefardíes», utilizando un criterio claramente vinculado a un grupo étnico. En cualquier caso, la nacionalidad como categoría jurídica es una circunstancia aparentemente neutra que genera un claro impacto desfavorable sobre diversos orígenes nacionales, de manera que, en caso de que se utilizara la nacionalidad como circunstancia jurídica y no el origen nacional como categoría social, la diferencia de trato debe justificarse con arreglo al esquema previsto para la discriminación indirecta²².

²⁰ Véase la definición de «discriminación racial» en el art. 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; *Vid.*, asimismo, art. 2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos.

²¹ STC 137/2000: «[...] a pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el art. 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros —especialmente en las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre, 115/1987, de 7 de julio, y 94/1993, de 22 de marzo— se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 107/1984, FJ 3) y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

²² En otros casos, la nacionalidad puede operar, no como categoría jurídica, sino como «rasgo distintivo» de la categoría social que fundamenta la discriminación racial, como lo es

En este sentido, la alegación de los eventuales «vínculos históricos y culturales» que unen a España con estos países no constituye una justificación válida (con independencia de que estos vínculos puedan o no ser generalizaciones válidas a efectos globales), por cuanto se refiere directamente a parámetros étnicos, es decir, raciales²³ y no a circunstancias directamente relacionadas con la nacionalidad como vínculo jurídico y ajenas por tanto a la aplicación de los estereotipos étnicos. En la actualidad, el uso directo de la palabra «raza» ha sido desplazado por las exigencias de corrección política, prefiriéndose otros envoltorios para el mismo proceso de generalización, pero en su momento, las justificaciones de esta diferencia de trato en el sistema de seguridad social se remitían claramente a las «estirpes de la raza ibérica»²⁴. Curiosamente, en este caso, el legislador no repara en mencionar las antiguas colonias africanas; si la referencia se entiende hecha a Estados-nación actualmente operativos, este «olvido» podría tener sentido en lo que refiere al Sáhara occidental —cuyo estatus es incierto— o al antiguo Protectorado de Marruecos (integrado en el Reino de Marruecos), pero esto no explica la ausencia de Guinea Ecuatorial. En cualquier caso, carece de sentido a estos efectos preguntarse por la corrección del listado de países con especiales «vínculos históricos» con España. Este tipo de generalizaciones o de interpretaciones pueden tener un cierto valor heurístico en otros campos, pero no pueden proyectarse sobre los individuos para proporcionarles un trato sistemáticamente desfavorable, puesto que en ello consiste precisamente la conducta discriminatoria²⁵.

el sexo del género o determinados rasgos visibles del fenotipo en algunas clasificaciones raciales; así, por ejemplo, la identificación de un extranjero para un acoso moral discriminatorio podría recurrir a la categoría jurídica de la nacionalidad como criterio para constituir la clasificación racial. Es por esto, en mi opinión, que el art. 22 LOEX prohíbe la discriminación por razón de «nacionalidad».

²³ En otros trabajos nos hemos ocupado de la esterilidad de la falsa distinción entre lo «étnico» y lo «racial» en tanto que las llamadas «razas» no son más que categorías étnicas. Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo», en AAVV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, MTAS, 2005, *per totum*.

²⁴ «Es evidente que el pueblo español siente vinculación de sangre y de ideas esenciales con las demás estirpes de raza ibérica y, por tanto, el legislador ha tenido singular acierto al equipararlos con los nacionales [...]», SERRANO GUIRADO, E., *El seguro de enfermedad y sus problemas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, págs. 67-68.

²⁵ Vid. ÁLVAREZ ALONSO, D., ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria», *REDT*, núm. 132, 2006, *per totum*.

En todo caso, la inconstitucionalidad de esta parte del art. 7.5 LGSS sólo abunda en la conclusión que ya se alcanzaba en base al art. 14.1 LOEX: en lo que refiere al acceso a las prestaciones no contributivas, el criterio de nacionalidad ha sido totalmente sustituido por el de residencia legal. Si en las prestaciones contributivas el punto de conexión para el acceso al sistema nacional es a grandes rasgos el del lugar de realización del trabajo, en las prestaciones no contributivas es lógico que se exija algún vínculo distinto con el territorio del Estado (de lo contrario, cualquier habitante del planeta podría ser acreedor de estas prestaciones). En este sentido, se excluye la situación de mera estancia legal, porque se presume coyuntural y por tanto ajena a la nueva noción de «ciudadanía social», aunque de hecho puede resultar muy prolongada en el caso de los estudiantes. También se ha optado por excluir la situación de residencia irregular (que podría acreditarse a través de los certificados de empadronamiento), por una parte, para limitar el acceso a determinados derechos de la «ciudadanía social» a las personas cuya presencia en el territorio nacional no se ajusta a los patrones previstos por el ordenamiento, por otra parte, para evitar los posibles desequilibrios presupuestarios derivados de la extensión o los eventuales incentivos que el reconocimiento de estas prestaciones pudiera suponer para la inmigración irregular²⁶.

Ciertamente, aunque esta exclusión de los residentes en situación irregular resulta lógica desde una perspectiva abstracta (salvo quizás en el caso del desempleo no contributivo, cuya naturaleza «asistencial» es muy discutible), puede resultar contradictoria con la realidad anteriormente mencionada de la inmigración ilegal masiva conectada a determinadas características de nuestro modelo productivo y estructura económica, pudiendo producirse, una vez más, ciertas disfunciones sociales. En este caso, tales disfunciones pueden asumirse en la medida en que el resto de los mecanismos de integración social disponibles para los extranjeros en situación irregular (trabajo asalariado, prestaciones contributivas, posibilidad de regularización de

²⁶ Señala estos dos últimos motivos, MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, págs. 1172-1173. Respecto al incentivo que pudieran suponer las prestaciones no contributivas para la emigración a España, debe tenerse en cuenta que «[...] en la evidencia empírica disponible acerca de las motivaciones que impulsan a los inmigrantes económicos a abandonar su país, este tema aparece raramente mencionado por los inmigrantes al dar cuenta de su proceso de toma de decisión conducente a la migración» (MORENO FUENTES, F.J., ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, A., MORENO FERNÁNDEZ, L., *op. cit.* pág. 73). En efecto, la mayoría de los migrantes aspiran a un mayor bienestar económico de ellos y sus familias a través del trabajo por cuenta ajena, que puede proporcionar ingresos más significativos que los que derivan de una prestación no contributiva; en cualquier caso, no es descabellado que este esquema de incentivos pudiera variar si la regulación española fuera extremadamente «generosa».

trabajadores, asistencia social en su caso) se desarrollen de manera adecuada. A estos efectos, resulta criticable la relativa ambigüedad del art. 36.3 LOEX —respecto del acceso a las prestaciones contributivas— y la clara indefinición del art. 14.3 LOEX en lo que refiere a las prestaciones «básicas»²⁷, que dificultan la clarificación del estatuto de derechos sociales mínimos del inmigrante irregular. A mi juicio, estas ambigüedades no son casuales, sino que derivan de la propia dificultad que ha encontrado el legislador para conciliar dos finalidades que en este punto aparecen como relativamente contradictorias: la integración y la regulación de flujos migratorios; naturalmente, hubiera sido deseable, en aras del principio de seguridad jurídica, que se hubiera encontrado un punto de equilibrio más concreto y preciso.

Además del requisito de que los extranjeros residan legalmente en España en el momento de solicitar la prestación no contributiva, en algunos casos se exigen requisitos adicionales vinculados a esta condición de residencia: así, puede requerirse que esta residencia se haya prolongado previamente durante un determinado lapso de tiempo, o bien que se mantenga una vez concedida la prestación para seguir percibiendo sucesivas mensualidades. Evidentemente, estos requisitos producen un impacto desfavorable sobre las personas de origen extranjero²⁸; no obstante, ello no implica que necesariamente constituyan actos indirectamente discriminatorios, dado que tales distinciones pueden fundarse en alguna circunstancia objetiva, razonable y proporcionada respecto de este impacto, ajena a parámetros étnicos.

En lo que refiere a las prestaciones familiares, el requisito de residencia continuada previa a la solicitud se plantea únicamente en la prestación de pago único por nacimiento o adopción introducida por la Ley 35/2007

²⁷ A mi juicio, las «prestaciones sociales básicas» abarcan, además de la asistencia sanitaria (ya reconocida en el art. 12), las prestaciones de asistencia social necesarias para garantizar unos mínimos de supervivencia e integridad física y moral y dignidad personal; esta definición abstracta, no obstante, no impide que exista una notable dificultad para la determinación de las prestaciones «básicas» en supuestos concretos. Así, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Andalucía establece el derecho a una renta, denominada expresamente como «básica», que garantice unas condiciones de vida digna (art. 23.2); posiblemente, en este caso, la remisión que el Estatuto de Autonomía hace al desarrollo legal no es suficiente como para permitir la exclusión de los extranjeros irregulares inscritos en el padrón de algún municipio andaluz (el art. 12 se refiere a la vecindad administrativa); no obstante, al tratarse esta renta de una cantidad periódica y no de la atención a problemas puntuales, pueden existir dificultades para que en su regulación futura se reconozca a los extranjeros irregulares, como parece exigir la norma estatutaria.

²⁸ *Vid.* BARRIOS BAUDOR, G.L., y CHARRO BAENA, P., *op. cit.*, pág. 1239; MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 1178; GALA DURÁN, C., «Ciudadanos extranjeros y prestaciones no contributivas: análisis de una nueva realidad», en AAVV, *Derechos y libertades... op. cit.*, pág. 1316.

que opera subsidiariamente respecto de la deducción fiscal prevista en la misma norma por la misma cantidad de 2500 €. En concreto, el artículo 2.2 de esta Ley 35/2007 exige una residencia legal, continuada y efectiva de al menos dos años antes del nacimiento o adopción, requisito que, de hecho, se aplica también a los nacionales españoles²⁹. Aunque el extranjero fuera residente en el momento de solicitar la prestación, parece claro que no podrán sumarse los períodos de estancia —por ejemplo, por estudios— a los de residencia a efectos de alcanzar esta cifra; por otra parte, la norma señala la necesidad de que esta residencia sea «efectiva» (es decir, real y no sólo formal) y «continuada». Desde luego, la exigencia de continuidad de la residencia no puede interpretarse en sentido tan estricto que imponga al eventual beneficiario la carga de no salir de ningún modo del país, de manera que las situaciones asimilables a la «estancia» en otro país que tengan corta duración no deben impedir el acceso a la prestación; a estos efectos debe aplicarse analógicamente el art. 28.4 del RD 1335/2005, que considera que la residencia no queda interrumpida por las ausencias inferiores a 90 días en el marco de un año natural.

En cuanto a la justificación del impacto desfavorable derivado de la exigencia de residencia continuada, la exposición de motivos de la Ley 35/2007 se refiere expresamente a la finalidad de fomento de natalidad que tiene la medida³⁰; con ello se pretende reducir el efecto de «peso muerto» que supone la asignación de recursos a personas que no se encuentren en España con cierta vocación de permanencia (que se presume con esta continuidad de la residencia). A mi juicio, esta justificación es en este caso suficiente para determinar la constitucionalidad de la medida.

3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL REQUISITO DE RESIDENCIA EN LAS PRESTACIONES FAMILIARES

Como se ha visto, los problemas jurídicos que plantea con carácter general el requisito de residencia legal para el acceso a las prestaciones de seguridad social se proyecta también sobre las prestaciones familiares. Ahora

²⁹ El Dictamen 9/07 del CES llama la atención sobre la situación de los nacionales españoles que hubieran residido en otro país en los dos últimos años por razones laborales o análogas.

³⁰ «Nuestro país se enfrenta a unas previsiones de importante envejecimiento de la población, que han motivado que se hayan tratado de mejorar las condiciones de las familias en las que se producen nuevos nacimientos o adopciones, buscando con ello hacer frente a largo plazo a esa tendencia poblacional. Dicha finalidad ha motivado que se exija a las personas beneficiarias de la nueva prestación una residencia efectiva en el territorio español durante al menos los dos años anteriores al nacimiento o la adopción».

bien, hay que tener en cuenta que en estas prestaciones se producen algunas particularidades que producen problemas específicos de interpretación. Estas especificidades se refieren fundamentalmente al hecho de que, en las prestaciones familiares, el causante no coincide con el beneficiario de la prestación y además, en algunos casos, los beneficiarios pueden ser dos personas distintas (los padres en las ayudas por hijo). Así pues, es posible que no todos los miembros de la familia reúnan la condición de residencia legal, o que no todos residan efectivamente en España. Ello es así fundamentalmente porque las posibilidades de reagrupación familiar no son ilimitadas y porque a veces esta reagrupación no entra dentro de las estrategias migratorias.

En lo que refiere a las restricciones para la reagrupación, en primer lugar, no son titulares del derecho los inmigrantes en situación irregular (art. 17.1 LOEX), tampoco los residentes legales que no lleven un año de residencia o no tengan autorización para residir al menos otro año (art. 18.2 LOEX); existen asimismo limitaciones para las «reagrupaciones en cadena» (arts. 17.2 y 17.3 LOEX); por otra parte, la reagrupación no afecta a las parejas de hecho, lo que sí permite el régimen comunitario, aunque con la importante limitación prevista en el art.1 b) del RD 240/2007; tampoco abarca a los hijos mayores de edad no incapacitados [art. 17.1 b) LOEX] y está muy limitada con respecto a los ascendientes [art. 17.1 d) LOEX]; además, debe acreditarse que se dispone de un alojamiento «adecuado» y de medios de subsistencia «suficientes» (art. 18.1 LOEX), conceptos que presentan una cierta indeterminación; por último, los trámites para la reagrupación no son automáticos y en muchos casos se dilatan bastante tiempo. En lo que respecta a las estrategias de los migrantes, como se verá, la formación de «familias transnacionales» no se debe exclusivamente a la adaptación a las restricciones de la política migratoria por parte de los Estados receptores.

La exposición de estos problemas se dividirá en dos partes. En primer lugar, es preciso examinar los problemas específicos que se plantean en algunas prestaciones familiares con respecto al eventual requisito de residencia legal del beneficiario. En segundo lugar, se examinarán conjuntamente los requisitos de convivencia (que afectan incluso a prestaciones no estrictamente familiares) y la residencia del causante en las prestaciones familiares no contributivas (en adelante «ayudas por hijos»).

3.1. Problemas específicos en la consideración de la residencia del beneficiario

En las prestaciones por muerte y supervivencia es en principio el causante quien debe estar integrado en el sistema y reunir los requisitos de in-

clusión en el sistema, alta y, en su caso, período de carencia. En los casos en los que éste no tuviera la condición de residente legal, habrán de aplicarse los criterios señalados en el epígrafe anterior. Cabe plantearse, no obstante, si también debe exigirse algún requisito de residencia legal al beneficiario.

A este respecto, la LGSS no establece de manera expresa ninguna condición de residencia; es el causante el que, en principio, debe estar integrado en el sistema. Ciertamente, se exige que el beneficiario tenga una relación de parentesco —o situación asimilada— con el causante; además, en algunos casos se requieren otros requisitos que fundamentalmente se orientan a constatar o a presumir la situación de relativa dependencia económica respecto del beneficiario, o simplemente, la carencia de medios propios de vida [así, por ejemplo, arts. 174.3, 175.1, 175.2 y 176 LGSS], pero la residencia no aparece entre estas circunstancias requeridas. El único requisito que podría guardar una relación con la residencia sería la mención de la «convivencia» en los art. 174.3 LGSS (consideración de las parejas de hecho a efectos de la pensión por viudedad) y el art. 176.2 LGSS (pensión a favor de familiares), de la que me ocuparé más adelante. Así pues, en términos generales no hay ningún obstáculo para que los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular puedan beneficiarse de estas prestaciones siempre que el causante pueda generar el derecho correspondiente³¹. De hecho, la prestación se devengará también cuando el beneficiario resida fuera del territorio nacional, dado que no existe ninguna previsión expresa al respecto y, además, ello se desprende de los arts. 9.1 y 17.2 a) del Convenio 157 OIT de 1982 (ratificado por España el 11-9-1985) sobre conservación de derechos en materia de seguridad social³².

En las prestaciones enunciadas en el capítulo IX LGSS bajo la rúbrica de «familiares» y en las de maternidad y paternidad se produce una situa-

³¹ En este sentido, RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *op. cit.*, pág. 233; CEINOS SUÁREZ, A. *op. cit.*, pág. 437. No obstante, llama la atención que, en el caso enjuiciado por la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14-11-2007 (Ar. AS 2008\415), el INSS había desestimado la reclamación previa por no ser el beneficiario residente legal en España; el Tribunal no entra a conocer este aspecto, dado que finalmente la prestación se había desestimado por no existir matrimonio válido (se trataba de una pareja de hecho homosexual inscrita en la que uno de sus integrantes había fallecido antes de poder casarse conforme a la nueva regulación del matrimonio).

³² En cualquier caso, en todos los convenios bilaterales de seguridad social firmados por España se incluyen cláusulas de exportabilidad de las prestaciones contributivas (lo que afecta también a otras prestaciones que en principio se extinguirían con el cambio de residencia pues la ley lo establece expresamente). Pueden consultarse estos convenios en la siguiente URL:

<http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/NormasInternacional29636/Conveniosbilaterales/index.htm>

ción en cierto modo opuesta a la planteada en las prestaciones por muerte y supervivencia, dado que en aquéllas el énfasis en los requisitos subjetivos para el acceso a las prestaciones recae *prima facie* sobre el beneficiario en lugar de sobre el causante.

Concretamente, en los beneficios establecidos por el art. 180 LGSS, denominados por la ley «prestaciones familiares en su modalidad contributiva», el beneficiario debe estar integrado en el sistema de seguridad social a través del trabajo asalariado, resultando irrelevante a estos efectos la condición del causante. En lo que refiere a la eventual carencia de autorización para trabajar, debe tomarse en consideración que resulta prácticamente imposible que un trabajador en situación irregular pueda beneficiarse efectivamente de excedencias o de reducciones de jornada para el cuidado de familiares, por más que en términos teóricos la carencia de autorización no invalide el contrato en cuanto a los derechos del trabajador extranjero. Similares consideraciones deben aplicarse a las prestaciones de maternidad y paternidad

Mayores problemas produce *a priori* la condición de residencia en el llamado «nivel no contributivo de las prestaciones familiares», en el que la prestación deriva del reconocimiento de la «situación de necesidad» de un beneficiario residente legal derivada del incremento de las cargas económicas destinadas a satisfacer las necesidades de su familia y no del trabajo por cuenta ajena de este beneficiario o del causante. En primer término, es el beneficiario el que debe gozar de la condición de residente [art. 182.1 a), 185.2, 187 LGSS y art. 2.2 de la Ley 35/2007]. No obstante, a partir de la ley 52/2003 de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, el requisito de residencia en el territorio nacional se exige también para el causante en las prestaciones por hijo a cargo [art. 182.1 b) LGSS], lo que se analizará en el epígrafe siguiente. En cambio, en todas las prestaciones consistentes en una cantidad a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, sólo se requiere que el nacimiento se haya producido en España o que la adopción se haya constituido o reconocido por las autoridades españolas [arts. 185.1, 187 LGSS y art. 2.1 de la Ley 35/2007].

En otro orden de cosas, en las contingencias protegidas por estas prestaciones, lo más habitual es que existan dos potenciales beneficiarios, en tanto que en la mayoría de los casos son dos los progenitores que tienen a su cargo al causante. Así pues, cabe plantearse si el requisito de residencia se va a exigir a ambos o sólo a uno de ellos, y en este último caso si basta con que cualquiera de los padres reúna el requisito legal. A estos efectos hay que tener en cuenta que estas prestaciones por hijo a cargo o nacimiento o adopción de hijos no se conciben como derechos individuales de cada uno de los padres, sino que sólo pueden devengarse una vez por cada cau-

sante, de manera que sólo uno de los beneficiarios puede solicitar la prestación correspondiente (art. 189.1 LGSS y art. 30 RD 1335/2005 que regula las prestaciones familiares). El régimen jurídico relativo a la determinación del beneficiario varía de manera muy significativa en la prestación por nacimiento de hijo prevista en la reciente Ley 35/2007 respecto del resto de prestaciones (hijo a cargo, parto o adopción múltiples y nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas monoparentales o por madres discapacitadas), de manera que me ocuparé en primer lugar del régimen «común», para detallar más adelante los problemas especiales que produce la nueva regulación.

En este «régimen común», no existe en principio ninguna preferencia por el padre o la madre, de manera que cualquiera de los dos progenitores podrá percibir la prestación (así, por ejemplo, el art. 187 LGSS se refiere expresamente al «padre o madre»). De acuerdo con los arts. 11.2, 21 y 25 del RD 1335/2005 sobre prestaciones familiares, el beneficiario será la persona que los progenitores designen por acuerdo, presumiéndose su concurrencia cuando uno de ellos solicitara la prestación; asimismo, cuando los padres no «convivieran» (lo que parece referirse al mantenimiento de la relación más que a la cohabitación efectiva), la condición de beneficiario corresponderá únicamente a quien tuviera la guardia y custodia. En las prestaciones por parto o adopción múltiple, se prevé expresamente que ante la falta de acuerdo, la beneficiaria será la madre³³; esta «preferencia» por el sexo femenino puede resultar discutible en los términos que se discutirán más adelante, *mutatis mutandis*, pero no presenta particular relevancia, dado que es difícil que se produzca un desacuerdo entre los padres en este punto si no se ha roto su relación afectiva. En cualquier caso, esta preferencia por la madre no afecta a la exigencia de residencia legal del beneficiario puesto que, en tanto uno de los progenitores reúna el requisito de residencia, la unidad familiar tendrá derecho a la prestación correspondiente. En contraste con la claridad de la regulación en este aspecto, resulta llamativo que alguna práctica administrativa e incluso algún pronunciamiento judicial, exijan el requisito de residencia a los dos padres, a pesar de que sólo uno de ellos puede tener la condición de beneficiario, o, al menos compliquen innecesariamente los argumentos por los que se concede la prestación.

Este último es el caso de la STSJ de Murcia de 15-10-2001 (Ar. AS 2001\2352), que concede a un nacional de Marruecos residente legal en Es-

³³ Lo mismo se establece para la prestación por nacimiento de tercer hijo y sucesivos, actualmente desaparecida. En lo que refiere a la nueva prestación por nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas, monoparentales o con madres discapacitadas, habría de aplicarse en principio esta normativa en tanto no se produce la pertinente adaptación del reglamento.

paña la prestación por nacimiento de tercer hijo o sucesivos que había solicitado. Su esposa carecía de permiso de residencia, pero lo había solicitado en base al derecho de reagrupación familiar; la solicitud de permiso de residencia se había planteado antes que la relativa a la prestación de seguridad social, pero la resolución —que resultó ser positiva— se demoró más de un año. Curiosamente, el Tribunal se esfuerza por argumentar una posición que aparentemente se desvía de la literalidad de la ley en base a razones de «justicia material»: «[...] hemos de tener en cuenta que la normativa mencionada tiene como finalidad el apoyo a la familia, con base en las previsiones constitucionales, por lo que toda interpretación de sus normas ha de tener como meta una valoración esencialmente social [...] por lo que la demora en la tramitación y resolución del expediente de residencia por la autoridad administrativa correspondiente, no puede provocar la privación del derecho a la prestación interesada». No parece que fuera necesario este esfuerzo argumental para conceder la prestación cuando en realidad la legislación no exigía en aquel momento, ni exige actualmente, a pesar de las modificaciones que ha sufrido, que ambos padres sean residentes legales, de manera que el retraso en la tramitación de la reagrupación era irrelevante a estos efectos.

Este extremo sí que es advertido por la STSJ Andalucía, Málaga, de 26-4-2002 (Ar. AS 2002\2652), que expresamente señala que «[...] el precepto no exige que el requisito de residencia deba ser cumplido por ambos padres», también en un asunto relativo a una prestación por tercer hijo o sucesivos. Sin embargo, llama la atención que el Tribunal invoque este argumento «a mayor abundamiento», después de haber señalado que no consta en el proceso la ausencia de residencia legal de la madre. Asimismo, el órgano destaca otras circunstancias que influyeron en la resolución: de un lado el hecho de que el INSS había concedido la prestación por hijo a cargo, a pesar de que el régimen jurídico era idéntico a estos efectos y, de otro lado la condición de españoles que tenían tanto el solicitante, de origen nacional marroquí, como el recién nacido.

Respecto de la prestación por nacimiento o adopción de hijos regulada en la Ley 35/2007, la regla para determinar el beneficiario es significativamente distinta. Esta condición corresponderá, como regla general a la madre, salvo cuando ésta hubiera fallecido sin solicitar la prestación o en la adopción individual llevada a cabo por un varón; en el supuesto de adopción por parte de un matrimonio en el que los cónyuges tuvieran el mismo sexo, el beneficiario será determinado de común acuerdo entre éstos. Si lo desea, la beneficiaria podrá ceder al padre el derecho a la prestación, si éste cumple con los requisitos legales, pero sólo podrá hacerlo una vez le sea reconocido (art. 188 sexies LGSS).

En este caso, esta diferenciación jurídica basada en el sexo sí que tiene importantes efectos, al menos *a priori*, si se conjuga con la exigencia de residencia legal. En efecto, si hay dos progenitores, uno de ellos es español o extranjero residente legal y el otro es un extranjero que no reside legalmente en España, el acceso a la prestación dependerá del sexo del miembro de la pareja que resida legalmente en nuestro país: si es de sexo femenino, la pareja tendrá derecho a la prestación, mientras que si es de sexo masculino, no podrá accederse a ella, salvo que la filiación derive de la adopción por parte de un matrimonio entre dos varones; asimismo, si el padre es el único progenitor, tendrá derecho a la prestación, que en cambio no le correspondería si existiera una madre que no fuera residente legal. Algún autor ha calificado esta situación como discriminatoria hacia los varones y hacia la «familia heterosexual»³⁴. En mi opinión, la medida no es estrictamente «discriminatoria», pero, al menos si se interpreta de modo literal, resulta igualmente contraria al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE debido a su arbitrariedad.

La discriminación se configura por la concurrencia necesaria de dos elementos: de un lado, la adscripción a categorías sociales y de otro lado una diferencia de trato que potencialmente sitúa a las personas adscritas a estas categorías en una posición sistemática de desigualdad³⁵. La discriminación de los grupos sociales mejor situados en el sistema social total es posible cuando varía el contexto social de referencia (por ejemplo, un «español» puede ser discriminado en el seno de una «empresa étnica»), pero, en la mayoría de los casos las alegaciones de «discriminación inversa», es decir, de discriminación de los grupos mayoritarios en términos de poder, son erróneas porque no sitúan a las «mayorías» en una posición socio-jurídica de inferioridad en términos globales en el contexto de referencia; en algunos casos, tales diferencias de trato resultan lícitas, porque se tratan de medidas de acción positiva destinadas precisamente a reducir la desigualdad entre los grupos sociales; en otros casos, la diferencia de trato es arbitraria y por tanto contraria al principio de igualdad, pero no necesariamente discriminatoria en términos estrictos³⁶. En términos globales, esta diferencia de trato

³⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «La bidimensional ayuda por nacimiento y adopción y la mejora de las prestaciones familiares», *Aranzadi Social*, núm. 20/2007 (Ar. BIB 2007\2787), págs. 5-6 de la edición electrónica en la base de datos de Westlaw. Las «familias» en sí mismas no pueden ser titulares del derecho a no ser discriminado, por lo que supuesta discriminación de la «familia heterosexual» habría de reconducirse a una eventual discriminación individualizada por razón de orientación sexual.

³⁵ ÁLVAREZ ALONSO, D., y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *op. cit.*, *per totum*.

³⁶ A pesar de que el TC distingue doctrinalmente entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (que vincula a la existencia de grupos sociales en desventaja),

en concreto no sitúa sistemáticamente a los varones en una posición social desfavorable, lo que resulta especialmente claro en este caso, en el que la prestación económica se destina a compensar parcialmente el incremento de los gastos de la unidad doméstica derivados del nacimiento o adopción de un hijo; cuando los padres sean de distinto sexo, la obtención de la prestación dependerá de si es la mujer o el varón quien reside legalmente en España, circunstancia aparentemente arbitraria, pero que no tiende a reproducir sistemáticamente las desigualdades de poder entre los grupos sociales.

Tampoco puede afirmarse que la diferencia de trato se derive de la adscripción directa a la categoría social mayoritaria de «heterosexual», en tanto que en este caso el fundamento de la diferencia de trato no es la orientación sexual de los beneficiarios, sino el dato objetivo de que en la filiación por adopción en esta forma de matrimonio es manifiestamente imposible aplicar el criterio de que la prestación corresponde inicialmente a la «madre» (dado que hay dos madres o ninguna, dependiendo del sexo de los cónyuges). En todo caso, es precisamente este criterio de atribución de la prestación a la madre lo que resulta discutible, y no su inaplicación en un supuesto en el que carece de sentido; tal vez podría plantearse alguna alegación de discriminación indirecta, pero en este caso no parece necesario, dado que el impacto desfavorable sobre los varones heterosexuales (que constituyen una «mayoría» en términos de poder en el contexto en el que la norma se aplica) es incierto, mientras que en todo caso la diferencia de trato carece de toda justificación cuando se contempla en términos estrictamente individuales.

Parece claro que esta distinción por razón de sexo no se refiere estrictamente al sexo como condición biológica, sino como categoría social impregnada de significados sociales y culturales (es decir, como «género»). Sean cuales fueren los eventuales condicionamientos biológicos de la relación madre-hijo, cuando éstos se expresan en términos de conducta humana, aparecen inevitablemente teñidos de significados culturales, puesto que no existe ninguna conducta humana disociada de su contexto social. En este caso, desde luego, no existe un vínculo directo entre la condición biológica

en ocasiones utiliza —como el resto de los operadores jurídicos— impropia- mente la palabra «discriminación» para referirse a medidas simplemente inconstitucionales por su arbitrariedad. Más allá de la semántica, es importante tomar conciencia de la diferencia que existe entre unos y otros supuestos; así, BARRERE UNZUETA, M.A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, distingue con lucidez entre la igualdad como derecho individual y la discriminación grupal (pág. 23), remitiendo la llamada «discriminación inversa» con carácter general al derecho individual, a pesar de que en ocasiones utilice el término «discriminación individual» (págs. 31 y 94).

de «mujer»³⁷ y la percepción de una cantidad de dinero para subvenir el incremento de los costes de la unidad familiar; de hecho, esta asignación de la prestación a la madre se aplica también en el parentesco por adopción en los matrimonios heterosexuales. Tampoco puede argumentarse que la elección del legislador por la madre se deba a la ausencia de alternativas para determinar al beneficiario único, dado que estas alternativas, no sólo son concebibles, sino que se aplican efectivamente en los matrimonios del mismo sexo y en las demás prestaciones familiares. Más bien debe atribuirse a la expresión de una serie de pautas ideológicas fuertemente extendidas que siguen atribuyendo a la mujer la responsabilidad «originaria» en las funciones reproductoras, responsabilidad «originaria» que en todo caso pueden «transferir» al varón (*Cfr.* art. 188 *sexies* LGSS).

Ciertamente, en este caso la responsabilidad no se refiere propiamente a las tareas de cuidado de la familia, sino a la provisión de ingresos para abordar diversas necesidades económicas; en nuestra sociedad, esta provisión de ingresos ha correspondido en mayor medida al varón a través del trabajo asalariado (y las prestaciones contributivas para afrontar su imposibilidad de trabajo); sin embargo, en lo que refiere a la solicitud de prestaciones no contributivas para atender a los «fallos del mercado», el protagonismo en los roles tradicionales de género vuelve a corresponder generalmente a las mujeres, por motivos diversos. Es cierto que esta prestación no contributiva en concreto no despliega un efecto claro de «estigmatización» de la solicitante, dado que la misma cantidad económica de 2500 € se aplica como deducción fiscal en caso de que la beneficiaria (también mujer como regla general) tuviera recursos suficientes, de manera que no se atiende estrictamente a una situación de necesidad derivada de la insuficiencia de ingresos.

Se trata más bien de una medida de fomento de la natalidad que se dirige básicamente a las mujeres³⁸, probablemente porque se ha dado por supuesto que las bajas tasas de natalidad se deben básicamente a decisiones

³⁷ Para no complicar en exceso el argumento, hemos de asumir que la «condición biológica de mujer» es una categoría discreta, a pesar de que en algunos casos la determinación del sexo biológico presenta algunas ambigüedades (cuando existen diferencias en el «sexo» cromosómico, gonadal y genital), esto es, en supuestos biológicamente determinados de intersexualidad o en los de alteración cultural de rasgos sexuales. De hecho, la norma se refiere en realidad al sexo «determinado legalmente», de manera que las personas con sexo cromosómico masculino que hubieran modificado su «sexo» conforme a la Ley 3/2007 de rectificación registral del sexo de las personas podrían ser beneficiarios originarios de la prestación.

³⁸ «[...] Esto ha motivado algunas críticas, por tratarse de una medida dirigida a incentivar la natalidad y no a conciliar trabajo y familia (lo que hubiera justificado sin lugar a dudas que la ayuda se limitase a la mujer)», ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., «Una nueva perspectiva en la protección social de la familia (a propósito de la Ley 35/2007)», *TL*, núm. 94, 2008, pág. 160.

individuales de las mujeres; a mi juicio, se parte de un paradigma excesivamente individualista: el de la *femina oeconomica*, maximizadora de utilidades, sin analizar las pautas sociales estructurales que condicionan la toma de decisiones (como la corresponsabilidad del varón en las tareas familiares o la disponibilidad de servicios sociales como guarderías). Así, se pretende incentivar la decisión de tener hijos —remitida simbólicamente a las mujeres— a través del estímulo económico producido por la subvención. Esto, provoca un claro efecto de «peso muerto», dado que la cantidad se paga también a las personas que, de cualquier modo, habrían decidido tener hijos y que no tienen una especial carencia de ingresos; este efecto se reduciría o se suprimiría si se incidiera más directamente en las causas estructurales que condicionan la decisión de tener hijos. En el peor de los casos, al menos desde la finalidad de conseguir un mayor equilibrio de género en el mercado de trabajo y en las tareas reproductivas, la medida podría incluso desincentivar la actividad laboral femenina (aunque no parece que el efecto vaya a ser muy grande, debido entre otras cosas a su limitada cuantía). Por todo ello, la medida resulta criticable desde la perspectiva de género [Cfr. con la Disposición adicional sexta de la propia Ley 35/2007], no obstante lo cual, a mi juicio no resulta discriminatoria contra las mujeres, dado que el efecto perjudicial sobre este grupo social derivado de la cristalización legal de los estereotipos o del eventual desincentivo para el empleo resulta sumamente difuso.

De todo lo anterior puede colegirse que no existe ningún fundamento objetivo y razonable que justifique la denegación de la prestación a un extranjero residente legal por el hecho de que exista una madre que no sea residente legal, en tanto la prestación se concede cuando es la madre y no el padre quien reside legalmente en España, cuando el progenitor varón es único o cuando se trata de la adopción por un matrimonio homosexual en el que uno de los cónyuges es residente legal. Así pues, interpretada de este modo, la diferenciación habría de entenderse como arbitraria y por tanto contraria al principio de igualdad. Ahora bien, a mi juicio este resultado no ha sido «pretendido» por el legislador, sino que se trata más bien del «efecto secundario» de la aplicación mecánica y literal de una norma cuya única pretensión ha sido destacar simbólicamente el protagonismo originario de la madre en la reproducción de la familia³⁹; así pues, esta interpretación se

³⁹ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que este extremo fue advertido, al menos en parte, durante la tramitación parlamentaria. Así, la enmienda núm. 34 de IU (BOGC, 145-6, 9-10-2007, pág. 27) pretendía añadir al precepto el siguiente inciso «También será beneficiario el otro progenitor en aquellos supuestos en los que la madre no pudiera ser beneficiaria por no

desvía manifiestamente de las funciones sociales que la norma desempeña. Por ello entiendo que procedería en este caso una interpretación correctora que permitiera salvar la constitucionalidad del precepto, extendiendo la cobertura de la prestación a este supuesto aparentemente excluido.

3.3. Convivencia doméstica y residencia

Las prestaciones familiares de seguridad social tienen en cuenta a menudo la «convivencia» de los miembros de la unidad familiar, ya sea como requisito para el acceso a determinadas prestaciones, ya sea para el cómputo de los ingresos. Ello puede deberse básicamente a dos tipos de motivos.

En primer lugar, la «convivencia» opera a menudo como un elemento determinante en la propia definición o modelo ideal de «familia» o de «familia nuclear», que predomina en nuestro contexto cultural y en muchos otros, lo que termina expresándose en las normas jurídicas. En la mayoría de los casos, la «convivencia» es un requisito constitutivo básico de la propia existencia de una «pareja de hecho» o unión estable registrada⁴⁰. En el caso del matrimonio, dicha convivencia se presume *iuris tantum* (art. 69 Código Civil), dado que formalmente es una obligación jurídica de los cónyuges (art. 68 Código Civil). Asimismo, la patria potestad que los padres ejercen sobre sus hijos no emancipados asume que aquéllos tienen a estos «en su compañía» (art. 154 Código Civil). Por otra parte, en nuestro contexto cultural, la inclusión de los hijos emancipados o mayores de edad, así como de otros parientes (como ascendientes o hermanos mayores de edad) en el concepto más restringido, pero usual de «familia», se hace depender precisamente de este elemento⁴¹.

reunir los requisitos previstos en el apartado segundo de este artículo, siempre y cuando el otro progenitor sí reuniese esos requisitos con excepción de el del sexo». Esta circunstancia, por supuesto, no es determinante para interpretar la voluntad del legislador, pero desde luego tiene un cierto valor retórico frente a la interpretación que aquí propongo.

⁴⁰ Así, por ejemplo, la Ley 5/2002 de Andalucía de parejas de hecho exige en su art. 3.1 la convivencia; el cese efectivo de ésta por duración superior a un año determina la disolución de la pareja [art. 12.1 a)]. En muchos casos se exige además un período de convivencia previo. La excepción «que confirma la regla» viene dada por la Ley 2/2003 del País Vasco sobre parejas de hecho, que no se refiere a la convivencia como requisito constitutivo de la relación (menciona únicamente la existencia de una relación afectivo-sexual) ni determina la disolución de ésta relación por su cese continuado; de hecho, en su artículo 6.2 a) 2 c) asume la posibilidad de que no exista convivencia.

⁴¹ Así, la primera acepción de «familia» recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se refiere a un «grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas».

En segundo lugar, la «convivencia» opera habitualmente como criterio definitorio de la unidad económica doméstica, es decir, de la «familia» como unidad de consumo, de cobertura de riesgos sociales y, en su caso, como unidad de producción⁴². Así pues, cuando existe convivencia, se presume a menudo que los ingresos obtenidos por los miembros de la unidad doméstica se redistribuyen entre ellos y, por tanto, que existe una relación de dependencia económica entre las personas que no obtienen ingresos (u obtienen ingresos insuficientes) y el resto de los componentes de la «familia». En cambio, no siempre se presumen estos mecanismos redistributivos cuando la convivencia no existe, aún cuando subsiste la obligación civil de prestar alimentos (*Cfr.* art. 149 Código Civil) y de hecho, éstos se presten a menudo en base a pautas culturales y sociales.

En la práctica, este modelo ideal se diluye a menudo debido a factores sociales diversos, entre los que se encuentran las migraciones laborales de carácter nacional o internacional; en tales casos, la ausencia de convivencia en términos generales resulta socialmente admitida, pero se considera una anomalía que viene impuesta por las circunstancias (aunque sea relativamente común) y que tiene un carácter coyuntural (aunque se prolongue durante varios años). Esta relativa disociación entre el patrón ideal de convivencia y las prácticas reales de la unidad doméstica no es de ningún modo una particularidad del mundo moderno⁴³, pero se intensifica de manera muy signi-

⁴² Aunque la unidad doméstica basada en el parentesco es la unidad básica de producción en la mayor parte de las sociedades tradicionales, en las economías capitalistas ha sido casi completamente sustituida en estas funciones por la «empresa». Al margen de otras funciones sociales, el papel «puramente» económico de la familia se centra especialmente en su función como unidad de consumo, dadas las transferencias patrimoniales y los mecanismos de reciprocidad y redistribución que se producen en su seno, que atienden a determinadas situaciones de necesidad. Ahora bien, el papel de la «familia» como unidad de producción no ha desaparecido completamente y, de hecho, el concepto de «empresa familiar» adquiere una cierta relevancia con la revalorización de las pequeñas empresas que se produce tras la crisis del fordismo; así, por ejemplo, el art. 1.3 e) ET excluye de su ámbito de aplicación los «trabajos familiares» definidos conforme a un requisito de convivencia, ya que se presume que en estos casos no existe ajenidad.

⁴³ En este sentido, por ejemplo, SEGALÉN, M., *Antropología histórica de la familia*, Taurus, 1992, págs. 50-51 se refiere a las migraciones estacionales de los antiguos campesinos franceses en regiones de montaña —a veces muy largas e incluso definitivas— como factor de inestabilidad del grupo doméstico (definido por razón de la convivencia en la pág. 38). En algunos casos, debido a estas distorsiones, se prefiere excluir el requisito de residencia común de la «unidad doméstica» como categoría analítica «En nuestro análisis vamos a partir de la definición de Word, según la cual la unidad doméstica o casa “es un grupo que asegura su mantenimiento y reproducción generando y disponiendo de unos ingresos comunes” [...] con respecto a la coresidencia tenemos que decir que, con respecto al trabajo dentro del sector

ficativa con el conjunto de procesos socioeconómicos que llamamos «globalización»⁴⁴. En efecto, el progreso en las tecnologías de transporte, información y comunicación ha permitido un importante incremento de los flujos de comunicación y de los intercambios económicos más allá de las fronteras de los Estados-nación; los migrantes no se limitan a asimilarse a la sociedad de acogida, sino que mantienen con sus países de origen o con personas originarias de éstos países que han emigrado a otros Estados, una comunicación constante, así como toda una serie de relaciones económicas, principalmente a través de las «remesas», pero también a través de la importación o exportación de productos o la inversión.

Las relaciones de parentesco despliegan una indudable importancia en estas redes transnacionales de relaciones interpersonales y económicas. De hecho, existen numerosas familias nucleares o unidades domésticas «transnacionales», que se caracterizan por el hecho de que sus miembros se sitúan al menos en dos Estados-nación⁴⁵. Esta configuración «transnacional» de las unidades domésticas viene favorecida por el citado progreso de los transportes y las comunicaciones, así como por la existencia de redes de familia extensa, que cubren la ausencia de los migrantes en tareas como el cuidado de los hijos, pero deriva en último término de la adopción de diversas estrategias por parte de los migrantes y sus familias. Estas estrategias pueden atender a muy diversas finalidades: adaptación a las restricciones de la política migratoria de los Estados receptores, consideración de los costes más bajos de reproducción de la familia (alimentación, consumo, vivienda, etc.) en los países más pobres, «protección» de los hijos respecto de actitudes xenófobas o de otras formas de exclusión social (como la integración en bandas juveniles) o incluso intento de evitar el contacto cultural con las pautas dominantes en la sociedad receptora de las personas que ocupan un papel

informal, con su relación muy íntima con los procesos migratorios, el considerar la coresidencia como un elemento fundamental de la noción de unidad doméstica puede llevar consigo empobrecer enormemente el análisis», MARTÍNEZ VEIGA, U., «El otro desempleo: el sector informal», en AAVV (comp. P. Moreno Feliú), *Entre las gracias y el molino satánico: lecturas de Antropología Económica*, UNED Ediciones, 2004, págs. 443-444.

⁴⁴ Para una revisión de las investigaciones planteadas desde la perspectiva del «transnacionalismo», Vid. SÁNCHEZ MOLINA, R., *Mandar a traer. Antropología, migraciones y transnacionalismo: salvadoreños en Washington*, Editorial Universitat, Madrid, 2005, págs. 41-47.

⁴⁵ SALAZAR PARRENAS, R., *Servants of Globalization: Women, Migration and Domestic Work*, Sanford University Press, Palo Alto, 2001, pág. 80; así, por ejemplo, se constatan períodos de hasta 16 años de separación entre una madre y sus hijos (pág. 108). Vid., asimismo, SÁNCHEZ MOLINA, R., *op. cit.*, págs. 123-135.

subordinado en la familia, manteniendo así la desigualdad en las relaciones familiares ⁴⁶.

En la medida en que el legislador tome en consideración la «convivencia familiar» en la definición de las situaciones de necesidad protegidas por la seguridad social, estará desconociendo la dispersión de los miembros de la unidad doméstica por el territorio nacional y más allá de las fronteras del Estado (en unidades de carácter transnacional). Este desconocimiento perjudicará los intereses de los inmigrantes y emigrantes cuando no tome en consideración las cargas económicas familiares reales, pero podría llegar a beneficiarlos si se refiriera al cómputo de ingresos totales de la unidad, aunque este efecto parece menos significativo. Ambos efectos resultan en principio disfuncionales, salvo que sean pretendidos por el legislador.

En este sentido, la eventual oposición del legislador a la consideración de las cargas familiares que traspasan las fronteras del Estado podría atribuirse al carácter territorial que básicamente caracteriza a los sistemas de seguridad social. Éstos se configuran para producir cohesión social en marco del territorio de un Estado-nación; las disfunciones sociales producidas más allá de sus fronteras en principio no afectarían a la legitimidad y función social del poder estatal. En este sentido, el Estado podría no estar dispuesto a sufragar los costes de reproducción de la fuerza de trabajo extranjera que utilizan las empresas nacionales, si no incide en su propia consistencia como estructura política ⁴⁷. Ciertamente, estos argumentos pierden intensidad a medida que se incrementan las conexiones transnacionales, desdibujando la representación de las «sociedades» como compartimentos estancos articulados en torno a la estructura de poder político del Estado. De un lado, la situación económica real del inmigrante depende verdaderamente de los compromisos asumidos con los miembros de su familia que permanecen en el país de origen (aunque, efectivamente, los costes de reproducción de la familia son generalmente más reducidos); de otro lado, puede ser creciente la percepción social de la «injusticia» de esta desigualdad de trato que produciría un impacto indirecto desfavorable respecto de los extranjeros (aunque también puede afectar a los emigrantes españoles). De hecho, en determinados casos la diferencia podría resultar discriminatoria en términos constitucionales o de derecho comunitario.

⁴⁶ Vid. SALAZAR PARRENAS, R., *op. cit.*, págs. 80-81, 106-108; SÁNCHEZ MOLINA, R., *op. cit.*, págs. 127-134.

⁴⁷ «While receiving countries need the low-wage labor of migrants, they want neither the responsibilities nor costs of the reproduction of these workers», SALAZAR PARRENAS, P, pág. 107. De hecho, el ahorro de estos costes de reproducción es una de las ventajas del uso de mano de obra inmigrante.

En cualquier caso, esta posible finalidad restrictiva del Estado operaría con mayor fuerza en las prestaciones no contributivas. En las de carácter contributivo, por más que éstas se dirijan también a la cobertura de situaciones de necesidad en el marco de un sistema de reparto, la lógica de la aportación individual hace menos aceptable la pérdida de la prestación debido a la falta de convivencia. En este sentido, por ejemplo, los convenios bilaterales de seguridad social firmados por España prevén la exportabilidad de las prestaciones contributivas hacia los Estados firmantes.

En sentido más amplio, el Convenio 157 OIT sobre conservación de derechos de seguridad social establece en su art. 1 g) que «[...] cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado» y en su art. 1 h) «[...] cuando la legislación defina o reconozca como sobrevivientes únicamente a las personas que hubieren vivido bajo el mismo techo que el difunto, se reputará cumplido este requisito cuando dichas personas hubieren estado principalmente a cargo del difunto»; el texto se refiere a la definición de «miembros de familia» o «sobrevivientes» a efectos del Convenio, es decir, a efectos de la inclusión en su campo de aplicación en los arts. 3.1 y 4.1 b). Estas normas permiten sostener una tendencia hermenéutica general favorable a la falta de exigencia del requisito de convivencia en la interpretación de la legislación nacional, pero debe tomarse en consideración que su carácter directamente vinculante es relativamente limitado; en base al art. 9.1 del Convenio, la garantía del pago al margen del país de residencia es clara en los supuestos de invalidez, vejez, muerte y supervivencia, indemnizaciones por fallecimiento y accidentes de trabajo. En el resto de las prestaciones previstas en el art. 2.1 de este Convenio 157 (incluyendo las denominadas «familiares»), se depende de los futuros acuerdos bilaterales que los firmantes «deben esforzarse» en desarrollar.

En nuestro ordenamiento de seguridad social, la convivencia no sólo se tiene en cuenta en las prestaciones que hemos denominado «familiares», esto es, las que atienden específicamente las necesidades de la familia. Ello es así porque el Estado en muchos casos asume un papel subsidiario respecto de la familia en la cobertura de los riesgos sociales; en estos casos, para definir las situaciones de necesidad computa los ingresos familiares de la unidad doméstica en lugar de los individuales. Esto sucede de manera muy marcada en las pensiones no contributivas de invalidez [arts. 144. 1 d), 144.2, 144.3 y 144.4 LGSS] y jubilación (arts. 167.1 y 167.2 LGSS), exigiéndose expresamente la convivencia (lo que termina beneficiando a los migrantes en relación con sus ingresos familiares reales).

Una perspectiva distinta respecto de la unidad económica familiar se adopta en las prestaciones por desempleo, afectando a la situación protegida en el nivel asistencial [arts. 215.1.1 a), 215.1.2 a), 215.2 LGSS] y a la cuantía, tanto en el nivel contributivo (art. 211.3 LGSS) como asistencial (art. 217.2 LGSS). En este caso, se contempla al desempleado como el sostenedor de la unidad económica, razón por la cual se toman en consideración los hijos o familiares «a cargo» y (en el nivel asistencial) la existencia o no de «responsabilidades familiares». En este último caso, la definición de estas responsabilidades (215.2 LGSS) vuelve a tomar en consideración los ingresos totales de la unidad familiar, pero por lo demás, en materia de desempleo la eventual consideración de la «convivencia» perjudicaría a las familias transnacionales. A la hora de referirse a los «hijos a cargo» o a las «responsabilidades familiares» la ley no hace ninguna mención a la convivencia, que, por el contrario, sí que aparece, en los arts. 4.3, 18.1 y 18.3 del RD 625/1985 que desarrolla la prestación por desempleo; este requisito puede suplirse por el sostenimiento económico, pero, en el nivel no contributivo, la literalidad del artículo parece remitirse a la existencia de una obligación de alimentos declarada judicialmente. En este contexto, el Tribunal Supremo ha interpretado reiteradamente y en unificación de doctrina, en base al propio texto de la ley y al convenio 157 OIT, que cuando el solicitante estuviera verdaderamente sosteniendo a otros miembros de su familia en el extranjero no podrá exigirse el requisito de convivencia⁴⁸.

En lo que refiere a las prestaciones familiares propiamente dichas, la circunstancia de la «convivencia» se aplica asimismo a finalidades diversas:

- a) En el auxilio por defunción previsto en el art. 173 LGSS opera simplemente para determinar los familiares de los que se presume que se han hecho cargo de los gastos del sepelio, de manera que el requisito no resulta especialmente relevante (se establece además una aparente diferencia en la cuantía que hoy resulta inaplicable).
- b) En varios supuestos, la convivencia opera básicamente como elemento de definición de la «familia» misma a los efectos de cada prestación:
 - En primer lugar, funciona como elemento definitorio de la «pareja de hecho» a efectos de reconocimiento de pensión de viu-

⁴⁸ SSTS 11-4-2000 (Ar. RJ 3435\2000) y 3-5-2000 (Ar. RJ 6619\2000). Se ocupan de analizar estas sentencias en Mercader Uguina, J., *op. cit.* págs. 1169-1171; MIRANDA BOTO, J.M., «La convivencia de familiares de trabajadores extranjeros como requisito para la obtención de prestaciones en la jurisprudencia nacional y comunitaria», en AAVV, *Derechos y libertades*, *op. cit.*, págs. 1335 y ss., en este último caso, contrastándolo con la jurisprudencia comunitaria relativa al Acuerdo CEE-Marruecos.

edad (174.3 LGSS)⁴⁹; este requisito en sí mismo parece en principio razonable, en el marco de una regulación por lo demás demasiado estricta⁵⁰. No obstante, se produce un perjuicio a los migrantes al exigir que esta convivencia sea inmediata al hecho del fallecimiento. Este requisito resulta a mi juicio excesivo, dado que ya se exige un período muy largo de convivencia, de manera que ya se garantiza una cierta estabilidad para la pareja. Este período podría haberse visto interrumpido de manera relativamente involuntaria precisamente por las circunstancias del proceso migratorio, sin que hubiera una ruptura de la relación (y en todo caso, en el caso de matrimonio esta eventual ruptura no impide radicalmente la percepción de la prestación).

- En segundo lugar, la «convivencia» es uno de los requisitos exigidos a determinados parientes para beneficiarse de las prestaciones de muerte y supervivencia a favor de familiares. En concreto, el requisito se aplica a los «nietos y hermanos» menores de edad o incapacitados [22.1.1 c) Orden de 23-2-1967 sobre prestaciones de muerte y supervivencia]; a las «madres y abuelas», solteras, viudas o casadas con incapacitados para el trabajo [22.1.2 b) de esta Orden]; a los «padres y abuelos» mayores de 60 años o incapacitados para el trabajo [22.1.3 b) de la Orden] y a los «hijos o hermanos» de beneficiarios de pensiones de jubilación e invalidez, que fueran mayores de 45 años, solteros, divorciados o viudos, carecieran de recursos propios y se hubieran dedicado de manera prolongada al cuidado del causante [art. 176.2 a) LGSS]. En estos casos puede advertirse como la convivencia se convierte en un elemento básico para definir a los miembros de la familia nuclear más allá del cónyuge, pareja de hecho o hijos incluidos por su edad en el ámbito de la prestación de orfandad.

⁴⁹ El tiempo de convivencia se considera también como un criterio para la división de la pensión de viudedad entre distintas parejas en caso de separación y divorcio. En este caso, no se exige que la convivencia haya tenido lugar en España, por lo que la norma no tiene un impacto distinto sobre los extranjeros.

⁵⁰ Estas restricciones, por cierto, no son irrelevantes si se examinan desde la perspectiva de la extranjería. Tómese en consideración, por ejemplo, que el matrimonio entre personas del mismo sexo está admitido en muy pocos países, pero son más los que permiten el registro de estas parejas como «uniones de hecho».

La STSJ de Cataluña de 3-7-2002 (Ar. AS 2002\2987) deniega la prestación por muerte y supervivencia solicitada por la madre, residente en Marruecos, respecto de su único hijo soltero, que trabajaba en España y la sostenía económicamente a través de remesas, fallecido en accidente de trabajo, por faltar el requisito reglamentariamente previsto de convivencia. El órgano de instancia había considerado suficiente a estos efectos la permanencia de una relación directa y frecuente, dado que además se consideró probada la dependencia económica de la solicitante; sin embargo, el Tribunal desautoriza en suplicación esta interpretación. En la argumentación parece detectarse un rastro de la concepción ideológica de la convivencia como un requisito esencial de la unidad familiar a la que me he referido con anterioridad, puesto que en las razones para denegar la prestación subraya la posibilidad de la reagrupación familiar; ello no sólo supone un cierto desconocimiento de la práctica administrativa en la reagrupación de ascendientes (que no es ni mucho menos automática), sino que parece implicar una especie de «carga moral» para la madre, de desplazarse a España con el hijo del que depende económicamente, para disfrutar de la eventual — e inesperada— prestación de muerte y supervivencia por el fallecimiento de su hijo.

En todo caso, el principal motivo por el que el Tribunal exige la convivencia no es la posibilidad de la reagrupación, sino la exigencia expresa de este requisito en la Orden de 23-2-1967 que regula la prestación. No obstante, esta exigencia expresa debe conciliarse con las previsiones del Convenio 157 OIT. El Tribunal descarta la aplicabilidad de esta norma internacional aduciendo que el supuesto no estaba incluido en su ámbito de aplicación, dado que en su art. 3 se refiere a «[...] los casos en que el sistema internacional de conservación de derechos establecido por este Convenio imponga tomar en consideración la legislación de un Miembro que no sea aquel en cuyo territorio residan habitual o temporalmente». No explica, sin embargo, por qué no puede subsumir el caso enjuiciado en este art. 3, dado que consideró probado que la solicitante residía habitualmente en Marruecos, que estaba aplicando la legislación española y que el art. 9.1 del propio Convenio establece un sistema de conservación de derechos con independencia de la residencia en los casos de supervivencia y accidente de trabajo entre otras causas y además, se trata de una prestación contributiva, por lo que

no puede operar la excepción del art. 9.4 a) del Convenio. Así pues, a mi juicio, el Convenio 157 OIT impide que en todos estos casos se tome en consideración la «convivencia» entendida en sentido estricto como «cohabitación» en la misma residencia; no obstante lo anterior, el art. 176.2 LGSS se refiere a un supuesto muy concreto, en el que el beneficiario ha estado prestando un cuidado constante al causante, lo que dificulta enormemente o incluso imposibilita su aplicación entre miembros de la familia que residen en países distintos.

- En tercer lugar, la convivencia se convierte en un elemento definitorio de las «familias monoparentales», de acuerdo con el art. 185.1 LGSS. Esta circunstancia en sí misma considerada no tiene ningún impacto particular sobre los extranjeros, dado que se integra en una prestación de pago único para el nacimiento de hijos en territorio español o su adopción en España.
- c) En otro orden de cosas, también en algunas las prestaciones familiares no contributivas se utiliza la convivencia como elemento definitorio de la unidad doméstica a efectos de determinar los ingresos totales, como sucede en otras prestaciones asistenciales; de acuerdo con los arts. 182.1 c) y 185.2 LGSS, en las prestaciones por hijo a cargo o por nacimiento de hijos en familias numerosas la convivencia entre los padres supone la toma en consideración de sus ingresos de manera conjunta para determinar si superan el umbral máximo y por tanto pierden el derecho a la prestación. Interpretada literalmente, la referencia a la «convivencia» podría beneficiar a las familias transnacionales en algunos supuestos. No obstante, a mi juicio, la expresión «convivencia» se utiliza aquí simplemente para indicar que la relación entre los padres, y por tanto, la unidad económica familiar, no se ha roto.
- d) Por último, en las prestaciones por hijo a cargo, la convivencia o la residencia del causante pueden operar al mismo tiempo para definir la unidad económica familiar y para que el Estado se ocupe únicamente de proteger situaciones de necesidad que se producen estrictamente en su territorio (ignorando las conexiones transnacionales).

El art. 182 LGSS no exige expresamente la «convivencia» en la determinación de los «hijos a cargo», pero sí que lo hace el art. 9.1 del RD 335/2005 sobre prestaciones familiares; la convivencia —que no se rompe por separaciones transitorias, por ejemplo, causadas por estudios— se añade al requisito de dependencia económica y, de hecho, el primer elemento permite presumir el segundo. También el reglamento anterior, ya derogado (RD 565/1991) se refería también a la convivencia en el concepto de «hijo a car-

go». Se trata pues, en principio, de una situación similar a la que se plantea en el desempleo no contributivo.

De hecho, sobre ella también se ha pronunciado, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, en su sentencia de 21-3-2003 (Ar. RJ 2003\1989), en el mismo sentido favorable a la consideración de que el concepto de «hijo a cargo» no exige la cohabitación. Aunque en este caso el solicitante era de nacionalidad marroquí y en el proceso se había invocado el Acuerdo CEE-Marruecos, en realidad el TS centra sus argumentos, una vez más, en la falta de referencia expresa de la norma de rango legal y en el Convenio 157 OIT, citando asimismo sus dos sentencias anteriores en materia de desempleo. En esta sentencia hace, además, una interesante reflexión sobre la funcionalidad de la norma «[...] su intención ha sido prescindir de una condición cuya exigencia constituiría un mero obstáculo formal a la concesión de la prestación litigiosa, pues la finalidad de ésta no es en ningún caso fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a la subsistencia de personas con nullos o escasísimos recursos económicos». Ciertamente, es importante reseñar que la finalidad de la norma es la protección económica de las familias y no el fomento de la convivencia familiar, dado que, como se ha visto, a veces parece deslizarse entre los argumentos judiciales una especie de deber moral y difuso de convivencia de los miembros de la unidad económica familiar. A esta sentencia del TS han seguido otras resoluciones judiciales en el mismo sentido, que se referían también a países con los que no existe acuerdo en materia de Seguridad Social⁵¹.

Tras esta sentencia, se ha modificado el régimen jurídico de las prestaciones por hijo a cargo; a estos efectos, la ley sigue sin hacer ninguna referencia directa al requisito de convivencia, pero el reglamento del año 2005, como ya se ha mencionado, a pesar de lo señalado por la jurisprudencia, sigue exigiéndolo. En todo caso, se ha incorporado en el art. 182.1 b) de la LGSS, así como al propio reglamento [art. 10.1 b)] un nuevo requisito, el de la residencia del causante en España, que termina por vaciar de contenido toda esta doctrina del TS. En este caso, el problema se traslada claramente de la definición de la unidad económica familiar a la voluntad del Estado de cubrir únicamente situaciones de necesidad existentes en su territorio, por más que las cargas familiares en el extranjero afecten al inmigrante en territorio español. A mi juicio, aunque este «retroceso» del legislador contradice el «espíritu» del Convenio 157 OIT, en este punto el Convenio no

⁵¹ SSTSJ Cataluña, de 3-11-2005 (Ar. AS 2006\307, referido a Argelia) y 19-4-2006 (Ar. AS 2006\2872 referido a Pakistán), además de STSJ Cataluña, de 2220-11-2003 (Ar. AS 4228\2003)

despliega un efecto directo de suficiente entidad como para imponerse sobre la norma de rango legal, más allá de lo que pudiera preverse los futuros convenios bilaterales.

4. CONCLUSIONES

La valoración de la integración general de los migrantes y sus familias en el sistema español de seguridad social debe ser, en principio positiva, dada la acusada tendencia expansiva del sistema, que de esta manera se adapta a la creciente importancia que el fenómeno migratorio ha cobrado en nuestro país. En primer lugar, se ha abandonado radicalmente el criterio de «nacionalidad», sustituyéndose a grandes rasgos por el de residencia legal, que se convierte en el núcleo de un nuevo concepto de ciudadanía social. En segundo lugar, esta «ciudadanía social» se ha expandido hasta cierto punto a los inmigrantes irregulares, atribuyéndoles el derecho a percibir las prestaciones de seguridad social que pudieran corresponder del ejercicio de un trabajo asalariado, aún sin autorización para ejercerlo. Resulta, empero, criticable la falta de claridad y precisión con la que han operado estos cambios y que se concreta básicamente la ambigüedad del art. 36.3 en cuanto a las prestaciones contributivas, la indeterminación de las «prestaciones sociales básicas» a las que tienen derechos los extranjeros en situación irregular y la falta de derogación formal del requisito de nacionalidad en las prestaciones no contributivas, a pesar de que resulta inaplicable y de que, además, introduce discriminaciones raciales. Gran parte de esta ambigüedad se debe seguramente a la dificultad para encontrar un punto de equilibrio entre finalidades parcialmente contrapuestas.

En todo caso hay que constatar que el legislador no ha establecido una política coherente y sistemática en lo que refiere a los problemas específicos que se producen en las prestaciones familiares, derivados de la diversidad de sujetos implicados y de la introducción de la circunstancia de la convivencia en la determinación de la unidad económica familiar. En términos generales, no hay una postura clara y sistemática del legislador ante la generalización de las unidades familiares transnacionales o con distintos estatus de residencia en el país, de manera que la mayoría de los problemas jurídicos que se plantean se resuelven acudiendo al silencio del legislador o bien a confusas referencias a la «convivencia» que normalmente no están concebidas para aplicarse a estas familias; los resultados de este desconocimiento en ocasiones son claramente disfuncionales (por ejemplo, en la nueva prestación establecida por la Ley 35/2007). Ciertamente, es muy importante que España haya sido uno de los pocos países que han ratificado el Convenio



157 OIT, que resulta también relevante en la resolución de estos problemas, pero ello no se debe a un mecanismo adaptativo ante la intensificación de la inmigración en nuestro país, dado que se produjo en fechas muy tempranas. Cuando el legislador se ha pronunciado expresamente —en el caso de las prestaciones por hijo a cargo— se observa un cierto retroceso en el reconocimiento de conexiones internacionales. Sería deseable, por tanto, una política jurídica más sistemática y clara, que partiera de un conocimiento previo de la realidad social y que tuviera al menos un cierto nivel de apertura a estas conexiones internacionales y a la situación de las familias integradas por miembros con distintos estatus respecto de la residencia, con objeto de maximizar la finalidad de integración social que configura estas prestaciones. En este contexto, se observa un cierto esfuerzo de los Tribunales de justicia en superar las trabas formales que dificultan de manera poco justificada el cumplimiento de esta finalidad integradora, pero, en ausencia de esta política legislativa global y coherente, presenta algunas debilidades en su argumentación, problema que se acrecienta porque el tratamiento doctrinal de estos problemas específicos es relativamente escaso.





LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL CON LA VIDA PRIVADA (PERSONAL, FAMILIAR Y SOCIAL) DEL TRABAJADOR EN ITALIA *

MANUEL MAIRAL JIMÉNEZ

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad de Málaga
Jefe de Servicio de Administración Laboral Junta de Andalucía*

EXTRACTO Palabras Clave: Conciliación vida laboral, Derecho Comparado

La finalidad del presente trabajo es analizar el régimen jurídico italiano en materia de conciliación de la vida laboral del trabajador con otras esferas básicas de su vida privada, así como la necesaria flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo para hacerlas compatibles, tanto en su vertiente personal (formación, ocio, gestiones personales imprescindibles e indelegables), como familiar (embarazo, maternidad/paternidad, cuidado de hijos menores), o social (eventos sociales).

Para conseguir esa conciliación, el legislador italiano, junto a la normativa obligada por la necesaria transposición al ordenamiento jurídico italiano del marco legislativo emanado de la Unión Europea sobre esta materia, que es similar a la de los restantes países comunitarios, ha ensayado otras posibles soluciones propias, como la innovadora regulación de los tiempos de las ciudades, así como el también novedoso instrumento jurídico, introducido por la negociación colectiva, denominado «bolsa de horas». Por último, los poderes públicos italianos han promovido la creación de guarderías infantiles, públicas y empresariales, como instrumento fundamental para la conciliación, mediante la oferta de financiación pública.

ABSTRACT Key Words: Work and family life conciliation, Comparative Law

The present study aims to analyse the Italian judicial regime between family and professional life conciliation including other dimensions of the basic private life. Besides, the flexibility needed while managing working time to be compatible with professional/career development (training, leisure, administrative and personal non-transferable issues) as well as family (pregnancy, maternity/paternity, baby-child care) or social (social events).

In order to achieve such conciliation, the Italian legislator, along with the laws imposed by the EU as regard the transposition of the Italian judicial legal framework on this issue, which is the same as in other EU members, have already implemented and tried other solutions such as timing regulation in cities. Besides, it was presented a new judicial instrument named “hours bag” introduced as a result of a collective bargaining process. Finally, and with public funding, the Italian public entities have fostered the creation of child-care centres, both public and private, as a main instrument to conciliation between family and professional life.

* El presente trabajo de investigación ha sido realizado en el marco del grupo de investigación de la Universidad de Málaga SEJ-347, sobre «Tiempo de trabajo», con motivo de una estancia en la Universidad de La Sapienza de Roma, con una beca de la Universidad malacitana, durante el mes de julio de 2006, bajo la dirección del profesor Francesco Liso y la especial colaboración de la profesora Roberta Bortone. A ambos mi sincero agradecimiento, así como a la profesora Rosa Quesada por haber propiciado dicha estancia.

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES
2. NORMATIVA FUNDAMENTAL EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y LA VIDA PERSONAL/FAMILIAR DE LOS TRABAJADORES
 - 2.1. La ley n. 53/2000, de 8 de marzo
 - 2.2. El Decreto legislativo núm. 151, de 26 de marzo de 2001
3. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y LA VIDA FAMILIAR DE LOS TRABAJADORES
 - 3.1. Tutela de la salud de la mujer trabajadora embarazada
 - 3.2. Permiso de maternidad
 - 3.3. Permiso de paternidad
 - 3.4. Permiso parental
 - 3.5. Permisos por enfermedad del hijo
 - 3.6. Guarderías infantiles
4. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL CON LA FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES
 - 4.1. Permisos para la formación
 - 4.2. Permisos para la formación continua
5. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y LA VIDA PERSONAL DE LOS TRABAJADORES
 - 5.1. Tiempo para el trabajo y tiempo para el trabajador
 - 5.2. Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo
 - 5.2.1. Trabajo a tiempo parcial
 - 5.2.2. Teletrabajo
 - 5.3. Flexibilidad horaria
 - 5.3.1. Bolsa de horas
 - 5.4. Tiempos de las ciudades
6. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL CON LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR DE LOS TRABAJADORES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. ANTECEDENTES

Italia se encuentra entre los primeros países de la Unión Europea en dotarse de una legislación que hace posible conciliar los tiempos de vida personal y los tiempos de trabajo. Así, mientras que el tema de la conciliación entre la vida laboral y la vida privada, personal y familiar, comienza a entrar en la agenda europea y en los documentos oficiales de la Unión al comienzo de los años noventa del pasado siglo, cuando en marzo de 1992 el Consejo recomienda a los estados miembros adoptar y alentar progresivamente iniciativas que permitan a las mujeres y a los hombres conciliar su responsabilidad profesional con las familiares y educativas derivadas de la custodia de sus hijos (Recomendación 92/241/CEE), la legislación italiana se preocupa ya en los años setenta de proteger a la mujer, en cuanto trabajadora y madre, con dos importantes leyes: la ley n. 1204/71, de 30 de diciembre, sobre la tutela de las madres trabajadoras, y la ley n. 903/77, de 9 de diciembre, sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de trabajo, si bien tardará veinte años en pasar de la mera protección legal de la maternidad a las acciones positivas, con la ley n. 125/91, de 10



de abril, sobre acciones positivas para la consecución de la igualdad hombre-mujer en el trabajo, que ha reconocido acciones positivas para la promoción de la igualdad de oportunidades a favor de las mujeres, con el fin fundamental de favorecer su presencia en empleos cualificados y en los sectores en los que estén menos representadas; o la ley n. 215/92, de 22 de febrero, que promueve la actividad emprendedora femenina, con ayudas económicas específicas, en el ámbito del trabajo autónomo¹.

Sin embargo, a finales de los años ochenta del pasado siglo comienzan en Italia procesos de innovación que tienen en consideración también el tiempo. Con la propuesta de ley de iniciativa popular, impulsada por mujeres de izquierda, «Las mujeres cambian los tiempos»², en 1990, ellas afirman que conciliar los horarios de trabajo con los tiempos de cuidado de la familia y con tiempo para sí mismo no es un problema privado, sino que es un problema público, político. De esta forma las mujeres indican el camino a seguir: la organización de los tiempos de las ciudades y del territorio, la coordinación de los servicios de interés público y la oferta sobre el territorio de servicios organizados en base a los horarios, de manera que permitan su compatibilización armónica con el tiempo de trabajo.

En la década de los años noventa del pasado siglo, la ley de reforma de la Administración Pública n. 142/1990, de 8 de junio, en su artículo 36, otorga al alcalde la competencia de coordinación de los horarios de los servicios públicos con las necesidades de los usuarios³, y, en aplicación de la misma, importantes municipios como Milán, Génova, Roma, Catania, Bolzano (precisamente en esta ciudad se ha desarrollado recientemente una convención internacional sobre tiempos de la ciudad y calidad de vida, los días 12 y 13 de octubre de 2007) o Venecia, entre otros, han puesto en marcha en estas ciudades políticas sobre los tiempos, han establecido oficinas de tiempos de las ciudades para información de los ciudadanos y han elaborado leyes de financiación para estas políticas. En otras, como Prato, Rímini, Cremona, Florencia, Lucca, Roma, etc., un día a la semana, que es considerado el «día del ciudadano», las oficinas públicas permanecen abiertas hasta la tarde, en

¹ Vid. BORTONE, R., «Lavoro femminile: La legislazione nell'anno 2000», en *Economia e lavoro*, 2000, pág. 131 y ss.

² Propuesta que es considerada como antecedente de la regulación de los tiempos de las ciudades, llevada a cabo por la ley n. 53/2000. Vid., en este sentido, CALAFA, L., «Art. 9 L. 53 del 2000. La conciliazione tra incentivi e azioni positive», en *Diritto del Lavoro on line: www.unicz.it/lavoro/CALAFA.htm*, pág. 4.

³ Vid. DI GIOVANGIULIO, F., «Approcci territoriali alla conciliazione: Il caso dei piani territoriali degli orari», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL (Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali), 2006, pág. 327.

horario continuado u otros horarios atípicos, para facilitar a los ciudadanos poder compatibilizar el ejercicio de sus derechos y sus obligaciones públicas con sus horarios de trabajo ⁴.

Otra norma importante es la ley n. 285/1997, de 28 de agosto, que prevé intervenciones y la realización de acciones positivas a nivel nacional, regional y local, con el fin de promover los derechos, la calidad de vida, el desarrollo, la realización individual y la socialización de la infancia y la adolescencia, favoreciendo el ambiente más conveniente para ellas, que es lo mismo que decir para la familia. La ley prevé, entre otras novedades, la puesta en práctica de experiencias con servicios socio-educativos innovadores para la primera infancia (niños de 0 a 3 años).

Son, en definitiva, los primeros pasos normativos importantes para la conciliación entre trabajo y familia, entre vida laboral y vida privada, personal y familiar, de los trabajadores en Italia.

2. **NORMATIVA FUNDAMENTAL EN MATERIA DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y LA VIDA PERSONAL/FAMILIAR DE LOS TRABAJADORES**

Pero cuando podemos decir que el legislador italiano comienza a desarrollar verdaderas y propias políticas de conciliación de la vida laboral y privada del trabajador es con la ley n. 53/2000, de 8 de marzo (también conocida como ley Turco, por la ministra de dicho nombre que la impulsó) y con el Decreto Legislativo n. 151/2001, de 26 de marzo ⁵, dictado por el Gobierno en virtud de la delegación prevista en el artículo 15 de la ley, normas que vamos a analizar más detenidamente a continuación, que son las que introducen en el ordenamiento jurídico italiano una efectiva regulación sobre la conciliación entre la vida laboral y otras facetas de la vida de los trabajadores, por lo que son un referente imprescindible a tener en cuenta a la hora de estudiar esta materia.

2.1. **La ley n. 53/2000, de 8 de marzo**

La ley n. 53/2000, de 8 de marzo, denominada «Disposiciones para el apoyo de la maternidad y de la paternidad, para el derecho al cuidado (fa-

⁴ Vid. DI GIOVANGIULIO, F., *op. cit.*, pág. 328.

⁵ El Decreto Legislativo n. 115/2003, de 23 de abril, ha realizado correcciones de errores del Decreto Legislativo n. 151/2000, sin que haya afectado a los aspectos básicos del mismo.



miliar) y a la formación y para la coordinación de los tiempos de las ciudades», es también conocida como ley sobre permisos familiares, por la aportación innovadora sobre la tutela de las madres trabajadoras en este aspecto, respecto a las precedentes disposiciones sobre la materia, establecidas en la ley n. 1204/1971, de 30 de diciembre, derogada por el citado Decreto Legislativo n. 151/2001, y en la ley n. 903/77, de 9 de diciembre, antes citadas.

El origen de la ley se encuentra en la exigencia de transponer al ordenamiento italiano la Directiva 96/34/CEE, de 3 de junio, sobre permisos y licencias parentales, que, a su vez, es receptiva del Acuerdo-Marco sobre permiso parental y por razones familiares, celebrado entre UNICE, CEEP y CES⁶ el 14 de diciembre de 1995, en el que se reconocen a los trabajadores derechos individuales que les permiten la conciliación entre sus obligaciones laborales y las familiares. La Directiva está claramente destinada a ambos progenitores, siendo su característica más determinante la atribución a los trabajadores de ambos sexos del derecho individual al permiso parental por el nacimiento o la adopción de un niño, a fin de que pueda atenderlo por un período mínimo de tres meses hasta una edad no superior a ocho años⁷.

Se trata de una ley que tiene sus raíces en una cierta cultura femenina⁸, porque afronta los temas de la maternidad y la paternidad, y aquellos más generales de los tiempos de vida y de trabajo, aplicando una cultura tradicionalmente femenina, más atenta a los aspectos generales de la calidad de vida⁹.

La ley no es muy extensa, pues está dividida en 7 capítulos, con solo 28 artículos. Sin embargo, pese a ello, contiene una regulación en esta materia que marca un antes y un después en el ordenamiento jurídico italiano.

Sin que con ello queramos minusvalorar la importancia que tiene el resto de la ley, a los efectos que nos interesa en el presente trabajo, vamos a centrar nuestro análisis, fundamentalmente, en sus capítulos segundo, tercero y séptimo, por ser los que, por su específico contenido, tienen una relación más directa con la materia objeto de nuestra investigación.

El capítulo segundo regula los novedosos permisos parentales, los permisos por motivos familiares particulares y los permisos para la formación

⁶ UNICE: Unión de confederaciones de la industria y de los empleadores de Europa; CEEP: Centro europeo de empresas públicas; CES: Confederación europea de sindicatos.

⁷ Vid. DEL PUNTA, R., «La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi», en *Rivista italiana de Diritto del Lavoro*, 2000, I, pág. 163.

⁸ DEL PUNTA, R., *op. cit.* pág. 155.

⁹ BORTONE, R., *op. cit.*, pág. 133.

de los trabajadores, tanto para completar los estudios obligatorios o conseguir un título de segundo grado o un diploma universitario, como también la formación continua. El capítulo tercero establece medidas sobre la flexibilidad horaria. Por último, el capítulo séptimo recoge una innovadora regulación de los tiempos y los horarios en las ciudades.

2.2. El Decreto Legislativo n. 151/2001, de 26 de marzo

Teniendo en cuenta que el artículo 15 de la ley 53/2000, de 8 de marzo, establece, como hemos señalado anteriormente, una delegación para que el Gobierno dicte un Decreto-Legislativo, que recoja en un texto único las disposiciones referentes a la tutela y sostenimiento de la maternidad y la paternidad, delegación que el Gobierno lleva a cabo a través del Decreto Legislativo n. 151/2001, de 26 de marzo, el estudio de estas materias está necesariamente referido a dicho Decreto Legislativo, que es el que específicamente las regula, cuyo artículo primero establece que «el presente texto único regula los permisos, los descansos y la tutela de las trabajadoras y de los trabajadores relacionados con la maternidad y la paternidad de los hijos naturales, adoptivos y en acogimiento, así como el sostenimiento económico de la maternidad y la paternidad».

El referido Decreto Legislativo, como puede observarse en este primer artículo, lleva a cabo una regulación de estas materias que va más allá de una mera regulación de los permisos por maternidad o paternidad, y que permite conciliar la vida laboral y familiar de los trabajadores desde el mismo instante en que se tiene constancia del aumento de la familia, esto es, desde el comienzo del embarazo, estableciendo ya desde ese mismo momento una especial tutela de la salud de las trabajadoras que se encuentran en dicha situación, y hasta que el hijo tiene siete meses (artículo 6.1), edad con la que ya se puede llevar a la guardería, haciendo, de este modo, efectiva esa conciliación.

Este Decreto Legislativo se propone, en definitiva, difundir la cultura de la tutela de la salud de la trabajadora madre, considerando este aspecto prioritario respecto a la dimensión de la productividad empresarial y estrechamente unido al bienestar psico-físico del niño¹⁰, así como reforzar el rol del padre, como titular de un derecho propio al permiso parental, con independencia de que la madre trabaje o no¹¹.

¹⁰ D'ONOFRIO, M., «Maternità, lavoro e tutela: un flash internazionale», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, pág. 175.

¹¹ DI IORIO, T., «Le politiche. Il punto sui congedi parentali in Italia», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, pág. 178.



Es, finalmente, una norma que ha recogido, armonizado y modernizado en un texto único el contenido de las leyes precedentes, en materia de permisos por maternidad, paternidad o parentales, entre las que se encuentran la, antes citada, n. 1204/71, de 30 de diciembre, derogada por este Decreto Legislativo, y, obviamente, la ley n. 53/2000, de 8 de marzo, en la que tiene su origen, adaptando toda esta legislación a la normativa emanada de la Unión Europea ¹².

3. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y DE LA VIDA FAMILIAR DE LOS TRABAJADORES

Siguiendo, pues, la sistemática utilizada por el Decreto-Legislativo 151/2001, de 26 de marzo, vamos a analizar, en primer lugar, la tutela de la salud de la trabajadora embarazada y, a continuación, los permisos por maternidad, por paternidad y los que la norma denomina específicamente parentales.

3.1. Tutela de la salud de la mujer trabajadora embarazada

La maternidad está protegida por la normativa italiana desde el mismo momento en que la mujer trabajadora comunica al empleador su embarazo, en cuanto éste le es confirmado por el ginecólogo del Servicio sanitario nacional (artículos 6.1 y 8.2), lo que le permite compatibilizar o conciliar desde ese momento su estatus de trabajadora y su condición de madre.

Con carácter general, el ordenamiento jurídico italiano, siguiendo las directrices marcadas por la Unión Europea, —en especial en la Directiva Marco sobre seguridad y salud laboral 89/391/CEE, de 12 de junio—, obliga al empleador, de acuerdo con los artículos 3.1.a) y 4.1, del Decreto-Legislativo n. 626, de 19 de septiembre de 1994, a realizar una evaluación de los riesgos derivados de la relación laboral, para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, en particular, los riesgos de exposición a agentes físicos, químicos y biológicos y los procesos y condiciones de trabajo, y a individualizar las medidas de prevención y de protección a adoptar, estableciendo los dispositivos de protección individual, de acuerdo con la evaluación de riesgos realizada (artículo 4.2.b.), así como a informar a los tra-

¹² Vid. GHERA, E., *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, págs. 167 y ss.; DI IORIO, T., *op. cit.*, pág. 178.

bajadores y a sus representantes para la seguridad (delegados de prevención) sobre los resultados de la evaluación y las consiguientes medidas de protección y de prevención que se van a adoptar. Pues bien, todas estas obligaciones generales del empleador las recoge el artículo 11 del Decreto Legislativo 151/2001, referidas de manera específica a la mujer trabajadora embarazada, toda vez que dicho artículo se encuentra dentro del capítulo II (artículos 6 al 15) del Decreto Legislativo, denominado, precisamente, «tutela de la salud de las trabajadoras».

Por su parte, el artículo 12 añade que, cuando los resultados de la evaluación revelen un riesgo para la seguridad y la salud de las trabajadoras, el empleador adoptará las medidas necesarias a fin de que la exposición al riesgo de las trabajadoras sea evitada, modificándoles temporalmente las condiciones o el horario de trabajo y, cuando estas modificaciones no sean posible, por motivos organizativos o productivos, el empleador adoptará las medidas establecidas en los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 7, que analizamos a continuación, castigándose también el incumplimiento de las mismas con la pena de arresto de hasta seis meses.

El mencionado capítulo II del Decreto Legislativo n. 151/2001 es el que establece medidas específicas para la tutela de la seguridad y la salud de las mujeres trabajadoras durante el embarazo y hasta que el hijo alcanza la edad de siete meses. La misma tutela se aplica también a las trabajadoras que han recibido un hijo en adopción o acogimiento, igualmente hasta los siete meses de edad del hijo (artículo 6, párrafos 1 y 2).

Así, las trabajadoras embarazadas tienen derecho a permisos retribuidos para la realización de exámenes prenatales, investigaciones clínicas o visitas médicas a los especialistas, cuando tengan que realizarse en horario de trabajo, de acuerdo con el artículo 14.

Igualmente, de acuerdo con el artículo 7.1, está prohibido emplear a las trabajadoras embarazadas en el transporte o levantamiento de pesos, así como en trabajos peligrosos, penosos e insalubres, clasificados como tales en el artículo 5 del Decreto del Presidente de la República n. 102, de 25 de noviembre de 1976. En estos supuestos la mujer trabajadora puede ser trasladada a realizar otras tareas, por el período por el que está prevista la prohibición (artículo 7.3), es decir, durante todo el embarazo y hasta siete meses después del parto¹³. También será adscrita a otras funciones la trabajadora cuando los servicios de inspección del Ministerio de Trabajo, de oficio o a instancia de la trabajadora, certifiquen que las condiciones de trabajo o ambientales son perjudiciales para la salud de la mujer trabajadora (artículo

¹³ Vid. GHERA, E., *op. cit.*, pág. 168; DI IORIO, T., *op. cit.*, pág. 178.



7.4), conservando en estos supuestos las retribuciones correspondientes a las funciones desarrolladas con anterioridad al cambio de puesto de trabajo efectuado por este motivo, así como la calificación profesional original (artículo 7.5). El incumplimiento por parte del empleador de todas estas medidas protectoras de la mujer trabajadora embarazada está castigado con penas de arresto de hasta seis meses, de acuerdo con el párrafo séptimo del reiterado artículo 7 del Decreto-Legislativo n. 151/2001.

Asimismo, entre estas medidas protectoras de la mujer trabajadora embarazada, está prevista la de que, verificada la imposibilidad de que la trabajadora pueda ser trasladada para realizar otras funciones, compatibles con su estado de embarazo, el servicio de inspección del Ministerio de Trabajo, competente para el territorio, pueda disponer la prohibición de trabajar durante el embarazo y hasta que el hijo tenga los siete meses de edad (artículo 7.6)¹⁴. El artículo 8 del Decreto-Legislativo recoge, también, la protección de la trabajadora embarazada frente a las exposiciones a radiaciones ionizantes, estableciendo que durante el período de embarazo no puede desarrollar actividades en zonas «clasificadas», esto es, zonas susceptibles a la exposición a dichas radiaciones, ni ser empleadas en tareas que puedan exponer al «nasciturus» a una dosis (superior a un milisievert) que suponga un riesgo para el normal desarrollo del mismo. Igualmente está prohibido emplear a las trabajadoras que están amamantando en tareas que comporten riesgos de contaminación de tales radiaciones.

Finalmente, en lo que a la tutela de la mujer trabajadora embarazada se refiere, hay que subrayar que el artículo 54 del Decreto-Legislativo n. 151 establece que no puede ser despedida en el período de tiempo que transcurre desde el comienzo del embarazo hasta el cumplimiento de un año de vida del hijo (párrafo primero), salvo en caso de culpa grave por parte de la trabajadora, que constituya causa justa para la resolución del contrato de trabajo, de cesación de la actividad de la empresa, de resolución del contrato de trabajo por vencimiento del plazo, o de resultado negativo de la prueba (párrafo tercero), siendo nulo el despido llevado a cabo contraviniendo lo establecido en el señalado artículo 54¹⁵, así como el despido ocasionado por la petición o por el disfrute por parte de la trabajadora o del trabajador de los permisos parental y por enfermedad del hijo, (párrafos quinto y sexto). Asimismo, esta prohibición de despido se extiende al padre trabajador por todo el período de la duración del disfrute del permiso de paternidad y hasta el cumplimiento de un año de vida del hijo, salvo que concurra algu-

¹⁴ Vid. DI IORIO, T., *op. cit.*, pág. 178.

¹⁵ Vid. GHERA, E., *op. cit.*, pág. 167; DI IORIO, T., *op. cit.*, pág. 178.

no de los supuestos del párrafo tercero, señalados anteriormente, y se considera igualmente nulo el despido llevado a cabo con violación de esta prohibición (párrafo séptimo). Todas estas disposiciones se aplican también a los supuestos de disfrute del permiso de maternidad o paternidad en los casos de adopción y acogimiento, extendiéndose la prohibición de despido a un año del ingreso del menor en el núcleo familiar (párrafo noveno). La protección de la maternidad y de la paternidad en Italia llega a tal nivel que, en el caso de cese voluntario durante el período de vigencia de la prohibición de despido, regulada en el artículo 54, que hemos analizado anteriormente, —esto es, desde el comienzo del embarazo y durante el período que transcurre hasta que el hijo ha cumplido un año de vida, o hasta que pasa un año desde que el hijo adoptado o acogido forma parte del núcleo familiar—, el cese voluntario de la trabajadora o del trabajador, en su caso, debe ser convalidado por el servicio de inspección del Ministerio de Trabajo, competente para el territorio, condicionándose a dicha convalidación la validez de la resolución voluntaria de la relación laboral (artículo 55.4) ¹⁶.

Está claro que el legislador italiano no termina de fiarse del todo y tiene la sospecha de que, en más de una ocasión, el cese voluntario pueda ser, en realidad, un despido involuntario encubierto, por lo que, para garantizar que la decisión de cesar en el trabajo ha sido tomada con plena libertad y voluntariedad por el trabajador o por la trabajadora que se encuentra en algunas de las situaciones previstas en el reiterado artículo 54, exige esta intervención administrativa del servicio de inspección del Ministerio de Trabajo ¹⁷, que, si bien no puede garantizar nunca de manera absoluta la libre voluntariedad de la decisión tomada, es, al menos, una garantía formal disuasoria importante frente a posibles presiones del empleador que quiera aprovechar esta coyuntura de la trabajadora embarazada, o de la trabajadora-madre, o del trabajador-padre, para obligarlos a prescindir de sus servicios bajo una apariencia de voluntariedad, porque no le interese mantenerlos en la plantilla de la empresa en dicha situación, o por cualquier otro motivo.

En la misma línea protectora señalada hay que enmarcar la previsión legal de que, en caso de cese voluntario llevado a cabo por el trabajador o por la trabajadora en todos los supuestos regulados en el artículo 54, una vez convalidado por el servicio de inspección del Ministerio de Trabajo, estos tienen derecho a la misma indemnización estipulada en las disposiciones legales y contractuales para los supuestos de despido involuntario (artí-

¹⁶ Vid. GHERA, E., *op. cit.*, pág. 167; D'ONOFRIO, M., *op. cit.* pág. 175; DI IORIO, T., *op. cit.*, pág. 178.

¹⁷ Vid., en este sentido, D'ONOFRIO, M., *op. cit.*, pág. 175.

culo 55, párrafos primero, segundo y tercero)¹⁸. En este sentido, hay que entender que el término «contractuales», al que se refiere el precepto, incluye tanto al contrato de trabajo individual (*contratto di lavoro*), como al convenio colectivo de trabajo («*contratto collettivo*»), que establezcan indemnizaciones por despido.

3.2. Permiso de maternidad

Este permiso viene establecido en la norma con carácter obligatorio para la mujer trabajadora (artículo 2.1.a.), a diferencia del permiso parental, que es de disfrute facultativo (artículo 2.1.b.). Consiste en una específica limitación de la capacidad para trabajar que tiene la mujer durante el período de embarazo y el puerperio, establecida mediante la previsión legal que prohíbe, de manera general, emplear a la trabajadora durante los dos meses anteriores a la fecha presunta del parto y durante los tres meses siguientes al mismo (artículo 16)¹⁹. Estos tres últimos meses del permiso de maternidad, siguientes al parto, pueden ser también solicitados por las trabajadoras que hayan adoptado o que reciban en acogimiento a un niño de hasta seis años de edad (o hasta la mayoría de edad del niño, en caso de adopción o acogimiento preadoptivo internacionales) y deberá ser disfrutado durante los tres meses siguientes al ingreso efectivo del niño en la familia de la trabajadora (artículo 26).

El comienzo de la prohibición de trabajar puede adelantarse a los tres meses anteriores a la fecha prevista para el parto cuando la trabajadora esté ocupada en trabajos penosos o perjudiciales en relación con el avanzado estado del embarazo²⁰, trabajos que serán determinados mediante Decreto del Ministerio de Trabajo, oídas las organizaciones sindicales más representativas (artículo 17.1). Por el contrario, la trabajadora embarazada puede flexibilizar ese período de inasistencia al trabajo, toda vez que tiene la facultad de retasar el comienzo del mismo al mes anterior a la fecha prevista para el parto y disfrutar los cuatro meses restantes después del parto, siempre que el médico especialista del Servicio sanitario nacional y el médico responsable de la prevención y tutela de la salud en el lugar de trabajo certifiquen que dicha opción de la trabajadora no ocasiona perjuicios para la salud de la embarazada ni para el «nasciturus» (artículo 20)²¹.

¹⁸ GHERA, E., *op. cit.*, pág. 167.

¹⁹ *Vid.* GHERA, E., *op. cit.*, págs. 167 y ss.; DI IORIO, T., *op. cit.*, pág. 178.

²⁰ *Vid.* GHERA, E., *op. cit.*, pág. 167.

²¹ *Vid.* GHERA, E., *op. cit.*, pág. 168; DI IORIO, T., *op. cit.*, págs. 183 y ss.

Asimismo, el servicio de inspección del Ministerio de Trabajo, de oficio o a instancia de la trabajadora, puede disponer en cualquier momento del embarazo, en base a un certificado médico, avalado por los órganos competentes del Servicio sanitario nacional, la prohibición de trabajar de la trabajadora embarazada, en caso de graves complicaciones del embarazo, cuando las condiciones de trabajo o ambientales puedan ser perjudiciales para la salud de la trabajadora y del hijo y cuando la trabajadora no pueda ser trasladada para realizar otras funciones (artículo 17, párrafos segundo y cuarto)²². Es decir, en este supuesto se adelanta, por una decisión administrativa del servicio de inspección del Ministerio de Trabajo, la prohibición de trabajar para la mujer embarazada, establecida, con carácter general en el artículo 16, en los dos meses anteriores a la fecha prevista para el parto, siempre que, según el criterio discrecional del órgano administrativo que resuelve, se dé alguno de los requisitos señalados en el precepto, teniendo estas decisiones carácter definitivo (artículo 17.5), esto es, contra las mismas no cabe recurso alguno.

El incumplimiento por parte del empleador de las disposiciones contenidas en los artículos 16 y 17, que hemos analizado en los párrafos anteriores, está castigado, al igual que hemos observado al estudiar la tutela de la salud de la mujer trabajadora embarazada, con arresto de hasta seis meses (artículo 18), lo que indica la seriedad con la que el legislador italiano se ha tomado la tutela y protección de la mujer trabajadora, en general, y, en concreto, la posibilidad real de que pueda compatibilizar las facetas de trabajadora y madre, no conformándose con tipificar los incumplimientos en esta materia solamente como ilícitos administrativos, —estableciendo la actuación determinante tanto del servicio de inspección del Ministerio de Trabajo, como del Servicio sanitario nacional—, así como sancionando los despidos de las trabajadoras que se encuentran en estas situaciones con la nulidad de los mismos, sino dando un paso más con la tipificación penal de las conductas infractoras de los empleadores en estas materias.

Durante todo el período que comprende el permiso de maternidad la trabajadora tiene derecho a una prestación económica diaria correspondiente al 80% de sus retribuciones (artículo 22.1), a cargo del Istituto Nazionale della Previdenza Sociale²³, estableciéndose en el artículo 23 los criterios que se aplican para determinar dicha indemnización. Sin embargo, la mayoría de los convenios colectivos prevén un incremento del 20% restante a cargo del empleador, a fin de que la trabajadora no sufra una penalización

²² Vid. DI IORIO, T., *op. cit.*, págs. 183 y ss.

²³ Vid. GHERA, E., *op. cit.*, pág. 168.



económica por ser madre. Esta indemnización por maternidad le corresponde, igualmente, a las trabajadoras que durante el embarazo sean despedidas por cesación de la actividad de la empresa, por la finalización de la prestación para la que la trabajadora ha sido contratada, o, en caso de resolución de la relación de trabajo por vencimiento del término, según está previsto en los párrafos b) y c) del artículo 54 (artículo 24.1), así como a las trabajadoras que, al comienzo del período del permiso de maternidad, se encuentren en situación laboral de suspensión de la relación de trabajo, ausentes del trabajo sin retribución o, simplemente, desocupadas, siempre que entre el inicio de estas situaciones laborales y el del comienzo del permiso no hayan transcurrido más de sesenta días.

Hay que subrayar, finalmente, que los períodos de permiso por maternidad se computan como antigüedad en el servicio a todos los efectos (artículo 22.3).

3.3. Permiso de paternidad

El padre trabajador tiene derecho a no asistir al trabajo en los tres primeros meses desde el nacimiento del hijo, previstos en el artículo 16 para el permiso de maternidad, antes analizado, bien completo, o bien en la parte residual de los mismos que no hubiese disfrutado la madre trabajadora, en caso de muerte o grave enfermedad de la madre, o de abandono, así como en los supuestos de acogimiento exclusivo del niño por parte del padre (artículo 28.1)²⁴. Esto es, se trata del mismo permiso de maternidad previsto en la norma, en principio, para la madre, pero que si, por alguno de los supuestos señalados, ésta no pudiera disfrutarlo, corresponderá, alternativamente, al padre trabajador su disfrute, total o de la parte residual no disfrutada por la madre. Es, por otro lado, un derecho propio del padre, con independencia de que la madre sea o no trabajadora. El precepto extiende este permiso, por el mismo período de tiempo señalado en el artículo 16.1 para el permiso de maternidad, para el supuesto en el que, por los motivos que sea, se adjudique en exclusiva al padre trabajador un niño en acogimiento.

Si bien el precepto señala que el padre trabajador tiene derecho a ausentarse del trabajo durante toda la duración del permiso de maternidad, la doctrina, por la propia naturaleza de este permiso, concreta esa duración al período del mismo posterior al nacimiento del hijo, esto es, durante los tres

²⁴ Vid. GHERA, E., *op. cit.*, pág. 169.

meses después del parto, que señala el párrafo c) del artículo 16²⁵, pues la finalidad del permiso de paternidad es garantizar al recién nacido la asistencia material y afectiva de, al menos, un progenitor.

En estos supuestos se aplican al padre las normas de los artículos 22 y 23, que prevén la retribución de una indemnización equivalente al 80% de las retribuciones durante el período correspondiente a este permiso, así como el cómputo de este período como antigüedad en el servicio a todos los efectos (artículo 29). Igualmente, el padre tiene derecho a la tutela contra el despedido hasta el cumplimiento de un año de edad el niño, de acuerdo con lo regulado en el artículo en el artículo 54.7²⁶.

Finalmente, el padre trabajador también tiene derecho a los permisos previstos en los artículos 26 y 27, en las mismas condiciones, en los supuestos de acogimiento, o de adopción o acogimiento preadoptivo internacionales, cuando estos permisos no hayan sido solicitados por la madre (artículo 31).

3.4. Permiso parental

Es un derecho que corresponde a cada uno de los padres trabajadores «*iure proprio*», esto es, por el hecho de ser el padre o la madre del recién nacido (artículo 32), o del niño adoptado o recibido en acogimiento (artículo 36), con independencia de que el otro cónyuge trabaje o no, y es distinto del permiso por maternidad o paternidad, analizados en los párrafos precedentes.

Consiste en la facultad que tiene cada uno de los progenitores, en los primeros ocho años de vida de cada hijo, de no asistir al trabajo durante un período, continuado o fraccionado, de hasta seis meses para la madre, a partir de la terminación del permiso de maternidad, y de hasta seis meses para el padre, desde el nacimiento del hijo (siempre que no tenga que hacer uso del permiso de paternidad), siendo ampliable para el padre hasta siete meses, cuando éste disfrute el permiso durante un mínimo de tres meses, consecutivos o fraccionados. El disfrute conjunto de este permiso por los dos cónyuges no puede superar, en el transcurso de los ocho años, el límite máximo de diez meses, ampliables a once, si el padre hace uso del mismo durante el período mínimo de tres meses antes señalado. Cuando sea uno solo de los progenitores el que se haga cargo del cuidado del hijo, el período de

²⁵ Así GHERA, E., *op. cit.*, pág. 169.

²⁶ GHERA, E., *op. cit.*, pág. 169.

disfrute de este permiso es de diez meses (artículo 32), reconociéndose la condición de progenitor único en los casos en los que el otro progenitor haya muerto, haya abandonado a la familia o no reconozca al hijo, o, bien, en el caso de acogimiento de un niño exclusivamente por uno solo de los progenitores, mediante resolución administrativa²⁷.

Durante el disfrute de este permiso, los padres, hasta el tercer año de edad del niño, tienen derecho a una prestación económica equivalente al 30% de sus prestaciones, a cargo del Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, por un período máximo, sumadas las prestaciones correspondientes a ambos cónyuges, de seis meses (artículo 34.1). Para los restantes posibles períodos de disfrute de este permiso, esto es, los que se tomen desde el cuarto hasta el octavo año de vida del niño, la referida prestación económica solo les corresponde si los ingresos individuales del progenitor interesado son inferiores en 2,5 veces al importe de la pensión mínima a cargo del seguro general obligatorio (artículo 34.3)²⁸.

Es interesante subrayar que este permiso parental puede ser disfrutado por los dos cónyuges coincidiendo en los mismos períodos de tiempo, es decir, el padre puede comenzar a disfrutarlo desde el momento del nacimiento del hijo a la vez que la madre disfruta el correspondiente permiso de maternidad²⁹, lo que, sin duda, favorece el que las necesidades materiales y afectivas, tanto las del recién nacido, como las de la madre en esas circunstancias, puedan resultar mejor atendidas, al disponer el padre de todo el tiempo necesario para ello, pues, como se ha señalado por la doctrina, el legislador ha reconocido la importancia de la presencia de ambos progenitores en los primeros años de vida del niño, por lo que ha facilitado que cada uno de ellos pueda disfrutar, mediante este permiso parental facultativo, de esa ausencia voluntaria al trabajo, aunque, al mismo tiempo, ha considerado oportuno establecer un límite máximo conjunto a dicho permiso³⁰.

A este permiso parental tienen también derecho, en las mismas condiciones, los padres en los supuestos de adopción y acogimiento de menores de edad de menos de seis años, y puede ser disfrutado en los tres primeros años desde el ingreso del niño en el núcleo familiar (artículo 36).

La madre trabajadora, o alternativamente, el padre trabajador de un menor discapacitado, en una situación de gravedad acreditada, tienen derecho a una prolongación del permiso parental hasta tres años o, alternativa-

²⁷ Vid. GHERA, E., *op. cit.*, pág. 169; DI IORIO, T., *op. cit.* pág. 181.

²⁸ Vid. GHERA, E., *op. cit.*, pág. 169; DI IORIO, T., *op. cit.*, pág. 182.

²⁹ Vid. DI IORIO, T., *op. cit.*, pág. 181.

³⁰ GHERA, E., *op. cit.*, pág. 169.

mente, a un permiso diario de dos horas retribuidas, con la condición de que el niño no sea ingresado a tiempo completo en una institución especializada (artículo 33, párrafos uno y dos, en relación con el artículo 42.1).

El despido de cualquiera de los dos cónyuges, causado por la reclamación o por el disfrute de este permiso parental, será nulo, de acuerdo con el artículo 54.6³¹.

3.5. Permisos por enfermedad del hijo

Ambos progenitores, alternativamente, tienen derecho a no asistir al trabajo durante los períodos correspondientes a la enfermedad de cada hijo, en los términos y con las limitaciones temporales que se especifican a continuación:

Por la enfermedad de cada hijo menor de tres años, el permiso les corresponde, alternativamente, durante todo el tiempo que dure la enfermedad, sin límite alguno, mientras que por la enfermedad de cada hijo, de edad comprendida entre tres y ocho años, cada progenitor, alternativamente, tiene derecho a un permiso de cinco días laborables al año (artículo 47, párrafos uno y dos).

Este permiso no es retribuido, aunque los períodos del mismo son computados como antigüedad en el servicio (artículo 48.1), y tiene derecho al mismo cada progenitor, individualmente, aunque no lo tenga el otro (artículo 47.6).

Este permiso corresponde también, en los mismos términos señalados en los párrafos anteriores, a los padres en los casos de adopción y acogimiento, con alguna variable respecto a los padres naturales. Así, el permiso les corresponde durante todo el tiempo que dure la enfermedad, sin límite temporal, hasta que el niño adoptado o tenido en acogimiento cumple los seis años, mientras que si el niño tiene entre seis y ocho años, cada uno de los padres tiene derecho, alternativamente, a un permiso de cinco días laborables al año, en caso de enfermedad del menor³². Por otro lado, si, en el momento de la adopción o del acogimiento, el menor tiene una edad comprendida entre seis y doce años, este permiso de cinco días laborables por enfermedad del menor lo disfrutará, alternativamente, cada uno de los padres en los tres primeros años desde el ingreso del menor en el núcleo familiar (artículo 50).

³¹ Vid. DI IORIO, T., *op. cit.*, pág. 181.

³² Vid. GHERA, E., *op. cit.*, pág. 170.



Finalmente, hay que subrayar que la negativa, la oposición o la obstaculización del ejercicio de estos derechos de los padres trabajadores, en caso de enfermedad de los hijos, naturales o adoptivos o en acogimiento, está penalizada con una importante sanción administrativa (artículo 52), siendo nulo el despido llevado a cabo por la reclamación o por el disfrute de estos permisos por parte de cualquiera de los cónyuges (artículo 54.6).

3.6. Guarderías infantiles

Si bien, cuando se habla de conciliar obligaciones laborales y obligaciones familiares, hay que incluir en éstas tanto la realización de la compra diaria o la limpieza de la casa, como las que se tienen respecto a las personas dependientes por razón de edad (padres, abuelos, menores...) y a las personas dependientes en general, tanto por razón de edad, como por enfermedad, o por discapacidad, mayores o menores³³, es, sin duda, la seguridad y el cuidado de estos últimos, los hijos menores, en especial los que todavía no están en edad de escolarización obligatoria (entre 0 y 6 años), el primer problema que se plantea a la neo-madre que quiere permanecer o entrar en el mercado de trabajo, lo que supone un obstáculo importante para que esa conciliación laboral y familiar de los trabajadores sea posible³⁴. Por ello, vamos a analizar la problemática que esta situación plantea en Italia y las soluciones que se están poniendo en marcha para intentar resolverla.

Entre las posibles fórmulas para conciliar la vida laboral y la familiar de los padres trabajadores con hijos menores, en edades comprendidas entre 0 y 6 años, se encuentran, sin duda, las guarderías infantiles³⁵, que se han convertido en un instrumento fundamental de las políticas sociales que se están desarrollando en diversos países de la Unión Europea y de Estados Unidos, por lo que llama la atención que no estén contempladas en la ley n. 53/2000, de 8 de marzo, a pesar de que la guardería infantil es una institución que en Italia tiene larga tradición, remontándose a los primeros años del siglo XIX, a partir de la unidad de Italia, en que nacen con el carácter

³³ Vid. PISSARELLO, S., *I tempi di vita e di lavoro delle donne: quale conciliazione?* Roma, 2005, págs. 23 y ss.

³⁴ Vid. *Conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare. Integrazione delle politiche e probleme di valutazione*. ISFOL, Unità pari opportunità, Roma, 2004, pág. 17; *vid.*, también, PISSARELLO, S., *op. cit.*, págs. 17 y ss.

³⁵ Vid. PISSARELLO, S., *op. cit.*, págs. 19 y ss.

de servicio socio-asistencial para los hijos de la población dedicada a la actividad productiva, fundamentalmente femenina (salas de custodia), creándose la primera guardería de la que se tiene noticia, privada y de pago, a finales de 1828 en Cremona por el abate Ferrante Aporti³⁶.

Como hemos señalado en otro lugar del presente trabajo, a finales de los años ochenta del siglo pasado, en virtud de la ley n. 142/1990, de 8 de junio, los municipios asumen en Italia importantes competencias en el ámbito asistencial, entre ellas en materia de guarderías infantiles, y, si bien en 2005 éstas solo se encuentran implantadas en el 16% de los municipios italianos (1273 municipios), el crecimiento de las mismas en el primer quinquenio del presente siglo es, aunque palmariamente insuficiente, bastante importante³⁷.

Actualmente, en Italia, solo prácticamente el 6% de los menores de 3 años se beneficia de prestaciones sociales como las guarderías públicas, cuando en otros países de la Unión Europea, como Francia, Irlanda o Dinamarca los porcentajes son, respectivamente, el 29%, el 38% y el 64%, mientras que una situación peor solo puede encontrarse en España (el 5%) y en Grecia (el 3%), encontrándose estrechamente ligada esta carencia de servicios infantiles con una alta tasa de paro femenino, y muy lejos, en cualquier caso, de poder alcanzar la cobertura del 33% en el año 2010, objetivo propuesto por la Unión Europea³⁸.

Las guarderías infantiles, a pesar de ser hoy día un instrumento fundamental en la conciliación de la vida laboral y la vida familiar y personal de los trabajadores, son una solución que no siempre está al alcance de los mismos, debido a que estas instituciones, y muy especialmente las públicas, son insuficientes para los potenciales usuarios en edad de poder acceder a ellas,

³⁶ Vid. BAZZOCCHI, L., «Antonietta Semprebene e il giardino d'infanzia di Ravenna», en www.secondocolora.it/giardini_infanzia.htm, 2006, pág. 2.

³⁷ En el año 2000 había en Italia 3008 guarderías infantiles de las cuales 2404 eran municipales y acogían 104.742 niños, de los 2.102.704, de 0 a 3 años, que había en Italia en el año 2000 (el 5%). Del año 2000 al 2004 el número de guarderías ascendió a 4140, de las que 2645 eran municipales (sólo habían aumentado en ese período el 10%, mientras que las privadas se habían más que duplicado) y acogían alrededor de 117.000 niños de los 2.153.592, de 0 a 3 años, que en el año 2004 había en Italia, esto es, aproximadamente el mismo porcentaje que cuatro años antes (el 5,4%). Finalmente en el año 2005 el número de guarderías municipales es de 3010, que pueden acoger a 129.151 niños (el 5,9%) de los 2.188.898 de 0 a 3 años, que se contabilizan en Italia en el año 2005. (Fuente: Istituto Nazionale de Statistica-ISTAT, y Banca dati Ministero degli Interni sulla fiscalità locale, en «Gli asili nido comunali in Italia, tra caro retta e liste di attesa», *Osservatorio prezzi e tariffe di Cittadinanzattiva*, Roma, febbraio 2007, pág. 7).

³⁸ «Gli asili nido...», cit., pág. 1.

a lo que hay que añadir su desigual distribución territorial³⁹, así como los precios de las mismas, —una media de alrededor de 300 euros al mes por hijo⁴⁰—, todo lo cual, en la práctica, supone que la mayoría de las familias trabajadoras tengan que buscar otras soluciones, a veces alternativas, como recurrir a los abuelos y parientes⁴¹, sobre todo, o bien alguien que cuide los niños en casa, (lo que no siempre se pueden permitir las economías medias, aparte de no ser lo más adecuado, desde el punto de vista pedagógico, pues los pequeños necesitan relacionarse con otros niños para su desarrollo integral equilibrado), y otras veces menos alternativas y más traumáticas, en especial para la mujer trabajadora, como tener que dejar de trabajar al nacimiento de un hijo⁴².

Para intentar dar soluciones a estas necesidades de los trabajadores que se encuentran en esa situación está surgiendo en los últimos años una modalidad de guardería que, si bien no es totalmente novedosa en Italia⁴³, está implantándose cada vez más frecuentemente en las empresas italianas, públicas y privadas, incluso en sedes de centros administrativos públicos para los hijos de sus empleados: guarderías en los propios centros de trabajo, con formas organizativas y de gestión establecidas por las propias empresas, con la interesante variable del establecimiento de guarderías interempresariales, para hijos de trabajadores de pequeñas y medianas empresas que, por sí solas, tendrían más dificultades para abrir una guardería en cada centro de trabajo⁴⁴.

El que la guardería esté ubicada en el centro de trabajo ofrece indudables ventajas tanto a los trabajadores como a los empleadores.

En efecto, está comprobado que, en general, la guardería es un instrumento fundamental para la conciliación de la vida laboral y la familiar de los trabajadores, que les permite compatibilizar las obligaciones que tienen

³⁹ Vid. MANDRONE, E., «La conciliazione vita/lavoro nell'offerta di lavoro femminile», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, págs. 312 y ss.; «Gli asili nido...», cit., págs. 7 y ss.

⁴⁰ Vid. «Gli asili nido...», cit., págs. 3 y ss.

⁴¹ Vid. MANDRONE, E., *op. cit.*, pág. 313; PISSARELLO, S., *op. cit.*, págs. 18 y ss.

⁴² Vid. PAGGIARO, A., «Il fenomeno dell'abbandono per maternità: un'analisi quantitativa», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, págs. 267 y ss.; CHIESI, M., «La maternità nelle organizzazioni: dall'amministrazione allo sviluppo della diversità», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, pág. 205; VV.AA. «Maternità e abbandono del lavoro: alcuni studi di carattere territoriale/settoriale», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, págs. 357 y ss.

⁴³ A principios del siglo XX había una guardería de empresa en la fábrica de tabaco «Manifattura tabacchi» di Rovereto, empresa con una importante mano de obra femenina.

⁴⁴ Vid. «Gli asili nido...», cit., págs. 1 y ss.

en ambas esferas vitales, como trabajadores y como padres, facilitándoles ese necesario equilibrio⁴⁵ entre las mismas, al tener la tranquilidad de que sus pequeños van a estar bien atendidos mientras ellos desempeñan sus tareas profesionales. Pero es obvio que, si la guardería se encuentra en el mismo centro de trabajo, esa tranquilidad es aún mucho mayor, con evidentes ventajas respecto a las demás, como, por señalar solo algunas, la coincidencia de horario de entrada y salida en el trabajo del padre o la madre del pequeño con el de la guardería, que permite a los padres no tener la necesidad de madrugar más para dejar al hijo en un lugar distinto, y a veces distante, del lugar de su trabajo, para poder, después, acudir puntualmente al mismo, o salir sin agobio y sin prisas, al final de la jornada laboral, para recogerlo, o, bien, tener la posibilidad de «darle una vuelta» en el descanso laboral sin tener que salir del mismo centro de trabajo, a lo que hay que añadir que esta guardería será, sin duda, bastante más económica que las extra-empresariales, sobre todo que las privadas, pues la empresa en ningún caso va a abrir una guardería para los hijos de sus trabajadores en el centro de trabajo con una finalidad lucrativa.

Esta conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores supone también indiscutibles ventajas para los empleadores, que, de esta forma, pueden contar con más facilidad con los trabajadores, repercutiendo, igualmente, de manera positiva en la productividad, en la lealtad de los trabajadores hacia la empresa y en una mayor motivación de éstos para el trabajo, además de la presión psicológica que les supone tener la guardería en el mismo centro de trabajo, que hace que tengan menos justificación para el absentismo y puedan adaptarse mejor a los horarios de la empresa. Todo ello redundará, sin duda, en una mayor rentabilidad económica para la empresa, así como en una mejor imagen social, pues una empresa que abre una guardería en el centro de trabajo demuestra, ciertamente, una sensibilidad hacia sus trabajadores que se encuentran con el problema de tener que compatibilizar sus obligaciones como trabajadores y sus obligaciones como padres.

Es, pues, esta modalidad de guarderías empresariales, con la variable de guarderías interempresariales, que hemos referido anteriormente para las pequeñas y medianas empresas, el buen camino a seguir tanto en Italia, como en los restantes países de la Unión Europea, con la implicación activa de las Administraciones Públicas, dando ejemplo con el establecimiento de

⁴⁵ Vid. CASALE, O. y PIVA, P. *Lavorare con piacere. Equilibrio tra vita e azienda*, Roma, 2005, págs. 25 y ss.; CARDINALI, V., «Conciliare vita, lavoro e maternità: il modello delle sfere comunicanti», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, págs. 291 y ss.; DEL PUNTA, R., *op. cit.*, pág. 151.



guarderías en los centros de trabajo públicos para los hijos de sus propios empleados, así como favoreciendo, mediante financiación pública y beneficios fiscales, la creación de guarderías en las empresas para los hijos de sus trabajadores, para poder alcanzar, de esta manera, el objetivo propuesto por la misma Unión Europea, para el año 2010, de tener una cobertura de plazas infantiles del 33%.

Sin duda ha contribuido a promocionar la creación de guarderías municipales y, de manera especial, guarderías empresariales, la decisión de los poderes públicos de afrontar este problema de los padres trabajadores con hijos pequeños, implicándose en el mismo mediante la oferta de financiación pública (subvenciones, ayudas, incentivos y desgravaciones fiscales, etc), a la que pueden acceder aquellas empresas que pretendan abrir una guardería en el lugar de trabajo ⁴⁶.

4. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL CON LA FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES

La formación profesional se ha convertido en un instrumento imprescindible para que pueda llevarse a efecto el derecho al trabajo, sobre todo teniendo en cuenta que, en los últimos años, las nuevas tecnologías ⁴⁷ están teniendo una creciente incidencia sobre los sistemas organizativos y productivos, modificando la clásica organización del trabajo, requiriéndose una mayor y constante formación profesional para la adquisición de la necesaria preparación científica y tecnológica de los trabajadores, que permita su permanente actualización y adaptación a los nuevos sistemas de trabajo, así como el ascenso profesional a lo largo de su vida laboral ⁴⁸.

⁴⁶ La Legge finanziaria 2002 (n. 448/2001, de 28 de diciembre) instituye un Fondo para guarderías, disponiendo una dotación de 50 millones de euros para el año 2002, 100 millones para el año 2003 y 150 millones para el año 2004. La Legge finanziaria 2003 (n. 289/2002, de 27 de diciembre) establece la creación de un Fondo específico para la financiación de empleadores que presten servicio de guarderías y microguarderías en sus empresas, previniéndose que en los presupuestos generales asignen al Fondo la misma cuantía en los años 2004 y 2005. Finalmente la Legge finanziaria 2007 (n. 296/2006, de 27 de diciembre) asigna, para el trienio 2007-2009, 300 millones de euros para el desarrollo de servicios socio-educativos para la primera infancia, entre los que se encuentra, particularmente, un sistema integrado por las guarderías y servicios innovadores en los lugares de trabajo.

⁴⁷ Vid. ERCOLANI, D., «Donne e nuove tecnologie: occupazione, formazione, indirizzi aziendali», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, págs. 93 y ss.

⁴⁸ Vid. GHERA, E., *op. cit.*, págs. 314 y ss.

Para facilitar la consecución de estos objetivos, la ley n. 53/2000, de 8 de marzo, establece dos clases de permisos formativos de los trabajadores, notablemente diferenciados, como señala la doctrina⁴⁹: los permisos para la formación (artículo 5) y los permisos para la formación continua (artículo 6), que eran esperados desde hacía tiempo, en el marco de la compleja reforma del sistema de formación profesional, anunciada en la ley 196/1997, de 24 de junio⁵⁰, habiéndose señalado que, hasta la aprobación de la ley 53/2000, no se podía afirmar que en Italia existiese un sistema de formación profesional continua, por la ausencia de instrumentos necesarios que permitiesen a los trabajadores adquirir competencias profesionales al margen de las acciones formativas programadas y establecidas por las empresas⁵¹.

4.1. Permisos para la formación

Los permisos para la formación, que suponen una novedad introducida por la ley 53/2000, son conocidos también como períodos sabáticos⁵², y consisten, de acuerdo con el artículo 5.1, en que los trabajadores, públicos o privados, que tengan, al menos, cinco años de antigüedad en la misma empresa o Administración, pueden solicitar una suspensión de la relación laboral por permisos para la formación, por un período no superior a once meses, consecutivos o fraccionados, en el transcurso de toda la vida laboral.

Estos permisos tienen la finalidad de permitir completar la formación académica personal obligatoria del trabajador para conseguir el título de estudios de segundo grado, un diploma universitario o un doctorado, así como la participación en actividades formativas diferentes a aquellas que sean financiadas por el empleador (artículo 5.2).

Para algunos autores esta genérica referencia a la participación en actividades formativas que no sean financiadas por la empresa, recogida en el artículo 5, subrayaría la finalidad de formación puramente personal de la tipología de estos permisos formativos⁵³, frente a los permisos para la formación continua regulados en el artículo 6, más ligados a la esfera profe-

⁴⁹ Vid. DEL PUNTA, R. *op. cit.*, pág. 77.

⁵⁰ ALESSI, C., «I congedi formativi. Commento agli articoli 5 e 6 della legge n. 53/2000», en *Diritto del Lavoro on line*; htm» www.unicz.it/lavoro/ALESSI.htm, 2001, pág. 1

⁵¹ TORELLI, F., «Lo sviluppo della formazione continua in Italia», en *Diritto delle relazioni industriali*, 2000. pág. 198.

⁵² BORTONE, R., *op. cit.*, pág. 135; DEL PUNTA, R., *op. cit.*, pág. 177.

⁵³ DEL PUNTA, R., *op. cit.*, págs. 177 y ss.

sional del trabajador, toda vez que los permisos del artículo 5 estarían dirigidos a que éste pudiera obtener una formación complementaria a la obtenida en la edad de escolarización obligatoria, de acuerdo, exclusivamente, con sus intereses personales, sin que la misma debiera tener, necesariamente, relación con el trabajo que está realizando. En otras palabras, los permisos regulados en el artículo 5 estarían destinados a la satisfacción de los intereses de ampliación cultural, en general, del trabajador, frente a los permisos para la formación continua regulados en el artículo 6, que garantizarían una tutela mucho más favorable a la formación dirigida a la ampliación de conocimientos y competencia profesionales, limitando así su campo de acción a las intervenciones formativas que estén ligadas a las posiciones profesionales del trabajador⁵⁴. Para otros autores, sin embargo, los permisos regulados en el artículo 5 también pueden tener cabida en el concepto de formación profesional, por lo que el criterio de distinción entre las dos clases de permisos formativos, cuando la formación tenga por objeto la adquisición o ampliación de conocimientos y competencias profesionales, residiría exclusivamente en la libertad del trabajador de acudir al artículo 5 cuando el curso formativo no se encuentre entre los previstos en los planes formativos empresariales o no hayan obtenido la aprobación de la Región, o acudir al artículo 6 en los demás casos⁵⁵, y ello con independencia de la posibilidad que, obviamente, garantiza el artículo 5 al trabajador de optar por una formación que no tenga relación alguna con la actividad profesional que desarrolla en la empresa, como ya se ha señalado.

En relación con los requisitos exigidos en el artículo 5 para disfrutar estos permisos para la formación, hay dos que han sido criticados por la doctrina por considerarlos extremadamente limitativos para que el trabajador pueda ejercer este derecho a la formación: la antigüedad requerida de cinco años, que es excesivamente larga, y el que la actividad laboral deba ser necesariamente desarrollada en la misma empresa o Administración⁵⁶, subrayándose, en este sentido, que el artículo 5 parece decididamente inclinado a favor de las exigencias organizativas de la empresa, ya que se deja llevar del prejuicio de que estos permisos responden exclusivamente a un interés personal del trabajador⁵⁷, señalándose, incluso, que, como está configurado en la norma, el permiso parece más bien una especie de premio de

⁵⁴ ARRIGO, G., «I congedi formativi nella legge n. 53/2000», en *Lavoro Informazione*, 2000, núm. 15-16, pág. 14.

⁵⁵ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 3.

⁵⁶ GUARRIELLO, F., *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Napoli, Jovene, 2000, pág. 259; ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 5.

⁵⁷ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 5.

fidelidad, propugnándose que la antigüedad requerida para el disfrute de este permiso pueda adquirirse en diversas empresas ⁵⁸.

Por otro lado, la expresión que se utiliza en el artículo 5, los trabajadores «pueden solicitar», al referirse a la suspensión de la relación laboral para disfrutar estos permisos formativos, —en contraposición a la utilizada en el artículo 6, que regula los permisos para formación continua, «tienen derecho»—, induce a algunos autores a pensar que la regulación del artículo 5 no contiene un derecho potestativo de los trabajadores a obtener estos permisos formativos, sino un más débil derecho a una decisión correcta por parte del empleador, a que la decisión del empleador sea adoptada dentro del respeto de los principios generales de la corrección y la buena fe, configurándose como máximo, como una suerte de interés legítimo del trabajador a la concesión del permiso ⁵⁹ y a recibir una respuesta motivada ⁶⁰, como confirmaría la facultad que el párrafo cuarto reconoce al empleador de no acoger la solicitud del permiso para la formación o poder aplazar la concesión del mismo en el caso de probadas exigencias organizativas, lo que dejaría amplios márgenes a la discrecionalidad del empleador ⁶¹. Sin embargo, para otro sector doctrinal el derecho a la formación es un derecho de la persona ⁶², que no debe depender necesaria o exclusivamente de exigencias empresariales ⁶³, entendiéndose que la dicción utilizada por el legislador señala que el empleador no solo está obligado a motivar la denegación o el aplazamiento del permiso, sino también a probar las razones que lo justifican, no considerando suficiente alegar genéricas exigencias relativas a la organización del trabajo, sino que será necesario demostrar la imposibilidad de sustituir al trabajador ⁶⁴, por lo que, en definitiva, la denegación del permiso solo procederá cuando el trabajador que presenta la solicitud no tenga la antigüedad exigida, o presente la solicitud por razones no contempladas en la ley o en los convenios, o cuando exceda de los porcentajes máximos previstos en la ley, o no haya respetado el plazo de preaviso ⁶⁵, lo que no impediría que el trabajador solicitara nuevamente el permiso, una vez desaparecidas las exigencias organizativas hechas valer por el empleador, o cumplimentados los requisitos requeridos en la ley ⁶⁶.

⁵⁸ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 6.

⁵⁹ DEL PUNTA, R., *op. cit.*, págs. 176 y 178.

⁶⁰ ARRIGO, G., *op. cit.*, pág. 10.

⁶¹ ARRIGO, G., *op. cit.*, pág. 10.

⁶² Vid. GUARRIELLO, F., *op. cit.*, pág. 264.

⁶³ Vid. TORELLI, F., *op. cit.*, pág. 197.

⁶⁴ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 7.

⁶⁵ GUARRIELLO, F., *op. cit.* pág. 264; en el mismo sentido, ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 7.

⁶⁶ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 7.



La formación se considera un terreno ideal para el diálogo social y las relaciones colectivas de tipo participativo⁶⁷, una materia ideal para la concertación⁶⁸. Por ello la negociación colectiva tiene asignado un papel relevante como garantía de la efectividad del derecho a la formación⁶⁹, remitiendo el precepto a la misma para el establecimiento de las modalidades de disfrute del permiso, el señalamiento de los porcentajes máximos de trabajadores que pueden disfrutarlo, la concreción de los supuestos de aplazamiento o denegación del ejercicio de dicha facultad, así como la fijación de los términos del preaviso, que, en cualquier caso, no puede ser inferior a treinta días (artículo 5.4).

Por último, el párrafo tercero del artículo 5 establece que durante el período del permiso para la formación el trabajador conserva el puesto de trabajo, pero no tiene derecho a las retribuciones, no siendo computable el mismo como antigüedad, ni acumulable con las vacaciones, con las enfermedades, ni con otros permisos. Esta imposibilidad de acumular este permiso formativo ha sido criticada por la doctrina, que lo considera un mero formalismo administrativo⁷⁰, que impediría «engancharlo»⁷¹ con otros supuestos de suspensión de la relación laboral, y, si bien se puede entender que el significado de la norma sea impedir que se consideren en el cómputo de los once meses del permiso períodos de suspensión que tengan una finalidad distinta y diversa regulación, no se alcanza, sin embargo, a comprender por qué el trabajador no puede utilizar las vacaciones ya devengadas para prolongar el período de permiso, una vez alcanzado un acuerdo en este sentido con el empleador⁷².

El artículo 8, por su parte, establece que los trabajadores que disfruten los permisos previstos en el artículo 5.1, esto es, los permisos para la formación, pueden, a solicitud de los mismos, prolongar la relación de trabajo, en el momento de la jubilación, por un período correspondiente al período disfrutado, derogándose así las disposiciones relativas a la edad de jubilación obligatoria. La solicitud debe comunicarse al empleador con un preaviso no inferior a seis meses respecto a la fecha prevista para la jubilación⁷³.

⁶⁷ En este sentido, NAPOLI, M., «Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative», en *Rivista giuridica del lavoro*, 1997, pág. 265.

⁶⁸ DELFINO, M., «Contratti formativi e concertazione», en *Diritto del lavoro on line* www.unicz.it/lavoro/Delfino.htm, pág. 1.

⁶⁹ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 8.

⁷⁰ ARRIGO, G., *op. cit.* pág. 12.

⁷¹ DEL PUNTA, R., *op. cit.*, pág. 178.

⁷² ALESSI, C., *op. cit.* pág. 12 ; *vid.*, también, ARRIGO, G., *op. cit.*, pág. 12.

⁷³ *Vid.* DEL PUNTA, R., *op. cit.*, pág. 179.

4.2. Permisos para la formación continua

Los permisos para la formación continua, que están regulados en el artículo 6, deben adscribirse al ámbito de la formación profesional, que intenta, con institutos como éste, que la formación sea constante, capilar, continua, un depósito inagotable de nuevas posibilidades⁷⁴ para aquellos trabajadores, ocupados y no ocupados, que tienen derecho a continuar realizando cursos formativos durante toda su vida laboral, para aumentar los conocimientos y la competencia profesional (artículo 6.1). En este sentido, el derecho del trabajador consiste en la posibilidad de realizar cursos formativos durante toda la vida laboral y la obligación del empleador en no impedir la eventual participación en la oferta formativa propuesta por las instituciones competentes⁷⁵.

Precisamente, entre las medidas de políticas activas del trabajo destinadas a incidir en la oferta, sobresale la formación profesional, entendida como el conjunto de intervenciones destinadas, en alternancia con el trabajo, a facilitar el ingreso, el reingreso y la permanencia en el mercado de trabajo, estando esta permanencia en el mercado de trabajo garantizada por la formación continua⁷⁶.

Para poder solicitar estos permisos para la formación continua, previamente, debe haberse realizado por el Estado, las regiones o los entes locales una oferta formativa pública, articulada sobre el territorio, que debe permitir la realización de cursos personalizados, certificados y reconocidos como créditos formativos en los ámbitos nacional y europeos (artículo 6.1)⁷⁷, atribuyéndose de modo especial a las regiones la posibilidad de financiar proyectos formativos de los trabajadores que, en base a acuerdos contractuales con los empleadores, prevean cuotas de reducción del horario de trabajo, incluidas las medidas de sostenimiento de la flexibilidad de horario, previstas en el artículo 9⁷⁸, así como proyectos formativos presentados directamente por los trabajadores (artículo 6.4). En este sentido, se ha señalado que el derecho a la formación tiene como destinatarios exclusivos al Estado, las regiones y los entes locales, a los que corresponde el deber de asegurar la referida oferta formativa⁷⁹, por lo que, en consecuencia, el curso

⁷⁴ DEL PUNTA, R., *op. cit.*, pág. 179.

⁷⁵ *Vid.* ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 16.

⁷⁶ GHERA, E., *op. cit.*, pág. 314.

⁷⁷ En este sentido, *vid.* ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 17.

⁷⁸ *Vid.* DEL PUNTA, R., *op. cit.*, pág. 179.

⁷⁹ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 16.

formativo que realice el trabajador deberá encontrarse entre los propuestos por dichas instituciones⁸⁰.

La formación que estamos analizando, objetivo de los permisos regulados en el artículo 6, puede impartirse bien en base a una elección autónoma del trabajador, o, bien, puede ser propuesta por la empresa, mediante proyectos formativos, empresariales o territoriales, acordados entre las partes sociales (artículo 6.1).

La formación que tenga su origen en una elección autónoma del trabajador, a diferencia de la regulada en el artículo 5, debe tener la finalidad exclusiva de aumentar los conocimientos y la competencia profesionales⁸¹ de los trabajadores, pudiéndose explicar el trato legislativo más favorable que tienen estos permisos regulados en el artículo 6 en el hecho de que se corresponden con el interés del empleador por mejorar esa competencia profesional de sus trabajadores⁸².

En cuanto al contenido de este derecho al permiso para la formación continua, el trabajador tiene derecho a participar en los cursos elegidos con una relativa exoneración de la obligación de prestar la actividad laboral, esto es, con la suspensión de la relación laboral, pero con el mantenimiento de la retribución, según las modalidades establecidas en los convenios colectivos (artículo 6.2), sin que el empleador pueda negar o diferir la utilización del permiso en caso de que subsistan «comprobadas exigencias organizativas»⁸³, habiéndose de admitir, en contraposición, la existencia de un poder de control del empleador sobre la efectiva participación del trabajador en el curso⁸⁴.

Aunque el artículo 6 no dice nada al respecto, el período de permiso para la formación continua se computa como antigüedad a todos los efectos, explicándose por la doctrina en el hecho de que, por un lado, este permiso no conlleva una suspensión total de la relación laboral, sino que puede compatibilizarse con la misma, según las modalidades de horario que se establezcan en los convenios colectivos, y, por otro, en que la finalidad del permiso es aumentar la competencia profesional del trabajador, competencia ejercida en el ámbito de la relación de trabajo, por lo que puede decirse que el desarrollo del permiso constituye ejecución del contrato de trabajo, lo que justifica la asimilación, a estos efectos, del período formativo a la normal prestación de la actividad laboral⁸⁵.

⁸⁰ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 18.

⁸¹ ARRIGO, G., *op. cit.*, pág. 14.

⁸² ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 18.

⁸³ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 18.

⁸⁴ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 19.

⁸⁵ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 20.

El artículo 6 prevé también que la formación continua puede ser propuesta por la empresa, mediante planes formativos, empresariales o territoriales, acordados entre las partes sociales, lo que plantea la cuestión de si el envío del trabajador a un curso formativo entra dentro de las facultades del poder de dirección del empleador y si la eventual negativa del trabajador puede ser considerada como un incumplimiento contractual, considerándose por la doctrina más reciente que la estructura del contrato de trabajo, a la luz de los nuevos modelos organizativos de las empresas, ha llevado a la aparición de un derecho/deber de formación constante en la relación laboral⁸⁶, lo que daría una respuesta positiva a las cuestiones planteadas.

También en esta modalidad formativa tiene gran importancia la negociación colectiva, a la que se ha confiado el papel de rellenar de contenido las previsiones del artículo 6⁸⁷, papel, por lo tanto, más relevante que el concedido en la regulación de los permisos formativos del artículo 5⁸⁸. Por esta razón se puede decir que el derecho a la formación no está «acabado», porque para su operatividad es necesaria la intervención del convenio colectivo⁸⁹. En efecto, el artículo 6.2 remite a la negociación colectiva, de ámbito nacional o inferior, la concreción del número de horas destinadas a este permiso⁹⁰, así como los criterios para la designación de los trabajadores, que han de ser no discriminatorios, si bien pueden establecerse acciones positivas a favor de la mujer⁹¹, y las modalidades de horario y de retribución aplicables a los participantes en los cursos formativos, pudiendo establecerse, de acuerdo con la doctrina, mediante la negociación colectiva, soluciones diversas para las modalidades formativas personales elegidas por los trabajadores y para aquellos proyectos formativos acordados mediante conciertos con las empresas, los cuales, probablemente, serán privilegiados⁹².

Las intervenciones formativas comprendidas en los planes empresariales o territoriales, a los que nos hemos referido anteriormente, pueden ser financiados a través el Fondo interprofesional para la formación continua (artículo 6.3), confiándose a la negociación colectiva, territorial o empresarial, la concreción de dichos planes formativos⁹³.

⁸⁶ GUARRIELLO, F., *op. cit.*, pág. 282.

⁸⁷ ALESSI, C., *op. cit.*, 21.

⁸⁸ ARRIGO, G., *op. cit.*, pág. 14.

⁸⁹ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 22 ; en el mismo sentido, DEL PUNTA, *op. cit.*, pág. 179.

⁹⁰ Las previsiones de los convenios colectivos en cuanto al número de horas (monte ore) destinadas a este permiso formativo han establecido techos más bien altos, flanqueando las tradicionales 150 horas. *Vid.* ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 22.

⁹¹ ALESSI, C., *op. cit.*, pág. 23.

⁹² DEL PUNTA, R., *op. cit.*, pág. 180.

⁹³ ALESSI, C., *op. cit.* pág. 23



En relación a la incidencia que las nuevas tecnologías tienen en las relaciones laborales, a la que nos hemos referido anteriormente, hay que tener en cuenta la Comunicación 229/2005, de 1 de junio, de la Comisión, titulada «Una sociedad europea de la información para el crecimiento de la ocupación», que propone a los estados miembros y a la propia Unión Europea conseguir para el año 2010 tres importantes objetivos:

- a) La realización de un espacio único europeo de la información.
- b) El refuerzo de las innovaciones y de los empleos en la investigación sobre tecnologías de la información; y
- c) La realización de una sociedad de la información y de los medios basada en la mejora de los servicios públicos y de la calidad de vida⁹⁴.

Es, pues, obvio que la formación de los trabajadores en todos los ámbitos del conocimiento y, específicamente, en estas nuevas tecnologías es fundamental para la inserción profesional de los mismos en general y de las mujeres en especial, habiéndose producido en Italia un aumento ocupacional constante de profesiones ligadas a las nuevas tecnologías (informático, telemático, técnicos de la información, operadores de máquinas de elaboración de datos, etc), en el período 1994-2004⁹⁵.

5. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y LA VIDA PERSONAL DE LOS TRABAJADORES

El ser humano no es una máquina para generar trabajo, sino que es una persona que trabaja y que, además, tiene que hacerlo dignamente y compatibilizando el trabajo con los demás intereses y necesidades que toda persona humana tiene. Por eso, la vida de una persona no se reduce, o, mejor, no puede reducirse solamente a trabajar, pues existen otros muchos aspectos o facetas de la vida que la persona necesariamente tiene que desarrollar para encontrar el equilibrio que le permita que esa vida tenga la calidad necesaria para poder calificarse como verdaderamente humana.

Intereses, necesidades, actividades, aspectos, o facetas del trabajador que también tiene que conciliar con su trabajo y, así, el trabajador necesita tiempo para realizar gestiones personales imprescindibles e indelegables (médicos, abogados, notarios, bancos, colegios de los hijos, o ante las Administraciones Públicas: Ayuntamiento, Hacienda, Seguridad Social...), o, simplemente, necesita tiempo para el ocio personal o familiar (salir, viajar

⁹⁴ ERCOLANI, D., *op. cit.*, pág. 93.

⁹⁵ ERCOLANI, D., *op. cit.*, pág. 97.

con su cónyuge o con amigos, llevar al cine a los hijos menores...), o asistir a eventos importantes sociales o de familiares o de amigos (bodas, comuniones, entierros...), que no siempre encuentran acomodo en los clásicos permisos previstos en la normativa laboral vigente, legal o convencional. Por ello es tan importante coordinar, en definitiva, las distintas esferas de la vida del trabajador, la personal, la profesional y la social, que le permita conseguir ese equilibrio necesario en la vida de toda persona⁹⁶.

5.1. Tiempo para el trabajo y tiempo para el trabajador

Evidentemente, la clave para llevar a cabo todas esas actividades laborales y personales del trabajador de manera satisfactoria está en el factor tiempo, esto es, en un reparto equitativo y armónico del tiempo entre el trabajo y las necesidades de todo tipo del trabajador, que permita conseguir esa calidad de vida necesaria para toda persona.

Se trata de hacer efectivo el principio general de adecuar el trabajo a la persona, y no al revés, recogido en el artículo 13 de la Directiva 93/104/CEE, de 23 de noviembre, sobre organización del tiempo de trabajo⁹⁷, a través de una distribución adecuada del tiempo, que compatibilice los intereses del empleador (tiempo de trabajo) y los del trabajador (tiempo para el trabajador), permitiendo, de esta manera, a cada uno conseguir sus objetivos: al empleador, que su proyecto empresarial, bien organizado, sea viable y rentable, sin que para ello tenga que conculcar los derechos y los intereses de los trabajadores, sino, por el contrario, haciendo que estos sean parte de ese proyecto empresarial y que el tiempo que dedican al trabajo lo hagan sin tener la sensación de estar quitándoselo a la familia, al ocio...; y al trabajador, conciliar sus obligaciones laborales con las demás obligaciones o intereses familiares, personales, profesionales, o de cualquier otra índole, que éste pueda tener⁹⁸, de forma que pueda alcanzar una calidad de vida global satisfactoria, resultando todo ello, asimismo, beneficioso para la sociedad, pues, como ha señalado la doctrina, el nudo crucial consiste en reconocer que la mejora de la organización del trabajo representa un crecimiento y una ventaja competitiva tanto para el sistema productivo, como

⁹⁶ Vid. CARDINALI, V., «Conciliare vita, lavoro...», cit., págs. 293 y ss.; DEL PUNTA, R., *op. cit.*, pág. 151; CASALE, O. y PIVA, P., *op. cit.*, págs. 25 y ss.

⁹⁷ Vid. FERRANTE, V., «Osservazioni sulle politiche di sostegno finanziario alla flessibilità degli orari (in margine ad un norma della «legge Turco»)», en *Diritto del lavoro on line: www.unicz.it/lavoro/FERRANTE.htm*, pág. 9; CALAFA, L., *op. cit.* pág. 9.

⁹⁸ Vid. BORTONE, R., *op. cit.*, págs. 135 y ss.

para la sociedad en su conjunto⁹⁹, puesto que cuando el trabajo está bien organizado se convierte en una componente importante de bienestar, no solo porque produce rentabilidad, sino porque asegura bienestar a cada trabajador, estabilidad a las relaciones sociales y esperanza en el futuro¹⁰⁰. Y es obvio que esa buena organización del trabajo pasa necesariamente por una buena organización y distribución del tiempo de trabajo.

5.2. Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo

Conciliar algunas de esas facetas o actividades del trabajador, como trabajo y vida familiar o trabajo y formación, que ya hemos analizado anteriormente, se conciben más como una concesión del legislador (permisos familiares) o del empresario (ciertos permisos formativos), que el trabajador, si se dan los presupuestos legales previstos en la norma, puede aceptar o no, sin que haya más opción posible por su parte, y —fundamentalmente en algunos permisos formativos— desde una óptica exclusiva de los intereses del empleador.

Sin embargo, existen otras facetas en las que el trabajador tiene más autonomía y posibilidades a la hora de tomar una decisión, como las recogidas en el artículo 9 de la ley n. 53/2000, de 8 de marzo¹⁰¹, referidas a la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo en su doble vertiente de flexibilidad en la organización del trabajo, a través de diversas modalidades contractuales, diferentes a la tradicional de a tiempo completo y determinado, y la flexibilización del horario de trabajo¹⁰², en las que el trabajador tiene diversas posibilidades por las que optar y puede priorizar sus propios intereses personales frente a los estrictamente laborales o empresariales.

Es obvio que en ambos casos lo que se modula es el factor tiempo, modulación que, en los supuestos referidos a la organización del trabajo, se realiza a través de la opción entre diversas modalidades contractuales, como el trabajo a tiempo parcial, el teletrabajo o el trabajo a domicilio, mientras que en lo que respecta al horario se lleva a cabo mediante diversas opciones horarias de trabajo, distintas al horario ordinario, pero en el marco de la misma modalidad contractual, como la flexibilidad horaria a la entrada y la sa-

⁹⁹ CASALE, O. y PIVA, P., *op. cit.*, pág. 12.

¹⁰⁰ CASALE, O. y PIVA, P., *op. cit.*, pág. 17.

¹⁰¹ Vid. un amplio comentario sobre el artículo 9 en CALAFA, L., *op. cit.*; *vid.*, también, en FERRANTE, V., *op. cit.*

¹⁰² Vid. GASPARINI, C., «Welfare e politiche di conciliazione», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, pág. 333.

lida del trabajo, la flexibilidad en los turnos de trabajo, el horario concentrado o la novedosa bolsa horaria ¹⁰³.

Lo importante, en todo caso, en estas diversas opciones de flexibilización o modulación del tiempo de trabajo es que las mismas no se utilizan teniendo en cuenta solo los intereses de los empleadores, como ha venido siendo habitual hasta ahora, sino también, y muy especialmente, en función de los intereses, personales y familiares, de los trabajadores, como se propugna en documentos comunitarios ¹⁰⁴ y como cada vez se va recogiendo más en los convenios colectivos. Solo así la flexibilización del tiempo de trabajo será un instrumento útil para conseguir la tantas veces anhelada conciliación de la vida laboral y familiar o personal de los trabajadores, así como la tan ansiada paz social que los empleadores necesitan para una buena y rentable gestión empresarial.

Por sus características, estas diversas formas de gestionar el tiempo de trabajo constituyen un mecanismo adecuado para que los trabajadores puedan compatibilizar sus obligaciones laborales con aquellas otras obligaciones, necesidades o intereses, personales o familiares, de cualquier orden, que puedan tener, pues, al poder modular el tiempo dedicado a la prestación laboral, —sin que ello perjudique, necesariamente, los intereses del empleador, sino más bien lo contrario— en función de esas circunstancias personales o familiares, podrán organizar su vida personal y familiar de manera armónica, sin tener que hacer dejación alguna de sus obligaciones laborales, lo que, evidentemente, generará una mayor satisfacción personal en el trabajador, que, sin duda, redundará en un mayor rendimiento laboral y en una mejor predisposición hacia los intereses empresariales.

En este sentido, el legislador italiano ha apostado por la flexibilización del tiempo de trabajo, incentivando económicamente, a través del Fondo para la ocupación ¹⁰⁵, las distintas formas de articulación de la prestación laboral, con el objetivo de conciliar tiempo de vida y tiempo de trabajo, estableciendo en el artículo 9.1 de la ley n. 53/2000, de 8 de marzo, una financiación pública, que se fija en la ley de presupuestos de cada año (legge finan-

¹⁰³ Sobre horario de trabajo, *vid.* RICCI, G., «Prime considerazioni sulla nuova disciplina italiana dell'orario di lavoro (D. Lgs. n. 66 del 2003)», en *Diritto del lavoro on line: www.unicz.it/lavoro/RICCI.htm*; *vid.*, también, CARABELLI, U. y LECCESE, V. «Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia», en *Diritto del lavoro on line: www.unicz.it/lavoro/CARABELLI E LECCESE.htm*.

¹⁰⁴ *Vid.*, en este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 11 de mayo de 2005, sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo», apartado 3.10, en el DOUE de 27 de octubre de 2005.

¹⁰⁵ *Vid.* FERRANTE, V., *op. cit.*, págs. 11 y ss.



ziaria), con el fin de subvencionar con, al menos, el 50% de los proyectos empresariales en empresas de hasta cincuenta trabajadores, así como en aquellas en cuyos convenios colectivos se prevean acciones positivas¹⁰⁶ que permitan a la madre trabajadora o al padre trabajador, tanto subordinado como autónomo, o que tengan en acogimiento o en adopción un menor, disfrutar de algunas de las formas de flexibilidad en los horarios y en la organización del tiempo de trabajo, señaladas en el citado artículo 9.1.a). Sin embargo, es evidente que esta enumeración no puede considerarse exhaustiva y que se deben considerar financiables todos los proyectos que persigan los objetivos indicados en la norma, así como el uso de instrumentos diversos para conseguirlos¹⁰⁷.

Es necesario subrayar la importancia de la negociación colectiva en este aspecto que estamos analizando de la flexibilización del tiempo de trabajo, pues, como hemos señalado, la propia norma prioriza la financiación pública, prevista en la misma, para aquellas empresas que, con independencia del número de trabajadores que tengan, apliquen un convenio colectivo que prevea acciones positivas para el disfrute de alguna forma de flexibilidad del tiempo de trabajo. Por otro lado, el convenio colectivo es el instrumento adecuado para concretar las distintas formas de flexibilidad del tiempo de trabajo que mejor puedan adaptarse tanto a las características específicas de cada empresa, como a las circunstancias personales o familiares de sus trabajadores.

Vamos a analizar, a continuación, más detalladamente, las formas de organización del trabajo más extendidas en los últimos años en Italia, que permiten a los trabajadores compatibilizar mejor vida de trabajo y vida personal y familiar, convirtiéndose así en instrumentos claves de las políticas de fomento de la flexibilidad del tiempo de trabajo en las relaciones laborales, esto es, el trabajo a tiempo parcial, que el artículo 9 de la ley n. 53/2000, de 8 de marzo, curiosamente, denomina con la terminología inglesa «part-time», y el trabajo a distancia o teletrabajo, modalidades contractuales éstas que, de manera muy notable, han favorecido la incorporación de las mujeres al mundo del trabajo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Sobre acciones positivas, *vid.* CALAFA, L., *op. cit.*, págs. 17 y ss; también FERRANTE, V., *op. cit.*, págs. 11 y ss.

¹⁰⁷ BORTONE, R., *op. cit.*, pág. 136.

¹⁰⁸ *Vid.* CARDINALI, V., «La flessibilità del mercato del lavoro in ottica di genere», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, págs. 57 y ss.; PAGGIARO, A., «L'occupazione femminile tra scelte di partecipazione e gap di genere», en *Maternità, lavoro, discriminazioni*, ISFOL, 2006, pág. 33; D'ONOFRIO, M., *op. cit.*, pág. 73; ERCOLANI, D., *op. cit.*, pág. 106.

5.2.1. *Trabajo a tiempo parcial*

La relación de trabajo a tiempo parcial es una modalidad contractual cuya característica social y legislativa viene dada por la prestación de trabajo con un horario reducido respecto al normal a tiempo completo, fijado legal o convencionalmente ¹⁰⁹, habiéndose convertido en un importante instrumento de conciliación de vida laboral y familiar ¹¹⁰.

El trabajo a tiempo parcial está regulado por el Decreto Legislativo n. 61/2000, de 25 de febrero, que es la transposición al ordenamiento jurídico italiano de la Directiva del Consejo de la Unión Europea 97/81, de 15 de diciembre, sobre trabajo a tiempo parcial, posteriormente modificado e integrado en el Decreto Legislativo n. 100/2001, de 26 de febrero ¹¹¹.

La norma prevé tres modalidades en la relación de trabajo a tiempo parcial:

- a) Relación de trabajo a tiempo parcial horizontal, en la que la reducción de horario respecto a la jornada a tiempo completo depende del horario normal de trabajo diario, o, con otras palabras, que la actividad laboral se presta todos los días laborables con un horario reducido.
- b) Relación de trabajo a tiempo parcial vertical, en la que la actividad laboral diaria se desarrolla a tiempo pleno, pero solo por períodos establecidos durante la semana, el mes o el año.
- c) Relación de trabajo a tiempo parcial mixto, que resulta de la combinación de las modalidades de trabajo a tiempo parcial horizontal y vertical.

Se requiere por la norma la forma escrita «ad probationem» ¹¹². A falta de contrato escrito, se admite la prueba testifical solo en caso de que se haya perdido el contrato escrito sin culpa del empleador, y, en el supuesto de que no se formalice por escrito, el trabajador podrá solicitar judicialmente la declaración de la existencia de una relación laboral a tiempo completo.

En el contrato deberá constar puntualmente la indicación de la duración de la prestación laboral y de su realización horaria diaria, semanal, mensual o anual. La ausencia o la indeterminación de dichas indicaciones no da lugar a la nulidad del contrato, pero en tales casos el trabajador podrá soli-

¹⁰⁹ Vid. GHERA, E., *op. cit.*, págs. 347 y ss.

¹¹⁰ PAGGIARO, A., «Il fenomeno...», *cit.*, pág. 274.

¹¹¹ Modificado nuevamente con ocasión de la reforma del mercado de trabajo, llevada a cabo por el Decreto Legislativo n. 276/2003, de 10 de septiembre. Vid. GHERA, E., *op. cit.*, pág. 348.

¹¹² GHERA, E., *op. cit.*, pág. 349.



citar que se declare judicialmente la existencia de un relación laboral a tiempo completo, o que el juez establezca la concreción de los horarios de trabajo diario, semanal, mensual o anual, de acuerdo con lo que, al respecto, establezca el convenio colectivo aplicable, o, en su defecto, determine dicha concreción horaria teniendo en cuenta las circunstancias personales del trabajador y las necesidades del empleador.

Una característica importante del contrato a tiempo parcial es la derivada de la normativa comunitaria, que sanciona el principio de no discriminación, esto es, el trabajador, por el solo motivo de trabajar a tiempo parcial, no puede tener un trato menos favorable respecto al trabajador a tiempo completo comparable, por lo que el legislador ha querido precisar que la prohibición de discriminación comporta para el trabajador a tiempo parcial el disfrute integral de los mismos derechos de los que se beneficia el trabajador a tiempo completo comparable, que no son susceptibles de aplicarse proporcionalmente, en cuanto que, en su atribución, titularidad y ejercicio, debe prescindirse del hecho de que la prestación sea efectuada en horario reducido ¹¹³, como el importe de la retribución horaria, la duración del período de prueba, vacaciones anuales, etc., salvo que, precisamente, por razón de la propia naturaleza reducida de la prestación laboral que se realiza, requiera un trato proporcional, como la retribución global y de cada componente de dicha retribución, la retribución por vacaciones, etc., sin que ello signifique discriminación alguna.

Otra característica de esta relación de trabajo es la posibilidad que tiene el trabajador de transformar el contrato de trabajo a tiempo parcial en un contrato de trabajo a tiempo completo y viceversa ¹¹⁴, sin que pueda ser obligado a ello por el empresario, y sin que su negativa a dicha modificación contractual sea motivo justificado de despido, de acuerdo con lo establecido en la propia Directiva 97/81 (artículo 5.2), debiendo, incluso, necesariamente, ser convalidado el acuerdo de dicha transformación de la relación de trabajo por la Dirección Provincial de Trabajo, competente por razón del territorio, para que el mismo sea válido, para garantizar, así, que el trabajador toma esa decisión con plena libertad y voluntariedad.

Finalmente, en lo que se refiere a los aspectos más significativos del régimen jurídico de esta modalidad contractual, vamos a señalar brevemente aquellos relativos a la organización del tiempo de trabajo ¹¹⁵:

¹¹³ GHERA, E., *op. cit.*, págs. 349 y ss.

¹¹⁴ Vid. FERRANTE, V., *op. cit.*, pág. 13.

¹¹⁵ Vid. ALESSI, C., «La flessibilità della prestazione: clausole elastiche, lavoro supplementare, lavoro straordinario», en *Il lavoro a tempo parziale*. D. Lgs. n. 61/2000, a cura di Broilo, Milano, Ipsoa, 2001, págs. 80 y ss

- a) Trabajo suplementario ¹¹⁶, solo admitido en la relación de trabajo a tiempo parcial horizontal, y consiste en la prestación laboral desarrollada fuera del horario de trabajo acordado entre las partes y dentro del límite del contrato a tiempo completo. Para ello solo se requiere el consentimiento del trabajador, en ausencia de convenio colectivo aplicable, y su negativa a realizarlo no es motivo justificado de despido. Corresponde a la negociación colectiva el establecimiento del número máximo de horas de trabajo suplementario realizables, así como la determinación del eventual porcentaje de recargo sobre el importe de la retribución horaria global.
- b) Trabajo extraordinario ¹¹⁷, admitido en las modalidades de relación de trabajo a tiempo parcial vertical y mixto, y se le aplica la normativa general, legal o convencional, establecida para las relaciones de trabajo a tiempo completo.
- c) Cláusulas flexibles y elásticas: Cláusulas flexibles son las que permiten la modificación unilateral de la realización horaria de la prestación laboral, y cláusulas elásticas, admitidas en las modalidades de relación de trabajo a tiempo parcial vertical y mixto, son las que permiten el aumento de la duración de la prestación laboral en su conjunto ¹¹⁸. Es necesario un preaviso de dos días por parte del empleador para poder ejercer las facultades contenidas en estas cláusulas y corresponde a la negociación colectiva establecer las condiciones y modalidades necesarias para su ejercicio por parte del empleador.

Hay que subrayar la importancia que la negociación colectiva tiene en la regulación de la relación de trabajo a tiempo parcial, modalidad contractual cada vez más frecuentemente utilizada por los trabajadores y empleadores italianos, siendo bastantes los convenios colectivos que incorporan cláusulas más detalladas referidas a la misma ¹¹⁹.

¹¹⁶ Vid. CARUSO, B., «Diritto invasivo e flessibilità a senso unico: la ri-regolazione del part-time nel D. Lgs. 276/2003», en *Diritto del lavoro on line*: htm» www.unicz.it/lavoro/CARUSO.htm, pág. 7; ALESSI, C., «La flessibilità...», cit., págs. 80 y ss.

¹¹⁷ ALESSI, C., *La flessibilità...*, cit., págs. 80 y ss.

¹¹⁸ Vid. CARUSO, B., *op. cit.* pág. 7; FERRANTE, V., *op. cit.*, pág. 7.

¹¹⁹ Vid. BAVARO, V., «La riforma del par-time», en *Orario di lavoro. Legge e contrattazione collettiva*, Milano, Ipsoa, 2001, págs. 173 y ss.; asimismo, vid. PINTO, V., «Disciplina del part-time e autonomia collettiva», en *Lavoro Informazione*, 2000, núm. 19, págs. 5 y ss.

5.2.2. *Teletrabajo*

El trabajo a distancia o teletrabajo es, de acuerdo con la definición dada por la O.I.T., la forma de trabajo que se realiza en un lugar alejado de la oficina central o del centro de producción y que implica una nueva tecnología, que permite la separación y facilita las comunicaciones ¹²⁰.

El fenómeno del teletrabajo se caracteriza, pues, por la colocación logística del trabajador en el exterior de la empresa, permaneciendo, sin embargo, unido a la organización de la misma mediante tecnologías informáticas y telemáticas, cuya utilización es la base de esta modalidad de trabajo, siendo, jurídicamente, la noción de teletrabajo, de por sí, neutra, respecto a las clasificaciones previstas en los esquemas normativos del trabajo, tanto subordinado como autónomo, pudiéndose, en consecuencia, encuadrar en un contrato de trabajo subordinado o, bien, como autónomo ¹²¹. En otras palabras, con el teletrabajo no se establece una nueva relación laboral, sino que se produce una mera variación organizativa de la que ya existe, modificándose simplemente la modalidad de desarrollo de la prestación ¹²².

Por lo que respecta al sector privado, en Italia no existe aún normativa que regule las características propias del teletrabajo como modalidad laboral específica ¹²³, con independencia de que pueda encuadrarse, como hemos señalado, en un contrato de trabajo subordinado o como autónomo, si bien, el 9 de junio de 2004 se firmó entre las principales asociaciones empresariales y los tres sindicatos mayoritarios el «Acuerdo Interconfederal para el recibimiento del Acuerdo-Marco Europeo sobre teletrabajo, firmado el 16 de julio de 2002 entre UNICE/UEAPME, CEEP y CES» ¹²⁴ en Burdeos.

Este Acuerdo-Marco pretende proporcionar una regulación general del teletrabajo, dejando a la negociación colectiva de sector la introducción de normas más detalladas. En las consideraciones generales establece que las partes sociales ven en el teletrabajo, al mismo tiempo, un medio para las empresas y los entes públicos de servicios, que permite modernizar la organización del trabajo, y un medio para los trabajadores, que les permite con-

¹²⁰ B.I.T. Conditions of work Digest, Vol. I, "Telework". Ginebra, 1990.

¹²¹ GHERA, E., *op. cit.*, pág. 274.

¹²² GAETA, L., «La nozione di telelavoro nel D.P.R. 70 del 1999», en *Diritto del lavoro on line*: www.unicz.it/lavoro/GAETA.htm, pág. 1.

¹²³ Vid. BORTONE, R., «Aspetti legislativi e contrattuali del telelavoro», en *Telelavoro tra immaginario e realtà, a cura di Giannini, Quaderni della Fondazione G. Brodolini*, Roma, 2006, págs. 29 y ss.

¹²⁴ Ver nota 6.

ciliar la actividad laboral con la vida social, ofreciendo una mayor autonomía en el desarrollo de las tareas a ellos confiadas

En efecto, el teletrabajo ofrece importantes ventajas para los trabajadores. Así, mediante esta modalidad de trabajo, los trabajadores pueden mejorar su calidad de vida, pues esa autonomía, a la que nos hemos referido, les permite trabajar a su ritmo, sin la presión de la vigilancia continua del empleador, y organizar su trabajo con una flexibilidad tal que lo haga compatible con cualesquiera otros intereses o necesidades que pueda tener, esto es, permite conciliar la vida laboral y personal, en general, del trabajador.

Permite, asimismo, al trabajador reducir los tiempos de desplazamiento entre su domicilio y el lugar de trabajo, sobre todo en las grandes ciudades, lo que no solo disminuye los costos de transporte, sino también el estrés ocasionado por el mismo, posibilitándole, igualmente, aumentar su tiempo libre, redundando todo ello en una mayor y mejor calidad de vida.

El teletrabajo es, en fin, un instrumento capaz de resolver problemas ligados al ingreso en el mundo del trabajo de personas con particulares problemáticas¹²⁵ y, en ese sentido, facilita el acceso al trabajo de personas discapacitadas, pues el desarrollo de las tecnologías de la información ayuda a la adaptación de estas personas a puestos de trabajo que, de otra forma, no tendrían esa oportunidad, siendo, en muchos casos, la única posibilidad que tienen las personas con una movilidad reducida de acceder a una actividad profesional.

Pero, indiscutiblemente, el teletrabajo también conlleva riesgos para el trabajador, derivados, fundamentalmente, de la seguridad y salud laboral, pues, al ser, normalmente, su domicilio particular el lugar habitual de trabajo¹²⁶, no siempre reunirá las condiciones necesarias en esa materia, porque, entre otras razones, muchas veces el espacio material donde realiza el trabajo es el mismo en el que desarrolla su vida familiar, y las inspecciones, en este supuesto, requieren la conformidad del trabajador (artículo 8 del Acuerdo-Marco europeo). Por ello, dado el tipo de trabajo que se realiza habitualmente, es necesario subrayar la importancia que tiene que el puesto de trabajo reúna las condiciones ergonómicas adecuadas para el desarrollo del trabajo sin que afecte a la salud del trabajador.

¹²⁵ ERCOLANI, D., *op. cit.*, págs. 106 y ss.

¹²⁶ Existen otras formas de teletrabajo: teletrabajo en red, en telecentros creados por la propia empresa, pero en locales geográficamente separados; teletrabajo nómada o móvil, que se desarrolla con un ordenador portátil u otros instrumentos móviles; teletrabajo en locales compartidos por varias empresas; etc., pero el más generalizado es el que se realiza en el domicilio del trabajador.

Hay que señalar también, en este aspecto, la dificultad que supone, para el trabajador que realiza su prestación laboral en su domicilio, la prueba de un posible accidente de trabajo, dada, entre otras razones, la dificultad de separar objetivamente el tiempo de trabajo del tiempo dedicado a otras labores domésticas, personales o familiares, y, en consecuencia, de probar fehacientemente si el accidente se ha producido al realizar la actividad laboral o al desarrollar esas otras actividades domésticas, a diferencia de cuando el accidente se produce en el centro de trabajo empresarial, en el que el trabajador, lógicamente, no tiene que probar que el accidente es imputable a la actividad laboral.

Otros riesgos que, asimismo, asumen los trabajadores de esta modalidad laboral son los referentes a la quiebra de la igualdad de trato respecto a los trabajadores que realizan su trabajo en el centro de trabajo de la empresa, relativos a formación, carrera profesional, respaldo de los representantes de los trabajadores, etc., derechos todos ellos que, al realizar su trabajo aislados y lejos del resto de los trabajadores de la empresa, se debilitan.

No obstante, los teletrabajadores tienen reconocido en Italia, como mínimo, los siguientes derechos:

- Es una modalidad de trabajo que es decidida voluntariamente por el trabajador (artículo 2.1 del Acuerdo interconfederal y artículo 3 del Acuerdo-Marco europeo).
- Tienen reconocidos los mismos derechos y la misma tutela jurídica previstos para los trabajadores comparables que desarrollan su actividad en los locales de la empresa (artículo 3 del Acuerdo interconfederal y artículo 4 del Acuerdo-Marco europeo).
- Tienen derecho a que el empleador suministre, instale y se haga cargo del mantenimiento de los instrumentos necesarios para el trabajo desarrollado regularmente, salvo que el trabajador haga uso de instrumentos propios (artículo 6.2 del Acuerdo interconfederal y artículo 7 del Acuerdo-Marco europeo).
- Tienen derecho a las mismas oportunidades de acceso a la formación y al desarrollo de la carrera profesional, de manera comparable a los que realizan su actividad laboral en locales de la empresa (artículo 9 del Acuerdo interconfederal y artículo 10 del Acuerdo-Marco europeo).
- Tienen, igualmente, el mismo derecho a la seguridad y salud laboral que los demás trabajadores comparables (artículo 7 del Acuerdo interconfederal y artículo 8 del Acuerdo-Marco europeo).
- Tienen los mismos derechos colectivos que los trabajadores que trabajan en los locales de la empresa (artículo 10 del Acuerdo interconfederal y artículo 11 del Acuerdo-Marco europeo).

- Finalmente, puede negociar acuerdos que adecuen y/o integren los principios y criterios definidos en el Acuerdo interconfederal, salvo los acuerdos ya concluidos sobre esta materia (artículo 11 del Acuerdo interconfederal).

Es curioso que en Italia el teletrabajo en las Administraciones Públicas, en las que esta modalidad laboral es utilizada mayoritariamente por mujeres ¹²⁷, está expresamente regulado por el Decreto de la Presidencia de la República n. 70/1999, de 8 de marzo ¹²⁸, que, a su vez, desarrolla el artículo 4 de la ley n. 191/1998, de 16 de junio ¹²⁹, existiendo, asimismo, un Acuerdo-Marco firmado entre ARAN (Agencia para la representación negociadora en el empleo público) y las organizaciones sindicales del sector público, de 23 de marzo de 2000, lo que contrasta con la escasez normativa específica del teletrabajo que, como hemos señalado anteriormente, hay en el sector privado.

Por último, hay que subrayar que, al igual que en los contratos a tiempo parcial, son bastantes los convenios colectivos que en Italia establecen una regulación de esta modalidad de trabajo.

5.3. Flexibilidad en el horario de trabajo

La rigidez horaria en el trabajo es, seguramente, el principal factor que obstaculiza, sobre todo para las mujeres trabajadoras, la conciliación entre la vida laboral y la vida familiar ¹³⁰. De ahí que el horario de trabajo flexible sea, sin duda, uno de los instrumentos fundamentales para lograr esa conciliación, pues permite al trabajador compatibilizar equilibradamente sus obligaciones laborales con otras familiares tan importantes como es el poder dejar, sin agobio por llegar tarde al trabajo, a los hijos en el colegio, o tener que ausentarse, dentro del horario de trabajo, para recogerlos a la salida, pues el horario escolar de entrada suele coincidir con el del comienzo de entrada al trabajo, y el de salida suele ser antes que el del trabajo; o atender en la casa a algún familiar que lo necesite, mayor o menor de edad, minusválido, enfermo, etc., antes de ir al trabajo; o, bien, satisfacer obligaciones o necesidades personales, como ir al médico, al abogado, al notario, al banco, a realizar una gestión administrativa en una Administración Pública, o

¹²⁷ D'ONOFRIO, M., *op. cit.*, pág. 74.

¹²⁸ Vid. GAETA, L., *op. cit.*, pág. 1.

¹²⁹ Vid. ERCOLANI, D., *op. cit.*, pág. 107.

¹³⁰ PAGGIARO, A., «El fenómeno...», *cit.*, pág. 274.

cualquier otra necesidad que pueda tener una persona que trabaja, cuyos horarios sean más o menos coincidentes, y sin que ello le cree problemas de agobio o estrés por no estar cumpliendo correctamente con sus obligaciones laborales, si hace las otras dentro del horario de trabajo, o, por el contrario, no poder cumplimentar esas otras obligaciones o necesidades. Le permite, en definitiva, adaptar el horario de trabajo a las circunstancias concretas de cada trabajador, de forma que pueda conciliar todas las esferas de su vida: la profesional, la personal y familiar y la social ¹³¹.

El artículo 9 de la ley n. 53/2000, de 8 de marzo, enumera diversas modalidades de flexibilidad horaria: horario flexible en la entrada y en la salida del trabajo, flexibilidad de turnos de trabajo, horario concentrado o la bolsa horaria, con prioridad para los padres trabajadores que tengan hijos pequeños de hasta ocho años de edad, o hasta doce años si son acogidos o adoptados (párrafo 1.a), sin que dicha enumeración tenga carácter exhaustiva, sino meramente indicativa ¹³², pudiendo la negociación colectiva introducir otras formas de flexibilidad horaria que permitan conseguir la finalidad prevista en la norma. Vamos a analizar, a continuación, más detenidamente, la modalidad de flexibilidad horaria mas original, desde nuestro punto de vista, que recoge la norma italiana: la bolsa de horas.

5.3.1. *La bolsa de horas* ¹³³

Es un instrumento jurídico novedoso creado para la gestión del tiempo de la prestación laboral. Consiste en la acumulación en una cuenta individual de cada trabajador de un número de horas realizadas sobre el horario normal de trabajo, establecido legal o convencionalmente, cuya entidad está definida en los convenios colectivos, y durante el transcurso del año cada trabajador podrá utilizar dicha cuenta para disfrutar un descanso com-

¹³¹ Vid. CARDINALI, V., «Conciliare vita, lavoro... cit.», pág. 293; DEL PUNTA, R., *op. cit.*, pág. 151.

¹³² BORTONE, R., «Lavoro femminile...», cit., pág. 136; *vid.*, también, el artículo 3 del Decreto de 15-5-2001.

¹³³ Hemos traducido la expresión italiana «banca delle ore» por «bolsa de horas» o «bolsa horaria», si bien el contenido conceptual de esta expresión no es el mismo en el ordenamiento jurídico italiano y en el español. Así, mientras en el Derecho español la «bolsa de horas» o «bolsa horaria» consiste en una reserva de horas por trabajador a lo largo del año, a disposición del empleador, para hacer frente a necesidades organizativas o de producción y a incidencias imprevistas del mercado, en el Derecho italiano la «banca delle ore» es un instrumento jurídico que tiene el trabajador para gestionar por sí mismo parte del tiempo de trabajo extraordinario que realiza.

pensatorio, según las modalidades previstas en los convenios colectivos aplicables ¹³⁴.

Aunque la bolsa de horas está expresamente citada, como hemos señalado anteriormente, en el artículo 9 de la ley n. 53/2000, de 8 de marzo, como mecanismo de flexibilidad horaria (entre otros) en el trabajo e, incluso, en dicho precepto se destina una parte del «Fondo para la ocupación» a formas de promoción de la actividad laboral dirigida a conciliar tiempo de vida y tiempo de trabajo, como ésta ¹³⁵, no existe, sin embargo, en Italia una regulación legal específica de esta forma de administrar el tiempo de trabajo por parte del trabajador.

En efecto, el posterior Decreto Legislativo n. 66/2003, de 8 de abril, que regula la organización del horario de trabajo, no la menciona, si bien tampoco puede afirmarse que carezca de cobertura legal, pues, al ser una forma de trabajo extraordinario y remitir el artículo 5.2 del referido Decreto Legislativo n. 66/2003 a la negociación colectiva para la regulación de las eventuales modalidades de ejecución de la prestación de trabajo extraordinario, señalando el párrafo 5 de dicho precepto que «los convenios colectivos pueden, en cada caso, permitir que, en alternativa o como añadido a la mejora retributiva, los trabajadores disfruten de descanso compensatorio», está claro que la bolsa horaria, introducida como tal institución específica por la negociación colectiva ¹³⁶, como una modalidad de ejecución de la prestación del trabajo extraordinario (artículo 5.2 citado), que se compensa al trabajador mediante el disfrute de descansos (artículo 5.5, también citado), es una institución que, de forma indirecta, encaja perfectamente en la normativa sobre horarios de trabajo, a través de la negociación colectiva, y a la que, además, la reiterada ley n. 53/2000 había reconocido, anteriormente, como instrumento de flexibilidad laboral para conciliar tiempo de vida y tiempo de trabajo (artículo 9).

De ahí que sea la negociación colectiva tan importante en esta materia, pues, a través de la misma, se pactarán entre empresarios y trabajadores las reglas por las que se regirá esta institución. Así, en los convenios colectivos se establecerán el número máximo de horas y la forma en que podrán acumularse en la cuenta individual de cada trabajador, el tiempo y la forma de hacer uso de tales horas para su disfrute, o la compensación económica en los supuestos en los que, excepcionalmente, no puedan compensarse mediante disfrute, así como todas las limitaciones en cuanto a jornada máxi-

¹³⁴ Vid. CARABELLI, U. e LECCESE, V., *op. cit.*, pág. 22.

¹³⁵ BORTONE, R., «Lavoro femminile...», *cit.*, pág. 136.

¹³⁶ GHERA, E., *op. cit.*, pág. 122; FERRANTE, V., *op. cit.*, pág. 14.



ma, descansos, diario y semanal, etc., que, en relación con el trabajo extraordinario, establece el Decreto Legislativo n. 66/2003, de 8 de abril, pues, obviamente, tanto por operatividad en la gestión empresarial, como por seguridad y salud de los trabajadores, el trabajo extraordinario no puede ser ilimitado, aunque, como en el presente caso, tenga la finalidad positiva de conciliar tiempo de vida y tiempo de trabajo de los trabajadores.

En efecto, a partir de la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado empieza a regularse en Italia la institución de la bolsa de horas en los convenios colectivos, como fórmula que permite a los trabajadores adaptar mejor el tiempo de trabajo a sus circunstancias y necesidades privadas, y actualmente está recogida en bastantes convenios colectivos, entre los que ha encontrado una rápida difusión¹³⁷, tanto de sectores empresariales, como de empresas, e, incluso, en las Administraciones Públicas¹³⁸.

En realidad, es una forma original de optimizar en beneficio del trabajador el exceso de horas de trabajo que realiza sobre la jornada normal, que, en vez de ser compensado económicamente, como ocurre normalmente con las horas extraordinarias en sentido estricto, se va acumulando en una cuenta individual de cada trabajador, que utiliza ese tiempo que la empresa le «debe» cuando le interese, en función de sus necesidades, obligaciones o preferencias, personales, familiares o de cualquier índole, esto es, para conciliar vida laboral y vida privada.

Se trata, en definitiva, de una fórmula que soluciona de manera inteligente la compensación de horas de trabajo extraordinarias de forma positiva para el trabajador, permitiéndole disfrutar ese tiempo cuando realmente lo necesite y no, necesariamente, cuando quiera el empleador, permitiéndole, en fin, gestionar personalmente su cuenta individual, constituida por el tiempo trabajado en exceso sobre la jornada normal de trabajo¹³⁹, mejorando, de esta forma, la disponibilidad de su tiempo libre y mejorando, en consecuencia, su calidad de vida. Al fin y al cabo, el trabajo extraordinario se ha convertido en parte integrante del mecanismo de flexibilidad horaria¹⁴⁰, que, como hemos señalado, es un importante instrumento para conseguir la conciliación entre la vida laboral y la vida personal y familiar de los trabajadores.

Esta fórmula tiene también la virtud de despojar la realización de horas extraordinarias de la finalidad económica-monetarista que normalmente

¹³⁷ FERRANTE, V., *op. cit.*, pág. 15.

¹³⁸ Vid. CASALE, O. y PIVA, P., *op. cit.*, págs. 83 y ss

¹³⁹ Vid. CASALE, O. y PIVA, P., *op. cit.*, pág. 83.

¹⁴⁰ RICCI, G., *op. cit.*, 8.

ha tenido, —y por lo que la normativa que la regula es restrictiva, señalando, en este sentido, el artículo 5.1 del Decreto Legislativo n. 66/2003, de 8 de abril, que «el recurso a prestaciones de trabajo extraordinario debe ser contenido»¹⁴¹ y pase, mediante la institución de la bolsa de horas, a tener una finalidad social, que permite al trabajador conciliar su vida laboral y su vida privada.

5.4. Los tiempos de las ciudades

La ley n.53/2000, de 8 de marzo, regula en su capítulo VII, de forma innovadora en la legislación italiana, la coordinación de los tiempos de las ciudades, con el fin de armonizar y proporcionar el equilibrio entre los horarios de los diversos servicios que se prestan en una ciudad: actividades productivas, guarderías, escuelas, transportes, comercios, banca, burocracia administrativa, actividades culturales (museos, teatros...), ocio (restaurantes, cines...), etc.¹⁴², con el fin de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, productores y usuarios de dichos servicios.

Se trata, en definitiva, de coordinar los horarios de los servicios, públicos y privados, que se prestan en una ciudad, para que todos los ciudadanos, a la vez productores o prestadores de tales servicios y usuarios o consumidores de los mismos, puedan, dentro del tiempo personal de cada uno, prestarlos y recibirlos armonizada y coordinadamente, de manera que todos se beneficien y puedan acceder al disfrute de los mismos.

Esta regulación de los tiempos de las ciudades es, como hemos señalado, francamente innovadora desde el punto de vista normativo, siendo Italia, probablemente, el primer país que la recoge en la citada ley n. 53/2000. Sin embargo, las políticas temporales ya venían desarrollándose en bastantes ciudades italianas desde los años noventa del pasado siglo¹⁴³, puesto que la facultad asignada al alcalde de coordinar los horarios de los servicios públicos con las necesidades de los ciudadanos es una realidad presente en el artículo 36 de la ley n. 142/1990, de 8 de junio¹⁴⁴.

Asimismo, estas políticas temporales han sido objeto de una serie de proyectos en otras muchas ciudades europeas, que han dado lugar a interesantes ejemplos innovadores en el establecimiento de los servicios,

¹⁴¹ GHERA, E., *op. cit.*, pág. 121.

¹⁴² Vid. CASALE, O. y PIVA, P., *op. cit.*, pág. 29.

¹⁴³ Vid. DI GIUVANGIULIO, F., *op. cit.*, págs. 321 y ss.

¹⁴⁴ DI GIUVANGIULIO, F., *op. cit.*, pág. 327.

en las relaciones familiares y en el tiempo dedicado al trabajo y a la diversión ¹⁴⁵.

Sin embargo, es la ley n. 53/2000, de 8 de marzo, la que, en su capítulo VII, dedicado a «Los tiempos de las ciudades», la que intenta generalizar las experiencias de reorganización de los horarios que ya funcionaban en algunos municipios, previendo la obligatoriedad de planes territoriales de horarios ¹⁴⁶, como instrumentos que proponen una programación coordinada de los sistemas horarios de los servicios urbanos, públicos y privados, con el objeto de coordinar los tiempos de funcionamiento de las ciudades, ofreciendo, así, a los ciudadanos la posibilidad de conciliar los propios tiempos de vida con los horarios de trabajo, tiempo para la familia y tiempo libre ¹⁴⁷.

En este sentido, compete a todas las regiones ¹⁴⁸ aprobar, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, normas para la coordinación, por parte de los ayuntamientos, de los horarios de los centros comerciales, de los servicios públicos y de las oficinas periféricas de las Administraciones Públicas, así como para la promoción del uso del tiempo para la solidaridad social (artículo 22.1).

Asimismo, las regiones preverán incentivos financieros para los ayuntamientos, a través de la utilización de los recursos del «Fondo para la armonización de los tiempos de las ciudades», expresamente previsto en el artículo 28 para la realización de los planes territoriales de horas (artículo 22.2).

Las leyes regionales indicarán los criterios generales de administración y coordinación de los horarios de apertura al público de los servicios públicos y privados, de las oficinas de las Administraciones Públicas, de los centros comerciales y turísticos, de las actividades culturales, de los espectáculos y de los transportes, e indicarán, asimismo, los criterios para la realización de los planes territoriales de las horas, y los criterios y modalidades para la concesión a los ayuntamientos de la financiación prevista (artículo 22.5).

Los ayuntamientos, por su parte, tienen la competencia para elaborar los planes territoriales de los horarios de las ciudades, para cuya ejecución, aquellos de mas de 30.000 habitantes, deberán nombrar un responsable, al que se le asigna la competencia en materia de tiempos y horarios, y los ayun-

¹⁴⁵ GASPARINI, C., *op. cit.*, pág. 333.

¹⁴⁶ Vid. BORTONE, R., «Lavoro femminile...», cit., pg. 136.

¹⁴⁷ DI GIUVANGIULIO, F., *op. cit.*, pág. 319.

¹⁴⁸ Vid. BORTONE, R., «Lavoro femminile...», cit. pág. 136.

tamientos con población inferior a 30.000 habitantes pueden crear una oficina, de forma asociada, que ejerza dicha competencia (artículo 24, párrafos 2 y 3) ¹⁴⁹.

Corresponde al alcalde la elaboración del plan territorial de horarios de la ciudad, para lo que llevará a cabo consultas con las Administraciones Públicas, las partes sociales, las asociaciones previstas en la citada ley n. 142/1990, de 8 de junio, y las asociaciones de las familias (artículo 24.4), y en dicha elaboración se tendrán en cuenta los efectos que el plan tendrá sobre el tráfico y la contaminación, y sobre la calidad de la vida de los ciudadanos, los horarios de trabajo, públicos y privados, los horarios de apertura al público de los servicios públicos y privados, de las oficinas de las Administraciones Públicas, de las actividades comerciales, así como de las instituciones formativas, culturales y de tiempo libre (artículo 24.5).

Una vez elaborado, el plan es aprobado por el consejo municipal a propuesta del alcalde y es vinculante para la administración municipal. Se ejecuta mediante una ordenanza del propio alcalde (artículo 24.6).

Por último, la norma establece que, para la ejecución y seguimiento del plan, el alcalde constituirá una mesa de concertación en la que, además del mismo alcalde, estarán presentes representantes de diversos entes y Administraciones Públicas, de las fuerzas sociales, empresariales y sindicales, de la universidad, de las empresas de transporte, urbanos e interurbanos y de las empresas ferroviarias (artículo 25).

En definitiva, el plan territorial de horarios de las ciudades debe comprender una completa integración de todos los horarios de los diversos servicios que se prestan en la ciudad, por lo que es fundamental que se siga un método de concertación de todos los involucrados en ellos, pues, a través de la participación activa de los diversos sujetos implicados en el proceso de reorganización de los tiempos, se pueden conocer los problemas concretos de interacción entre los horarios de los diversos servicios y reducir los factores de rigidez que se puedan oponer a la realización del proyecto ¹⁵⁰.

En este sentido, hay que señalar que un plan territorial de horarios de las ciudades adecuado puede conllevar cambios en las costumbres y hábitos consolidados de los ciudadanos, como, por ejemplo, anticipar los horarios de las guarderías y de las escuelas primarias, o prolongar o remodelar los de los pequeños comercios, que pueden encontrarse con la resistencia de los trabajadores o de los propios comerciantes, pues también ellos son ciudadanos a los que el plan territorial de horarios debe mejorar la vida, por lo

¹⁴⁹ Vid. DI GIUVANGIULIO, F., *op. cit.*, pág. 320.

¹⁵⁰ BORTONE, R., «Lavoro femminile...», *cit.*, pág. 137.



que solo el método participativo puede coordinar los intereses en juego de todos los ciudadanos y prevenir conflictos sucesivos que puedan paralizar cualquier innovación ¹⁵¹.

Así pues, el plan territorial de horarios de las ciudades es un instrumento adecuado y útil para llevar a cabo esa necesaria armonización y coordinación administrativa de los horarios de todos los servicios, públicos y privados, que se prestan en una ciudad a los ciudadanos, y el ayuntamiento la institución que mejor puede planificarlo, elaborarlo y ejecutarlo, por ser la más cercana a los ciudadanos y la que, en cada municipio, mejor puede conocer sus necesidades y costumbres concretas y, en consecuencia, la que mejor puede coordinar dichos horarios para prestarles un óptimo servicio.

Por todo ello, coordinar los tiempos de las ciudades, como lo hace la ley n. 53/2000, de 8 de marzo, es cada vez más necesario para que los ciudadanos, en general, puedan mejorar, sin duda alguna, su calidad de vida, como habitantes o visitantes de una ciudad, y los trabajadores, en particular, puedan, indiscutiblemente, conciliar su vida laboral y su vida privada, personal o familiar, como expresamente señala la propia norma en su artículo primero. De ahí la importancia que tiene esta innovadora ley, que otros países europeos están copiando ¹⁵².

6. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL CON LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR DE LOS TRABAJADORES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Al ir analizando, a lo largo del presente trabajo, las distintas situaciones laborales de los trabajadores (maternidad/paternidad, períodos formativos...) y las diferentes formas de organización del trabajo (las incluidas en el artículo 9 de la ley 53/2000), en las que se concretan las diversas opciones para conciliar la vida laboral y la vida personal y familiar de los trabajadores, hemos podido observar las continuas remisiones a la negociación colectiva.

Indudablemente, la negociación colectiva es el instrumento clave para el encuentro, la convergencia, la concertación, de trabajadores y empleadores, a través del que mejor se pueden acordar medidas que favorezcan y faciliten la conciliación de las diversas esferas de intereses de los trabajadores (laborales, personales y familiares), pues nadie mejor que las propias partes

¹⁵¹ BORTONE, R., «Lavoro femminile...», cit., pág. 137

¹⁵² CASALE, O. y PIVA, P., *op. cit.*, pág. 29.

negociadoras de un convenio colectivo, los mismos sujetos de las relaciones laborales que se desarrollan en cada empresa o sector, conoce las características y circunstancias concretas, conoce, en definitiva, la realidad de la empresa o sector donde se desarrollan esas relaciones laborales y, en consecuencia, nadie mejor que los sujetos de cada realidad socio-laboral concreta para establecer los acuerdos que permitan a los trabajadores conciliar su vida laboral con su vida personal y familiar de la mejor forma posible, sin que, a la vez, ello cree problemas al empleador, sino que, por el contrario, de esa forma, mejoren las relaciones laborales y, en consecuencia, la propia productividad empresarial. De ahí, pues, la importancia de la negociación colectiva en esta materia que estamos estudiando en el presente trabajo.

Consultados los convenios colectivos italianos, —si bien limitándonos, por razones de operatividad, a los de ámbito nacional¹⁵³—, hemos observado que las medidas, estudiadas en el presente trabajo, para la conciliación de la vida laboral y la vida personal y familiar de los trabajadores se encuentran recogidas en una gran mayoría de ellos, pero de manera parcial, echándose en falta en la negociación colectiva italiana una regulación sistemática e integral de dicha conciliación. En otras palabras, se puede decir que en los últimos años se ha producido un importante avance en la regulación, por separado, de aspectos parciales (maternidad, trabajo a tiempo parcial, teletrabajo, bolsa de horas...), muy positivos para alcanzar esa conciliación, pero aún no se encuentra en los convenios colectivos una regulación completa y unificada de la institución conciliadora.

No obstante, la negociación colectiva italiana contiene suficientes medidas que, si bien no todas se han negociado con la directa finalidad conciliadora de las distintas esferas de intereses de los trabajadores, e, incluso, posiblemente, en algunos casos, ignorando dicha finalidad, sí pueden ser perfectamente utilizadas todas ellas para conseguir esa conciliación. Y si, como hemos subrayado anteriormente, no puede deducirse de los convenios colectivos consultados la existencia en la negociación colectiva italiana de una política integral de conciliación de la esfera laboral y las demás posibles esferas de intereses de los trabajadores (personal, familiar, social...), sí puede afirmarse, al menos, que los convenios recogen un conjunto de medidas que, bien utilizadas por empleadores y trabajadores, pueden conseguir, de manera razonable, esa conciliación, habiéndose convertido, en este sentido, la negociación colectiva en un instrumento clave para ello.

¹⁵³ Pueden consultarse en la web del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro: www.cnel.it



2

Mercado de Trabajo







DESACELERACIÓN ECONÓMICA Y CRISIS. EL MERCADO DE TRABAJO EN EL PRIMER TRIMESTRE DE 2008

SANTOS RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

Investigadora
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

En el primer trimestre de 2008 la economía española parece haber entrado ya claramente en una nueva fase del ciclo económico. Las previsiones de crecimiento económico se han reducido drásticamente respecto a las de trimestres anteriores. La desaceleración económica se traduce en el comportamiento de las principales variables laborales. El desempleo crece en España y en Andalucía y el crecimiento de la ocupación se ha detenido. La crisis es especialmente grave en el caso del sector de la construcción. La tasa de paro en Andalucía ha alcanzado el 14,83%. Las perspectivas para los próximos trimestres no son muy optimistas.

ABSTRACT

During the first trimester of 2008 the Spanish Economy seems to be coming into a new phase of the business cycle. Growth rates are dramatically falling since last year as Spain is one of the European countries more affected by the international crisis. This economic development is been following by labour variables and in this way Unemployment is going up and Employment growth seems to have stopped. This is especially important in some sectors for example construction. The economic evolution looks similar in Andalusia where unemployment rate has reached an average of 14,83%. Perspectives for future terms are not very optimistics.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. PRIMER TRIMESTRE 2008

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	1º Trim. 08	22.576,5	0,8	3,0	3.785,6	1,1	3,8
Tasa de actividad	Porcentaje	1º Trim. 08	59,35	0,4	1,3	57,14	0,7	2,1
Hombres	69,23	0,0	0,4	68,14	0,0	0,6
Mujeres	49,37	0,0	1,6	45,70	0,0	2,5
16-19 años	28,10	-0,2	2,7	33,17	0,8	15,8
20-24 años	66,08	-1,3	-0,4	67,71	-0,1	5,7
25-54 años	83,55	0,4	1,0	78,58	0,7	0,9
Más de 55 años	20,44	1,3	3,4	17,46	1,1	2,9
Ocupados	Miles	1º Trim. 08	20.402,3	-0,4	1,7	3.224,0	0,1	1,0
Agricultura	922,4	1,8	-6,8	272	13,0	-7,5
Industria	3.338,5	1,8	2,2	332,3	0,8	4,8
Construcción	2.620,3	-2,7	-1,7	474,4	-2,3	-1,3
Servicios	13.521,1	-0,6	2,8	2.145,3	-0,9	2,1
Asalariados del sector público	..	1º Trim. 08	2.873,2	-1,4	-2,0	506,9	-0,8	-1,9
Asalariados temporales	..	1º Trim. 08	5.070,3	-2,8	-3,9	1.143,4	0,9	-3,1
Parados encuestados	..	1º Trim. 08	2.174,2	12,8	17,1	561,6	7,2	23,1
Hombres	1.018,6	15,9	27,3	263,2	13,8	28,9
Mujeres	1.155,6	10,2	9,4	297,8	1,7	18,1
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	1º Trim. 08	9,63	12,0	13,7	14,83	6,0	18,5
Hombres	7,87	15,2	24,5	11,83	13,2	25,9
Mujeres	11,99	9,0	5,3	19,14	0,2	12,1
16-19 años	32,89	4,9	19,8	37,98	8,0	23,8
20-24 años	17,99	17,6	18,1	22,91	10,9	15,5
25-54 años	8,56	12,2	13,7	13,10	5,8	16,4
Más de 55 años	6,30	10,9	7,5	12,22	-1,8	33,7
Parados de larga duración	Porcentaje	1º Trim. 08	22,31	-1,7	-12,9	32,17	-9,1	15,1
Parados registrados	Miles	1º Trim. 08	2.292,73	9,7	10,6	537,26	6,1	9,7
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	1º Trim. 08	96,86	-0,8	3,9
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	4º Trim. 07	600	0	0	600	0	0
Coste laboral por trabajador	€/mes	4º Trim. 07	2.405,51	9,3	4,1	2.154,17	7,1	2,9
Industria	2.763,20	10,2	3,4	2.435,95	8,3	3,5
Construcción	2.397,01	9,5	5,3	2.257,04	4,2	5,1
Servicios	2.313,07	9,0	4,2	2.078,62	7,8	2,5
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	4º Trim. 07	144,4	6,3	-0,3	144,8	2,3	-0,8
Accidentes mortales de trabajo	Total	4º Trim. 07	231	-21,2	-41,4
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	4º Trim. 07	961	232,5	4,8	99	32,0	8,8
Trabajadores Extinción de empleo	7.426	53,4	18,0	380	13,4	48,4
Suspensión de empleo	7.316	86,7	52,8	227	15,8	122,5
Reducción de jornada	72	46,9	24,1	2	-93,1	-75,0
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	4º Trim. 07	325	135,5	22,2
Participantes	Miles	..	99,7	360,0	32,6	17,5	0	-80,6
Jornadas no trabajadas	356,6	238,6	127,6	25	-75,0	-99,6
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	4º Trim. 07	3,5	3,8	4,0
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	4º Trim. 07	-27,5	-1,4	7,9
Inflación	Porcentaje	1º Trim. 08	4,5	7,1	87,5	4,5	15,4	..
Saldo público (operaciones no financieras)	Millardos €	4º Trim. 07	23,368	-44,8
Tipo de interés (Euribor 12) meses	Porcentaje	1º Trim. 08	4,7	0,6	14,3

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

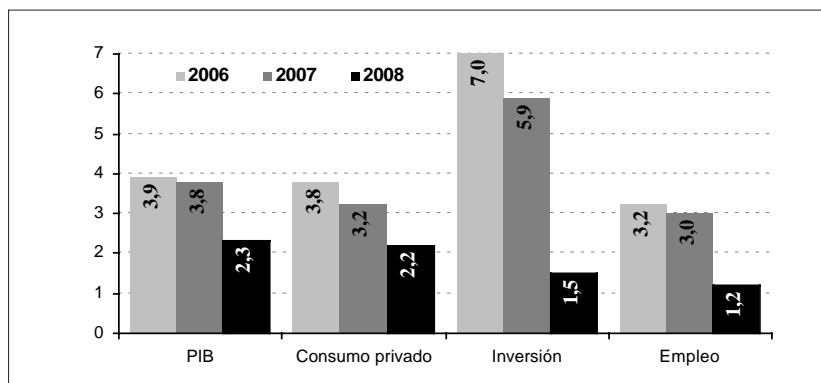
ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

La crisis ya está aquí. El año terminó con las revisiones a la baja de las previsiones de crecimiento para este año: el gobierno preveía un crecimiento del 3,1 por ciento del PIB durante el año 2008. Transcurrido el primer trimestre del año, las previsiones se corrigen, situándolas en el 2,3 por ciento de crecimiento durante este año 2008. Estas previsiones son incluso más optimistas que las señaladas por el Fondo Monetario Internacional, en su revisión de primavera, que sitúa el crecimiento de la economía española en el 1,8 por ciento en el año en curso. Precisamente por esto, se matizan los escenarios del Banco de España y de la Comisión Europea, que prevén un aumento de la tasa de variación anual del Producto Interior Bruto español del 2,4 y 2,2 por ciento, respectivamente, en las previsiones publicadas por estos organismos en la primavera reciente.

**REVISIÓN DE LOS ESCENARIOS MACROECONÓMICAS
DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA PARA 2008**



Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda.

En esta misma revisión del escenario macroeconómico presentada por el Gobierno, se observa que la principal causa en la caída del crecimiento

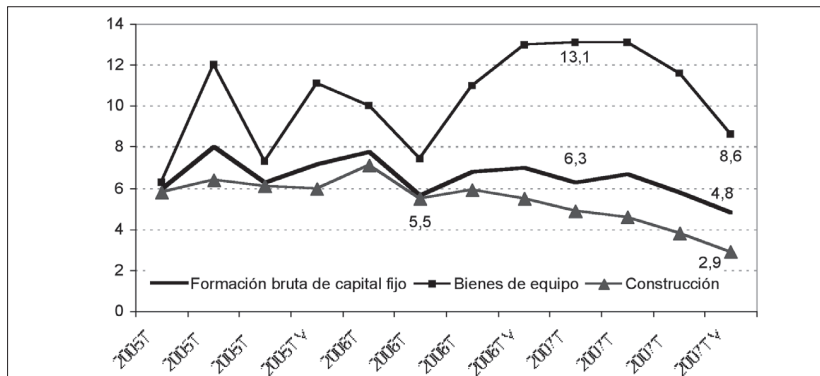
económico proviene de la desaceleración de la demanda nacional, que pasa de aportar 4,6 puntos al crecimiento a finales del año pasado, a preverse una contribución dos puntos por debajo. La demanda exterior pasará de restar 0,7 puntos en el año 2007 a 0,3, en 2008, al Producto Interior Bruto Tanto.

Dentro de la demanda nacional, la partida de consumo final de los hogares ve reducir su crecimiento, en las previsiones del gobierno, del 3,2 al 2,2 por ciento mientras el consumo público sólo se recorta en 3 décimas, hasta situarse en el 4,8 por ciento. El menor consumo de los hogares, acelerado por la caída de la confianza del consumidor (debida a la crisis del sector de la construcción y al endurecimiento de las condiciones crediticias), explica en gran medida la desaceleración de la economía en su conjunto.

Con todo ello, el componente que refleja más claramente la recesión, es la formación bruta de capital fijo, ya apuntada durante el año 2007: pasó de una tasa de variación interanual del 6,3 por ciento en el primer trimestre del año, a una tasa de 4,8 por ciento en el último. Y para el presente año se prevé que apenas se sitúe en el 1,5 por ciento.

En las previsiones del Banco de España, es la inversión en bienes de equipo la que registrará una mayor caída, pues durante el año 2007 creció un 11,6 por ciento, la mayor variación de los últimos años, y se estima que en el año 2008 apenas se sitúe en un 4,4 por ciento. Y eso, en las previsiones del Banco de España, que en términos generales son más optimistas que las últimas presentadas por el gobierno. En esas mismas estimaciones, la inversión en construcción alcanza signo negativo: se espera que disminuya un 0,2 por ciento respecto al año 2007, que finalizó con una media anual del 4 por ciento, aunque en franca caída, pues el último trimestre ya registraba una cifra del 2,9 por ciento.

EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN, 1T-2005 / 1T-2008

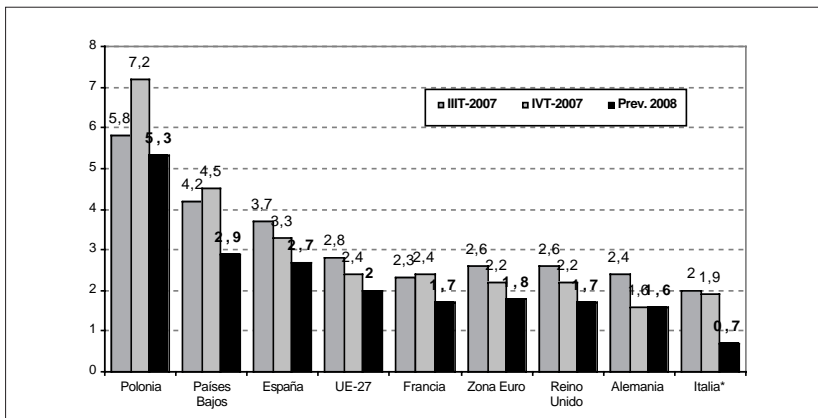


Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Trimestral, INE.

En el entorno de la Unión Europea, el grueso de los 15 ya recoge en las estadísticas del último trimestre del año pasado la caída que se está produciendo: salvo los países más recientemente incorporados (aunque ya hace unos años de eso), que mantenían sendas de crecimiento del PIB, se reflejan descensos en la tasa de variación del PIB entre los dos últimos trimestres del año 2007 en todos los países.

En las previsiones de la Comisión Europea publicadas a finales del mes de abril, se rebajan las expectativas para los principales países de la Unión. En ellas, se considera que la Zona Euro registrará un crecimiento del Producto Interior Bruto del 1,7 por ciento, mientras para el conjunto de la Unión Europea de 27 países se alcanzará el 2 por ciento, gracias al crecimiento todavía elevado de economías como la polaca, con registros todavía por encima del 5 por ciento, a pesar de caer casi dos puntos porcentuales, en estas mismas previsiones.

**PREVISIONES DE CRECIMIENTO DEL PIB
REALIZADAS POR LA COMISIÓN EUROPEA**



Fuente: Comisión Europea, *Interim Forecast*, febrero 2008.

En un entorno de alta incertidumbre como el actual, con continuas revisiones de los escenarios de crecimiento, el empleo sufre las consecuencias de la falta de confianza y la inseguridad que se genera. La cifra que se adivina de variación del empleo, revisada recientemente por el gobierno, se sitúa en el 1,2 por ciento en términos de empleo equivalente a tiempo completo, frente al 3,0 por ciento registrado en el año 2007.

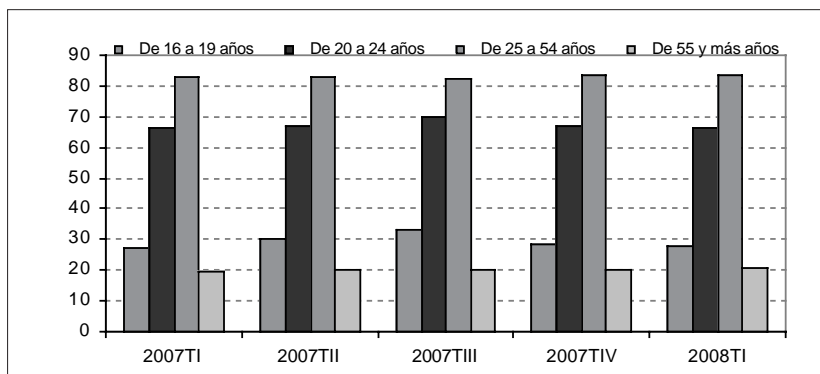
2. LA OFERTA DE TRABAJO

Sigue creciendo el número de personas activas en el mercado de trabajo español. El primer trimestre del año recoge más de veintidós millones y medio de personas en activo, 172.000 más que en el último trimestre del año 2007, lo que supone un incremento de 0,77 por ciento. Esta variación, respecto al primer trimestre de 2007, indica un incremento del 3 por ciento, o lo que es lo mismo, un aumento de más de 650 mil personas. A pesar de la caída registrada en el último trimestre del año anterior, la incorporación de activos al mercado de trabajo recupera el ritmo, sobre todo, gracias de nuevo a la incorporación de las mujeres a la vida activa.

Mientras apenas se sumaron 66.200 hombres, fueron 105.800 mujeres las que se incorporaron al mercado de trabajo, es decir, una variación del 0,5 y del 1,1 por ciento respecto al trimestre anterior. Esto sitúa a la población disponible para trabajar en 12.942.500 hombres y 9.633.900 mujeres, es decir, con una tasa de actividad conjunta de 59,35, en el caso de los hombres, 69,3 y en el de las mujeres, 49,7. Por tanto, la tasa de actividad masculina se recupera de la caída registrada en el trimestre anterior mientras la de las mujeres continúa su imparable ascenso.

Ahondando en el análisis de la incorporación de trabajadores al mercado laboral, es la tasa de actividad de los menores de 25 años la que continúa con la disminución observada durante el trimestre anterior, sobre todo, en el caso de las mujeres menores de 25 años (cae siete décimas respecto al trimestre anterior). Por tanto, es la tasa de actividad de los mayores de 25 años la que está manteniendo el aumento de la tasa de actividad general.

TASA DE ACTIVIDAD POR EDADES, 1T-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Trimestral, INE.

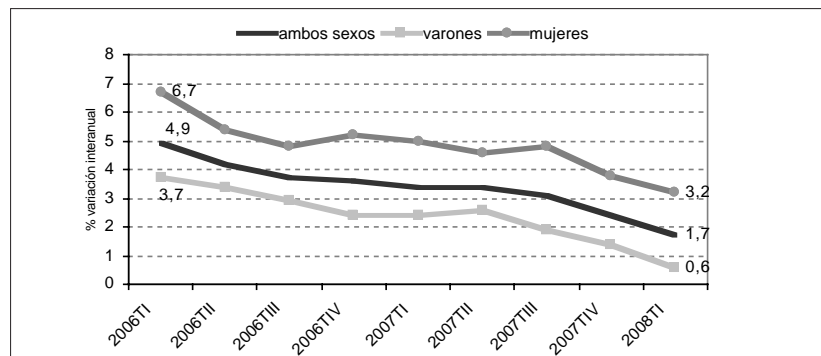
De los veintidós millones y medio de personas en activo, 19.130.600 tienen la nacionalidad española, esto es, el ochenta y cinco por ciento; pero de las nuevas incorporaciones, apenas el doce por ciento son españoles. Sin embargo, por primera vez cae el porcentaje de activos extranjeros sobre el total de activos, en tres décimas, recogiendo de esta forma la caída observada en el años pasado en la proporción de extranjeros que se suman a la vida activa.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

Al igual que sucediera en el cuarto trimestre de 2007, en este primero del año 2008 se refleja la crisis en la destrucción de empleo: hay 74.600 ocupados menos, el doble de los que perdieron el empleo en el trimestre anterior. Esta disminución del número de ocupados proviene en casi su totalidad de los varones, pues apenas suman 1.500 las mujeres que dejaron de estar ocupadas. Es decir, en estos inicios del año, se consolida la senda ya apuntada al finalizar el año 2007.

Sin embargo, aún se mantiene un crecimiento de la ocupación respecto al primer trimestre del año pasado, del 1,66 por ciento: de momento, en el mercado de trabajo hay más ocupados que hace un año, tanto hombres como mujeres. Pero la tasa de crecimiento del empleo viene disminuyendo de forma imparable desde hace un año: en este trimestre, únicamente hay un 1,7 por ciento más de ocupados que en el mismo periodo del año 2007. Y sólo un 0,6 por ciento más de hombres ocupados. No es que se haya ralentizado la creación de empleo entre los hombres, es que prácticamente se ha parado: habrá que comprobar la evolución de los próximos meses.

**CRECIMIENTO DE LOS OCUPADOS, POR SEXO
1T-2006 / 1T-2008**



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, INE.

Así, la tasa de empleo disminuye por segundo trimestre consecutivo (bajando de 54 a 53,6), y no ya sólo la tasa de empleo de los varones (que pasa de 64,5 a 63,9), sino también, y aquí está la novedad, la de las mujeres, que con una tasa de empleo en el cuarto trimestre de 2007 de 43,9, se sitúan en el primer trimestre de 2008 en 43,7, una reducción pequeña, pero reducción al fin y al cabo, rompiendo con la senda de incrementos de la tasa de ocupación que se registraba entre las féminas.

La pérdida de empleo se concentra en los varones menores de 29 años. En total, suman una caída de casi cien mil empleos menos que en el trimestre anterior, una tasa de variación del -3,7 por ciento. Más importante es la pérdida en términos interanuales, pues se contabilizan casi ciento cincuenta mil ocupados menos entre los varones menores de 29 años, lo que supone una desplome del 5,5 por ciento respecto al primer trimestre del año 2007.

Éste, que es el tramo de edad más dinámico, ya venía adelantando la caída que se empieza a contrastar en los niveles de ocupación: la tasa de empleo de los varones menores de 25 años ha caído 5,7 puntos en dos trimestres, para quedar en 44,8. La de las mujeres jóvenes, que ya había perdido tres puntos en el trimestre anterior, cae otro más, situándose en 35,2.

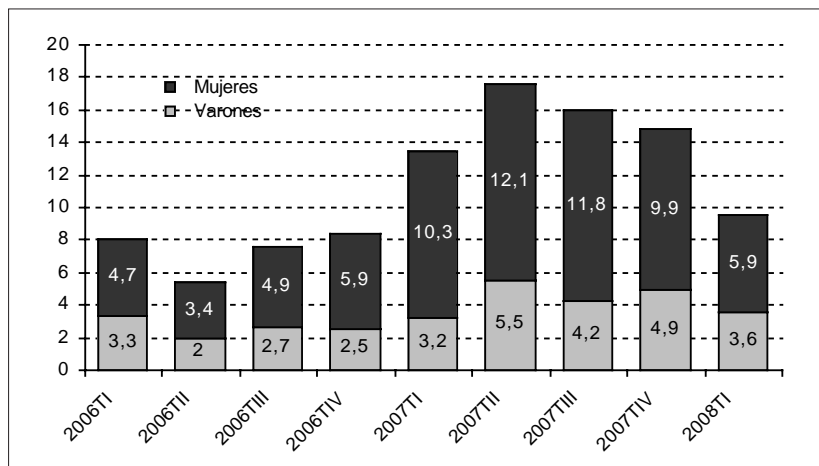
De nuevo, al igual que sucediera en el último trimestre de 2007, la reducción del número de españoles ocupados fue muy superior al aumento de extranjeros en esta situación, de 128.700 españoles menos frente a 54.100 extranjeros en situación de ocupación en el mercado laboral. Con estas cifras, el incremento de los extranjeros ocupados respecto al trimestre anterior es de apenas un 1,9 por ciento, aunque la disminución de los ocupados españoles en el mismo periodo es del 0,73 por ciento.

Uno de los grupos que más nota la crisis es el formado por los trabajadores por cuenta propia, que se reduce en un 0,51 por ciento respecto al último trimestre de 2007 (hay 18.500 trabajadores menos de este tipo), siendo los trabajadores independientes, los más castigados por el contexto económico: la caída alcanza el 1,79 por ciento frente al cuarto trimestre de 2007, lo que equivale a casi cuarenta mil trabajadores menos en situación de ocupación laboral. También disminuye el número de asalariados, en 59.100 trabajadores, aunque en términos interanuales todavía refleja un aumento del 1,8 respecto al inicio del curso anterior.

Cambian las tornas en lo que se refiere a duración de la contratación. Si en el trimestre anterior todavía se registraban 180.000 empleos nuevos con contrato de carácter indefinido, superando así la caída registrada en la contratación temporal, en este inicio del año la situación ha cambiado. Sólo se han creado ochenta y nueve mil empleos con contrato indefinido, frente a la destrucción de ciento cuarenta y ocho mil empleos con carácter tempo-

ral. A pesar de estos datos, la contratación indefinida ha aumentado un 4,5 por ciento en el último año, aunque casi se ve compensada con la disminución en la contratación por tiempo definido, que en el último año disminuyó en un 3,9 por ciento. Esto sitúa a la tasa de temporalidad en el 30,1, continuando con el paulatino descenso que se constata en las cifras desde el tercer trimestre del año 2006.

INCREMENTO ANUAL DE LOS CONTRATOS INDEFINIDOS, POR SEXO 1T-2006 / 1T-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, INE.

Otra constatación de la crisis se observa en la reducción del empleo a tiempo completo, que ha caído un 0,8 por ciento respecto al periodo anterior, con cien mil varones ocupados menos y cuarenta mil seiscientos mujeres menos. En cambio, los contratos a tiempo parcial, que en España siguen apareciendo asociados a precariedad y se han convertido en un elemento de flexibilidad en la contratación, presentan un incremento del 2,8 por ciento frente al periodo anterior, aunque caen también un 1,8 por ciento en términos interanuales. Aunque hay 66.700 empleos más de este tipo que a finales del año 2007, son 45.000 puestos de trabajo menos que en el primer trimestre de ese mismo año.

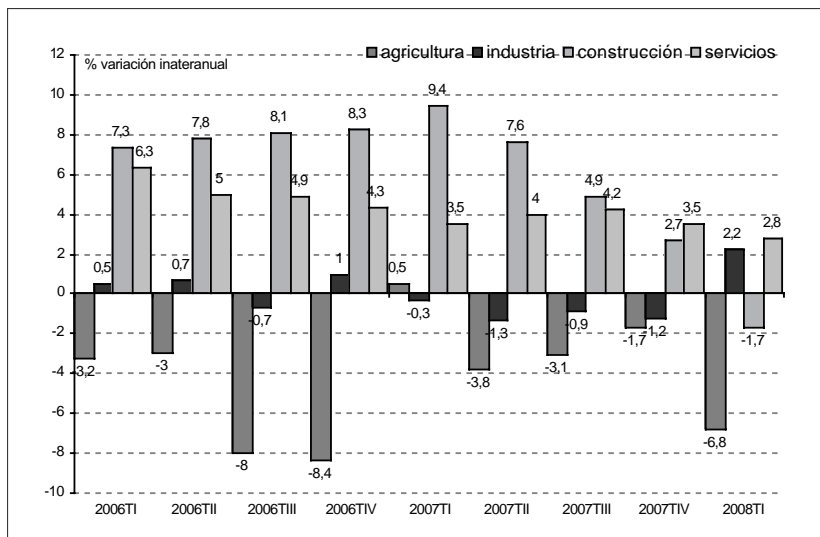
Es la construcción, como ya se venía anunciando, el sector al que todos observan como ejemplo de la crisis, se emplearon 73.200 personas menos que en el trimestre anterior, con una caída del 2,7 por ciento en térmi-

nos intertrimestrales y del 1,7 en el plazo de un año. Pero más empleo se ha perdido en el sector servicios, 77.500 en este último trimestre. La tasa de interanual de creación de empleo en el sector servicios se reduce hasta el 3,8, la más baja de los últimos años. La fuerte generación de empleo registrada en estos sectores desaparece, para arrastrar hacia la destrucción de puestos de trabajo en términos globales.

La buena noticia se encuentra en los casi sesenta mil nuevos ocupados en el sector industrial, lo que se traduce en un incremento del 2,2 por ciento, el mayor registrado en este sector en los tiempos recientes, rompiendo así la tendencia destructiva que se observó durante el año 2007. Y este hecho tiene especial relevancia porque los empleados en la industria representan el 16,4 por ciento del total de ocupados, por encima del 12,8 por ciento que supone el sector de la construcción.

Por su parte, la ocupación en la agricultura no muestra novedades, simplemente se mantiene en su dinámica de pérdida de puestos de trabajo, en este caso, respecto al primer trimestre del año 2007, perdiendo en total 67.600 empleos, un 6,82 por ciento. A pesar de ello, hay apenas 16.600 personas ocupadas más que en el último trimestre del año anterior en este sector.

EVOLUCIÓN DE LA OCUPACIÓN POR SECTOR CNAE93 1T-2006 / 1T-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, INE.



En este punto conviene señalar que el Instituto Nacional de Estadística introduce un nuevo cambio en la metodología de la Encuesta de Población Activa, una vez más, para equiparar dicha metodología a la de la Encuesta Comunitaria de Fuerza de Trabajo, a la que España nutre de información a partir de la EPA. Este cambio afecta a las clasificaciones sectoriales de los ocupados y parados, que ya no se agruparán bajo los epígrafes de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas-93, sino a la nueva clasificación CNAE 2009. Esto supone que varias ramas de actividad pasan a integrarse ahora en sectores diferentes, como por ejemplo, tal y como señala la nota aclaratoria del INE, la rama de actividad «Mantenimiento de jardines», que se encuadraba hasta ahora en el sector agrícola, pasa a integrarse en el sector servicios. La rama «Promoción inmobiliaria por cuenta propia» pasa de los servicios al sector de la construcción. La «Recogida y tratamiento de aguas residuales» se traslada desde el sector servicios a la industria y, a la inversa, la «Edición» pasa de la industria a los servicios.

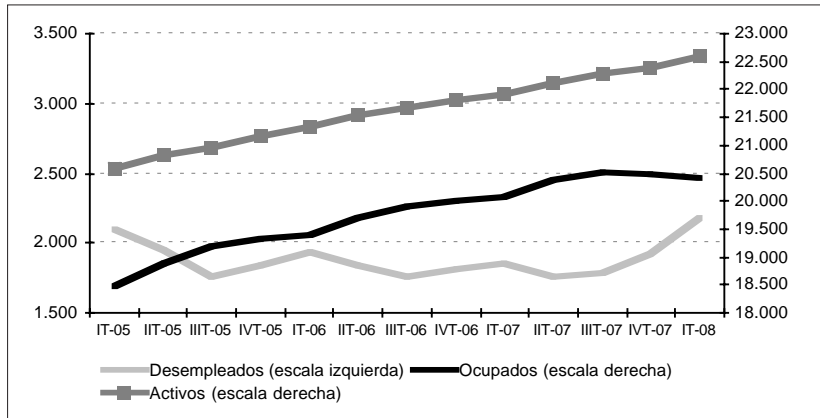
Con esta nueva clasificación, que durante el año 2008 coexistirá con la antigua para poder enlazar las series, para implantarse en exclusiva en el año próximo, parece que se adecúan más las clasificaciones sectoriales y, en aras de mejorar las comparaciones internacionales, servirá para interpretar de manera más acorde con la realidad los movimientos ocupacionales del mercado de trabajo.

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

El desempleo ha crecido, y no sólo se han incorporado más activos al mercado de trabajo de lo que éste puede asumir, sino que, además, se han destruido puestos de trabajo. Sumando las dos variables, el aumento en las filas de los desempleados supera los dos millones de personas: 2.174.200 desempleados, lo que sitúa a la tasa de desempleo en el 9,6, una diferencia de más de un punto con respecto al trimestre anterior.

Se supera de nuevo la barrera de los dos millones de parados, incluso por encima del número de desempleados que se contabilizó en el primer trimestre del año 2005. Con la gran diferencia de que, en ese momento, el número de personas dispuestas a trabajar era de veinte millones y medio y en la actualidad, se cuenta con dos millones más de personas disponibles en el mercado de trabajo.

NÚMERO DE ACTIVOS, OCUPADOS Y DESEMPLEADOS, 2005-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Los desempleados varones superan el millón, mostrando tal cifra una variación interanual del 27,3 por ciento. Aunque el número de mujeres desempleadas es de 1.155.600, apenas ciento treinta y siete mil más que los hombres, al ser menor su participación en el mercado de trabajo, la tasa de desempleo se dispara hasta el 12 por ciento, más de cuatro puntos por encima de la tasa de paro de los hombres.

Sin embargo, la pérdida de empleo ha sido mayor entre los hombres, que a su vez se han incorporado en menor medida al mercado de trabajo que las mujeres, con lo que se profundiza el proceso de feminización del mercado laboral español que se viene observando en el periodo reciente. El 42,7 por ciento de las personas activas son mujeres; en el apartado de ocupación, alcanzan el 41,6 por ciento del total; y del total de parados, suman el 53,2 por ciento.

Las tasas de paro masculina y femenina aumentan casi en la misma medida respecto al trimestre anterior, un punto en cada caso, quedando la tasa de desempleo de los hombres en el 7,9, y la de las mujeres, en el 12. En las diferencias interanuales las cosas cambian, pues el mayor aumento de la tasa de paro se produce en la de los varones (1,6 puntos más que en el primer trimestre de 2007, frente a un incremento de 0,6 puntos en la tasa de paro de las féminas).

Si nos atenemos a la evolución de los últimos diez años, la tasa de actividad de las mujeres ha crecido 6,6 puntos más que la de los hombres; la tasa de empleo, presenta un aumento de más de 7 punto se diferencia a favor de las mujeres; mientras que la tasa de desempleo se ha reducido en

mayor medida que la de los hombres, alcanzando la distancia entre la evolución de las dos tasas los ocho puntos. Aunque aún las tasas de participación femenina siguen alejadas de las masculinas, el trecho entre ambas se está reduciendo considerablemente en apenas diez años. Y de momento, la brecha no aumenta, aunque habrá que vigilar qué sucede en los próximos trimestres, cuando la caída del empleo se profundice aún más, en la positiva evolución de las mujeres en la participación laboral en España.

**TASAS DE ACTIVIDAD, EMPLEO Y DESEMPLEO, POR SEXO
1T-1998 / 1T-2008**

	1T-1998	1T-2008	Diferencia 2008-1998
<i>Varones</i>			
Tasa de actividad	65,09	69,32	4,23
Tasa de empleo	55,54	63,87	8,33
Tasa de paro	14,67	7,87	-6,80
<i>Mujeres</i>			
Tasa de actividad	38,93	49,73	10,80
Tasa de empleo	28,46	43,77	15,31
Tasa de paro	26,88	11,99	-14,89

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, INE.

En este trimestre, la distribución del desempleo por nacionalidades se salda con un incremento mayor del número de desempleados españoles que de los extranjeros, rompiendo el equilibrio que se producía a finales del año pasado. En esta ocasión, son casi ciento cincuenta mil parados más españoles, frente a los noventa y siete mil extranjeros que se convierten en desempleados. Estos datos hacen que la tasa de paro entre la población de nacionalidad española sea del 8,73, reflejando una diferencia de 0,8 puntos más que en el cuarto trimestre de 2007, y la tasa de paro de la población de otras nacionalidades se sitúe casi seis puntos por encima, en el 14,6.

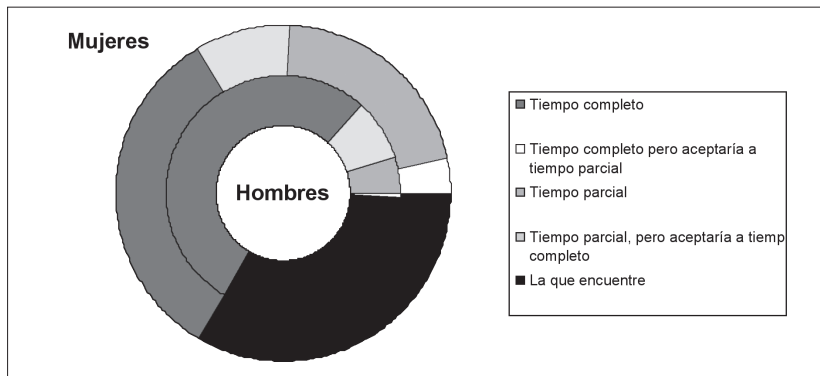
Las diferencias en la participación en el mercado laboral de las mujeres se muestran, no obstante, en las perspectivas a la hora de buscar empleo según el tipo de jornada. Mientras un 50,5 por ciento de los hombres que buscan un empleo lo buscan con jornada a tiempo completo, sólo el 32 por ciento de las mujeres busca el mismo tipo de empleo. Cuando el tipo de jornada que se prefiere es a tiempo completo, aunque también se acepte un empleo a tiempo parcial, los porcentajes se igualan (un 8,1 por ciento en el

caso de los hombres, y un 8,7 por ciento de las mujeres que buscan empleo, aunque lo buscan en jornada completa, aceptarían uno de jornada a tiempo parcial). Si el tipo de jornada que se elige a la hora de buscar empleo es al revés, se prefiere a tiempo parcial, aunque se aceptaría a tiempo completo, las cosas tornan de otra manera, pues en el caso de los varones sólo se da esta situación entre el 0,5 por ciento de los que buscan empleo (que además se está reduciendo en el último año), mientras por el lado de las mujeres, este porcentaje es del 3,1, en ascenso a lo largo de los últimos trimestres.

De nuevo, la gran diferencia se encuentra en la preferencia en la búsqueda de empleo a tiempo parcial, pues sólo el 4,6 por ciento de los varones que buscan empleo muestra directamente esta preferencia, llegando hasta el 20,5 por ciento en el caso de las mujeres. Es decir, del total de población que busca un empleo con jornada a tiempo parcial, el ochenta y cuatro por ciento son mujeres. El empleo a tiempo parcial, pues, parece que sigue estando asociado únicamente a empleo femenino.

Sin embargo, la interpretación que también cabe realizar, a la vista de que aumentan tanto los hombres como las mujeres que buscan empleo a tiempo completo, es que se presenta como otra muestra de la crisis. En esta situación, las personas que buscan empleo no lo hacen como un trabajo que se pudiera considerar complementario, como pudiera estar pasando con aquellos con carácter de parcialidad.

TIPO DE JORNADA PREFERIDA AL BUSCAR EMPLEO, 1T-2008



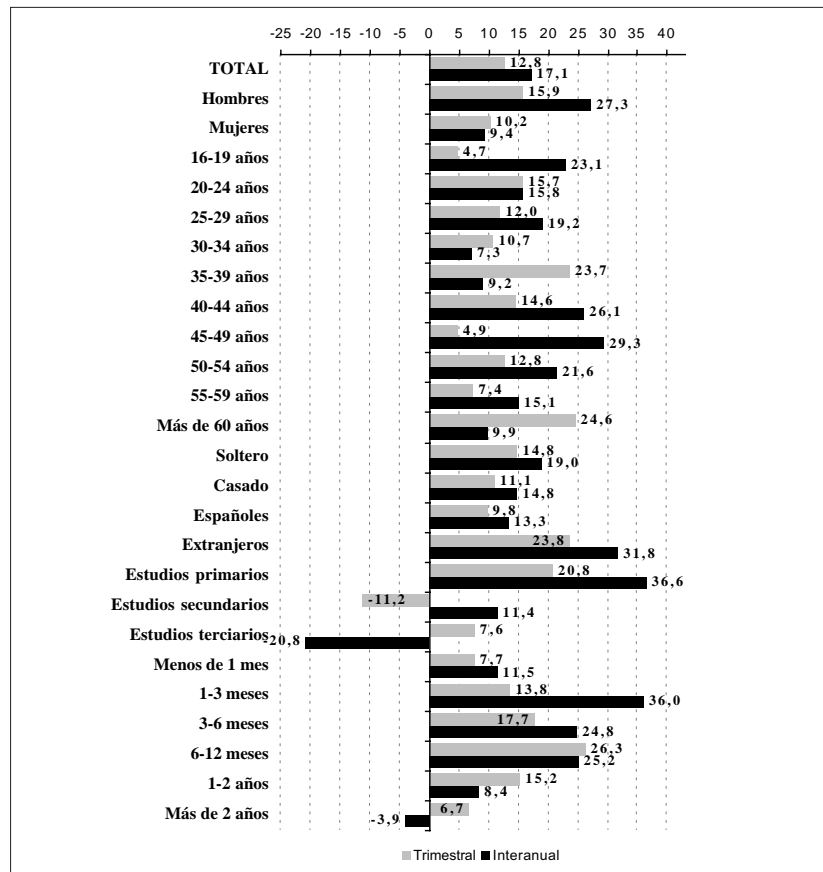
Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, INE.

En este trimestre, el desempleo ha aumentado en todos los tramos de edad, y para ambos sexos. La subida respecto al final del año pasado, ha sido similar en todos los tramos de edad (entre un trece y un dieciséis por

ciento) salvo entre los muy jóvenes, que únicamente representan un aumento del 4,7 por ciento. Pero estos datos pueden resultar engañosos, porque precisamente este grupo de edad es el que más se incrementa al considerar el intervalo anual, hasta el 23 por ciento.

Son los hombres jóvenes, de entre 20 y 24 años, los que más han engrosado las filas del desempleo: un 23,7 por ciento más que en el trimestre anterior y un 37,7 por ciento más que en el mismo periodo del año 2007. En el mismo tramo de edad, por el contrario, ha disminuido el número de mujeres, aunque únicamente comparando en términos interanuales, y apenas un 0,4 por ciento.

VARIACIÓN DEL DESEMPEÑO POR GRUPOS SOCIO-DEMOGRÁFICOS, 1T-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

En cuanto al nivel de formación, la tasa de desempleo sigue concentrándose fundamentalmente en las personas sin estudios y, en particular, a las mujeres. La tasa de paro entre este último grupo (mujeres analfabetas) es, no sólo la más alta, con 36,9, sino la que más ha aumentado respecto al trimestre anterior (más de 10 puntos y medio), al contrario que la de los hombres, que cae más de 7 puntos. A medida que se avanza en los cursos educativos, las tasas de desempleo disminuyen, tanto entre hombres como entre mujeres.

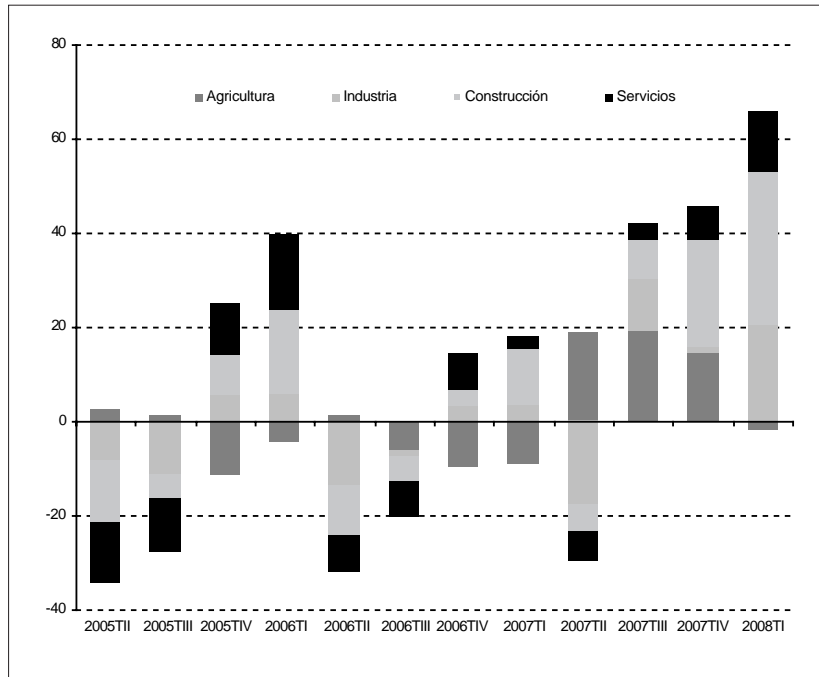
Al igual que sucediera en el trimestre anterior, ya más de la mitad de los desempleados se encuentran en esa situación desde hace menos de 6 meses. Casi todos ellos, habiendo trabajado previamente, lo cual resulta acorde con la destrucción de empleo que se registra desde el cuarto trimestre del año pasado. En total, son casi 131.000 personas las que han perdido el empleo en los últimos seis meses, lo cual se traduce en un 27,3 por ciento más que en el año anterior.

Y lo que es más preocupante, hay un 26 por ciento más de parados que trabajaron antes que llevan buscando empleo entre seis meses y un año, el 24,3 por ciento más que el año anterior. Es decir, se está alargando el tiempo de búsqueda de empleo entre los que ya habían trabajado con antelación. De nuevo el panorama laboral refleja la tendencia no ya de ralentización sino de crisis.

La distribución sectorial del desempleo confirma las sospechas apuntadas al finalizar el pasado año 2007: sigue creciendo el desempleo en el sector de la construcción, que en el último trimestre se eleva de nuevo en un treinta y tres por ciento, más de un sesenta y cinco por ciento en el total del año. Esto supone 114.200 parados más que el año anterior.

El comportamiento errático de la agricultura registra el dato positivo, pues en este sector disminuye el número de desempleados, en apenas un dos por ciento, es decir, únicamente en 2.300 personas menos desempleadas, pero es el único sector en el que se observa reducción de los desempleados. Aunque la tasa de variación interanual dispara el número de desempleados en el sector en un sesenta por ciento.

VARIACIÓN TRIMESTRAL DEL DESEMPLEO, POR SECTORES, 1995-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, INE.

El grueso de los desempleados proviene del sector de servicios, asociado también a la construcción en muchos casos, debido al cierre de empresas inmobiliarias, con un total de 847.600 parados. Así, entre estos dos sectores, concentran a más de la mitad de los desempleados.

Y aunque en el sector industrial no se perdió empleo en el global del año 2007, comienza el nuevo año con un incremento del número de desempleados que provienen de dicho sector de más del veinte por ciento.

5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

La situación económica de crisis que está viviendo la economía española afecta también a la economía andaluza y ello tiene reflejo en la evolución de las principales variables laborales andaluzas. Como hemos señalado en trabajos anteriores, los primeros signos de agotamiento del modelo de crecimiento empezaron a ponerse de manifiesto a partir del segundo se-

mestre de 2007, aunque desde el segundo trimestre ya había algunos indicadores de caída en las tasas de crecimiento de algunas variables económicas relevantes como los relacionados con el sector de la construcción. Los resultados que muestra la Encuesta de Población activa para el primer trimestre de 2008 ponen de manifiesto las tendencias mostradas anteriormente y alertan sobre el rumbo que puede tomar el mercado de trabajo andaluz en el resto del año.

El términos generales, en el primer trimestre de 2008 en Andalucía el número de personas activas creció en 40.600, el número de ocupados creció en 3.100 personas y el número de desempleados en 37.500 personas, en comparación con los datos referidos al cuarto trimestre de 2007. De esta forma, el número de ocupados se situó en 3.224.000 personas y el número de desempleados en 561.600 personas. Las caídas de las previsiones de crecimiento económico que recogemos en el primer epígrafe del trabajo para el conjunto de España, tienen su reflejo en la evolución de la actividad económica en Andalucía que a lo largo de los últimos años ha evolucionada de forma paralela a la media nacional aunque con un diferencial positivo. Dada la estructura del empleo en Andalucía que hemos recogido en trabajos anteriores la exposición a la crisis económica de la economía andaluza puede ser más grave que la media nacional dado el mayor peso relativo que de la ocupación en el sector de la construcción y de los servicios personales y tradicionales. Pasaremos a continuación a analizar más detenidamente la evolución de las principales variables laborales andaluzas.

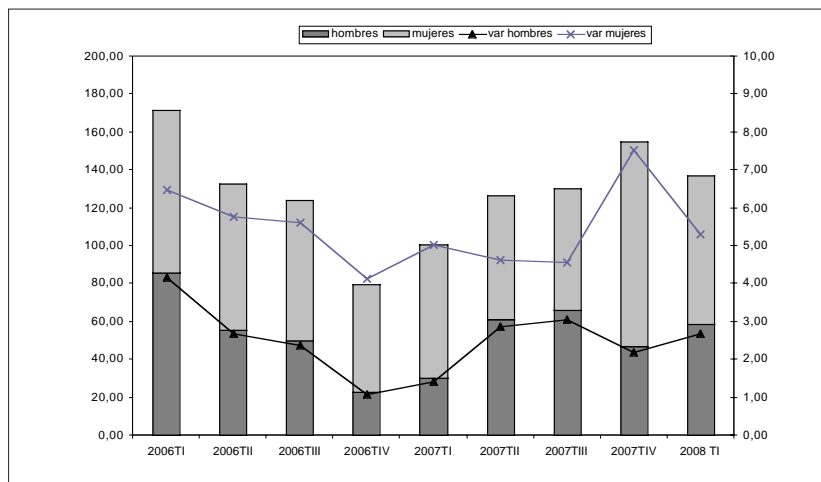
Oferta de trabajo

La evolución de la oferta de trabajo en el primer trimestre de 2008 en Andalucía mantiene la tendencia de los últimos trimestres y ha crecido en 40.600 personas respecto al trimestre anterior lo que representa un aumento del 1,09%. El aumento de la oferta de trabajo ha sido mayoritariamente femenino (23.300 mujeres frente a 17.300 hombres). Si comparamos con el mismo trimestre de 2007, el aumento de la oferta de trabajo ha sido de 137.100 personas que significa un aumento porcentual del 3,76%. En este caso también se ha tratado fundamentalmente de un aumento de la población activa femenina pues en este trimestre se muestra un aumento de 58.400 hombres y de 78.700 mujeres.

Por todo ello, la tasa de actividad en Andalucía se situó en el 57,14% para el conjunto de la población lo que significó un aumento de 0,40 puntos este trimestre respecto al anterior y de 1,16 puntos respecto al mismo trimestre del año 2007. Como ocurre desde hace años, la tasa de actividad para

hombres y mujeres en Andalucía difiere de forma significativa. La tasa de actividad para los varones alcanzó la cifra del 68,41% (69,32% para la media nacional) aumentando 0,27 puntos este trimestre y 1,64 puntos con respecto al mismo trimestre del año anterior. La tasa de actividad de las mujeres en Andalucía se situó en el 46,22% (49,73% de media nacional) aumentando también respecto al trimestre anterior en 0,52 puntos y en 1,16 puntos respecto al primer trimestre de 2007.

**VARIACIÓN INTERANUAL DE POBLACIÓN ACTIVA. ANDALUCÍA.
2006 TI-2008 TI. (EN MILES Y TANTO POR CIENTO)**



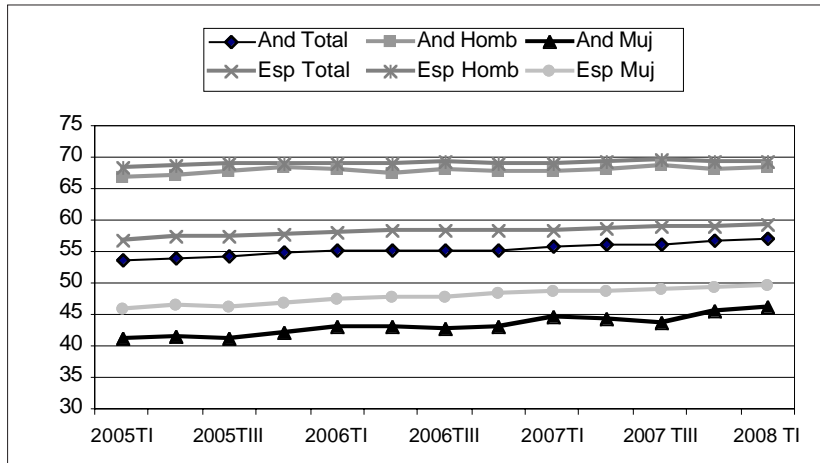
Fuente: EPA y elaboración propia.

Desde el punto de vista de la nacionalidad de la población, los comportamientos de oferta de trabajo en este trimestre han seguido una pauta semejante. El número de personas activas en Andalucía de nacionalidad española ha aumentado en el primer trimestre de 2007 en 18.600 personas alcanzando la cifra de 3.366.700. Este aumento ha sido principalmente entre mujeres 11.800 nuevas incorporaciones frente a 6.800 hombres. Con respecto al mismo trimestre del año anterior el aumento ha sido de 79.900 personas (un aumento del 4,43%) de las que 52.400 han sido mujeres (un aumento del 4%).

Entre la población de nacionalidad extranjera el aumento de la población activa este trimestre ha sido de 22.000 efectivos de los que 11.500 fueron mujeres. Con respecto al mismo trimestre del año 2007 el aumento ha sido de 57.100 personas (15,79%) de las que 26.300 han sido mujeres

(un aumento porcentual de 15.85%). En términos relativos, la población de nacionalidad extranjera en Andalucía representa supera ligeramente el 11%, aunque la población activa femenina (10.17%) tiene una presencia mayor que la de los varones (12,33%). En términos relativos, la población activa de nacionalidad extranjera es superior en el conjunto de España (15,26%) y se repite la pauta de mayor presencia relativa entre los hombres (15.81%) que entre las mujeres (14.85%). Es por ello que la tasa de actividad de la población de nacionalidad extranjera en Andalucía (77.56%) es superior a la de la población nacional (55.33%) como consecuencia del origen eminentemente económico de la inmigración.

TASAS DE ACTIVIDAD EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA 2005-2008 TI (%)

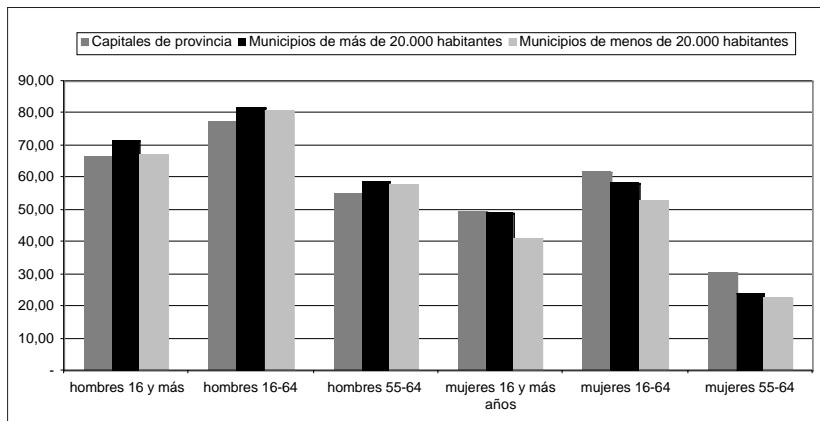


Fuente: EPA y elaboración propia.

Como ya se sabe, la participación en el mercado laboral tiene condicionantes sociales muy significativos que se pueden poner de manifiesto si se segmenta la población por sexo y tramos de edad. Las tasas de actividad femenina son más cercanas a las masculinas en los primeros tramos de edad pero a partir de los tramos de edad superiores a los treinta años, la diferencia entre ambas tasas de actividad se pone de manifiesto de forma significativa. También es significativa la distribución de la población activa según los municipios de residencia. El Instituto de Estadística de Andalucía proporciona la información de las tasas de actividad según sexo, tramo de edad y municipio de residencia. Como se podría esperar, las tasas de actividad de los hombres es mayor que para las mujeres en todos los tramos de

edad y tipo de municipio, pero se encuentra una interesante pauta de comportamiento entre el tamaño del municipio y la tasa de actividad. Para los hombres de todos los tramos de edad, las tasas de actividad más elevadas se encuentran en los municipios superiores a 20.000 habitantes. Sin embargo, para las mujeres, las tasas de actividad más elevadas se encuentran en las capitales de provincias. La diferencia más extrema entre las tasas de actividad de hombres y mujeres (35,07 puntos) se encuentra entre los habitantes de municipios de menos de 20.000 habitantes y de edades entre 55 y 64 años. La diferencia menor se encuentra entre hombres y mujeres de 16 a 64 años en las capitales de provincia.

TASAS DE ACTIVIDAD SEGÚN SEXO Y EDAD Y TIPO DE MUNICIPIO. ANDALUCÍA 2008



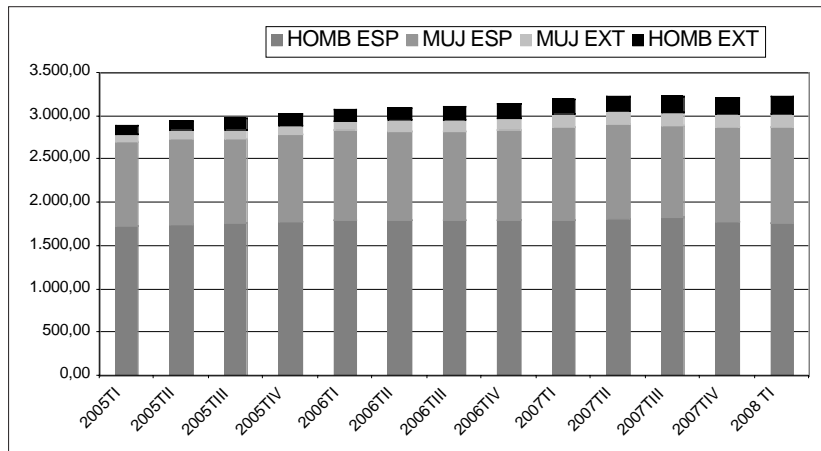
Fuente: EPA y elaboración propia.

Demanda de trabajo

Si bien la oferta de trabajo ha mantenido en el primer trimestre de 2008 su tendencia al crecimiento, la evolución de la demanda de trabajo y por tanto de la ocupación recoge la citación de desaceleración económica puesta de manifiesto desde la segunda mitad del año 2007. En el conjunto de Andalucía el total de ocupados se situó en la cifra de 3.224.000 lo que significa un aumento de 3.100 ocupados más con respecto al trimestre anterior, lo que en términos porcentuales representa un aumento del 0.10%. El aumento de la ocupación total se debe al aumento de la ocupación femenina que ha crecido en este trimestre en 18.400 mujeres (un tasa de variación

sobre el trimestre anterior equivalente al 1,49%). Por el contrario, el número de hombres ocupados en Andalucía descendió en 15.300 (una bajada del 0,77% respecto al trimestre anterior). En comparación con el mismo trimestre de 2007, el número total de ocupados creció en 31.800 personas (una tasa de variación interanual del 0,99%). La evolución de la ocupación por sexos refleja el mismo comportamiento en términos interanuales que trimestrales. La ocupación de las mujeres ha crecido en un 2,69% (32.900 mujeres más) mientras que la ocupación de los varones descendió, muy ligeramente, en un 0.06%. (1.200 efectivos).

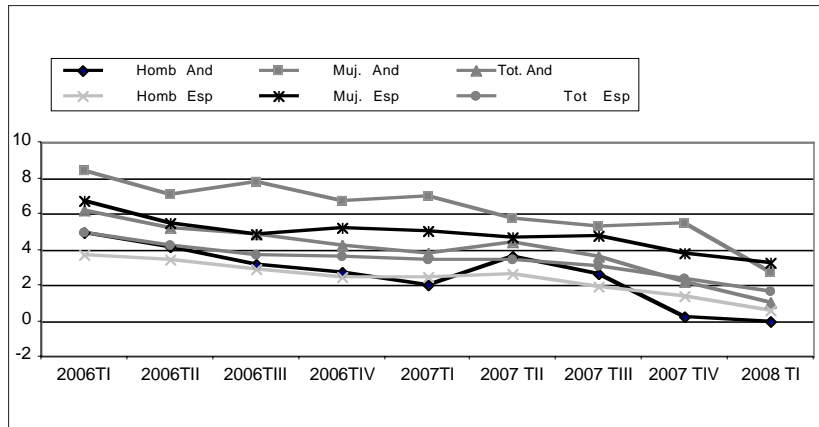
**TOTAL DE OCUPADOS POR SEXO Y NACIONALIDAD.
ANDALUCÍA 2005-2008 TI (EN MILES)**



Fuente: EPA y elaboración propia.

Si tenemos en cuenta la evolución de las tasas interanuales de variación de la ocupación en Andalucía y las comparamos con las españolas encontramos una clara tendencia a la desaceleración en la creación de empleo. De todas formas, en el periodo considerado, las tasas de crecimiento del empleo más elevadas corresponden a las mujeres, tanto en Andalucía como para el conjunto español. Estas tasas de crecimiento del empleo femenino han posibilitado que se haya ido reduciendo la diferencia con los niveles de ocupación masculina aunque todavía queda un amplio margen por cubrir.

**TASAS DE CRECIMIENTO INTERANUAL DE LA OCUPACIÓN.
ANDALUCÍA Y ESPAÑA. 2006-2008 TI (%)**

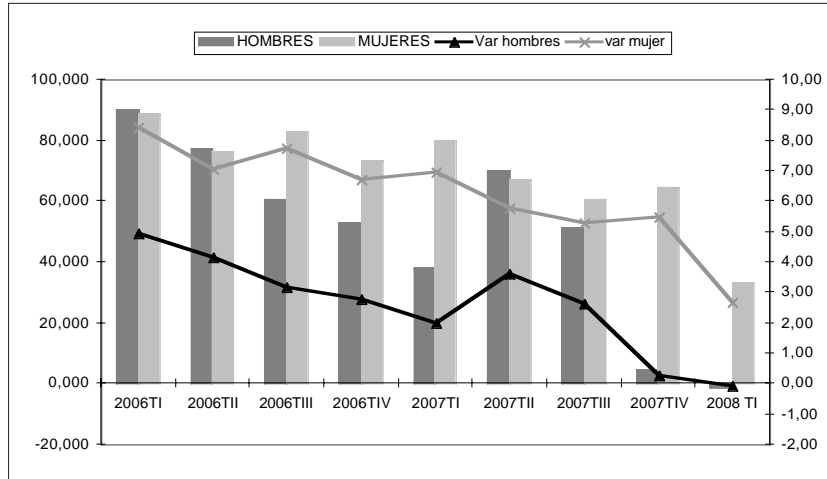


Fuente: EPA y elaboración propia.

Desde el punto de vista de la nacionalidad de los ocupados, según los datos disponibles en la EPA la caída de la ocupación se ha concentrado fundamentalmente en el colectivo de varones españoles cuyo número de ocupados ha caído este trimestre en 17.900, mientras que el número de ocupados de nacionalidad extranjera ha aumentado entre hombres (2.600) y mujeres (6.600). El colectivo de mujeres españolas en ha aumentado en 11.800 efectivos. La comparación interanual de la ocupación refleja una evolución parecida, cae la ocupación entre la población masculina de nacionalidad española en 25.600, mientras que crece para las mujeres de nacionalidad española 18.600 y entre la población de nacionalidad extranjera (24.400 hombres y 14.300 mujeres).

En términos generales, desde el primer trimestre de 2006 la variación interanual de la ocupación muestra una tendencia decreciente, tanto en términos absolutos como en términos porcentuales especialmente aguda en el caso de la ocupación masculina.

**VARIACIÓN INTERANUAL OCUPACIÓN POR SEXO.
ANDALUCÍA 2006-2008 TI. (EN MILES Y PORCENTAJE)**

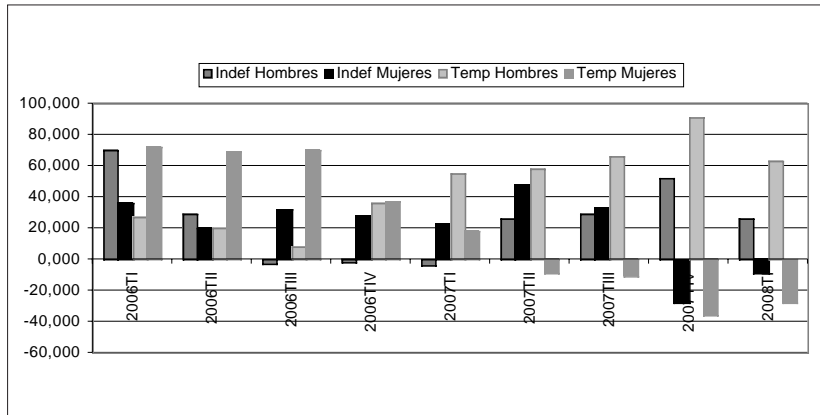


Fuente: EPA y elaboración propia.

En términos de edad de los ocupados la ocupación este trimestre ha caído entre los más jóvenes entre 16 y 29 años (20.700 personas menos) y fundamentalmente varones (19.400) y más ligeramente entre los mayores de 65 años (2000), mientras que ha crecido de forma sostenida entre los trabajadores de edades intermedias (25.900).

Uno de los grupos que nota más la desaceleración económica en Andalucía es el de los trabajadores independientes o empresarios sin asalariados o miembros de cooperativa cuyo número ha bajado este trimestre en 15.200 personas y 24.000 personas respecto al mismo trimestre del año 2007 (6,84%). También disminuye el número de asalariados del sector público con contrato indefinido en 12.000 personas (un 3,09%) que se ha compensado con el aumento de 12.300 de asalariados del sector privado con contrato indefinido. En términos interanuales, la contratación indefinida ha crecido en 88.800 personas pero la contratación temporal ha decrecido en 36.900 personas. En los últimos trimestres se observa una tendencia a la caída en el empleo asalariado femenino mientras se observa un aumento de la ocupación asalariada masculina.

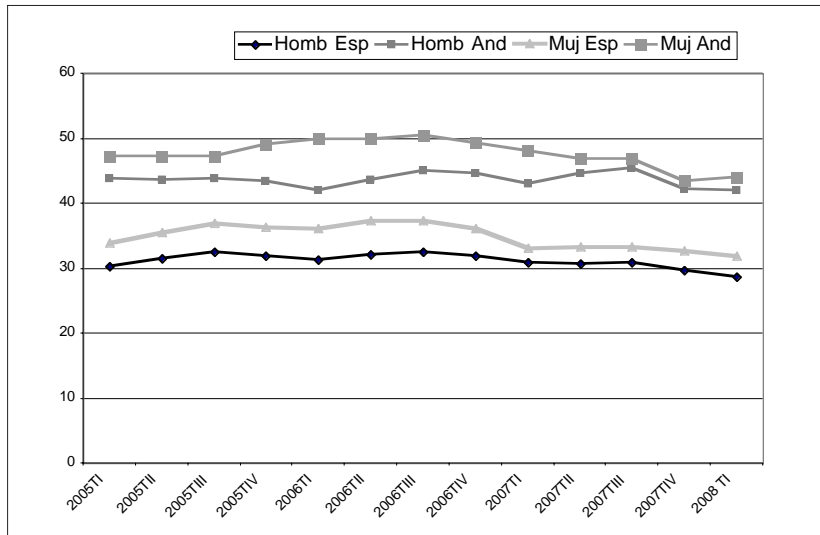
**VARIACIÓN INTERANUAL DE ASALARIADOS SEGÚN DURACIÓN
CONTRATO (INDEFINIDO Y TEMPORAL).
ANDALUCÍA 2006-2008 TI. (EN MILES)**



Fuente: EPA y elaboración propia.

En especial, puede ser de interés considerar la evolución de la tasa de temporalidad que se ha considerado en la literatura como un elemento esencial al valorar la calidad del empleo creado considerando que el empleo indefinido es de mayor calidad. La introducción del contrato de trabajo temporal tiene un origen ya lejano en el tiempo y se argumentó como un elemento útil para introducir flexibilidad en el mercado laboral. Tras unos años de rápido crecimiento, las tasas de temporalidad tanto en Andalucía como en España se han estabilizado en valores en torno a un tercio del total de asalariados en el conjunto nacional y algunos puntos por encima en lo que se refiere a Andalucía. En los últimos trimestres estos porcentajes parecen estar reduciéndose algunos puntos como consecuencia tanto del aumento de los contratos indefinidos y la reducción del número de asalariados con contratos temporales

**TASAS DE TEMPORALIDAD SEGÚN SEXO.
ESPAÑA Y ANDALUCÍA 2005-2008 TI. (%)**

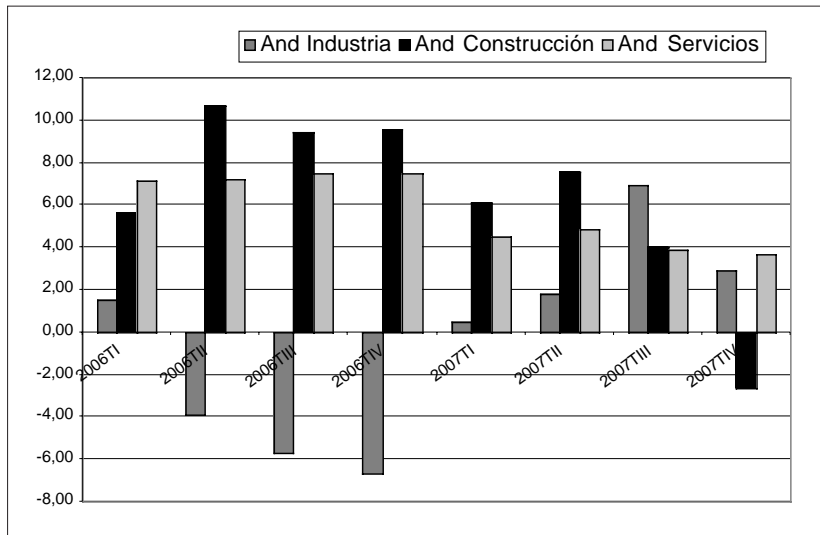


Fuente: EPA y elaboración propia.

En cuanto a los sectores productivos, el empleo en este primer trimestre de 2008 ha ascendido en la agricultura (31.400 personas que continua el aumento del trimestre anterior en este sector) El aumento de la ocupación agrícola ha sido fundamentalmente femenino (15.000 mujeres). También ha aumentado el empleo en la industria en 2.800 personas (5.200 hombres más y 2.400 mujeres menos). El empleo ha descendido en la construcción en 11.100 personas agravando la caída que ya se puso de manifiesto en el cuarto trimestre de 2007 trimestre en el que cayó el empleo en la construcción en 7.300 personas. En el sector de los servicios el empleo ha caído también este trimestre en un total de 19.900 personas, la pérdida de empleo ha sido aún mayor entre los hombres (26.800) compensada por el aumento del empleo femenino en este sector (6.800). Por segundo trimestre continuado, el único subsector de los servicios en el que ha aumentado el empleo es en el de los servicios públicos (8.100 personas) disminuyendo en los otros tres subsectores especialmente en los servicios avanzados (-11.700 ocupados),

La caída de la tasa de variación interanual de la ocupación en el sector de la construcción en Andalucía está acompañada por la de los servicios aunque éstas no han alcanzado valores negativos. Por el contrario, la evolución de la ocupación de la industria parece recuperarse en los últimos trimestres.

**TASAS VARIACIÓN INTERANUAL. OCUPACIÓN SECTORES PRODUCTIVOS
ANDALUCÍA 2006-2008 TI**

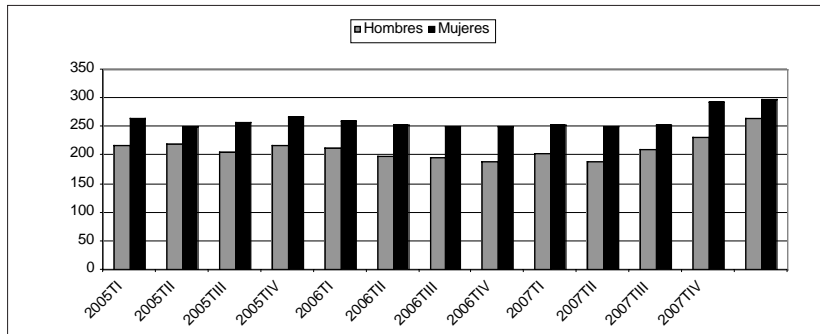


Fuente: EPA y elaboración propia.

Desempleo

De acuerdo con la evolución de los datos referidos a la población activa y a la ocupación facilitados por le EPA para el primer trimestre de 2008, el desempleo en Andalucía creció en 37.500 personas lo que situó el número

**TOTAL DE PARADOS EN ANDALUCÍA POR SEXO
2005-2007. (EN MILES)**

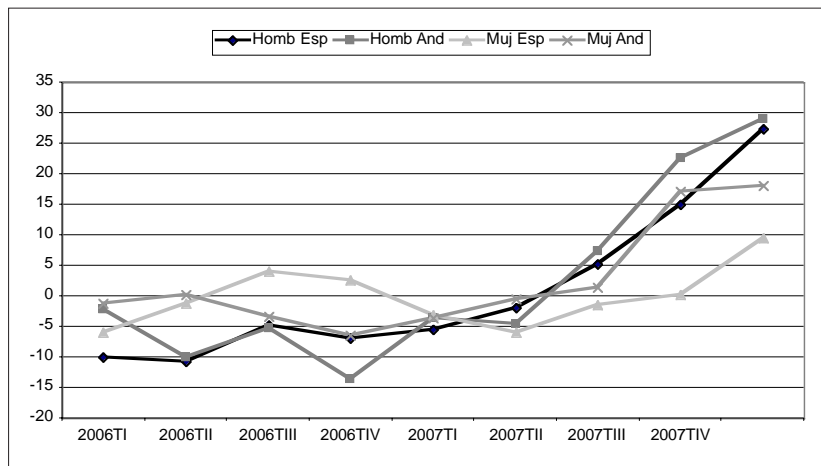


Fuente: EPA y elaboración propia.

ro total de desempleados en 561.600 personas, frente a las 524.100 personas del trimestre anterior, a las 464,200 personas paradas en el tercer trimestre y las 439.500 personas desempleadas en el segundo trimestre del año 2007. Esta evolución claramente negativa ha afectado especialmente a los hombres cuyo número de parados ha crecido en 32.600 hombres (un 14,10% de variación trimestral) y en menor medida a las mujeres cuyo número de desempleadas ha aumentado en 4,900 (un aumento del 1,68% en el trimestre).

En términos de comparación intertrimestral, se observa claramente el cambio de tendencia de evolución del desempleo cuando, a partir del primer trimestre de 2007 las tasas pasan de reflejar una reducción del número de parados a un aumento generalizado para hombres y mujeres tanto en Andalucía como para el conjunto de la nación.

TASAS VARIACIÓN INTERANUAL PARO SEGÚN SEXO ESPAÑA Y ANDALUCÍA 2006-2008 TI

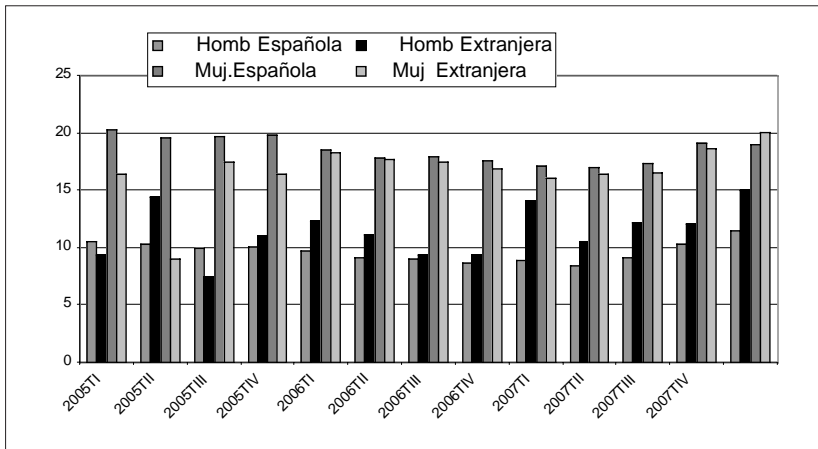


Fuente: EPA y elaboración propia.

Las cifras señaladas han, situado la tasa de paro media andaluza en este trimestre en el 14,83% (13,99% en el cuarto trimestre de 2007, 12,56% en el tercer trimestre del año y 11,96% en el segundo). La tasa de paro en el conjunto de España se situó en el 9,63%. Como se sabe, la tasa media a la que nos referimos engloba diferentes realidades que tienen que ver con la zona geográfica y con el género y la nacionalidad de los desempleados. La tasa de paro masculina en Andalucía se ha situado en el 11,83% (7,87% de media española) y la femenina en el 19,14%, (11,99% en España) planteando una nueva tendencia de aumento de las tasas de desempleo en Andalucía

y también en el conjunto nacional. En lo que se refiere a las tasas de paro según la nacionalidad de los desempleados, en Andalucía la tasa de paro para los españoles se situó en el 14,52% (11,46% para los hombres y 19,01% para las mujeres), mientras que para los extranjeros la tasa media de desempleo se situó en el 17,36% (15,05% para los hombres y 20,08 para las mujeres). Todas las tasa de paro suben este trimestre respecto al mismo trimestre del año anterior entre 0,91 puntos para los extranjeros varones y 4,01 puntos para las mujeres de nacionalidad extranjera. Todo ello da idea del cambio de ciclo al que nos hemos referido y a la generalización de la crisis para los diversos colectivos.

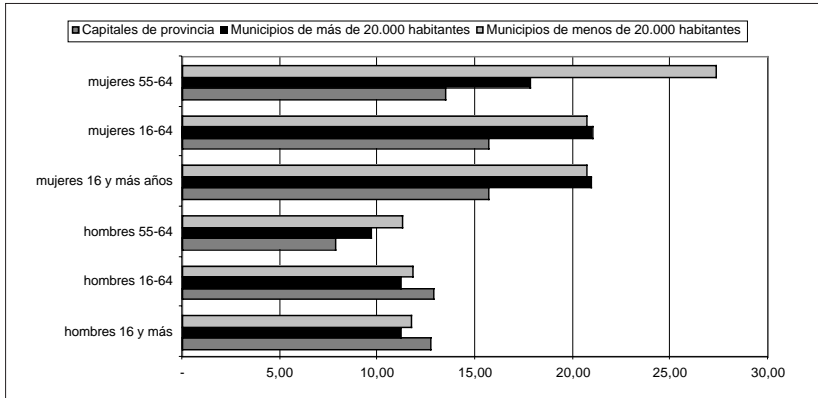
**TASA DE PARO SEGÚN SEXO Y NACIONALIDAD
ANDALUCÍA 2005-2008 TI. (%)**



Fuente: EPA y elaboración propia.

Otro elemento de referencia que se puede considerar para caracterizar cómo está afectando el desempleo a los diversos colectivos se puede encontrar si tenemos en cuenta además del género y la nacionalidad el lugar de residencia de modo semejante a lo que hemos hecho cuando nos hemos referido al comportamiento de oferta de trabajo. En el gráfico siguiente se cruzan estas variables y se obtiene una panorámica muy variada de las diversas situaciones. Las tasas de paro en Andalucía son más reducidas en general para los hombres como ya hemos señalado y relativamente más bajas en los municipios de más de 20.000 habitantes. Para las mujeres, independientemente del tramo de edad considerado, las tasas de paro son más reducidas en las capitales de provincias y alcanzan un valor más elevado para las ciudades de menos de 20.000 habitantes.

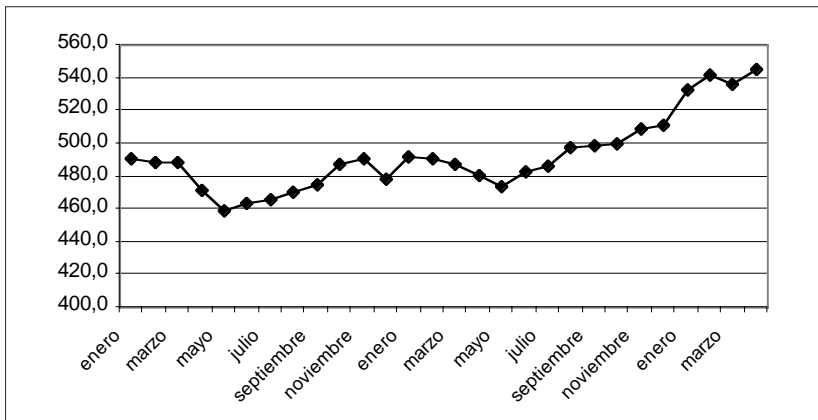
TASAS DE PARO SEGÚN SEXO, EDAD Y TIPO DE MUNICIPIO ANDALUCÍA 2008 TI



Fuente: EPA y elaboración propia.

Por último, se puede considerar como información adicional a la que aporta la Encuesta de Población Activa los datos sobre desempleo que se encuentran en las estadísticas recogidas en el Movimiento Laboral Registrado ofrecidas por el Ministerio de Trabajo. Tras las sucesivas modificaciones metodológicas del Paro Registrado y del Paro EPA, las cifras aportadas por ambas fuentes estadísticas coinciden en lo sustancial y muestran un aumento significativo del desempleo en Andalucía fundamentalmente desde mitad del año 2007.

PARO REGISTRADO ANDALUCÍA. ENERO 2006-ABRIL. 2008. (EN MILES)



Fuente: Ministerio de Trabajo y elaboración propia.



3

Comentarios de Jurisprudencia







NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO

Universidad de Almería

TRABAJADORES EXTRANJEROS NO REGULARIZADOS Y DERECHO DE HUELGA

Sentencia del Tribunal Constitucional. 259/07, de 19 de diciembre

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ *

SUPUESTO DE HECHO: El año 2000 fue testigo de la inaudita aprobación de sucesivas leyes orgánicas sobre derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en España y su integración social. En el tránsito de doce meses, el legislador entendió que la norma aprobada en enero de ese año debía ser modificada de manera restrictiva respecto de alguno de los derechos consagrados para los trabajadores extranjeros. En concreto, el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, fue modificado a través de la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en el sentido de restringir el ámbito subjetivo de los derechos de libertad sindical y huelga. Conforme a la nueva redacción, sólo serían titulares del derecho a sindicarse los extranjeros que hubieran obtenido autorización de estancia o residencia en España. Por su parte, tan sólo serían titulares del derecho de huelga aquellos extranjeros que hubieran obtenido autorización para trabajar en nuestro país. Es decir, a través de esta norma se entraba a delimitar restrictivamente el ámbito subjetivo de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga.

RESUMEN: La Ley 8/2000, de 22 de diciembre, acumuló una gran cantidad de recursos de inconstitucionalidad promovidos tanto por diversos Parlamentos autonómicos como por un grupo de diputados adscritos al grupo parlamentario del PSOE. En la mayor parte de los casos, los recursos, en lo que aquí interesa, cuestionaban la constitucionalidad de los dos apartados del art. 11 de dicha Ley. Es decir, su constitucionalidad tanto en lo referido al derecho a la libertad sindical como al derecho de huelga. Tras una

* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

larga espera, el Tribunal Constitucional opta por resolver separadamente todos estos recursos, tomándose como referencia de los pronunciamientos, por una parte, respecto del derecho de libertad sindical, la STCo 236/07, de 7 de noviembre, y, respecto del derecho de huelga, la STCo. 259/07, de 19 de diciembre. En esta última, el Tribunal Constitucional parte de la convicción de que el art. 28.2 CE no realiza ningún tipo de distinción en cuanto a los sujetos titulares del derecho, sino que lo reconoce de manera general a todos los trabajadores. Ese concepto de trabajador, continúa el Tribunal Constitucional, ha de entenderse en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su situación administrativa cuando se trata de un extranjero; de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dependiente. Por ello, concluye el máximo intérprete de la Constitución, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros. Es decir, tal derecho no se atribuye a las personas en atención a su situación administrativa.

ÍNDICE

1. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HUELGA
2. LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS NO REGULARIZADOS EN ESPAÑA Y EL CONCEPTO DE TRABAJADOR
3. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES IRREGULARES
4. VOTO PARTICULAR

1. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HUELGA

La cuestión resuelta por la STCo. 259/07, de 19 de diciembre, trasciende la pura determinación del reconocimiento del derecho de huelga respecto de un determinado colectivo, ampliando su significación al delimitar el ámbito subjetivo del derecho de huelga. Esta cuestión cobra especial significación a tenor de la peculiar regulación de este derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Como se sabe, el derecho de huelga continua siendo objeto de regulación por un Real Decreto preconstitucional que deberá ser interpretado a la luz del texto constitucional. Es decir, que a partir de la Sentencia 11/81 se ha ido creando una cuerpo de jurisprudencia constitucional que se ha convertido en el verdadero corpus regulador del mismo.

La Constitución, en su art. 28.2, y el RD. 17/77, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, no precisaron qué había de entenderse por trabajador a los efectos del reconocimiento del derecho subjetivo a la huelga. Por una

parte, la Constitución reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, mientras que la STCo. 11/81 define el derecho de huelga como un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado.

La atribución del derecho de huelga, a tenor de la literalidad del precepto, a favor de los trabajadores, plantea la necesidad de determinar qué ha de entenderse por tales. Esta cuestión, sin embargo, no ha sido objeto de una elaborada doctrina por parte de nuestro Tribunal Constitucional, limitándose éste a resolver, siquiera tangencialmente, sólo la posible extensión de este derecho a determinados colectivos, como es el caso de los funcionarios públicos¹. En principio, la expresión contenida en el texto constitucional cabría entenderla en un doble sentido: o bien en el de incluir a todos aquellos que realizan un trabajo en sentido amplio, o bien en el de restringirlo a aquellos que prestan dicho trabajo en régimen de dependencia y ajenidad. Desde un primer momento, el Tribunal Constitucional limitó la extensión del concepto a estos últimos. Así, la STCo. 11/81, en su FJ 12, mantuvo que «el derecho constitucionalmente protegido es el que se atribuye a las personas que prestan en favor de otros un trabajo retribuido, cuando tal derecho se ejercita frente a los patronos o empresarios, para renegociar con ellos los contratos de trabajo introduciendo en ellos determinadas novaciones modificativas». Es decir, sólo respecto de los trabajadores en sentido estricto, esto es, de aquellos que cumplen los requisitos del art. 1.1 ET, se puede hablar de la titularidad del derecho de huelga.

Este acercamiento a la titularidad del derecho de huelga podría conducir, en lo que ahora interesa, a una rápida conclusión: sólo aquellos sujetos titulares de un contrato de trabajo podrán ejercitar el derecho de huelga, consistente, además, en la suspensión de los efectos del mismo. Esta concepción del derecho de huelga es la que subyace, en definitiva, en la redacción dada al art. 11 LO 8/2000, de 22 de diciembre. Dado que los trabajadores extranjeros no regularizados en España no pueden ser parte del contrato de trabajo, tampoco podrán, consecuentemente, ser titulares de un derecho que implica, según esta concepción, la previa existencia de dicho contrato. En palabras del Abogado del Estado, «si los trabajadores extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente carecería de sentido permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera gozar del derecho de huelga». En definitiva, la sentencia ahora analizada, al entrar a valorar la titularidad del derecho de huelga

¹ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Madrid, Aranzadi, 2006.

respecto de los trabajadores no regularizados, tendrá que precisar el ámbito subjetivo del derecho de huelga en general.

2. LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS NO REGULARIZADOS EN ESPAÑA Y EL CONCEPTO DE TRABAJADOR

El importante incremento de la población extranjera experimentado en nuestro país a partir del inicio de la década de los noventa ha llevado al legislador a elaborar un nuevo cuerpo normativo que debiera servir para dar respuesta a dicha situación. Tal respuesta no siempre es el fruto de una madurada reflexión previa, como atestigua el atropello con que el legislador aprobó diferentes leyes orgánicas a partir del año 2000. En concreto, en ese año, separados por once meses, se produce un hecho tan poco habitual como dos regulaciones con rango de ley orgánica sobre semejante cuestión. Atropello que continuará con la posterior aprobación de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

En lo que se refiere a la regulación aportada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, respecto de su predecesora de enero, supone ésta un afán restrictivo de la extensión ciertos derechos, en ocasiones fundamentales, y en relación a determinadas personas como consecuencia de su concreta situación administrativa en nuestro país. La Exposición de Motivos de aquélla justificaba la reforma del Título I de la Ley 4/2000, de 11 de enero, en «la preocupación en reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades». Para conseguirlo, paradójicamente, se excluye de la aplicación de derechos fundamentales como la libertad sindical y el derecho de huelga a un importante porcentaje, por aquel entonces, de inmigrantes. En concreto, exige para la adquisición de tales derechos el haber obtenido, con carácter previo, autorización de estancia o residencia en España en relación al derecho de sindicación, y la autorización para trabajar para poder ejercer el derecho de huelga.

A partir de la aprobación de esta norma, se produjo una considerable proliferación de recursos de inconstitucionalidad contra tal Ley Orgánica. En concreto, serán los Parlamentos autonómicos de Andalucía, Navarra, Aragón, Extremadura, Asturias, Castilla-La Mancha, País Vasco y 64 Diputados del PSOE los que interpongan sendos recursos. En el caso del recurso de Navarra, no se mencionaba la posible vulneración del art. 28.2 CE, por lo que el Constitucional en su sentencia 236/07, de 7 de noviembre, no entra a conocerlo. En el resto de los casos, tomando como base la STCo. 259/07, de 19 de diciembre, los recursos se resolverán en las sucesivas SSTCo. 260 a 265, de 20 de diciembre. Como puede comprobarse, hubieron de me-



diar más de siete años para que el Tribunal Constitucional dictara estas sentencias. En las mismas, se declara inconstitucional el inciso «cuando estén autorizados a trabajar» del art. 1.9 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al art. 28.2 CE.

Durante el largo período de tiempo que el Tribunal Constitucional se ha tomado para dictar estas resoluciones, se produjo una nueva reforma a través de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Conforme a su artículo quince, que modificaba los apartados 1, 2 y 3 del art. 36 de la Ley de Extranjería, se aceptaba indirectamente la condición de trabajador de los extranjeros no regularizados en España que prestaran sus servicios, aun sin existir autorización administrativa previa para ello, al mantener que «la carencia de la solicitud de la correspondiente autorización por parte del empresario [...] no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle». Es decir, que, en cierta medida, el propio legislador venía a dar respuesta a las dudas que sobre la condición de trabajadores, a los efectos de la aplicación de algunos derechos como el de huelga, planeaban en la regulación precedente. No obstante, se mantienen dichas exclusiones no sólo durante el resto del periodo de gobierno del partido cuya mayoría aprobó la ley, sino, paradójicamente, también durante el gobierno del partido que, mientras se mantuvo en la oposición, capitalizó la mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad ahora resueltos.

3. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES IRREGULARES

Como ya hemos avanzado, el Tribunal Constitucional viene a declarar la inconstitucionalidad de la exclusión del derecho de huelga de los trabajadores extranjeros no autorizados para trabajar en España. Con ello se enfrentaba al argumento esgrimido por la Abogacía del Estado, y reproducido en el Voto Particular de esta sentencia, en virtud del cual si los extranjeros no están autorizados para trabajar en España, tampoco podrán ser titulares del derecho de huelga, puesto que carecería de sentido permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera gozar de un derecho relativo al trabajo como es el de huelga. Es decir, se trata de precisar si el concepto de trabajador utilizado por el legislador constitucional incluiría a aquellos que no pueden ser titulares de un contrato de trabajo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional parte de la convicción de que ese concepto de trabajador, relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga, ha de entenderse en su caracterización ma-

terial, independientemente de la legalidad o ilegalidad de la situación del trabajador, «de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Siendo ello así no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros, aunque la anterior situación resulte exigible para la celebración válida de su contrato de trabajo». Los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga no se atribuyen a la persona, continúa el Constitucional, «en razón de la nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador» (FJ siete).

Por otra parte, el derecho de huelga se otorga a los trabajadores para que gocen de un instrumento adecuado de defensa de sus intereses, un concepto éste más amplio que el de los derechos. Entre estos intereses podría encontrarse el de conseguir la regularización de su situación administrativa. En definitiva, los extranjeros no regularizados en España no son trabajadores en un sentido estricto, pues no están autorizados para suscribir un contrato de trabajo. No obstante, esta circunstancia no supone, en sí misma, la exclusión de todos los instrumentos de defensa de los intereses de los trabajadores. Al admitir que el concepto de interés, del que también es titular el extranjero no regularizado, es más amplio que el de derecho, ningún obstáculo cabe ya para reconocer la inconstitucionalidad de su exclusión.

Tal exclusión del derecho de huelga de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa no resulta compatible, a juicio del Tribunal Constitucional, con el reconocimiento del derecho de huelga que proclama el art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España. En particular, ha de recordarse el art. 8.1 d), «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en virtud del cual los Estados signatarios del Pacto han de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca, mantiene el Constitucional, deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y su no impedimento a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con las preceptivos permisos legales.

Llegados a este punto, hemos de advertir que resulta sorprendente la parca argumentación de la sentencia analizada en lo que se refiere a la declaración de la inconstitucionalidad sobre la base de la interpretación bastante generosa del art. 28.2 CE. La STCo. 259/07, de 19 de diciembre, liquida en apenas un folio toda la polémica doctrinal que sobre el ámbito subjetivo del derecho de huelga se ha planteado durante tres décadas entre la doctrina iuslaboralista. Lógicamente, la razón que está detrás de semejante

circunstancia no es otra que el hecho de que sea precisamente el ponente de la misma uno de los tres magistrados disidentes que presentan el correspondiente Voto Particular.

Esta parquedad queda manifiesta en el hecho de que las remisiones a la STCo. 236/07, de 7 de noviembre, son constantes, por lo que el grueso de tal sentencia habría de ser retomado en este momento. En concreto, a nuestro juicio, la más importante justificación de las conclusiones contenidas en la STCo. 259/07 se habría de buscar en los FJ 3 y 4 de aquella resolución, en este caso redactados por la ponente Casas Baamonde. Dado que el ponente no se molesta ni tan siquiera en reproducirlas, habremos de acudir a ella para entender en su totalidad la declaración de inconstitucionalidad de la exclusión del derecho de huelga respecto de los trabajadores no regularizados en España.

Partiendo, pues, de los FJ 3 y 4 de la STCo. 236/07, el Tribunal Constitucional parte de la afirmación de que en nuestro ordenamiento no se deconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional. Por ello, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I de la Constitución. Para la determinación de estos extremos, a juicio del Constitucional, habría que acudir al análisis particularizado de cada uno de los preceptos reconocedores de derechos, dado que «el problema de la titularidad y ejercicio depende del derecho afectado» (STCo. 107/84, de 23 de noviembre, FJ 4). En segundo lugar, la regla básica que habría de ser atendida es la contenida en el art. 13 CE., esto es, que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades contenidos en el título I CE en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Partiendo de este precepto, el Tribunal Constitucional extrae las siguientes reglas básicas de interpretación:

- a. El término libertades públicas del art. 13 CE ha de interpretarse en sentido amplio, incluyendo tanto las libertades como los derechos.
- b. La regla del art. 13 CE se ha de extender a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa en nuestro país.
- c. La remisión a la ley contenida en el art. 13 CE no supone una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, puesto que el legislador, «aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I CE, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10 CE».

Este punto de partida implica, a juicio del Constitucional, la imposibilidad de sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los dere-

chos y libertades que establezcan los Tratados y el legislador, dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no. Por el contrario, el criterio que permite discernir si el concreto derecho puede ser sustraído del extranjero será el de si pertenece o no a aquellos derechos que son intrínsecos a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, es decir, «se trata de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana». La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido definiendo una serie de derechos que ya poseen esa condición, entre los que se pueden citar el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, el derecho a la libertad y a la seguridad, etc. No obstante, la relación hasta ahora elaborada no es, a juicio del Tribunal Constitucional, exhaustiva, ni se puede considerar cerrada a nuevas incorporaciones. Todos ellos poseen la característica de que son consustanciales a la dignidad humana. Es por ello que el incumplimiento de los requisitos legales exigidos a los extranjeros para poder permanecer en nuestro país no les desposee de cualquier derecho mientras se hallan bajo dicha situación en España.

Partiendo, pues, de esta premisa, el Tribunal Constitucional, en el caso de la libertad sindical, pero también en el del derecho de huelga, dadas las remisiones de la Sentencia ahora comentada, supone la necesidad de determinar si los mismos forman parte o no de aquellos derechos integrados en el «*minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar», por estar conectado con la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho. En concreto, concluye el Constitucional que la concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable para la defensa de los intereses de los trabajadores, incluyendo el objetivo de ostentar tal condición jurídico-formal.

En conclusión, a pesar de haber mantenido que la línea a seguir para aceptar o no la exclusión de una serie de derechos en perjuicio de los trabajadores extranjeros no regularizados en España era el de su vinculación con la dignidad humana, intrínseca a toda persona con independencia de cualquier otra circunstancia, dicho argumento no es esgrimido, en última instancia, en relación a la libertad sindical. El Tribunal Constitucional se limita a afirmar que no pueden ser excluidos los trabajadores extranjeros no regularizados del ejercicio de tal derecho, porque el mismo no es patrimonio únicamente de los trabajadores en sentido estricto, sino también de los que aspiran a serlo. ¿Significa ello que es consustancial a la dignidad humana un reconocimiento básico del derecho a la libertad sindical y al derecho de huelga? Sólo se podría llegar a tal conclusión bajo una interpretación de las



palabras del Tribunal Constitucional en un sentido muy flexible cuando afirma «que en nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a «todos» los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a «todos» los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales citados, entre los cuales es de recordar el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, cuyo art. 2 reconoce a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos».

4. VOTO PARTICULAR

Con el análisis del voto particular, no sólo se pretende cuestionar aquí la opinión minoritaria de los tres magistrados firmantes, sino, asimismo, evidenciar alguno de los argumentos adicionales que la sentencia podría haber esgrimido y que prefirió no hacer.

El primero de estos argumentos eludidos se encuentra implícito en la argumentación del Abogado del Estado, el cual, al oponerse a la argumentación de los recurrentes, mantiene que quien no está autorizado para trabajar no puede ejercer el medio de presión frente al empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga. Es decir, se relaciona directamente el derecho de huelga con un derecho de presión en el marco de la relación de trabajo. En el marco de la prestación de trabajo realizado por trabajadores extranjeros no regularizados, nos encontramos con el hecho de que, de no admitir el derecho de huelga respecto de ellos por no encontrarnos ante un trabajador *strictu sensu* al no poder ser éste titular de un contrato de trabajo, se provocaría la paradoja —tal y como mantiene el Voto particular— de que estaríamos beneficiando a una de las partes de la relación de trabajo. Apurando la argumentación mantenida por los Magistrados disidentes, nos encontraríamos con que, a pesar de todo, existió prestación de trabajo. Es decir, un individuo realizó un trabajo para que otro se lo retribuyera y, ente ambas partes, existía acuerdo al respecto. En este contexto, imposibilitar el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores no regularizados colocaría a una de las partes de dicho acuerdo en una posición de privilegio respecto de la otra. Aun haciendo abstracción de los distintos grados de necesidad de los que parten el trabajador no regularizado y el empresario, como consecuencia de negarle el derecho de huelga al trabajador se dotaría incluso al empresario infractor de una situación privilegiada respecto al resto de los empresarios. En definitiva, al garantizarles, por la vía de los

hechos, una paz social, se estaría beneficiando a empresarios que pudieran haber incurrido incluso en un ilícito penal.

El derecho de huelga no sólo es un derecho subjetivo, sino que, como ha mantenido reiteradamente el propio Tribunal Constitucional, también es un instrumento de lucha colectiva de los trabajadores. Baste recordar, en este sentido, cómo el propio Tribunal Constitucional amplió el contenido puramente individual del derecho de huelga y expresamente mantuvo que «entre otras significaciones [el derecho de huelga] tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, como instrumento de presión constitucionalmente reconocido que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos» (STCo 123/92, de 28 de septiembre, FJ 4). Partiendo de este argumento, no habría ninguna posibilidad de excluir a los trabajadores extranjeros no regularizados del derecho de huelga, pues si es posible negarles el carácter de trabajadores en un sentido técnico-jurídico, no hay modo de hacerlo desde el punto de vista de su pertenencia a la clase trabajadora.

En lo que se refiere a los argumentos esgrimidos destaca, el que mantiene que no resulta razonable atribuir derechos tales como la libertad sindical a unos individuos que, conforme a la legislación española, podrían ser expulsados del territorio español por no tener regularizada su situación administrativa. Es decir, el autor considera incoherente afirmar que se les reconocen derechos a unas personas a las que, en última instancia, se les pueden negar todos, al poder ser objeto de una expulsión del territorio español por no cumplir con la legalidad administrativa que, en definitiva, les impide ser titulares de los derechos cuestionados.

A continuación, el voto particular esgrime el auténtico motivo de la exclusión de los derechos fundamentales realizada por la LO 8/2000. Éste no es otro que la supuesta defensa de España ante la avalancha de extranjeros acaecida en la última década. Es decir, según estos magistrados del Tribunal Constitucional, el Estado tiene derecho a defenderse utilizando como arma la exclusión de los derechos reconocidos como fundamentales por la Constitución, de la que es de suponer que son máximos garantes: «Que ante una situación masiva de entradas y estancias ilegales de ciudadanos extranjeros el legislador establezca como condición de disfrute de los derechos de reunión, asociación y sindicación [y como consecuencia de la remisión, también del de huelga] por parte de los extranjeros la de la estancia o residencia legal en España, creo que entra con absoluta naturalidad entre las restricciones que los tratados internacionales referidos admiten respecto de los derechos que consagran, en concreto en el de la protección de la seguridad o del orden público».



Por último, es atacado el razonamiento contenido en el FJ 3 en virtud del cual es la dignidad de la persona la que impide restringir, por parte del legislador ordinario, aquellos derechos que están directamente vinculados con ella. El voto particular cuestiona que derechos como la libertad sindical y —como consecuencia de nuevo de la remisión mencionada— el derecho de huelga entren en dicha categoría de derechos ligados estrechamente a la dignidad de la persona. Según estos magistrados, es una exageración considerar que una negación de ambos derechos suponga un menoscabo de la dignidad de las personas. Es más, aunque así fuera, el sacrificio de esa dignidad estaría justificado como consecuencia de la necesidad de preservar el orden político y la paz social ante el «masivo número de extranjeros en situación de entrada y residencia ilegal en España».

Desde nuestro punto de vista, esta argumentación plantea una peligrosa incertidumbre. En concreto, si no definimos cuáles son los derechos que poseen todas las personas, al margen de su consideración como ciudadanos, y, al mismo tiempo, se plantee que los derechos humanos que no tienen esa consideración pueden ser sustraídos del patrimonio de ciertos seres humanos, se crea la incertidumbre de hasta dónde puede ir el Estado en su defensa frente «a la masiva entrada y permanencia» de esos seres humanos de segunda. En concreto, el ponente del Voto particular califica de «exagerado» que puedan tener esta consideración la libertad sindical, el derecho de huelga, el derecho de reunión y el de asociación. Sin embargo, no precisa qué otros derechos, si es que a su juicio los hay, tendrán la consideración de consustanciales a todas las personas con independencia de su situación administrativa en España.

En resumen, las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional a finales del año 2007 han supuesto una importante toma de posición del intérprete constitucional sobre el ámbito subjetivo de los derechos de libertad sindical y huelga. Por una parte, en una generosa interpretación del art. 10 CE, extiende a los derechos de huelga y libertad sindical la consideración de derechos que pertenecen a los individuos en cuanto personas, es decir, con carácter previo a su consideración como ciudadanos. Es por ello que su reconocimiento no se puede subordinar a una determinada situación administrativa. En segundo lugar, y como consecuencia de esta premisa, los titulares del derecho de huelga no sólo son los trabajadores en un sentido técnico-jurídico, sino también aquellos que desempeñan un trabajo para otro asimilable al realizado por un trabajador del art. 1 ET, pero sin la cobertura del contrato de trabajo. En definitiva, el derecho de huelga no resulta únicamente un medio útil para la defensa de los derechos de los trabajadores, sino que se convierte asimismo en un instrumento idóneo en la lucha para adquisición de su consideración propia como trabajadores.





DESPIDO

Universidad de Córdoba

TRABAJADORAS EMBARAZADAS Y DESPIDOS NULOS: PRESUNCIÓN «IURIS ET DE IURE» DEL MÓVIL DISCRIMINATORIO ¿EN TODO CASO?

Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 2007

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ *

SUPUESTO DE HECHO: La actora, que prestaba sus servicios como hornera-cajera para la empresa demandada, desde el 29 de septiembre de 2004, y conocía su estado de embarazo desde el 27 de diciembre de 2004, recibió escrito de la empresa comunicándole el cese de su actividad en la misma, con efectos del 7 de enero de 2005, por no haber superado el período de prueba. En los informes emitidos durante este periodo se hacía constar que faltó o llegó tarde al trabajo en alguna ocasión, que no se ponía los guantes o el gorro en horas de trabajo y que tenía dificultades importantes para realizar las labores propias de hornear. En reclamación contra el despido, la actora interpuso recurso ante el Juzgado de lo Social núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria, que en sentencia de 16 de mayo de 2005, estimó en parte la demanda y declaró la improcedencia del despido, con las consecuencias correspondientes.

EL fallo fue recurrido en suplicación, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León-Burgos sentencia con fecha 20 de febrero de 2006, que estimó el recurso de suplicación de la actora y declaró nulo el despido, condenando a la empresa a la readmisión inmediata de la trabajadora en el mismo puesto y condiciones de trabajo en que venía prestando servicios. Frente a la misma, la empresa interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

RESUMEN: En sentencia de 24 de julio de 2007 el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y, por ende,

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

desestima la sentencia del Superior de Justicia sobre nulidad de despido. El Supremo se hace eco de una doctrina ya asentada acerca de la calificación de nulidad del despido de mujeres embarazadas al afirmar que se trata de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo. Matiza, no obstante, que el móvil discriminatorio se presume legalmente «iuris et de iure» únicamente si el empresario conoce el hecho del embarazo.

ÍNDICE

1. JUSTIFICACIÓN DEL SUPUESTO ESCOGIDO
2. UN APUNTE A LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA: LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA Y DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA
3. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR EL SUPREMO EN DEFENSA DEL PRINCIPIO DE «SEGURIDAD JURÍDICA»
4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

1. JUSTIFICACIÓN DEL SUPUESTO ESCOGIDO

La cuestión que plantea el recurso de casación para unificación de doctrina resuelto por la sentencia objeto de comentario no es novedosa. Se concreta en la interpretación que deba darse al artículo 55.5.b) del Estatuto de los Trabajadores ET en los supuestos de despido de mujeres embarazadas. En particular, se trata de determinar si es necesario o no, para poder calificar la nulidad del despido, el conocimiento del hecho de la gestación por parte del empresario.

Recordemos que una gran parte de la doctrina ha considerado que el legislador, al regular la nulidad del despido de trabajadoras embarazadas, ha querido que fuera indiferente que el empresario conozca o no la situación de gestación, e incluso que lo sepa la propia trabajadora en el momento del despido. Es la tesis de la «nulidad objetiva» del despido por embarazo, la cual, basándose en una interpretación literal de la ley, considera irrelevante el móvil del empresario, tratando así de proporcionar a las embarazadas una tutela más enérgica que la tutela discriminatoria, dispensándolas de acreditar los indicios de discriminación.

Frente a esta posición, el Tribunal se va a inclinar por la tesis contraria¹, considerando necesario el conocimiento por la empresa de la situación

¹ El Alto Tribunal no hace sino pronunciarse en sentido similar a la sentencia del mismo tribunal de 19 de julio de 2006 (RCUD 387/2005) que sienta la doctrina de que el despido de una trabajadora embarazada, cuando el empresario no conoce dicha situación de embarazo, no puede ser calificado como nulo.

de embarazo para poder afirmar que el despido es nulo. La Sala va a fundamentar su decisión en que la calificación de la nulidad del despido en estos casos obedece a que nos encontramos ante un despido discriminatorio, un despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en los que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por cargas familiares. Y, según interpreta el Supremo, difícilmente va a existir esta carga discriminatoria si el empresario ignora el presupuesto necesario para su configuración². Nos encontramos con un pronunciamiento claro y rotundo del Supremo que exige, sin resquicio de duda, que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la trabajadora y que, además, se dicta para unificar doctrina.

La contundencia de la postura nos invita a reflexionar. La evolución habida en los últimos años en la regulación de medidas destinadas a conciliar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras —que no es sino un reflejo de los cambios sociales que estamos viviendo y del espíritu que preside la intención del legislador de adaptarse a ellos— y, por ende, en cuestiones relacionadas directamente con la maternidad de la mujer que trabaja fuera del hogar, debe tener su reflejo en la propia interpretación que se hace de la normativa vigente³. En la actualidad, el máximo exponente de esa intención legislativa tiene su reflejo en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En su Exposición de Motivos, la propia ley afirma que el artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas. Además, la Ley de Igualdad considera en su artículo 10, nulos y sin efecto los actos que causen discriminación por razón de sexo, que darán lugar a un sistema de «reparaciones

² No podemos obviar que la citada interpretación judicial, adoptada por el pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo compuesto por 17 magistrados, tuvo un voto particular contrario suscrito por 7 magistrados, dándose la paradoja —que ignoramos si es estrictamente legal— de que el voto mayoritario se consiguió gracias a la presencia de 6 magistrados eméritos, mayores de 70 años de edad, ya jubilados, pero que continuaban ejerciendo la actividad judicial por existir vacantes de titulares. Al respecto, véase ESCUDERO ALONSO, «El despido de una trabajadora que está embarazada (Comentario de Jurisprudencia Social)», en [http://www. graduosos-sociales.com/ArticulosCO/ACO212_2.pdf](http://www.graduosos-sociales.com/ArticulosCO/ACO212_2.pdf)

³ Según establece el artículo 3 Código Civil: «Las normas se interpretarán 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 fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionales al perjuicio sufrido».

Ante este panorama normativo, ¿no es conveniente, mejor dicho, inexcusable, replantear doctrinas asentadas desde hace años por los Tribunales que, precisamente por esa razón, deberían renovar sus teorías y argumentos con el fin de adaptarse a las nuevas realidades y exigencias sociales?

Con el comentario de esta sentencia se pretende hacer una reflexión sobre el pasado y presente de la doctrina sobre la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas; ello nos va a permitir divisar las previsibles proyecciones futuras y debatir sobre ellas en base al contexto normativo y social existente.

Persiguiendo esta finalidad se va a hacer, en primer lugar, un sucinto recordatorio a la evolución habida en la protección contra los despidos relacionados con la maternidad/paternidad⁴ en el ordenamiento español —reflejo de las exigencias provenientes de la normativa y jurisprudencia comunitaria y de la propia realidad de la sociedad española— para después indagar en los pronunciamientos del fallo de la sentencia objeto de comentario. Asimismo, se va a traer a colación otros pronunciamientos judiciales que, por los razonamientos empleados en sus argumentaciones, representan una novedad en la materia merecedora de atención en este análisis.

2. UN APUNTE A LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA: LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA Y DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

No es sino a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁵, cuando

⁴ El rechazo de conductas extintivas de discriminación basada en la maternidad/paternidad (esto es, con independencia del sexo del/la trabajador/a) tiene su reflejo a partir de las modificaciones operadas por la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Esas declaraciones resultan reiteradas con habitualidad en la negociación colectiva, medio de hacer patente el rechazo de los agentes sociales ante cualquier conducta extintiva posiblemente discriminatoria basada en la condición de padre ó madre. En este sentido, GARRIGUES GIMÉNEZ, *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004, pág. 161, nota 19.

⁵ Hasta entonces no hay referencia alguna en el ordenamiento jurídico laboral a medidas específicas de protección jurídica frente al despido de trabajadores por causa de su maternidad/paternidad, ni siquiera referida exclusivamente a la mujer trabajadora. La protección resultaba únicamente posible mediante la aplicación de medidas genéricas antidiscriminatorias o



queda garantizada en nuestro ordenamiento interno tanto la protección específica de la trabajadora frente a un despido discriminatorio relacionado con su maternidad biológica —embarazo, parto y puerperio— como la protección de los trabajadores de ambos sexos frente al despido discriminatorio relacionado con la solicitud o el disfrute de medidas de conciliación de las obligaciones familiares y laborales ⁶.

Supuso esta Ley la trasposición a la legislación española de determinadas normas de Derecho Comunitario. En concreto la adaptación a nuestro orden interno de los criterios de la Directiva 76/207/CEE, relativos a la discriminación directa por razón de embarazo, puerperio o lactancia, así como del contenido del artículo 10 de la Directiva 92/85, que establece como garantía para las trabajadoras la prohibición del despido durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad.

El protagonismo del acervo comunitario resulta evidente máxime si hacemos acopio de los pronunciamientos provenientes del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que, en sentencias que podríamos denominar «históricas», aplican e interpretan los preceptos normativos partiendo de la premisa de que la igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en los textos internacionales sobre derechos humanos.

La importancia que en esta materia tiene la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se ha puesto de manifiesto desde la doctrina más autorizada que ha llegado a afirmar que el régimen jurídico del principio de igualdad de trato por razón de sexo se presenta como una construcción eminentemente jurisprudencial. No obstante, los abundantes pronunciamientos del TJCE en relación al embarazo y la maternidad han sido elogiados en muchos casos por llevar a cabo una interpretación extensiva de la tutela protectora del Derecho Comunitario y censurados, en otros, por ser poco claros o contradictorios.

a través de los derechos fundamentales del trabajador. La reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994 supuso un reforzamiento de la causa discriminatoria —genérica— o atentatoria contra derechos fundamentales, desvirtuando, de este modo, la protección específica contra el despido discriminatorio llevado a cabo durante la situaciones suspensivas relacionadas con la maternidad/paternidad de los trabajadores. Al respecto, de nuevo GARRIGUES GIMÉNEZ, cit., pág. 161.

⁶ Hay que reseñar que los cambios en la regulación afectaron también a la dinámica probatoria en la fase del proceso al suprimirse la carga de la prueba indiciaria de la discriminación por la parte demandante; siendo, de este modo, el empresario el que debe acreditar razones objetivas —lógicamente ajenas a la situación de embarazo o maternidad— que justifiquen la decisión extintiva.

La posición del TJCE en casos, como por ejemplo *Tele Danmark* y *Jiménez Melgar*⁷ precisan y clarifican la jurisprudencia previa sobre prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y suponen un avance incuestionable en el alcance de la tutela de la maternidad en el marco comunitario. La adopción de una postura clara de prohibición de discriminación por razón de embarazo y maternidad refuerza el principio de igualdad material entre hombres y mujeres consagrado en la normativa comunitaria, haciéndolo prevalecer sobre posibles justificaciones del empresario que ocultan decisiones claramente discriminatorias para este colectivo.

Muy brevemente, hay que recordar que en el caso *Tele Danmark*⁸ el TJCE fue contundente al declarar que el despido de una trabajadora motivado por su embarazo constituye claramente una discriminación directa por razón de sexo, y ello con independencia de que el contrato de trabajo sea de duración determinada o indefinida⁹. Asimismo, el Tribunal afirma que es

⁷ Aunque en el caso *Jiménez Melgar* el Tribunal de Justicia de Luxemburgo afirmó que la falta de renovación del contrato de la trabajadora embarazada no puede equipararse a un despido prohibido en virtud del artículo 10 de la Directiva 92/85, llega a la conclusión de que si la no renovación se debe al estado de gestación de la trabajadora, se puede asimilar a una negativa de contratación, produciéndose, de este modo, una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207.

⁸ El *Hojesteret* planteó ante el TJCE dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 5.1 de la Directiva 76/207 CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y 10 de la Directiva 92/1985/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Estas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre *Tele Danmark*, empresa de telefonía, y *HK*, que actúa en representación de la Sra. *Brandt-Nielsen*, como consecuencia del despido de esta última. La Sra *Brandt-Nielsen* fue contratada por *Tele Danmark* por un periodo de seis meses para trabajar en su servicio de postventa de teléfonos móviles, en junio de 1995. En el mes de agosto informó a la empresa de que estaba embarazada y esperaba dar a luz a principios del mes de noviembre. El día 23 de agosto fue despedida, con efectos a partir del 30 de septiembre, debido a que no había comunicado su situación en la entrevista. El 14 de marzo de 1996 demandó a *Tele Danmark* ante el *Retten i Aarhus*, que desestimó el recurso; mediante sentencia de 15 de abril de 1999, el *Vestre Landsret*, ante el que había apelado la actora, estimó el recurso interpuesto reconociendo que el despido estaba relacionada con su embarazo. *Tele Danmark* recurrió en casación contra dicha sentencia ante el *Hojesteret*.

⁹ Recordemos, siguiendo a RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, «Igualdad de trato en el acceso al empleo y protección de la maternidad. Comentario a la Sentencia C-207/98 del TJCE de 3 de febrero de 2000», en *Revista de Derecho Social*, 11/2000, págs. 108 y 111, que en determinados pronunciamientos del TJCE, relativos a situaciones de despido de una trabajadora embarazada, se hacía demasiado hincapié en la relevancia del hecho de que la trabajadora



obligación del empresario asumir el riesgo de las consecuencias económicas y de organización del trabajo producidas por el embarazo de sus empleadas, de manera que el posible perjuicio económico derivado de estas situaciones no pueden justificar un despido. Con estas premisas el TJCE desautorizó los argumentos empresariales de que la razón determinante del despido no era el embarazo en sí sino la imposibilidad de la trabajadora de cumplir una parte sustancial del contrato, y segundo de que la trabajadora no hubiese informado al empresario de su estado, incumpliendo el deber de lealtad que se impone en las relaciones laborales.

No dudamos del acierto del TJCE que hace suyo el argumento expuesto por la Comisión Europea de que la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado; sin embargo tampoco podemos obviar lo polémica que resultó la postura. Y ello porque el tenor literal del artículo 2 de la Directiva 92/85 puede dar a entender la existencia de ese deber al definir a la mujer embarazada como «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario», por lo que se puede deducir que hasta el momento de la comunicación del estado del embarazo al empresario la trabajadora no quedaría dentro del ámbito de protección específica que establece la citada normativa comunitaria, o al menos así lo interpretó parte de la doctrina¹⁰ y lo hace ahora el propio Tribunal Supremo.

3. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR EL SUPREMO EN DEFENSA DEL PRINCIPIO DE «SEGURIDAD JURÍDICA»

Dado que el término del debate se centra en determinar si es necesario o no que el empresario conozca la situación de embarazo de la trabajadora

era titular de un contrato indefinido, provocando incertidumbre acerca de si el fallo sería el mismo si la trabajadora hubiese estado contratada temporalmente. Según la autora, «esta paradoja es una constante en la jurisprudencia comunitaria que aborda la discriminación pro razón de sexo y embarazo». Antes, otros autores habían puesto de manifiesto esta contradicción; como ejemplo, JACQMAIN, «¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad? (Una crítica de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, sobre protección de la maternidad, y su trasposición al Derecho belga)», *Relaciones Laborales*, 5/1997. En sentido similar, más recientemente, RAMOS MARTÍN, «La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria», *RMT y AS*, 37/2002, 200 y sigs. *Vid.*, como ejemplo, los casos *Dekker*, *Hertz* y *Webb*, en los que se valora el carácter indefinido del contrato.

¹⁰ Véase, al respecto, los comentarios, de MORENO GENÉ y ROMERO BURILLO, *Maternidad y salud laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 24 LOUSADA AROCHENA, «La protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en periodo de lactancia», *AL* 38/1998, pág. 708.

para que el despido sea declarado nulo, la Sala, argumentando razones de seguridad jurídica, remite al fallo dictado en unificación de doctrina por la sentencia de esa misma sala de fecha 19 de julio de 2006 (RCUD 387/2005).

Son tres los razonamientos a esgrimir en aras a la necesidad de dicho conocimiento. En primer lugar que la calificación de nulidad introducida por la Ley 39/1999 es un supuesto particular de «despido discriminatorio»; según el Tribunal nos encontramos ante un despido nulo por lesión de los derechos fundamentales, siendo el derecho fundamental lesionado el no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares y esta discriminación sólo puede producirse si el empresario conoce la situación de embarazo. Como segundo argumento para justificar su postura, el Tribunal Supremo afirma que el conocimiento del empresario viene exigido por la aplicación del principio de seguridad jurídica¹¹ establecido en el artículo 9.3 de la Constitución. Por último, afirma que la Directiva 92/85/CEE establece la comunicación del embarazo para que resulte aplicable la nulidad del despido.

En la fundamentación jurídica se hace también mención a la jurisprudencia constitucional cuando ha resuelto sobre la discriminación por embarazo a la luz del artículo 14 de la Constitución. Se hace referencia a pronunciamientos que, según el Supremo, determinan que el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria. Ejemplos citados son la STC 41/2002, de 25 de febrero, y la STC 17/2003, de 23 de enero¹².

En definitiva, la STS de 24 de julio de 2007 considera que la exigencia de que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la mujer embarazada, no sólo es consustancial a la caracterización del supuesto en particular como despido discriminatorio, sino que no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del artículo 55.5.b ET. Se deja claro que el precepto proporciona a las mujeres en estado de gesta-

¹¹ Según expone el Supremo, «el principal ingrediente de la seguridad jurídica es la certeza del derecho (...) que se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable e inevitable en la vida jurídica, en cuanto que la calificación de nulidad del despido, se hace depender en los supuestos de despido de mujeres en edad de procrear del dato totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada».

¹² La STC 17/2003, de 30 de enero, abordó el problema de una trabajadora temporal contratada con irregularidades que convertían el contrato en indefinido; después, coincidiendo con los comentarios a algún compañero acerca de su embarazo, se le cesa con el argumento de que había concluido el servicio comprometido. En esta ocasión se 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.



ción una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal «iuris et de iure» del móvil discriminatorio. Sin embargo, como toda presunción, la establecida en el artículo 55.5.b. ET ha de apoyarse en un «hecho indicio», pues si éste no existe no puede haber presunción; y este «hecho indicio» no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto del móvil discriminatorio.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Sin pretender desmerecer el pronunciamiento objeto de análisis, y reconociendo el lugar que en nuestro sistema de fuentes ocupa la jurisprudencia unificada, consideramos que la polémica acerca de si la aplicación del artículo 55.5 b) ET presupone que el empleador ya conoce el estado gestante en el momento de acordar el cese no debe darse por cerrada. Y ello por varios motivos.

Por un lado, no podemos obviar que la doctrina constitucional referida (en particular la STC 17/2003) ha venido invocándose a favor de las dos tesis contrapuestas porque ni la sentencia lo dejaba del todo claro, ni se aplicó al caso el reseñado precepto del Estatuto de los Trabajadores en su actual versión.

Además la sentencia no hace sino reproducir los mismos argumentos utilizados por la STS de 19 de julio de 2006 que, no olvidemos, contiene un voto particular (apoyado por 7 magistrados) acerca de la cuestión controvertida. Existen serias discrepancias en el propio seno del Tribunal Supremo que, si bien han sido relegadas a un segundo plano tras este fallo, existe la posibilidad de que en un futuro cercano el Tribunal Constitucional o el de Luxemburgo se pronuncien sobre el tema.

Por otro lado, son varias las razones que podemos blandir en apoyo de la tesis de la nulidad objetiva del despido. Hay que reseñar que la normativa comunitaria, que es en dónde radica el origen de la actual regulación, en ningún caso exige el conocimiento previo por la empresa del embarazo para que el despido pueda calificarse como nulo. Además, una interpretación literal del artículo 55.5 b) del ET lleva a la conclusión de que la calificación de nulidad es automática, de forma que actúa exista o no acreditación de indicios de discriminación¹³. El espíritu que impregna la norma es propor-

¹³ Estos argumentos fueron defendidos magistrados que emitieron voto particular a la STS de 19 de julio de 2006. Al analizar el contenido del artículo 55.1 b) se concluye afirmando que los despidos discriminatorios están en el párrafo primero y los automáticos en el se-

cionar a las trabajadoras embarazadas una tutela más enérgica que la tutela discriminatoria, dispensándola, en consecuencia, de la carga de acreditar los indicios de discriminación y, en particular, el conocimiento por el empresario del embarazo, dada la dificultad que ello puede conllevar y el atentado que puede suponer a la dignidad de la mujer, pues no tiene obligación de «dar parte» de su estado para salvaguardar su puesto de trabajo.

Los magistrados que en la sentencia de 19 de julio de 2006 emitieron voto particular manifestaron que la intención del legislador ha sido que sea irrelevante el móvil del empresario en su decisión de despedir, que puede obedecer o no a causas discriminatorias cuando la mujer está embarazada. Estamos ante una calificación de nulidad objetiva, derivada del hecho del embarazo y no subjetiva, no teniendo en cuenta los motivos que han conducido a dicha decisión. Bajo la normativa vigente la mujer embarazada está protegida frente a cualquier despido, con independencia del conocimiento que el empresario pudiera tener de la situación y ello con el fin de que cualquier mujer trabajadora pueda conciliar su derecho personal a quedarse embarazada con el derecho a mantener su puesto de trabajo, postura que compartimos y defendemos plenamente. Un razonamiento diferente tendría un efecto perverso, ya que podría obligar a las trabajadoras a renunciar a su derecho constitucional a la intimidad y abriría las puertas a la picaresca, pues los empresarios podrían alegar falta de conocimiento para prescindir de sus empleadas embarazadas.

Desde hace algunos años existen pronunciamientos judiciales en esta línea ¹⁴, y otros más recientes que, sin tratar la cuestión aquí planteada, se hacen eco del ánimo que ha guiado al legislador en los últimos años en aras de la protección de la maternidad, la vida familiar y en contra de las discriminaciones relacionadas directa o indirectamente con estas causas ¹⁵, y que

gundo. Según redacción literal, «A tal efecto es significativo que, después de recoger el precepto indicado en su apartado primero el despido discriminatorio, señale expresamente que *también* serán nulos otros específicos supuestos de despido entre el que incluye el de la mujer embarazada, con lo que supone de añadido nuevo y distinto a lo que en el apartado primero se quería significar y proteger».

¹⁴ En <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/34542.pdf>, sobre el acoso moral sufrido por las mujeres embarazadas, se hace referencia a alguno de ellos. Ya en 2004 el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dio por sentado que los despidos por embarazo son nulos desde el inicio de la gestación aunque la trabajadora no haya comunicado su estado al empresario. La interpretación que hace el Tribunal de la norma no deja lugar a dudas de que legislador ha querido que sea indiferente que el empresario conozca o no el embarazo, e incluso que lo sepa la trabajadora en el momento del despido.

¹⁵ Es especialmente significativo el fallo emitido, en abril de 2008, por el Juzgado de los Social núm. 31 de Madrid, que aplica por primera vez los criterios de la Ley de Igualdad al



se ha venido plasmando en textos normativos tales como la Ley de Conciliación o, más recientemente, la Ley de Igualdad. Nos deben servir como guía en la construcción de una línea de pensamiento progresista, no anquilosada en el pasado, que atienda a la realidad social de nuestro tiempo, a las necesidades de las personas trabajadoras del siglo XXI. Sólo de esta forma conseguiremos avanzar conforme al espíritu y finalidad de unas normas que establecen expresamente que todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo.

despido de una trabajadora embarazada, empleada de hogar. Por apreciar una «discriminación directa por razón de sexo» considera el despido nulo y condena a la readmisión. Hasta ahora se había venido desestimado la nulidad de este tipo de despidos por la peculiaridad derivada del carácter especial de la relación laboral. Sin embargo, en esta ocasión, el juez considera que «dicha doctrina debe reconsiderarse a la luz de la Ley de Igualdad». Afirma que «el despido de las empleadas de hogar que traiga su causa de un embarazo sólo puede considerarse nulo». Considera irrelevante que el decreto de 1985 no contemple la nulidad del despido de estos trabajadores, porque dicha norma ha sido derogada «por contradecir frontalmente la Ley de Igualdad».

Aunque refiriéndose al derecho a compatibilizar intereses familiares y laborales, comparte esta línea que podríamos denominar «acorde con el contexto normativo vigente y la realidad social actual» el pronunciamiento, en marzo de 2008, de un juez que da la razón a una madre que pidió un turno laboral inexistente en su empresa. La mujer, empleada de la empresa Ficotriad en Rubí (Barcelona), dedicada a la fabricación de piezas del automóvil, solicitó una jornada desde las 10 horas hasta las 18 horas, o bien una reducción para salir a las 17 horas y conciliar su vida familiar con la laboral. La empresa denegó la petición de su empleada por considerar que no se adecuaba al horario de mañana (de 6 a 14 horas) ni al de tarde (de 14 a 20 horas), y mantuvo que ya gozaba de un turno de trabajo no rotativo y elegido por ella misma. Además, la dirección de Ficotriad recordó que la plantilla de la factoría está formada por un importante colectivo de mujeres que podrían solicitar reducciones de jornada y horarios parecidos, lo que provocaría «una disfunción organizativa insalvable». No obstante, el juez consideró que, dada la dimensión empresarial, era posible conceder a la trabajadora su petición, recordando que la «necesaria compatibilización de intereses» obliga a hacer prevalecer los de la empleada como proyección del derecho de igualdad.

Más información acerca de estos pronunciamientos en <http://www.paraprofesionales.com/especialidades/derecho%20laboral.php>





PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

DE NUEVO UNA REFORMA DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD: EL DESMORONAMIENTO DE TODA UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y LA IGNORANCIA DE LA DIMENSIÓN MULTICULTURAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril

SOFÍA OLARTE ENCABO *

SUPUESTO DE HECHO: La recurrente de amparo solicitó pensión por viudedad que le fue denegada por Resolución del INSS, alegando sobre aquélla no ser o haber sido cónyuge del fallecido y por no existir imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento. La reclamación previa fue desestimada, sin embargo, interpuesta la demanda, el Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, en Sentencia de 30 de mayo de 2002, estimó las pretensiones de la recurrente al considerar probado que ésta y el fallecido son de origen gitano y contrajeron matrimonio por el rito tradicional gitano en noviembre de 1971, teniendo seis hijos, Para el magistrado el matrimonio gitano celebrado en territorio español conforme a la Ley personal de los contrayentes, es una forma válida de matrimonio admitida por los usos y costumbres de dicha etnia, por lo que lo considera válido —además de opinar sobre la necesidad de que se prevea su inscripción en el Registro Civil, conforme a lo dispuesto en los artículos 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil y, en definitiva, considera que el INSS incurrió en un tratamiento discriminatorio por razón de etnia contrario al artículo 14 de la Constitución Española. El INSS interpuso el correspondiente recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid, que fue estimado por Sentencia de 7 de noviembre de 2002 al considerar que no se había producido discriminación sino simple observancia en España y por los españoles de la legalidad que a sí mismo se da el pueblo español en uso

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de su soberanía —y distingue entre la legalidad vigente y la meramente deseable— y el matrimonio celebrado única y exclusivamente por el rito gitano no se halla entre los supuestos que considera la ley. Para el TSJ, aunque estas normas tengan un valor interno respecto al propio grupo o etnia, ello no significa que éstas trasciendan jurídicamente de su propio ámbito y, por tanto todos, los ciudadanos españoles han de estar a la norma vigente y aplicable a un matrimonio entre españoles celebrado en España. Finalmente, el TC no otorga amparo sosteniendo que no hay discriminación por razón social ni étnica.

RESUMEN: El TC (Rec. núm. 7084-2002) analiza la supuesta vulneración el artículo 14 CE que contempla de forma expresa la discriminación racial o étnica, abarcando la prohibición de discriminación tanto a la directa como a la indirecta (comportamientos formalmente neutros pero de los que se deriva un impacto adverso). Para el TC la denegación de la pensión de viudedad a las uniones de hecho, o formas de convivencia no institucionalizadas legalmente, no vulnera dicho derecho como tampoco halla discriminación por razones sociales en el hecho de que el legislador limite la protección de viudedad a los supuestos de convivencia no institucionalizada, aspecto este en el que el Tribunal se explaya, recordando su doctrina anterior.

Y en el caso de la pareja casada por el rito gitano, considera que el 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 las previsiones legales, que en ninguna forma se condicionan a la pertenencia a una raza sino exclusivamente a consideraciones civiles o religiosas, por lo que concluye en la inexistencia de vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL ALCANCE LIMITADO DE LA REFORMA DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD EN LA LEY 40/2007, DE 4 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL
2. MULTICULTURALIDAD Y EFECTOS COLATERALES DEL FENÓMENO INMIGRATORIO: LOS VÍNCULOS MATRIMONIALES SIMULTÁNEOS (POLIGAMIA) Y SUS EFECTOS SOBRE LA PENSIÓN DE VIUEDAD
3. LA «IGNORANCIA» DE LA DIVERSIDAD CULTURAL «INTERNA»: CRÍTICAS A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.
4. BREVES REFLEXIONES A MODO DE CIERRE



1. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL ALCANCE LIMITADO DE LA REFORMA DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD EN LA LEY 40/2007, DE 4 DE DICIEMBRE

La necesidad de reformar en profundidad las prestaciones por muerte y supervivencia es una realidad hoy plenamente asumida a nivel teórico —no tanto a nivel social, pues sería esta sin duda una de las medidas más impopulares a adoptar por un Gobierno—. De hecho, estas pensiones han sido reformadas recurrentemente, de forma más acusada las de viudedad, en los últimos siete años. Baste recordar el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia y el RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad. Reformas que a todas luces han resultado insuficientes y prueba de ello es que la LMSS haya vuelto a modificar su régimen jurídico.

No se puede negar que la Ley 40/2007 ha supuesto una reforma relevante del régimen jurídico de las pensiones por muerte y supervivencia. Ciertamente, en relación a la pensión de viudedad, y aunque esta norma no ha llevado a cabo una reforma en profundidad que redefina el concepto de la situación de necesidad o contingencia protegida —hasta ahora la pensión de viudedad se viene reconociendo en términos predominantemente contributivos, al margen de cualquier consideración sobre la situación de necesidad—, el legislador ha roto con uno de los reductos jurídicos de la diferencia de tratamiento entre las parejas de hecho y los matrimonios, al reconocer la ruptura de los paradigmas tradicionales de familia y la existencia de un panorama cada vez menos estandarizado. Consciente de lo limitado del alcance de esta última reforma es el propio legislador cuando señala en la Disposición Adicional Vigésimo Quinta de la LMSS que «El Gobierno, siguiendo las Recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad».

Sin duda se podrá argumentar que los cambios introducidos por esta Ley no son suficientes ya que no se ha procedido a una plena equiparación entre parejas casadas y parejas de hecho, sin embargo, constituye el primer paso que se ha dado en esta dirección. Este es su mérito, ni más ni menos, pero de lo que sí estamos seguros es de que es precisamente eso, «un paso», por lo que cabe esperar en un tiempo no muy lejano cambios aún más importantes en la dirección emprendida por la Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social —en adelante, LMSS—.

Las modificaciones introducidas en los artículos 171 y ss. de la LGSS afectan, fundamentalmente, a las siguientes cuestiones:

- La «equiparación» entre los matrimonios y las parejas de hecho, que no es plena ya que en el reconocimiento de la pensión de viu-

edad en el caso de parejas de hecho se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos por parte de éstas. Concretamente, se exige que el superviviente de la pareja de hecho haya mantenido una convivencia estable y notoria (al menos cinco años), dependencia económica y/o hijos comunes con derecho a percibir una pensión de orfandad. De ello se desprende, como ya hemos anticipado, que esta norma no ha procedido verdaderamente a una equiparación entre unas y otras formas de convivencia y en este sentido resulta paradigmática y discutible, la afirmación en la Exposición de Motivos de que *«habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad»*, ya que, como la propia norma reconoce, es perfectamente posible controlar en estos casos la dependencia económica del causante, así como la propia existencia de la pareja de hecho.

- La segunda de las modificaciones destacables se refiere a los supuestos de divorcio o separación, dado que el reconocimiento de la pensión de viudedad queda condicionado en estos casos a que el cónyuge superviviente tenga reconocida previamente la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil —que ha de extinguirse—, ya que ésta implica *per se* la dependencia económica.
- En tercer lugar, en los supuestos de concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión se garantiza el 40% de la base reguladora de la pensión al cónyuge superviviente o pareja de hecho —quien conviviera sin ser cónyuge con el causante—, siempre que en este último caso el beneficiario cumpla con los requisitos exigidos con carácter general a las parejas de hecho.
- En cuarto lugar, para los supuestos en que el fallecimiento del sujeto causante se deba a enfermedad común y no se pueda acreditar una convivencia mínima de un año o bien no existan hijos en común, se crea una nueva prestación económica: la prestación temporal de viudedad con una duración de dos años, por lo que, implícitamente, se exige bien una convivencia matrimonial de un año, bien hijos comunes, para el acceso a las pensiones de viudedad. De este modo, se ha procedido de una forma «indirecta» y dosificada a una «racionalización» de estas pensiones.
- Otra de las novedades afecta a la cuantía, ya que se admite la posibilidad de que la suma de las pensiones de viudedad y orfandad puedan sobrepasar el importe de la base reguladora del sujeto causante



en los casos en los que el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de viudedad sea del 70%.

- Por último, la «equiparación» —como hemos, visto parcial y limitada— entre parejas matrimoniales y no matrimoniales, se extiende en la misma medida al auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Como anticipábamos es una reforma inacabada y se abre una etapa previa de estudio, ya que estamos ante una cuestión compleja y de una gran sensibilidad y esa prudencia o temor del legislador se evidencia porque no hay compromiso de aprobar una ley a corto ni a medio plazo; recordemos que el único compromiso expresado en la LMSS —Disposición adicional vigésima quinta— se refiere a que «El Gobierno, siguiendo las recomendaciones el Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad. En tanto, conforme establece el artículo 171.1 TRLS las prestaciones por muerte y supervivencia son cinco: el discutido, por su ridícula cantidad, auxilio por defunción, la pensión vitalicia de viudedad, la prestación temporal de viudedad, la pensión de orfandad y la pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal a favor de familiares.

Desde nuestro punto de vista, y en concreta relación a las pensiones de viudedad, la reforma pendiente tratará de reconducir dicha pensión a su función original y primigenia, por más impopular que esta medida pueda resultar. Pero siendo esta la «asignatura pendiente», no cabe duda de que se ha iniciado ya un cambio en la «cultura» de estas pensiones, cambio que se corresponde con cambios culturales sobre las formas de vida en pareja y familia. La LMS, no es sin embargo, en lo que se refiere a este tema una norma «avanzada», pues lo único que ha hecho es asumir y dar cierto valor jurídico a cambios hoy incuestionables en las formas de convivencia humana, sin embargo, y este es el tema que vamos a tratar de poner de relieve en estas páginas, no ha sido todo lo «actualizada» que cabría esperar, por su cortedad de miras, ya que hay otros cambios que también se están produciendo en nuestra sociedad.

2. MULTICULTURALIDAD Y EFECTOS COLATERALES DEL FENÓMENO INMIGRATORIO: LOS VÍNCULOS MATRIMONIALES SIMULTÁNEOS (POLIGAMIA)

En efecto, nadie cuestiona las intrincadas relaciones entre cultura, sociedad y Seguridad Social y por ello mismo ésta ha de tener en cuenta no solo los cambios en sí, sino la diversidad en un contexto social cada vez

menos estandarizado en los ciclos y formas de vida y empleo, siendo el caso de la cultura romí uno de los que mayor presencia tiene en nuestro país y en el conjunto de la UE, donde ya se están adoptando iniciativas interesantes que dan cuenta de la necesidad de considerar dicha diversidad, no meramente étnica sino también cultural. Los gitanos españoles son el grupo étnico nacional más numeroso, se estima que sobrepasa el medio millón de personas, que se asentaron en España hace 500 años y sobre cuya existencia ya hay constancia en la Pragmática de Medina del Campo —como se conoce, aunque debiera llamarse de Ocaña que era su lugar de asentamiento en aquél momento—, tal como consta en la Ley 1 del Título XVI, Libro XII de la Novísima Recopilación ¹.

En esta misma línea crítica se pueden extrapolar estas críticas a la falta de consideración por parte de la normativa de Seguridad Social del fenómeno inmigratorio, que junto con la masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, constituyen las cuestiones sociales por excelencia en nuestro país.

Muchas han sido las normas dirigidas a procurar la conciliación de la vida familiar y laboral, al mejor reparto del trabajo y las responsabilidades entre hombres y mujeres en el hogar y cuidado de hijos, así como normas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y me refiero a normas de Seguridad Social (prestaciones y subsidios nuevos y reforma de los preexistentes rebajando requisitos para el acceso e incrementando las cuantías), cuya oportunidad es indiscutible. Sin embargo, las normas de Seguridad Social siguen sin hacerse eco de la compleja variedad de situaciones que plantea para el Sistema el fenómeno inmigratorio y la interculturalidad que lleva aparejada.

Y no nos referimos a la balanza ingresos/gasto social, que parece ser la preocupación fundamental en estos temas: si la inmigración, con el efecto inmediato del incremento del número de cotizantes contribuye a sanear las cuentas de la Seguridad Social, o si por el contrario, el incremento de gasto sanitario y la generación en un futuro de pensiones vitalicias pudieran comprometer o afectar negativamente a la viabilidad de nuestro Sistema. Ni tampoco a cuestiones como la necesidad o la conveniencia —o no— de adoptar medidas de flexibilidad del principio de territorialidad, la exportación de prestaciones —que hemos analizado en otros trabajos—.

¹ Para un análisis histórico-jurídico del pueblo gitano *vid.* MARTÍNEZ DHIER, *La condición social y jurídica de los gitanos en la legislación histórica española. A partir de la Pragmática de los Reyes Católicos de 1499*. Tesis doctoral, Ed. Universidad de Granada, 2007 y, del mismo autor, «Los gitanos y el principio de igualdad. Rasgos jurídicos históricos», en *Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2001, págs. 575 a 590.



Lo que se plantea aquí es el problema de la diversidad cultural que afecta a las formas institucionalizadas de convivencia entre personas, una de ellas la poligamia. Hasta ahora en la pensión de viudedad el tema se ha centrado en la protección/desprotección por esta contingencia de las parejas de hecho o no matrimoniales o en la sucesión de distintos vínculos matrimoniales o extramatrimoniales. Sin embargo, lo que plantea la interculturalidad nacida, en gran parte, de corrientes migratorias cada vez más intensas, es que existen ciudadanos —extranjeros o nacionalizados— que mantienen vínculos matrimoniales simultáneos, válidos conforme a la ley nacional y que fueron contraídos en otros países que admiten la bigamia o poligamia y que cumpliendo todos los requisitos generan derecho a una pensión de viudedad. Problema al que las Entidades Gestoras se están enfrentando en medio de una anomia absoluta, bien repartiendo a partes iguales entre los dos cónyuges supervivientes, bien en proporción al tiempo de convivencia si es que fuera sucesiva, bien reconociendo la pensión sólo al primer cónyuge, por considerar válido el segundo. Y de la misma manera nuestros jueces y tribunales, obligados a acudir a interpretaciones analógicas, llegan a conclusiones contradictorias, que por el momento no ha tenido ocasión de resolver el Tribunal Supremo.

Se dan cita en estos temas «culturales» bienes jurídicos distintos que se invocan desde posiciones enfrentadas y que incluso comienzan a plantearse no sólo en campañas electorales sino en iniciativas legislativas de algunas Comunidades Autónomas: Los compromisos o contratos de integración, para la asunción, no meramente de nuestras normas jurídicas, sino de nuestras costumbres y cultura. Junto a argumentos de corte defensivo y más o menos «nacionalistas» se invocan otros como la incompatibilidad de ciertas prácticas con la dignidad de la mujer (el velo, la bigamia...) y el principio de igualdad. Es claro, desde nuestro punto de vista que cualquier ciudadano en territorio español está obligado a respetar nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo ¿hasta qué punto estas prácticas lo contrarían o no? Lo que sí es claro es que sea cual sea la posición que se adopte, es que los ciudadanos que contraen matrimonios manteniendo vínculos anteriores de la misma naturaleza en otros países y conforme a su ley personal, son válidos y lo que nos tendríamos que plantear es la solución a adoptar respecto a la viudedad de estas personas.

Desde nuestro punto de vista las soluciones a cuestiones tan complejas no pueden ir sin más reflexión a declarar nulo el o los matrimonios ulteriores, recociendo pensión a la viuda *prior in tempore*. La distribución de la pensión según el tiempo de convivencia de cada cónyuge supérstite, como solución a aplicar de modo analógico a los supuestos de matrimonios sucesivos tras divorcio, presenta algunas dificultades cuando la convivencia con

los cónyuges ha sido simultánea prácticamente todo el tiempo. En todo caso, damos por sobreentendido el reconocimiento de varias pensiones de viudedad autónomas e íntegras causadas por un solo sujeto, ya que ello resultaría claramente atentatorio contra el principio de igualdad.

La reforma de la Ley 40/2007, aunque abra la posibilidad de reconocimiento de estas pensiones a las parejas de hecho que cumplan los requisitos de convivencia, hijos y/o dependencia económica, entendemos no es una solución adecuada para los supuestos de bigamia, ya que no es aceptable considerar nulos los matrimonios subsiguientes al primero y calificar de unión de hecho lo que según la ley personal es un matrimonio válido. El que la ley reconociera algún valor jurídico a estas situaciones no supone apoyar o fomentar la poligamia, que seguiría siendo un ilícito en nuestro país, por el contrario, la norma vendría a dar respuesta a una realidad que la inmigración plantea a nuestra Seguridad Social y que solo desde el respeto a la diferencia, sin renunciar a la propia identidad puede ser debidamente atendida.

Y dentro del respeto a la diferencia también hemos de reflexionar sobre las razones por las que el matrimonio celebrado según la costumbre y tradición de un pueblo, el gitano, carece de valor jurídico, mientras que el celebrado por determinadas confesiones religiosas es inscribible en el Registro Civil, y en algún caso, aun sin haber sido inscrito ha sido considerado válido por nuestro Tribunal Constitucional, en relación con el reconocimiento de una pensión de viudedad. ¿Es razón suficiente el que en un caso estemos ante una minoría étnica y en el otro ante la confesión religiosa mayoritaria de los españoles? Es evidente que en aquél caso hay instrumentos normativos que así lo prevén, sien embargo, desde nuestro punto de vista este argumento no es de recibo en términos absolutos —y ello sin salirnos del análisis jurídico—, ya que nuestra Constitución garantiza los derechos de las minorías, garantiza un derecho a la diferencia, a la vez que la no discriminación por el hecho de ser diferentes.

El tema no ha hecho más que empezar, ya son varios los Tribunales Superiores de Justicia que se han enfrentado a este problema y la falta de una norma específica que aplicar está dando lugar a pronunciamientos encontrados o contradictorios, por lo que cabe esperar en breve que el reconocimiento y distribución de porcentajes de las pensiones de viudedad cuando el causante tuviera varios vínculos matrimoniales simultáneos llegue al Tribunal Supremo. Como exponentes más recientes de esta situación judicial son ilustrativas la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003 —que a su vez cuenta con voto particular— que no reconoce ningún efecto jurídico a los matrimonios posteriores al primero y las del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de julio de 1998 (AS 1998, 1493) y de 2 de abril de 2002 que sí se los reconocen.



Desde nuestro punto de vista el debate no se ha de centrar en el tema de la admisión o no de la poligamia, sería un falso debate ya que de antemano la respuesta es negativa, sino en el valor que ha de darse a estos vínculos válidos conforme a la ley personal de los contrayentes —y lugar de celebración de dichos matrimonios—. No obstante, los Tribunales parecen centrarse en esa cuestión (poligamia sí/no) para generar un rechazo, cuando de lo que se trata es de determinar el alcance que puede tener en nuestro ordenamiento este fenómeno claramente foráneo y que en realidad se restringe a una institución islámica permitida solo fuera de las fronteras europeas. En efecto la noción de familia o de matrimonio se configura como una institución monógama, de hecho el artículo 46.2 del Código Civil impide contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial, previéndose en el artículo 73.2 Cc la nulidad del segundo vínculo mientras subsista el primero. Además el Acuerdo de cooperación de 20 de febrero de 1992 entre el Gobierno de España y la Comisión Islámica de España se limita a la aplicación del derecho musulmán para regular la forma coránica de celebración del matrimonio, salvo en lo que se opongan a la CE y a la ley española, como es la bigamia. Y hasta tal punto es así que la monogamia se constituye en cuestión de orden público y como tal está tipificada como delito por el artículo 217 del Código Penal.

Sin embargo ello deja a salvo a aquellos ciudadanos que contrajeron varios matrimonios conforme a su ley personal en un lugar en el que la misma está reconocida jurídicamente como válida, ya que el matrimonio se regula por ésta —la ley personal— y si en el correspondiente país la poligamia es válida habría que cuestionarse qué valor tiene en nuestro sistema jurídico, pues como regla general se ha de estar a la ley personal, con la única excepción de que ello resulte contrario al orden público español. El hecho de que existan manifestaciones en nuestro ordenamiento que deniegan valor jurídico a estos vínculos matrimoniales múltiples, no tienen por qué leerse en clave de imposibilidad absoluta. Es el caso de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y para su integración social, en la que la figura de la reagrupación familiar se contempla en relación a un solo cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. Y es que esta norma tan sólo se refiere a una institución: la reagrupación familiar, que tiene un sentido más bien limitativo de la entrada de inmigrantes que de verdadero orden público.

El hecho de que la concepción española del matrimonio sea por definición monogámica e, incluso, que la poligamia pueda ser considerada atentatoria contra la dignidad de la mujer en nuestras coordenadas culturales y jurídicas no lleva aparejado necesariamente que se consideren nulos de pleno derecho aquéllos válidamente constituidos en los países de origen.

En todo caso, es una cuestión que merece una reflexión más honda que la negación de todo efecto jurídico invocando el orden público, ya que en el Código Civil puede decirse que existe una verdadera laguna legal, pues aunque los artículos 49.2 y 50 CC sobre reconocimiento de matrimonios extranjeros establecen los criterios básicos, no se refieren de forma expresa a los matrimonios de extranjeros celebrados ante autoridades extranjeras fuera del territorio español, pudiendo aplicar, desde nuestro punto de vista, por analogía aquéllos preceptos del CC, en cuyo caso serían válidos los matrimonios contraídos conforme a la ley del lugar de celebración.

En todo caso, reconocer efectos a estos vínculos matrimoniales no equivale al derecho al reconocimiento *in integrum* de la pensión a cada uno de los cónyuges supervivientes, siendo lo procedente el reparto o distribución de la misma, en cuyo caso, lo más razonable sería aplicar analógicamente las reglas de distribución proporcional según tiempo de convivencia cuando ha habido vínculos matrimoniales —y ahora extramatrimoniales— sucesivos tras separación o divorcio.

El hecho de que la Ley 40/2007 reconozca de forma limitada o parcial pensiones de viudedad al miembro superviviente de la pareja de hecho parece restar dimensión al problema de la poligamia, sin embargo, sigue sin darse un tratamiento adecuado porque realmente no son uniones de hecho sino matrimonios válidos con arreglo a la legislación del Estado en que se celebraron y, a diferencia de las uniones de hecho, la separación o el divorcio, donde se dan vínculos sucesivos, en el caso de la bigamia o poligamia se trata de vínculos simultáneos.

3. LA «IGNORANCIA» DE LA DIVERSIDAD CULTURAL «INTERNA». ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 17 de abril, resuelve un recurso de amparo por supuesta vulneración del principio de no discriminación por razón racial o étnica, en relación con la denegación de una pensión de viudedad a una mujer española de etnia gitana por supuesta nulidad del matrimonio celebrado en territorio español según el rito gitano. El TC deniega el amparo solicitado por considerar que dicha denegación no supone discriminación por razones sociales, no hallando discriminación en que el legislador ordinario limite la pensión de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada.

Partiendo de esta última afirmación —que no es discriminatorio que la ley limite la pensión de viudedad a los vínculos matrimoniales legalmente reconocidos—, continua el TC señalando que el tratamiento dado a las unio-



nes «*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 las previsiones legales, que de ninguna forma se condiciona a la pertenencia a una raza sino exclusivamente a consideraciones civiles o religiosas.

La recurrente en amparo solicitó pensión de viudedad en 2001, siéndole denegada cuatro días después por la Dirección Provincial de Madrid del INSS por no ser o haber sido cónyuge del fallecido y no existir imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento. Se denegó de forma expresa la reclamación previa argumentando que no existe precepto legal que considere viudo o viuda a la persona que estuviese conviviendo con el causante y cita en su apoyo la doctrina constitucional que avala esta interpretación (SSTC 184/1990 y 66/1994), según la que no es contrario al artículo 14 CE la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la prestación de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social.

Es importante destacar que el Juzgado de lo Social número 12 de Madrid estimó la demanda de la actora contra el INSS, por considerar probado que ésta y el fallecido son de origen gitano y contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 por el rito tradicional gitano, teniendo seis hijos en común, matrimonio que se celebró en territorio español y que se ajustaba a la ley personal de los contrayentes, siendo una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia. «por lo que hay que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil...».

En contraste, una vez interpuesto por el INSS recurso de suplicación por el INSS, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid lo estimó en Sentencia de 7 de noviembre de 2002 (AS 2002, 3376). Restando importancia al hecho de que en la cartilla de la Seguridad Social figurase la condición de esposa, pero dejando abierta la duda de si fue añadida a mano o no por sus titulares, porque no constituye éste un documento fehaciente, justifica el fallo en que no existe discriminación alguna por la pertenencia de la recurrente a la etnia gitana y que el matrimonio por el rito gitano no tiene la condición de tal matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico y tampoco es discriminatorio «la exigencia de la observancia en España y por los españoles de la legalidad que a sí mismo se da el pueblo español...», ya que «cualquier español puede contraer matrimonio en los términos establecidos en la Ley, pero que entre ninguno de los supuestos legales se encuentra el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano, porque aunque se trate de una etnia, *no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico...*».

El recurso de amparo se basó en la supuesta vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley y a no ser discriminado por motivos de raza y condición social. Discriminación que se habría producido al equiparar esta situación a la de una pareja de hecho, a pesar de estar casada por el rito gitano, reconocerse casada con el convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó y respetando los demás elementos de orden público afectos al matrimonio (convivencia prolongada, relación afectiva), razones por las que considera que aunque no tenga plenos efectos civiles ha de ser considerado «algo más que una pareja de hecho y recibir un tratamiento adecuado a ello». Además, invocando la STC 180/2001, de 17 de septiembre, argumentó que en el momento de contraer matrimonio gitano no fue libre para poder contraer matrimonio con efectos civiles y tampoco con posterioridad a 1981 al no haber reglado el legislador el consentimiento matrimonial a través del rito. Discriminación, en fin, por la no aplicación analógica de la solución adoptada para los matrimonios nulos que habría permitido acceder a la pensión de viudedad. Argumentos que no había esgrimido la solicitante de amparo en la vía judicial previa, por lo que el TC se limita a analizar la existencia o no de discriminación, sin entrar en los que sólo se han planteado en la demanda de amparo —los más importantes—.

Eliminado ese «obstáculo», es claro que el TC tiene allanado el camino a la denegación de amparo a lo que se añade que también desestima identidad entre el supuesto ahora enjuiciado y el que resolvió la STC 199/2004, por entender en ésta que se trataba de un matrimonio celebrado por la Iglesia católica válidamente contraído conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en el que se denegó la pensión de viudedad por falta de inscripción registral —se ha de llamar la atención en el hecho de que fueron los propios contrayentes quienes se negaron a que su matrimonio religioso fuera inscrito en el Registro Civil correspondiente—. En cambio en el caso de la demanda de amparo ahora sustanciada el TC considera que no existía un matrimonio válidamente celebrado y vuelve a recordar la muy extensa doctrina constitucional que reiteradamente declara que no hay discriminación por razones sociales en el hecho de que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia (SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, que tienen su origen en la STC 184/1990), cuestión ésta que en ningún momento cuestiona ni solicita la recurrente que insiste en la existencia de matrimonio.

En cambio, muy débil es la argumentación del TC en el punto más importante del supuesto: el valor jurídico del «matrimonio gitano»: En efecto el TC se limita a señalar que «la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las for-

mas válidas para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación... no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente». Tras esta breve y escasamente elaborada afirmación, el TC vuelve al tema, ya en ese momento indubitado, de que la limitación de la pensión de viudedad en la LGSS sólo a los casados no es discriminatoria y que tampoco hay en este caso una discriminación ni directa ni indirecta por motivos raciales o étnicos.

En cuanto a la supuesta «discriminación por indiferenciación» —en este caso, por dar igual tratamiento a realidades distintas: uniones de hecho y matrimonio gitano en el que concurre una tradición y base étnica— el TC, como ya ha defendido antes (STC 117/2006, de 24 de abril), afirma que no existe en nuestra Constitución ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual, por más que sí admita las acciones positivas como medio de superación de las desigualdades sociales. Insinúa el TC que bien podrían adoptarse este tipo de medidas a favor del colectivo gitano, tal y como prevé el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, pero, dado que dichas medidas de acción positiva no se han adoptado, no cabe invocar un derecho a ellas y menos aún su aplicación, parece entender el TC.

Finalmente, señala el TC que ni en el matrimonio civil ni en los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco cabe apreciar connotaciones excluyentes ni discriminatorias. Y tampoco la hay en que el legislador reconozca efectos civiles al vínculo contraído conforme a ritos de determinadas confesiones religiosas y no a los celebrados por los usos y costumbres gitanos, ya que no hay término válido de comparación pues en un caso se trata de consideraciones religiosas, mientras que en este son consideraciones étnicas, sin que haya una confesión religiosa mayoritaria en la etnia gitana. Por tanto, como la forma civil de matrimonio es de alcance general y neutral desde la perspectiva racial y el legislador, a parte de ésta, sólo otorga efectos legales a otras formas determinadas y lo ha hecho sobre la base de consideraciones religiosas al margen de connotación étnica, por lo que, entiendo, no cabe apreciar la discriminación étnica alegada.

De esta forma la recurrente en amparo, que se consideraba casada durante casi treinta años de convivencia, con seis hijos en común con el fallecido, albañil de profesión que había cotizado en el Régimen General de la Seguridad Social durante casi veinte años, con tarjeta de familia numerosa de la categoría primera, constandingo como beneficiaria de la cartilla de la Seguridad Social, ve denegada su pensión de viudedad. Ni siquiera principios generales del Derecho como la apariencia de jurídica de «legalidad» de ese

«matrimonio», ni la equidad, ni la buena fe han sido aquí traídos a colación para atenuar el rigorismo y ello aun cuanto la conclusión a la que llega el TC no es la que está manteniendo la doctrina civilista².

Ante este fallo, desde nuestro punto de vista discutible, pero que pone de manifiesto la falta de un tratamiento jurídico que reconozca diversidad, fuertemente incrementada a partir de la nueva dimensión del fenómeno inmigratorio, pero que también tienen una dimensión interna en relación con esta etnia y cultura, se dictó un Voto particular en el que sostiene un parecer discrepante, afirmando que «era obligado el otorgamiento de la pensión».

En primer lugar, cuestiona el Voto particular que no haya identidad entre este supuesto y el planteado en la STC 199/2004, ya que en ambos casos se trataba de matrimonios no civiles que no figuraban inscritos en el Registro Civil, recordando que en el caso del matrimonio «en la fe» fueron los contrayentes quienes se negaron a la inscripción civil, con unión matrimonial controvertida y que en aquella Sentencia disenta la Magistrada quien sostenía que este matrimonio religioso no inscrito debía ser considerado pareja de hecho a los efectos de la pensión de viudedad.

Tampoco considera el Voto particular que el reconocer efectos al matrimonio por el rito gitano sobrepase el límite del «orden público constitucional». Además, partiendo del reconocimiento de los derechos de las minorías como una de las prioridades del Consejo de Europa y de la ratificación por España del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, no puede entenderse una cerrazón en este sentido. Por ello afirma que en una sociedad pluralista y democrática no basta con respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría sino que es necesario crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad, respetando el orden público constitucional.

Ciertamente el TC ha perdido una ocasión para proteger los usos, prácticas o costumbres de una colectividad, una minoría y para determinar cuando el no reconocimiento de validez a los actos de personas pertenecientes a las mismas, que reclaman respeto por su tradición cultural, debe entenderse discriminatoria. Cortedad de miras que contrasta con el reconocimiento por el TC de la pertenencia de los individuos a grupos por razones

² Vid. AUSOLES CUBEDO, M.^a C.: «El matrimonio contraído según el rito gitano: ¿unión de hecho o forma de celebración con eficacia civil?, en *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, 2001, págs. 649-662 y FÉLIX BALLESTA, M.^a A: «Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 102, núm. 2, 2003, págs. 407-440.



históricas, sociológicas, religiosas o étnicas (SSTC 126/1986, 214/1991 176/1995, 13/2001).

En todo caso esta Sentencia pone de manifiesto que la dimensión étnica y cultural, más allá de su dimensión constitucional, tiene ricas y complejas implicaciones para el Derecho de la Seguridad Social. De hecho, la Directiva 2000/43, del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico —que fue invocada y aplicada directamente por el Juzgado de lo Social de Madrid— afecta a la protección social de las personas, incluida en ésta de forma expresa la Seguridad Social y la asistencia sanitaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1. e). Y en este sentido el artículo 2.1.b), la Directiva reconoce que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en una desventaja particular respecto a otras personas. Y en este caso se habría producido una discriminación indirecta, porque es la pertenencia a la dicha colectividad la que determina que se celebre un rito matrimonial al que luego el ordenamiento jurídico no reconoce efecto alguno.

4. BREVES REFLEXIONES A MODO DE CIERRE

A la luz de la escasa consideración de la «biodiversidad» existente desde hace mucho tiempo y que no deja de aumentar y hacerse más compleja como consecuencia del el impacto inmigratorio en la sociedad española, multiculturalidad en la que concurren factores étnicos, religiosos y propiamente culturales, no parece aventurado señalar la necesidad de abrir una fase de reflexión y estudio para dar respuesta a estas nuevas situaciones a las que se enfrenta nuestro sistema de Seguridad Social —entre otros sistemas y microsistemas normativos como el fiscal, el educativo, sanitario, o el civil—. Y en cierta manera, nuestro legislador está compelido a una actuación inmediata por la necesidad de cumplir con las exigencias de la Directiva 2000/43, siendo urgente la adopción de medidas de acción positiva y normas dirigidas al reconocimiento de la diversidad y la integración —no supresión— de ésta es el reto de una sociedad pluralista y democráticamente avanzada.

A veces el legislador da respuesta a las realidades sociales, este es el caso de la Ley 40/2007 en relación con las pensiones de viudedad y las parejas de hecho, pero lo hace tarde y de forma limitada. Sin duda uno de los aspectos más criticables de la Ley es que ha utilizado el recurso jurídico más sutil para evitar que supuestos como el aquí analizado —y otros mu-

chos— puedan verse beneficiados de este avance: la prescripción de un derecho. En supuestos como el aquí analizado que no son objeto de un tratamiento específico adaptado a esa diversidad y, aun asimilándolo a pareja de hecho conforme a la nueva regulación de la pensión de viudedad, tampoco se podrá reparar del todo esta situación retroactivamente, por la limitación de los efectos económicos del reconocimiento. En efecto, aun cuando la regla general de las prestaciones por muerte y supervivencia, a excepción del auxilio por defunción, es la imprescriptibilidad, ex artículo 178 LGSS, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, matiza esta regla en relación con las parejas de hecho cuando el fallecimiento del sujeto causante se haya producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, ya que, aun tratándose de uniones de hecho que cumplen con todos los requisitos para causar esta pensión (afiliación, alta, cotización, convivencia prolongada, hijos comunes y no percepción por parte del beneficiario de prestaciones contributivas de la Seguridad Social), deberán presentar la solicitud para acceder a la pensión de viudedad en el plazo improrrogable de los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley, y, además en caso de solicitarla en tal plazo, la pensión tendrá efectos económicos solo desde el día primero de 2007.

En definitiva, la Ley 40/2007, al abrir la posibilidad de causar pensiones de viudedad a los miembros supervivientes de parejas de hecho, aliviará también las tensiones derivadas de la diversidad cultural y étnica, sin embargo desde nuestro punto de vista no es esta la solución óptima: primero, porque realmente no son uniones de hecho y se asimilan estos matrimonios a aquéllas cuando realmente —mientras persista esta diferencia— debieran asimilarse a los matrimonios propiamente dichos. Y, segundo, porque la LMSS no ha equiparado realmente unos y otros vínculos, siendo más favorable el tratamiento dispensado a los matrimonios al menos en lo que a requisitos de acceso se refiere. En tercer lugar, en el caso de la poligamia, subsiste una diferencia de concepto fundamental y es que en esta institución lo que se plantea es la vigencia simultánea de los vínculos matrimoniales. Por todo ello es importante abrir un proceso de reflexión sobre estos temas, al que desde estas páginas hemos querido contribuir.



PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Universidad de Huelva

IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES: CONCEPTO DE TRABAJADORA EMBARAZADA

STJCE de 26 de febrero de 2008, asunto C-506/06

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO*

SUPUESTO DE HECHO: La decisión prejudicial que se plantea en este supuesto tiene por objeto la interpretación 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 se encuentre en periodo de lactancia, concretamente su artículo 2. a) referido al concepto de «trabajadora embarazada».

Dicha cuestión se plantea en un conflicto surgido entre la señora Sabine Mayr y la empresa Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG a raíz del despido de la demandante por parte de este empresario austriaco, estando la misma sometida a un proceso de fecundación *in vitro*.

RESUMEN: De las declaraciones del Tribunal de Justicia europeo se extrae la idea de la asimilación de las situaciones de fecundación natural, fecundación *in utero* y fecundación *in vitro*, existiendo en todos estos supuestos una protección de la trabajadora frente al despido del empresario y con independencia de si se comunicó o no el estado de embarazo antes de la anidación o transmisión del óvulo fecundado al útero.

Este Tribunal realiza una argumentación bastante estratégica sobre el contenido 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 se encuentre en periodo de lactancia y de la Directiva 76/207/CEE del

* Prof. Colaboradora de Derecho del Trabajo y S.S. Departamento Anton Menger.

Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la 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, para llegar a la conclusión anterior y no por la vía de la protección de la salud de la madre o del feto sino del respeto al principio de igualdad de trato, ya que sólo las mujeres pueden encontrarse en las situaciones citadas.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DEL CASO CONCRETO
2. IDEAS CLAVES PARA RESOLVER EL CONFLICTO
3. VALORACIÓN FINAL

1. PLANTEAMIENTO DEL CASO CONCRETO

La Sra. Mayr trabajaba como camarera para Flöcker desde el día 3 de enero de 2005. El día 8 de marzo de 2005 a la interesada se le practica una punción folicular como parte del proceso de fecundación *in vitro* al que estaba sometida y tras un tratamiento hormonal. Como consecuencia de ello y previa recomendación médica, la interesada estuvo de baja entre el 8 y el 13 de marzo de 2005.

En ese intervalo de tiempo, concretamente el día 10 de marzo de 2005, la empresa comunica a la Sra. Mayr que queda despedida con efectos de 26 de marzo de 2005, sin alegar ninguna causa objetiva para ello.

Ese mismo día 10 de marzo, la interesada comunica por escrito al empresario que en el marco de un tratamiento de fecundación *in vitro*, la transferencia de los óvulos fecundados a su útero se produciría el día 13 de marzo de 2005. Esto se realizó con el objeto de que comenzara a funcionar la garantía prevista en el Derecho Comunitario de protección de las mujeres embarazadas desde la fecha de comunicación al empresario de dicha circunstancia.

La cuestión que se plantea aquí es si puede considerarse que la Sra. Mayr estaba o no embarazada en la fecha de dicha comunicación al empresario. En dicha fecha (10 de marzo de 2005) consta en autos que los óvulos ya habían sido extraídos a la interesada y fecundados por los espermatozoides de su pareja y, por tanto, ya existían óvulos fecundados *in vitro* aunque todavía no transmitidos a la interesada.

Según la normativa nacional austriaca de protección de la maternidad «las trabajadoras no pueden ser legalmente despedidas durante el embarazo ni en los cuatro meses siguientes al parto, salvo si el empresario no hubiese



sido informado del embarazo o del parto. El despido también será ilegal cuando el empresario sea informado del embarazo o del parto en el plazo de cinco días laborales siguientes desde el anuncio del despido o de su notificación en caso de despido por escrito».

Continúa esta normativa señalando que el «anuncio escrito de embarazo o del parto se considera efectuado en tiempo útil cuando se entregue al servicio postal dentro del plazo de cinco días. Si la trabajadora invoca su embarazo o su parto dentro del plazo de cinco días, debe al mismo tiempo acreditar el embarazo o la presunción de embarazo mediante un certificado médico, o presentar el certificado de nacimiento del hijo [...]»¹.

Esta normativa se entiende aprobada a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 92/85, según el cual «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en periodo de lactancia, durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad». En caso de que se produzca el despido, señala la mencionada Directiva, que el empresario deberá dar motivos justificados por escrito. Si dicho precepto fuera vulnerado el despido se considerará ilegal.

Precisamente por esto último es por lo que la interesada reclama a la empresa el pago de su salario y de la parte proporcional de su retribución anual, alegando la nulidad del despido producido el día 10 de marzo de 2005, ya que desde el día 8 de marzo, fecha en la que se realizó la fecundación *in vitro* de sus óvulos, se encontraba amparada por la protección legal prevista en el Derecho Comunitario y en la propia normativa nacional.

La empresa rechaza esta reclamación por considerar que en la fecha del despido, 10 de marzo de 2005, aún no había embarazo.

El órgano judicial que conoció en primera instancia del asunto estimó la demanda de la Sra Mayr porque a tenor de la normativa nacional de protección de la maternidad y de reiterada jurisprudencial también nacional, la protección contra el despido comienza con la fecundación del óvulo. Esta fecundación se considera el punto de partida del embarazo y lo mismo debe aplicarse en el caso de una fecundación *in vitro*.

Sin embargo, el Tribunal de apelación en materia laboral y social anuló esta sentencia y desestimó la demanda de la interesada por considerar que independientemente de la determinación del momento del embarazo a partir del cual se producen cambios hormonales, «la gestación no puede con-

¹ Sobre este aspecto la Comisión europea ha considerado que las diferencias que puedan llegar a existir en las definiciones nacionales sobre el concepto de trabajadora embarazada, pueden dar lugar a amplias divergencias entre los Estados miembros, ya que los plazos, formas, etc., de comunicación van a ser diferentes.

siderarse fuera del cuerpo de la mujer y, por consiguiente, en el caso de una fecundación *in vitro*, el embarazo sólo comienza con la transferencia del óvulo fecundado al cuerpo de la mujer. Únicamente a partir de esa transferencia comienza la protección de la mujer embarazada contra la resolución del contrato de trabajo».

Dicha sentencia se recurre en casación ante el órgano competente (Oberster Gerichtshof) que considera que la protección frente al despido sólo es aplicable si, en el momento del despido, ha comenzado realmente el embarazo. Sigue diciendo este Tribunal que la finalidad de esa protección frente al despido es preservar la salud de la madre y del hijo en interés de éstos, garantizando además la subsistencia económica de la madre. La necesidad de protección durante el periodo «en que se modifica el estado de la mujer existe con independencia de que ya se haya producido o no la implantación del óvulo fecundado en la mucosa uterina (anidación)».

Señala este último Tribunal que hasta el momento los casos que habían resuelto en esta materia se referían a supuestos de concepción *in utero* y por eso se consideraba que la implantación del óvulo «es únicamente una etapa del embarazo que comienza con la concepción, según opinión científica predominante y no puede elegirse arbitrariamente como momento de inicio del embarazo a efectos de la protección contra el despido». ¿Pero qué ocurre en los casos de fecundación *in vitro*?

Al entender que la respuesta a esta última cuestión afecta al Derecho comunitario es por lo que se plantea la cuestión prejudicial realizando una pregunta concreta:

«¿Una trabajadora que se somete a una operación de fertilización *in vitro* es una trabajadora embarazada a los efectos del artículo 2 a) de la Directiva 92/85 si en el momento en que se le notifica el despido sus óvulos ya habían sido fecundados con los espermatozoides de su pareja, de manera que ya existían embriones *in vitro*, pero éstos aún no habían sido transferidos a su cuerpo?

Varias son pues las cuestiones que esta pregunta entraña, como por ejemplo cuál es el concepto real de mujer embarazada para el derecho comunitario, cuál es el efecto de la notificación por la mujer al empresario de su estado de embarazo, deben ser tratados de la misma manera los supuestos de fecundación natural, *in utero* e *in vitro*.

2. IDEAS CLAVES PARA RESOLVER EL CONFLICTO

A tenor de lo señalado en el epígrafe anterior parece que la comunicación del estado de embarazo al empresario se convierte en un requisito *sine*



qua non para que se ponga en marcha el sistema de protección de la maternidad y por extensión de la mujer durante el período de embarazo. Esto plantea la duda de qué ocurre cuando es evidente que la mujer está embarazada pero no lo ha comunicado formalmente al empresario, ¿queda excluida del ámbito de protección de la Directiva, aunque en la práctica ese empresario tenga constancia del embarazo?

Además la obligación de la mujer trabajadora de informar a la empresa según el procedimiento propio de cada país no sólo produce diferencias de trato de un país a otro, sino que podría limitar sustancialmente la protección ofrecida por la Directiva comunitaria².

Esta limitación que acabamos de comentar también puede ser objeto de una interpretación más positiva, es decir, lo que se pretende con esta obligación de comunicación es proteger no sólo la salud de la mujer embarazada sino también su empleo³, ya que esa comunicación hace que se ponga en marcha el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba debiendo el empresario, en caso de despido⁴, de no contratación o de no renovación, justificar que su comportamiento se debe a hechos no relacionados con el estado de la mujer, debiendo alegar por tanto otra causa que sea justa y objetiva.

El Tribunal de Justicia europeo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este aspecto en varias ocasiones⁵. De esta jurisprudencia se extrae la

² En este sentido puede consultarse CAVAS MARTÍNEZ, F. «Maternidad y salud laboral: Comentario a la Directiva 92/85/CE de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 127/128 de 1994. GARRIGUES JIMÉNEZ, A. *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*. Colección de Estudios del CES, Madrid, 2004, pág. 56 y ss.

³ Además de la salud de los recién nacidos, aspecto discutible si se tiene en cuenta que la base legal para la aprobación ha sido el artículo 118 A del Tratado, en su versión originaria y este precepto no protege este bien jurídico. Así lo ha puesto de manifiesto SZYSZCZAK, E. «La significación y alcance de la directiva sobre protección de la maternidad», Traducido por Carmen Romero en la obra colectiva CRUZ VILLALÓN, J. (coordinación) *La Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1997. pág. 238.

⁴ Aunque como señala algún autor esta protección frente al despido ya estuviera contemplada en la Directiva 76/207, siendo frecuente «que ambas directivas combinen sus efectos en los asuntos que sobre el tema se presentan ante el Tribunal de Justicia». ARCE, J.C. *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*. Tirant lo Blanch. Valencia 1999. pág. 82.

⁵ A modo de ejemplo, pueden destacarse otras sentencias: la STJCE de 27 de febrero de 2003, asunto C-320/01, WEBKE BUSCH y KLINILUM NEUSTADT GMBH & CO. BETRIEBS.KG. En este supuesto una mujer que trabajaba para esta clínica solicita la reincorporación a su puesto de trabajo estando disfrutando del permiso de maternidad y de las prestaciones económicas por crianza de hijo, el motivo parece ser que ante su nuevo embarazo pre-

conclusión de que la mujer que acceda o ya esté en un puesto de trabajo puede no comunicar, al menos inicialmente, su estado de embarazo al empresario con el fin de evitar la pérdida de su empleo, y en el caso de que lo haga el empresario no puede dejar de seleccionar o mantener en el trabajo a la trabajadora basándose en dicho estado.

Por tanto, aun dudando de la obligatoriedad de tal comunicación al empresario, en este caso concreto que estudiamos debemos decir que la misma se produce aunque en una fecha en la cual ya se había comunicado verbalmente el despido, lo cual también incumple la normativa nacional que estamos analizando.

Otra cuestión o idea importante a tener en cuenta en este caso —insistimos en el que se comunica el embarazo— es a partir de cuándo se entiende existente este embarazo, bien desde que los óvulos fecundados se encuentran en el cuerpo de la mujer o bien antes de dicha anidación. En la sentencia que comentamos se señala que según la Comisión Europea la fecundación *in vitro* comprende varias etapas, tales como, «la estimulación hormonal de los ovarios de la mujer, con objeto de producir la maduración de varios óvulos al mismo tiempo, la punción folicular, la extracción del óvulo, la fecundación de un óvulo con espermatozoides previamente tratados, la transferencia del óvulo fecundado o de los óvulos fecundados al útero, entre el tercer y el quinto día siguientes a la extracción de los óvulos, salvo en caso de que los óvulos fecundados se congelen para conservarlos, y finalmente la anidación».

Si esto es así ¿cuál debe ser la respuesta del Tribunal de Justicia Europeo? Este Tribunal respondiendo a la concreta pregunta que le formula el órgano judicial nacional señala varios argumentos:

- a) A tenor del artículo 10 de la Directiva 92/85 y su objeto principal que no es otro que promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz

tendría estar ocupada activamente en el momento del nacimiento de su hijo, para que se le reconociera el llamado subsidio de maternidad más sus complementos lo que permitían incrementar la cantidad finalmente recibida. Tras su solicitud de reincorporación aceptada por el empresario, la interesada se incorpora con siete meses de embarazo a realizar tareas sin que comunique al empresario su estado. Estas tareas, en principio, eran incompatibles con su estado, al necesitar de esfuerzos físicos, razón por la cual la empresa revoca su decisión de aceptar su solicitud de reincorporación. En primer lugar, se señala que, si el empresario toma en cuenta el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza, se produce una discriminación directa por razón de sexo (véanse, a propósito de una negativa de contratación, las sentencias Dekker y Mahlburg, y a causa de un despido, las sentencias Webb y Tele Danmark).



o se encuentre en periodo de lactancia, se desprende que para que pueda acogerse a la protección contra el despido que establece esta disposición, el embarazo de que se trate debe haber comenzado.

- b) El Tribunal de Justicia no ha de abordar a consecuencia de la presente remisión judicial, cuestiones de naturaleza médica o ética, sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de la Directiva 92/85, la cual pretende evitar que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su embarazo pueda tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física o psíquica de la trabajadora embarazada.
- c) Partiendo de la aclaración anterior la fecha que debe tenerse en cuenta para garantizar la seguridad y la protección de las trabajadoras embarazadas es la fecha más precoz posible de la existencia de un embarazo. No obstante, en el caso de fecundación *in vitro* esta fecha debe entenderse referida al momento en el cual se produce la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones de seguridad jurídica, ya que antes de ser transferidos al útero dichos óvulos y, según el ordenamiento jurídico de determinados Estados miembros, los mismos pueden conservarse durante un plazo más o menos largo. Concretamente, en el caso de la normativa nacional considerada en el asunto principal, la posibilidad de conservar dichos óvulos fecundados se extiende hasta un periodo máximo de diez años.

Por tanto, si se aplica la protección de la Directiva 92/85 antes de la transferencia de los óvulos fecundados, esto podría tener el efecto de conceder este beneficio aun cuando esta transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella, al efectuarse la fecundación *in vitro* como mera medida de precaución frente al despido o la no renovación del contrato del trabajo. En este caso el Tribunal se está refiriendo al abuso por parte de las trabajadoras en la utilización de la norma protectora de la maternidad más allá de los fines para los cuales ha sido diseñada.

A tenor de estos argumentos parece que la respuesta a la solicitud de la Sra Mayr debe ser negativa, ya que la seguridad jurídica, la posibilidad de abuso de la mencionada garantía legal y la mala fe de la mujer pueden producir efectos negativos en el mercado de trabajo.

Hasta aquí una argumentación exhaustiva y que parecía dejar claro el asunto suscitado con esta sentencia, sin embargo señala el Tribunal de Justicia Europeo que aunque no sea aplicable la Directiva 92/85, en virtud de reiterada jurisprudencia del mismo, éste puede tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el órgano jurisdiccional remitente no

haya hecho referencia en el enunciado de su cuestión ⁶. Y esto es lo que ha ocurrido en el presente caso al recurrir a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la 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.

El artículo 2 de esta Directiva del año 1976 precisa que «el principio de igualdad de trato [...] supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente [...]». El artículo 5.1 de esta misma norma comunitaria señala que «la aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo». Por ello declara el Tribunal de Justicia Europeo que en la medida en que el embarazo y la maternidad sólo pueden afectar a las mujeres, se les debe otorgar una protección especial contra el despido en estas circunstancias, ya que en caso contrario podría ocasionarse una discriminación directa de las mujeres.

Por ello sigue diciendo el Tribunal Europeo que es el órgano judicial nacional el que debe analizar las razones por las cuales la Sra Mayr fue despedida, ya que el empresario no alegó ninguna causa concreta para dicho acto, además debe comprobar si el despido se produjo sólo por el hecho de que la trabajadora se estaba sometiendo a un tratamiento de fecundación *in vitro*. Una vez comprobado esto, el Tribunal nacional debe analizar si esta razón se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos sexos o, por el contrario, se aplica exclusivamente a uno de ellos. Si este último es el caso del asunto principal, ya que los hombres no pueden someterse a un tratamiento de fecundación *in vitro*, estamos pues ante un supuesto de discriminación directa basada en el sexo.

En consecuencia es la Directiva 76/207/CEE, concretamente sus artículos 2 y 5, los que se oponen al despido de la trabajadora que se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación de este tipo y aunque no se haya producido aun la transferencia de los óvulos fecundados.

3. VALORACIÓN FINAL

Como conclusiones de este supuesto analizado podemos destacar varias. En primer lugar, parece que si el empresario no puede tomar en consi-

⁶ STJCE de 12 de diciembre de 1990, asunto C-241/89, SARPP, y STJCE de 26 de abril de 2007, asunto C-392/05, ALEVIZOS.



deración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, para contratarla o no, para mantenerla o no en el puesto de trabajo, la interesada no tendría que estar obligada a informar al empleador de que está encinta, y ello porque el perjuicio económico padecido por el empresario en relación con el estado de la trabajadora no puede en ningún caso justificar una discriminación por razón de sexo, y tampoco podría el empresario invocar un error sobre el embarazo de la interesada que, supuestamente, haya viciado su consentimiento. Conforme a este planteamiento por tanto podría ser irrelevante la comunicación del embarazo al empresario.

En segundo lugar, los supuestos de fecundación *in vitro* son tratados a efectos de la protección frente al despido o la no renovación de un contrato de trabajo igual que cualquier otro supuesto de embarazo de la trabajadora, ya que sólo las mujeres pueden someterse a este tipo de tratamientos y, por tanto, de no ser esta la respuesta podrían producirse discriminaciones directas de las mujeres trabajadoras no basadas en criterios objetivos y proporcionados al fin perseguido. También resulta cierto que este tipo de pronunciamientos judiciales van a generar un precedente judicial, en el sentido de ampliar de forma significativa el periodo durante el cual la mujer está protegida por el simple hecho de ser mujer y de ser ella la que puede quedar embarazada. Esto sin duda va a tener repercusiones en los niveles y porcentajes de empleo de mujeres y hombres en los próximos años, ya que se va a seguir incrementando la brecha laboral existente entre unos y otras.

Finalmente y como tercera conclusión señalar que el Tribunal de Justicia Europeo puede ampliar, cuando así lo estime necesario, el contenido de las cuestiones prejudiciales que se le planteen en relación con una norma comunitaria concreta por el simple hecho de considerar aplicable otras normas europeas. Por tanto, se amplía el sistema de protección judicial que brinda este órgano judicial a todos los ciudadanos europeos, lo cual sin duda ayuda a la comprensión y aplicación de esta parte del ordenamiento jurídico. Es decir, se protege a los ciudadanos europeos más allá de las propias consultas judiciales de los Tribunales nacionales.





EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

DESPIDO POR INCAPACIDAD TEMPORAL: ¿DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD O REPRESALIA POR EL EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL?

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,
de 18 de diciembre de 2007*

ESTHER CARRIZOSA PRIETO *

SUPUESTO DE HECHO: El pronunciamiento analiza el despido disciplinario de un trabajador que lleva prestando servicios para la empresa SEAT desde el 1 de febrero de 2003. Si bien el despido se produce el 25 de julio de 2005, alegando disminución continuada del rendimiento en el trabajo, el reconocimiento de la improcedencia no se produce hasta el 16 de septiembre de 2005, una vez realizado el intento de conciliación e interpuesta la demanda ante la jurisdicción social. La indemnización no se puso a disposición del trabajador hasta el 21 de septiembre.

En el momento del despido el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, situación que se había iniciado con baja médica el 17 de enero de 2005 y que finalizó con alta médica el 16 de septiembre. Durante el año anterior el trabajador había estado en situación de incapacidad temporal por enfermedad en cuatro períodos, con una duración total de 39 días. Además, se da la circunstancia de que en la misma fecha fueron despedidos otros 40 trabajadores mediante comunicación disciplinaria con idéntica imputación (23 de ellos estaban en situación de incapacidad temporal en el momento del despido). En un comunicado hecho público por la empresa ante la convocatoria de un paro de protesta por los representantes sindicales, se decía aludiendo al despido de estos trabajadores: «*El despido responde a la disminución del rendimiento laboral por absentismo registrado por dichos trabajadores y se produce al*

* Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

amparo del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores. El absentismo supone un problema real que afecta tanto a la empresa como a sus empleados, puesto que perjudica el buen funcionamiento de la compañía y compromete su futuro y el de la propia plantilla. Por ello, la empresa ha tomado y seguirá tomando medidas para contrarrestar este problema y asegurar la competitividad y los puestos de trabajo».

El trabajador impugna el despido ante el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, solicitando la declaración de nulidad por inadecuación de procedimiento, defectos formales y por su carácter discriminatorio. La sentencia de instancia, de 25 de octubre de 2005, estima la petición y la empresa SEAT interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que dictó sentencia, de 7 de septiembre de 2006, en la que confirma la sentencia de instancia. Contra esta resolución se interpone ante el TS recurso de casación para unificación de doctrina, denunciado contradicción entre la Sentencia de 7 de septiembre de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2005.

RESUMEN: El Tribunal Supremo (RJ 2008\800) admite el recurso de casación y declara que al despido producido durante una situación de incapacidad temporal, en aquellos casos en que no responda a ninguna de las causas establecidas en la regulación estatutaria, no le corresponde la calificación de nulidad sino la de improcedencia. Y ello porque un despido producido en estas circunstancias ni es un despido discriminatorio, por no ser la enfermedad una de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o la ley, ni es lesivo de un derecho fundamental al no estar reconocido el derecho constitucional a la salud dentro de la Sección Primera, Capítulo II, del Título I de la Constitución.

ÍNDICE

1. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CONCEPTO Y FINALIDAD
2. LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS CAUSAS DEL DESPIDO
3. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DURANTE EL PERIODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR IT: LA REGULACIÓN LEGAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TS
4. CONCLUSIONES



1. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: CONCEPTO Y FINALIDAD

La extinción empresarial de la relación laboral durante el período de suspensión del contrato por las causas previstas en regulación legal (art. 45 ET) ha generado siempre serias dudas sobre la calificación jurídica que ha de recibir el acto extintivo, sobre todo en aquellos casos en que, en atención a las especiales circunstancias que la generan, la interrupción temporal de la relación laboral se impone como condición de obligada observancia para el empresario. Las dificultades que presenta la calificación de un despido durante el periodo de incapacidad temporal derivan de dos factores fundamentalmente. El primero de ellos se refiere al significado y finalidad con que la institución de la suspensión se regula en el ámbito laboral, circunstancia que nos ha de aportar orientación significativa sobre su carácter obligatorio y las materias precisas sobre las que recae esta obligatoriedad. El segundo, la posibilidad/imposibilidad de compatibilizar los efectos que derivan de la suspensión (interrupción de las principales obligaciones de la partes) con otras instituciones del ámbito laboral, esencialmente el despido.

La doctrina científica suele definir la suspensión como una interrupción temporal de las prestaciones fundamentales que constituyen el objeto del contrato de trabajo fundada en avatares relacionados con la vida personal o profesional del trabajador o con el funcionamiento de la empresa¹. Efectivamente, una atenta consideración de las diversas causas que se mencionan en la regulación estatutaria, excluyendo el mutuo acuerdo de las partes, pone de manifiesto la posibilidad de aglutinarlas en torno a tres circunstancias claramente diferenciadas: acontecimientos impeditivos de la vida profesional del trabajador (incapacidad temporal, cumplimiento del servicio militar, ejercicio de cargo público representativo, privación de libertad); factores relacionados con el buen funcionamiento de la empresa (cierre legal, fuerza mayor temporal, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), y, por último, necesidad de compatibilizar la existencia del contrato de trabajo con el ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales por parte del trabajador (derecho de huelga, discriminación

¹ VIDA SORIA, J., «La configuración jurídica general de la suspensión del contrato», *RPS*, núm. 70, 1966. pág. 251; BOTANA LÓPEZ, J. M., «Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral», *RMAS*, núm. 38, 2002, pág. 276. En el ámbito jurisprudencial, sobre todo, STS de 25 de octubre de 2000 (F. J. 3.º).

por razón de sexo o ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar)².

Ha sido común asegurar, con independencia de las causas que justifican la suspensión, que la figura tiene como finalidad fundamental proteger al trabajador, evitando que la producción de determinadas circunstancias conlleve de forma automática la extinción de la relación laboral³. A pesar de la heterogeneidad de las causas contempladas en el art. 54 ET, con las que la regulación pretende satisfacer los distintos intereses presentes en la relación de trabajo estableciendo causas favorables al interés del trabajador y otras dirigidas a satisfacer el interés empresarial, lo cierto es que la institución se dirige claramente a proteger el principio de estabilidad en el empleo⁴, aún con más incidencia en aquellos casos en que la regulación puede considerarse más favorable al interés empresarial (suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción)⁵.

Sentada esta premisa, la cuestión estaría en determinar si la protección que otorga el art. 45 ET se dispensa con carácter obligatorio y, siendo así, si protege única y exclusivamente frente a la extinción automática una vez producida la circunstancia que la justifica o se extiende a cualquier tipo de acto extintivo durante el periodo de suspensión. La respuesta a esta pregunta no la podemos encontrar en la regulación contenida en el art. 45 ET, que, como por todos es conocido, se limita a mencionar causas y efectos de la suspensión, incluso a dotar a la institución de cierto carácter potestativo en cuanto reconoce como causas de suspensión las que se puedan establecer libremente por las partes⁶.

De esta forma, el esclarecimiento de esta cuestión nos obliga a centrarnos en la configuración de la causa de suspensión, que, tratándose de la incapacidad temporal del trabajador, suscita pocas dudas sobre el carácter obligatorio de la interrupción frente a la voluntad de las partes. La configura-

² De acuerdo con la jurisprudencia, el denominador común de la suspensión, exceptuando el mutuo acuerdo de las partes, es el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad para la ejecución del trabajo [STS de 25 de octubre de 2000 (F. J. 3.º)].

³ VIDA SORIA, J., «La configuración jurídica...», *op. cit.*, pág. 264.

⁴ Por todos, VIDA SORIA, J., «La configuración jurídica...», *op. cit.*, pág. 257, muy especialmente en págs. 264 y ss.

⁵ Este supuesto, además de encuadrarse en una regulación restrictiva que exige la necesidad de la medida empresarial (art. 47 ET), se configura como un procedimiento alternativo a la extinción de las relaciones laborales.

⁶ Una consideración crítica sobre la regulación, JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, págs. 96-97.



ción de la incapacidad temporal del trabajador se ha efectuado atendiendo a la regulación que de esta contingencia se contiene en el art. 128 de la LGSS⁷, si bien no han faltado críticas que, basándose en la falta de remisión expresa al texto de la LGSS, realizan una lectura mas amplia de la incapacidad temporal mencionada en el art. 45.1c ET⁸. Establecido el carácter obligatorio de la suspensión por incapacidad temporal del trabajador y, en consecuencia, la imposibilidad de despedir al trabajador por haberse producido esa circunstancia, sólo nos queda por determinar la extensión de esta prohibición. Para esclarecer esta cuestión será necesario, partiendo de la configuración de la incapacidad temporal, determinar la incidencia que provocan los efectos de la suspensión sobre la institución del despido.

2. LOS EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS CAUSAS DEL DESPIDO

Existe unanimidad entre doctrina y jurisprudencia en considerar que la suspensión del contrato de trabajo conlleva una interrupción temporal de la ejecución de las prestaciones fundamentales, sin que resulte afectado el vínculo jurídico⁹. Esta permanencia del vínculo contractual permite al trabajador conservar el puesto de trabajo, impone al empresario la obligación de conservarlo y reactiva la relación contractual, ahora con todos sus efectos, desde el momento en que desaparece la causa que motivó la suspensión¹⁰. No obstante, en los casos de incapacidad temporal es precisamente la imposibilidad de realizar la prestación de servicios por parte del trabajador lo que produce la suspensión del contrato de trabajo, erigiéndose esta circuns-

⁷ Constituyen, por tanto, suspensión del contrato de trabajo las interrupciones que se deban a «*enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación*». También constituyen suspensión del contrato «*los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad*».

⁸ JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo...*, *op. cit.*, págs. 100-101.

⁹ Por todos, VIDA SORIA, J., «La configuración jurídica...», *op. cit.*, pág. 261. STC 207/1989, de 14 diciembre, RTC 1989/207 (F. J. 2.º). STS de 11 de diciembre de 1989 (F. J. 2.º).

¹⁰ BOTANA LÓPEZ, J.M., «Tendencias actuales...», *op. cit.*, pág. 268; STS de 25 de octubre de 2000 (F. J. 3.º).

tancia en el requisito esencial, no ya de la propia suspensión, sino del supuesto de hecho que justifica la suspensión¹¹.

Por otro lado, la supervivencia del contrato durante el período de suspensión determina que no todos los derechos y deberes recíprocos del trabajador y del empresario queden interrumpidos. Muy al contrario, algunos de ellos (sobre todo aquellos que están más desvinculados de las prestaciones básicas a las que se obligan la partes¹² y que, por ello, no devienen de ejecución imposible) continúan con plena vigencia¹³. Así ocurre, por ejemplo, con la generalidad de los derechos fundamentales del trabajador (derechos de libertad sindical, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la dignidad personal, a la integridad física y moral, derecho a la no discriminación), con los derechos económicos que, en concepto de protección social complementaria u en otros conceptos, se reconocen mediante negociación colectiva, y con el deber de buena fe que, a pesar de la interrupción, ha de seguir rigiendo la conducta de cada una de las partes¹⁴.

En consecuencia, tal como prescribe la regulación legal sólo quedarán en suspenso la obligación de realizar la prestación de servicios y la obligación de remunerar el trabajo pactado. No obstante, también se podrían considerar interrumpidas aquellas otras obligaciones secundarias que deriven o tengan consecuencia directa del cumplimiento de la obligación principal¹⁵. Es preciso, por tanto, delimitar las obligaciones de cada una de las partes que perviven una vez producida la suspensión por incapacidad temporal, con objeto de deslindar las posibilidades en el ejercicio de las potestades disciplinarias por parte del empresario.

A estos efectos, la primera obligación que hay que tener en cuenta respecto del trabajador es la relativa a la asistencia al centro de trabajo, y ello porque es necesario determinar si en los casos que estamos considerando

¹¹ VIDA SORIA, J., «La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo», *TS*, núm. 44-45, 1994, pág. 19; JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo...*, *op. cit.*, pág. 102.

¹² Han resultado muy discutidos los derechos del trabajador que se encuentran más vinculados a la prestación de servicios, como, por ejemplo, el derecho a que sea computado el tiempo de suspensión a efectos de calcular la antigüedad del trabajador o de determinar los días de vacaciones anuales que le corresponden. Un análisis sobre estas cuestiones en RODRÍGUEZ COPE, M. L., *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, CES, 2004, pág. 57 y ss.

¹³ RODRÍGUEZ COPE, M. L., *La suspensión del contrato...*, *op. cit.*, págs. 54 y ss.

¹⁴ SSTC de 11 diciembre 1989; RJ 1989/8950 (F. J. 2.º); de 8 abril 2006. RJ 2006/2326 (F. J. 3.º).

¹⁵ RODRÍGUEZ COPE, M. L., *La suspensión del contrato... op. cit.*, pág. 63, menciona entre estas últimas la obligación de cumplir las ordenes empresariales, las medidas de seguridad e higiene en el trabajo y la de contribuir a la mejora de la productividad.

las faltas de asistencia son computables a efectos de justificar un despido disciplinario o un despido objetivo. Con carácter general, en los supuestos en los que la suspensión se produce por situaciones protegidas por el Sistema de Seguridad Social, se viene reconociendo que la inasistencia al trabajo, desde que se produce la baja y hasta que recae la resolución de alta, deben considerarse faltas justificadas¹⁶, lo que, en principio, excluye la posibilidad de utilizar el despido disciplinario por este motivo [art. 54.2. ap.a) ET].

En cuanto a la posibilidad de utilizar un despido disciplinario por el resto de causas que se contemplan en el art. 54.1 ET, habría que tener en cuenta que, dado que la prestación laboral no se está realizando durante el período de suspensión, sólo procedería el despido durante este período por incumplimientos previos y siempre que la falta cometida no hubiese prescrito, salvo que se trate de infracción del deber de buena fe contractual, obligación que, como hemos visto anteriormente, sigue vigente como consecuencia de la existencia del vínculo contractual. A pesar de las dificultades que pueden encontrarse a la hora de concretar las obligaciones que requiere el cumplimiento del deber de buena fe durante el periodo de suspensión, tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en señalar entre sus más importante manifestaciones, la obligación de evitar conductas que dificulten la curación, el respeto al deber de no concurrencia desleal y la atención al deber de colaboración con el empresario¹⁷.

Efectivamente, la doble naturaleza que presenta la incapacidad temporal, como figura laboral que exige la suspensión del contrato y como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social determina que durante la situación de incapacidad temporal el trabajador no pueda realizar otras prestaciones que imposibiliten o entorpezcan el proceso de recuperación de su salud, por lo que cualquier actuación en este sentido se puede considerar transgresión de la buena fe contractual frente al empresario y, en cuanto tal, ser susceptible de justificar un despido disciplinario¹⁸.

¹⁶ Por todas, STS de 7 octubre 2004, RJ. 2004\7889 (F. J. 3.º), que las priva de ese carácter desde el momento en que se produce el alta médica y el trabajador sigue sin asistir, independientemente de que haya impugnado o no la resolución del alta.

¹⁷ JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo...*, op. cit., pág. 149 y ss.

¹⁸ La STS de 4 mayo 1990. RJ 1990\3961 (F. J. 1.º) se refiere a la realización de actividad «que dificulte seriamente el proceso de curación o que evidencie la aptitud laboral del trabajador». En la misma línea, la STSJ del País Vasco, de 29 abril 2003 (F. J. 4.º) hace alusión a una actividad «que evidencie la aptitud para el trabajo o sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación». Un análisis de la Jurisprudencia en la década de los noventa en, PUIG SÁNCHEZ, M., «La transgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal», VV.AA., *La incapacidad temporal*, Madrid, AEDT-Tecnos, 1996, págs. 372 y ss.

La perspectiva desde el despido objetivo presenta contornos muy similares, aunque la consideración como justificadas de las faltas de asistencia al trabajo (debidas a una situación de IT) implica que puedan ser tenidas en cuenta a efectos de articular un despido objetivo¹⁹. Obviamente, en este caso sería necesario que las ausencias del trabajo cumplieran los requisitos exigidos en el precepto legal, especialmente el carácter intermitente, la necesidad de superar los límites que fija la regulación legal y tratarse de períodos de baja que, aun habiendo sido acreditados por los servicios sanitarios oficiales y trayendo causa de una enfermedad común y accidente no laboral, tengan una duración inferior a 20 días consecutivos (art. 52.d ET). No obstante, se podría encontrar algunos problemas a la hora de computar estas faltas de asistencia al trabajo, aun en aquellos casos en que se cumplieran los condicionantes legales, puesto que su estimación no sería muy conforme a los propios efectos jurídicos de la suspensión que impiden no sólo la ejecución de obligación de trabajar sino también el cumplimiento de la obligación de asistir al centro de trabajo.

Por lo que respecta al resto de causas que justifican el despido objetivo, al igual que sucedía para el despido disciplinario, la falta de realización de la prestación de servicios impide que se pueda utilizar la ineptitud del trabajador o la falta de adaptación al puesto de trabajo refiriéndola al período de suspensión, si bien nada impide que la extinción se base en estas causas si se han producido en un período anterior²⁰.

Por tanto, podemos concluir que la extinción del contrato de trabajo se puede producir durante el período de suspensión siempre que la causa alegada se base en el incumplimiento de obligaciones laborales que no hayan quedado interrumpidas por la propia suspensión. Distinto es el problema de determinar la calificación que corresponde al despido durante el período de suspensión cuando se produce sin alegar causa alguna o alegando razones inexistentes, cuestión que va a depender de lo establecido en la regulación legal.

3. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DURANTE EL PERIODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR IT: LA REGULACIÓN LEGAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TS

Como ya hemos mencionado, la realización de un despido durante el período de suspensión de la relación laboral ha suscitado, y sigue suscitando

¹⁹ STS 12 de julio de 2004. RJ 2004/7075 (F. J. 3.º).

²⁰ Respecto de la falta de rendimiento en general (con independencia de que sea voluntario o involuntario) declara la STS de 18 de diciembre de 2007, RJ 2008\800 (F. J. 3.º): «En

do todavía, ciertas dudas respecto a su calificación, sobre todo porque durante algún tiempo nuestro ordenamiento jurídico ha calificado con la nulidad al despido sin causa producido en estas circunstancias. Efectivamente, la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores introdujo, junto a los supuestos de despido por incumplimiento de requisitos formales²¹, dos supuestos en los que la calificación de nulidad se relacionaba con la causa real del despido: los despidos discriminatorios o lesivos de los derechos sindicales del trabajador y los despidos de trabajadores en situación de suspensión del contrato, salvo que correspondiera la calificación de procedencia²². De esta forma, un despido durante el período de suspensión podía ser declarado procedente (si se probaba la existencia de causa legal) o nulo (si ésta no se probaba, no resultaba suficiente ó simplemente no existía)²³.

Sin embargo, la evolución posterior de la categoría de la nulidad, al menos en lo que respeta a los actos extintivos, se caracterizará por la desaparición de la suspensión del contrato como circunstancia que la motiva, frente a una consagración de la figura respecto de todos los actos lesivos de

el presente caso no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, un móvil que en esta litis determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no la nulidad del mismo por discriminación o lesión de derechos fundamentales».

²¹ Se consideraba nulo el despido disciplinario efectuado sin comunicación escrita o en la que faltasen los datos fundamentales como la fecha o la designación de los hechos que lo motivaron [art. 55.3 Ley 8/1980, de 10 de marzo, y art. 102.2 Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio (LPL, de 1980)], el despido objetivo en aquellos casos en que el empresario no ofreciera al trabajador la indemnización correspondiente (redacción originaria del art. 109 LPL), el despido por fuerza mayor sin autorización administrativa (art. 113 LPL en su redacción original) y los despidos de representantes de los trabajadores cuando no se hubiese observado la obligación legal de abrir expediente contradictorio (Art. 68 a) ET y 111 LPL, de 1980).

²² Art. 55.6 Ley 8/1980, de 10 de marzo («El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciare su procedencia»), y 102 LPL de 1980 («Sólo se declarará nulo el despido [...] cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente»). Diez años más tarde, el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 acogerá en su art. 108.2 las cinco causas de la nulidad del despido.

²³ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El despido nulo en el Estatuto de los Trabajadores y el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral», en *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, V. I., Los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, 1981, pág. 282; BLASCO SEGURA, B., «El despido nulo en el Derecho del Trabajo Español», en VV. AA., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80: III Coloquio sobre relaciones laborales*, Universidad de Zaragoza - Instituto de Relaciones Laborales, 1983, págs. 69 y ss.

los derechos fundamentales del trabajador. Efectivamente, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, suprimió la calificación de nulidad para los actos extintivos que, sin responder a una causa legal, se produjeran durante el período de suspensión del contrato de trabajo, quedando relegados a la categoría del despido improcedente. A partir de este momento la nulidad quedó reservada para aquellos casos en que el despido tuviera como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y en la Ley, o cuando se produjera con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores²⁴.

No obstante, la extinción del contrato de trabajo durante el período de suspensión volvió a regularse como causa de nulidad unos años más tarde, si bien ahora su consideración se producía en el ámbito de la discriminación por razón de género. Esta nueva incursión en la categoría de la nulidad ha venido propiciada por la aparición de una serie de Directivas Comunitarias²⁵, incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por diversas disposiciones internas, primero por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y, más recientemente, por Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁶. Ambas disposiciones introducen, de nuevo, supuestos de nulidad por extinción durante la suspensión del contrato de trabajo, pero ahora como manifestación de la tutela antidiscriminatoria por razón de género o del ejercicio de derechos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores²⁷.

La regulación analizada, por tanto, nos lleva a afirmar, y esta es la conclusión fundamental a la que llega la jurisprudencia del TS, también en la

²⁴ Art. 55. 5 ET según la redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Sobre los efectos producidos por la reforma, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La calificación del despido como improcedente o nulo», VV. AA, *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid, AEDT-Marcial Pons, 1995, págs. 403 y ss.; CASAS BAAMONDE, M. E., «La nulidad del despido y sus efectos», en VV. AA, *Reforma de la legislación...*, *op. cit.*, págs. 429 y ss.

²⁵ Directivas 92/85/CCE, de 19 de octubre, 96/34/CE, de 3 junio y 2002/73/CE, de 23 de septiembre.

²⁶ Un análisis de las modificaciones producidas por esta disposición en VV. AA., *La Ley de Igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

²⁷ La protección en estos supuestos se extiende a los despidos realizados durante el período de suspensión del contrato (por maternidad, paternidad, riegos durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o enfermedades relacionadas con el embarazo, parto o lactancia natural), pero también a los despidos producidos una vez que el trabajador/a se ha reincorporado al puesto de trabajo tras un período de suspensión por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento y siempre que no hayan transcurrido más de nueve meses desde el acacimient

STS de 18 de diciembre de 2007, que el despido durante el período de suspensión del contrato por IT, siempre que no resulte acreditada la causa, debe ser calificado de improcedente, salvo que se trate de un despido discriminatorio o lesivo de alguno de los derechos fundamentales reconocidos al trabajador (de hecho, no podía ser de otra forma si tenemos en cuenta la claridad de la regulación legal). Esta jurisprudencia, ya consolidada, se ha construido sobre el argumento fundamental de que el art. 108.2 LPL enumera con carácter exhaustivo los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo, sin mencionar el despido durante la suspensión del contrato por voluntad del empresario cuando el motivo real no coincide con la causa formal alegada en la comunicación del cese²⁸.

Siendo así, no es de extrañar que en los pronunciamientos examinados las alegaciones efectuadas por parte del trabajador se centren, bien en la discriminación por razón de enfermedad, bien en la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 de CE. Veamos detenidamente cada una de estas alegaciones, con objeto de examinar los motivos utilizados por el TS para rechazarlas, así como las posibilidades de prosperar ante la jurisdicción constitucional.

La vulneración de la prohibición de discriminación por razón de enfermedad, que había sido el argumento utilizado por la Sentencia de instancia y por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resulta rechazada por el TS al considerar que la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE exige la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Los criterios de diferenciación utilizados deben coincidir con los expresamente prohibidos en la regulación constitucional o, al menos, ser susceptibles de inclusión en la cláusula genérica que contiene el art. 14 CE. No obstante, para que un factor de diferenciación pueda considerarse incluido en esta cláusula es necesario que se trate de criterios de diferenciación cuya utilización «*sitúe a sectores de la población en po-*

de estos eventos. Al igual que en la regulación anterior, los despidos producidos en estas circunstancias sólo pueden considerarse procedentes, si resulta acreditada la causa legal, o nulos en caso de que ello no suceda.

²⁸ SSTs de 29 de enero de 2001. RJ. 2001/2069 (F. J. 2.º); de 23 de septiembre de 2002. RJ. 2006/1923 (F. J. 5.º); 12 de julio de 2004. RJ 2004/7075 (F. J. 3.º); de 23 de mayo de 2005, RJ 2005/9656 (F. J. 2.º). En todas ellas se ha llegado a la conclusión de que en aquellos supuestos en que la empresa no ha alegado y probado la causa que justifica el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo (art. 52.d ET), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo.

siciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE»²⁹.

De conformidad con esta línea jurisprudencial, para que se dé una situación de discriminación es necesario, en primer lugar, que los criterios de diferenciación se basen en circunstancias utilizadas históricamente para segregar grupos de personas, y en segundo lugar, que como miembros de estos grupos segregados (de constitución estable y no efímera) las personas discriminadas tengan necesidades particulares de integración laboral y social³⁰. Partiendo de estas consideraciones, el TS considera que la enfermedad en sentido genérico, desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no constituye uno de los supuestos de discriminación, puesto que, a pesar de que se trata de una contingencia inherente a la condición humana, no es específica de un grupo o colectivo de personas (de composición permanente), como ocurre, por ejemplo, con la incapacidad temporal derivada de enfermedades relacionadas con el embarazo, el parto o la lactancia natural que, como ya se ha dicho, constituyen una manifestación de la prohibición de discriminación por razón de género³¹.

Tampoco se considera que la incapacidad funcional que genera una enfermedad, al menos, una enfermedad no definitivamente inhabilitante, pueda asimilarse a la situación que padecen las personas discapacitadas, puesto que, frente al carácter temporal y transitorio de la primera, la discapacidad se presenta como una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial que requiere de medidas para satisfacer las necesidades particulares que presenta el colectivo afectado³². Por tanto, a diferencia de la

²⁹ STS de 18 de diciembre de 2007 (F. J. 3.º).

³⁰ Más amplio es el concepto de discriminación que se acoge en la STS de 22 de noviembre de 2007, RJ 3907/2006 (F. J. 2.º), donde se establece que «lo que caracteriza la prohibición de discriminación [...] es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista».

³¹ STS de 18 de diciembre de 2007 (F. J. 3.º). Sobre la vinculación entre el despido durante el periodo de suspensión del contrato por enfermedad derivada de embarazo, parto o lactancia natural y la prohibición de discriminación por razón de sexo, STC 17/2007, de 12 de febrero (F. J. 3.º).

³² La diferencia entre incapacidad y discapacidad en STSJ de Madrid, de 18 de julio de 2006, RS. 2469/2006 (F. J. 2.º), que, acudiendo al Programa de Acción Mundial para los Impedidos (Resolución de las Naciones Unidas 37/52, de 3 de diciembre de 1982), se refiere a la incapacidad como cualquier restricción o impedimento para la realización de una actividad,

discapacidad, la enfermedad que genera una incapacidad laboral transitoria no esta protegida por la prohibición de discriminación ni constitucional ni legalmente³³.

No obstante, como reconocía la sentencia que desestimaba el recurso de suplicación refiriéndose a la jurisprudencia establecida en supuestos anteriores, la doctrina comentada presenta una serie de matices que deben ser destacados³⁴. En primer lugar, que tal como ha reconocido la jurisprudencia, no siempre es necesario vincular el padecimiento de una enfermedad a un determinado colectivo tradicionalmente discriminado, puesto que pueden existir supuestos de enfermedad que, por sí mismos, coloquen a los sujetos que las padecen en una posición desventajosa y contraria a la dignidad de la persona (piénsese, por ejemplo, en los enfermos de VIH y en la incoherencia que supondría vincularlos a colectivos determinados). En segundo lugar, que existen enfermedades cuyo padecimiento puede ocasionar secuelas permanentes que limiten la capacidad vital y laboral del trabajador y, por tanto, una discapacidad pendiente de declarar por los órganos adminis-

ocasionada por una deficiencia dentro del ámbito considerado normal por el ser humano, mientras que la minusvalidez o discapacidad consiste en una incapacidad que constituye una desventaja para una persona en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función normal según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales. De acuerdo con esta definición, sólo los afectados por la discapacidad constituyen un sector de la población en situación de desventaja tanto por la acción o inacción de los poderes públicos como por la propia práctica social. Precisamente por ello, considera el pronunciamiento, se trata de un grupo socialmente disminuido y, en consecuencia, discriminado.

³³ En este sentido se pronuncia la STJCE de 11 de Julio de 2006 (Asunto Chacón Navas), donde expresamente se declara que una persona despedida exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 /CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por razón de discapacidad.

³⁴ La STSJ de Cataluña, de 7 de septiembre de 2006, consideró, siguiendo algunas declaraciones efectuadas en la STS de 22 de noviembre de 2007 (F. J. 2.º), que «*la enfermedad desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, ... no es un factor discriminatorio en el sentido estricto..., aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación*»; que existía discriminación por razón de enfermedad en el supuesto enjuiciado, puesto que la decisión empresarial recayó sobre un grupo de trabajadores a los que se agrupó en atención a su situación de enfermedad, por lo que este criterio se ha utilizado como un factor de segregación al seleccionar a un grupo de trabajadores caracterizados exclusivamente por dicha circunstancia, al que se reduce o niega importantes derechos, incluido el de ocupación, y al que se da, en consecuencia, un trato de inferioridad que, a juicio de la Sala, debe encontrarse entre los naturalmente vedados por la prohibición contenida en el art. 14 CE. Desde esta perspectiva, la enfermedad no se configura como una simple circunstancia genérica de incapacidad para el trabajo.

trativos³⁵. De hecho, la diferencia establecida entre enfermedad y discapacidad, realizada, sobre todo, en función del carácter permanente o transitorio de la situación, dejaría en una zona de penumbra las enfermedades crónicas que produzcan cualquier tipo de discapacidad, aunque éstas no ocasionen repercusiones negativas en el trabajo más allá de las ocasionadas por la inasistencia.

Algo menos compleja, desde nuestro punto de vista, se presenta la otra vía utilizada por el recurrente para solicitar la calificación de nulidad del despido: la lesión del derecho a la salud del trabajador afectado por la incapacidad temporal (art. 43.1 CE). El único argumento que utiliza el pronunciamiento con objeto de rechazar la nulidad del despido se centra en la ubicación sistemática del precepto constitucional alegado, de forma que, al no estar comprendido en la categoría de los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1.ª del Capítulo II del Título Primero) a la que parece referirse el art. 108.2 LPL, su vulneración sólo puede provocar la improcedencia del despido. Y aunque hubiese resultado interesante un pronunciamiento sobre las obligaciones empresariales que exige el mantenimiento del derecho a la salud de los trabajadores, el TS obvia expresamente tan importante cuestión³⁶.

No obstante, existen pronunciamientos anteriores en los que la argumentación a la hora de rechazar la lesión de un derecho fundamental del trabajador ha sido algo más extensa, sobre todo en aquellos casos en que las alegaciones del recurrente, aun centrándose en el derecho a conservar la salud, vinculan su ejercicio con el derecho a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE³⁷. De hecho, se podría afirmar que la generalidad

³⁵ A estos efectos habría que tener en cuenta las declaraciones efectuadas en la STS de 22 de noviembre de 2007 (F. J. 4.º), al reconocer que la cuestión se puede resolver de forma diversa si la enfermedad hubiese provocado cualquier tipo de discapacidad en la trabajadora (aunque todavía no haya sido declarada por el correspondiente órgano administrativo), puesto que en este supuesto sería aplicable la prohibición de discriminación que se contempla en el art. 4.2 c ET.

³⁶ STS de 18 de diciembre de 2007 (F. J. 3.º).

³⁷ Ejemplo de ello es la STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 3907/2006), que resuelve en casación el despido de una trabajadora en situación de suspensión del contrato por incapacidad temporal (la actora sufrió un infarto de miocardio el 8 de octubre de 2005). El despido, efectuado el 3 de noviembre de 2005, reconocido improcedente y con la indemnización a disposición de la trabajadora desde el 7 de noviembre, se basó en el retraso en la comunicación de la baja. La actora impugnó el despido ante la Jurisdicción Social que, desestimando parcialmente la solicitud, reconoció la improcedencia del despido. Una nueva impugnación, ahora ante el TSJ de la Comunidad de Madrid (STSJ de Madrid, de 18 de julio de 2006), ocasionó la revocación de la sentencia de instancia por considerar que había existido vulneración de derechos fundamentales. En ambos casos la trabajadora alegaba vulneración de su derecho a conservar la salud como manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral.



de los pronunciamientos recaídos en instancias inferiores inclinados por considerar la nulidad del despido producido en estas circunstancias lo han hecho argumentando que el despido constituye una represalia frente al ejercicio del derecho a conservar la salud, facultad que, de conformidad con las declaraciones efectuadas por la doctrina constitucional³⁸, entienden incluido en derecho a la integridad física y moral³⁹.

Esta argumentación, nada desdeñosa o temeraria, parte de una concepción amplia de la garantía de indemnidad que no queda restringida al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y a los derechos de libertad sindical, tal como hasta ahora se viene considerando por la doctrina del TC. Desde esta perspectiva, la garantía de indemnidad protege el ejercicio de cualquier derecho constitucional frente a represalias de los poderes privados, especialmente en aquellos casos en que el sujeto se encuentra sujeto a un vínculo de subordinación como el que supone la existencia de la relación laboral. Una concepción de estas características supone reconocer una nueva dimensión en la eficacia de la generalidad de los derechos constitucionales, si bien todavía no por su propia consagración constitucional, que ya de por sí debe ser suficiente razón de peso, sino por su vinculación con los derechos fundamentales consagrados en la Sección I, del Capítulo II del Título I de la CE⁴⁰.

³⁸ La STC 35/1996, de 11 marzo (F. J. 3.º) declara que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal. Siguen la misma línea, aunque referidas al derecho que ostentan los trabajadores frente al empresario, SSTC 220/2005, de 12 de septiembre (F. J.4.º) y 62/2007, de 27 de marzo (F. J. 3.º) que vienen a especificar que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto.

³⁹ Quizá el ejemplo más claro de esta posición lo constituya la STSJ del País Vasco, de 27 de Junio de 2003 (F. J. 5.º), que examina el despido de una trabajadora durante situación de incapacidad temporal. El pronunciamiento considera vulnerado el derecho a la integridad física y moral de la trabajadora consagrado en el art. 15 CE. Para llegar a esta conclusión parte de que la situación protegida por la incapacidad temporal (como situación en la que se encuentra una persona que está impedida para el trabajo y recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social) supone un triple nivel de protección. En primer lugar, se protege el derecho a la salud de la persona trabajadora, proporcionándole asistencia sanitaria; en segundo lugar, se protege su derecho a la integridad física, al considerar que, en tal situación, no debe acudir a prestar servicios; en tercer y último lugar, y con objeto de proteger los bienes anteriores, se le otorga una renta que sustituye las que han dejado de generarse por la imposibilidad de prestar servicios.

⁴⁰ Muy interesante se muestra al respecto la fundamentación jurídica realizada en la STSJ de Madrid, de 18 de julio de 2006, RS 2469/2006 (F. J. 4.º), para declarar la nulidad del despido. A estos efectos, el pronunciamiento parte de los arts. 10 y 15 CE, para argumentar

El TS sale al paso de estas argumentaciones rechazando la vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad física y moral, de forma que, al ser el primero un simple principio rector de la política económica y social, su exigencia debe hacerse conforme a las leyes y disposiciones que lo desarrollen. No obstante, y a pesar de las declaraciones, no parece que la intención del TS sea tutelar el derecho conforme a esas disposiciones, puesto que resuelve la cuestión, como ya hemos avanzado, a través de una interpretación del art. 108.2 LPL conforme a la que dicho precepto sólo contempla la nulidad del despido cuando se produzca la lesión de alguno de los derechos consagrados en la Sección I, por lo que ni la vulneración del derecho a la salud (en caso de producirse) ni la lesión de la dignidad del trabajador, al no ser derechos fundamentales autónomos, son susceptibles de provocar la nulidad de despido ⁴¹.

Teniendo en cuenta que, de conformidad con esta jurisprudencia, el derecho a la integridad física y moral sólo integra la «incolumidad corporal», es decir, el derecho de la persona a no sufrir, sin su consentimiento, lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa (facultades que no han sido lesionadas por el acto extintivo), el único precepto constitucional que puede resultar vulnerado por la conducta empresarial es el derecho al trabajo que, independientemente de su ubicación sistemática, no excluye la extinción indemnizada del contrato de trabajo ⁴².

4. CONCLUSIONES

De las alegaciones efectuadas consideramos más correcta, y por tanto más viable para que el asunto prospere ante la jurisdicción constitucional, aquella que considera que, en alguna forma, el despido de un trabajador afectado por una incapacidad temporal, simplemente por encontrarse enfermo y no resultar productivo para su empresa, debe considerarse lesivo de su de-

que también el ejercicio de estos derechos, en concreto el derecho del trabajador a conservar la salud como derivación del derecho a la integridad física y moral, deben quedar garantizados frente a cualquier acto de represalia que pudiera adoptar la empresa.

⁴¹ Claramente ésta es la conclusión a la que se llega respecto de la dignidad del trabajador. La Jurisprudencia sostiene que en cuanto «valor fundamental del ordenamiento jurídico [...] únicamente opera en relación con los derechos fundamentales propiamente dichos, de manera que la falta de vulneración de alguno de estos derechos comporta la inargumentabilidad de aquel valor como base para la decisión a que la sentencia recurrida ha llegado», esto es, la nulidad del despido [STS de de 22 de noviembre de 2007, RJ 3907/2006 (F. J. 3.º)].

⁴² STS de de 22 de noviembre de 2007. RJ 3907/2006 (F. J. 2.º).



recho constitucional a conservar la salud, si no como derecho consagrado autónomamente, sí como manifestación del derecho fundamental a la integridad física y moral. Y ello porque existen declaraciones en la doctrina constitucional que se muestran favorables a estimar esa estrecha vinculación entre los derechos mencionados (el TC ha declarado, en varias ocasiones, que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, también del trabajador, queda comprendido en el derecho a la integridad física y moral de la persona).

De hecho, toda la normativa laboral dirigida a tutelar el derecho a la salud de los trabajadores tiene su engarce en el derecho a la vida y a la integridad física del trabajador. Efectivamente, una consideración conjunta de la protección articulada por la LGSS al definir el supuesto de incapacidad temporal, de la LPRL al consagrar los principios de prevención y de evitación del riesgo, así como de la propia institución de la suspensión del contrato de trabajo por IT, nos debe llevar a concluir que esta conexión es real.

La cuestión, una vez más, estaría en determinar qué tipo de conductas empresariales son susceptibles de producir esta lesión. Hasta el momento, y en relación con las medidas de prevención de riesgos laborales, la doctrina constitucional ha estimado que dichas conductas pueden consistir en acciones u omisiones, sin ser necesario que se produzca efectivamente la lesión. A estos efectos, parece suficiente que se acredite un riesgo relevante de producción de la lesión. Llegados a este punto no es difícil considerar que cualquier conducta que obligue al trabajador a reincorporarse al puesto de trabajo o cualquier sanción que se imponga como consecuencia del ejercicio de los derechos que, en aras de preservar la salud e integridad del trabajador enfermo, le reconoce la normativa legal suponen una atentado contra el derecho a la integridad física y moral del trabajador, incluyendo las decisiones extintivas en las que no se haya acreditado causa real.





4

Informes y Documentos





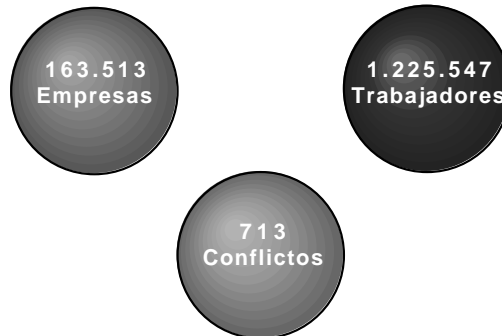


ACTUACIONES DESARROLLADAS EN 2007 RELATIVAS A LA TRAMITACIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

1. EXPEDIENTES PRESENTADOS

El número de conflictos registrados ante el SERCLA se situó al finalizar la anualidad 2007 en la cifra de **713**, alcanzándose así la cota máxima desde el inicio de actuaciones de este Sistema. La afectación personal de tales expedientes alcanzó a **1.225.547** trabajadores andaluces. Estos conflictos podían extender sus efectos a **163.513** empresas radicadas en nuestra Comunidad Autónoma.

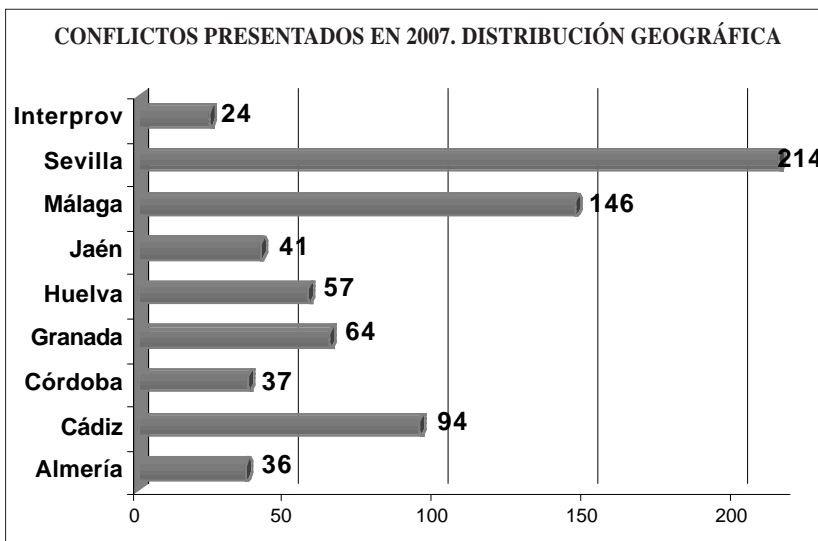
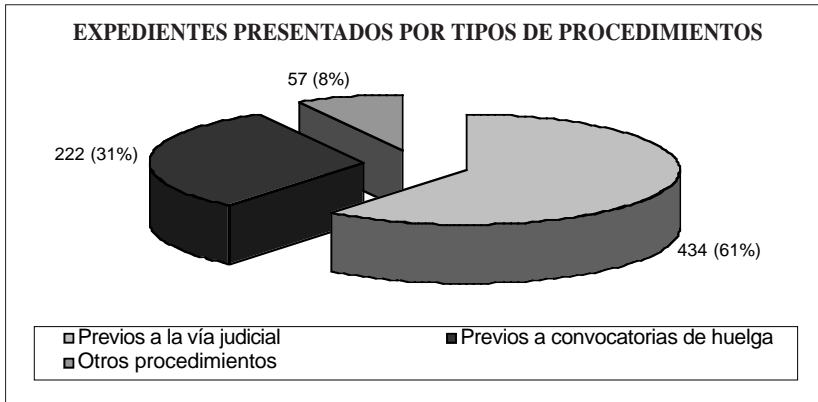
CONFLICTOS COLECTIVOS 2007

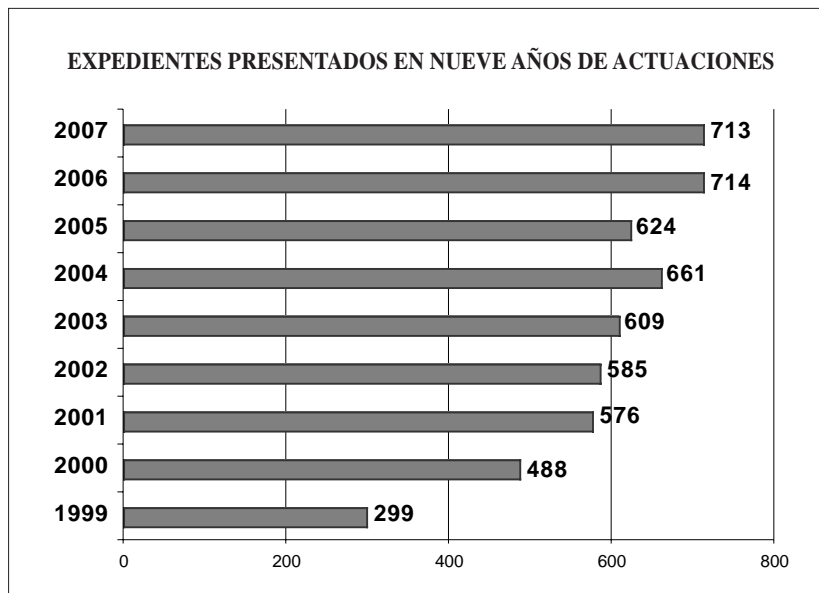


Como ya ocurriera en anteriores anualidades, la inmensa mayoría de los expedientes presentados ante el SERCLA en 2007 correspondió a conflictos de empresa (**677**). Los procedimientos relativos a conflictos de sector ascendieron a **36**.

En línea con lo sucedido en años anteriores, el previo a la vía judicial fue en 2007 el tipo de conflicto interpuesto en mayor número (**434**) ante el

SERCLA. A continuación se situó el previo a la convocatoria de huelga (222). De los 57 conflictos restantes, 54 (7,57% del total) correspondieron a conflictos de intereses, 2 (0,28% del total) a determinación de servicios de seguridad y mantenimiento, y 1 (0,14% del total) a procedimientos de arbitraje.





Las actuaciones del SERCLA en 2007 fueron demandadas en mayor proporción en Industrias Manufactureras, que abarcó el **21,04%** del total de expedientes presentados. Ahondando en el desglose de este sector, casi la mitad de los conflictos encuadrados en el mismo pertenecen a Metalurgia (**76**), situándose a continuación las Industrias de Productos Alimenticios y Bebidas (**23**), y la Industria Química (**15**). Otros sectores afectados de forma significativa fueron los de Transportes Almacenamiento y Comunicaciones (**9,82%**) y Otras actividades servicios prestados a la comunidad (**17,95%**). Este último acoge a todos aquellos conflictos encuadrados en las actividades de saneamiento público. Los conflictos pertenecientes a Hostelería suponen el **8,27%** del total.

Los procedimientos que tienen su motivación en la aplicación e interpretación de los convenios colectivos suponen en el año 2007 el **45,30%** del total. Resulta claramente inferior el porcentaje de conflictos (**24,54%**) que se derivan de la interpretación y aplicación de normas, lo cual es consecuencia de la prevalencia en la ordenación de las condiciones de trabajo de la norma convencional o pactada frente a la heterónoma. Los expedientes presentados cuyo objeto se refiere a la negociación de convenio abarcan el **16,69%** del global. El **9,54%** de los conflictos se planteó como consecuencia de modificaciones de condiciones de trabajo pactadas. La práctica totalidad de los mismos han alegado como motivo específico supuestos in-

cumplimientos de requisitos de orden procedimental. El cumplimiento de anteriores acuerdos alcanzados en sede SERCLA motiva el **2,10%** de los conflictos interpuestos. Por último, tienen muy escasa presencia los conflictos motivados por despidos colectivos y plurales (**1,40%**), los debidos a determinación de servicios de seguridad y mantenimiento (**0,28%**) y a la interpretación de planes de servicios mínimos (**0,14%**).

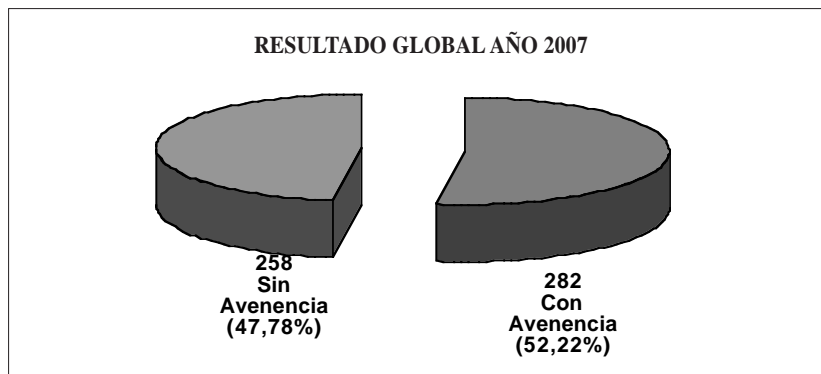
2. TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES

De entre los datos técnicos relativos a la tramitación de los conflictos interpuestos ante el Sistema en 2007, cabe destacar los siguientes:

- **21** días naturales como duración media de los expedientes.
- **1,5** sesiones por expediente como promedio.
- **2,5** horas como duración media de las sesiones de mediación.
- **177** mediadores actuantes.
- **14** secretarios intervinientes.
- **2.638** horas invertidas en sesiones de mediación.

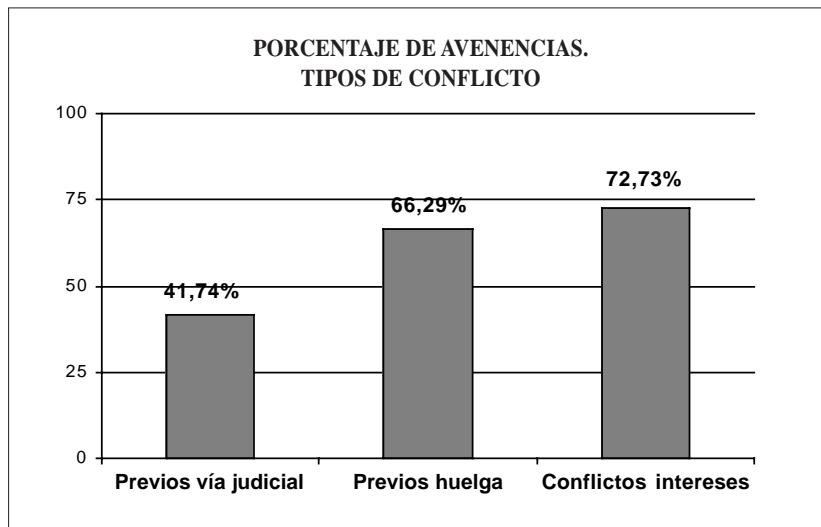
3. RESULTADOS OBTENIDOS

El índice global de acuerdos alcanzó en el año 2007 el **52,22%** de los conflictos colectivos tramitados, finalizando con avenencia un total **282** de los **540** expedientes de conciliación-mediación sustanciados en dicho período de tiempo.



Los **282** acuerdos suscritos a lo largo de 2007 en alguno de los diez centros de actuación con que cuenta el SERCLA en Andalucía beneficiaron a **45.175** empresas. Las referidas avenencias alcanzadas también extendieron sus efectos positivos a un importante número de trabajadores: Un total de **182.623**.

Los resultados de 2007 ofrecen diferencias sustanciales en función del tipo de conflicto de que se trate, apreciándose que resulta superior el porcentaje de acuerdos logrado en aquellos procedimientos que no constituyen una instancia previa al proceso judicial, tales como los conflictos previos a huelga y, sobre todo, los conflictos de intereses provocados por bloqueos de negociación.



En esta anualidad, se firmaron **134** acuerdos en los **321** conflictos previos a la vía judicial tramitados. Un total de **116** conflictos previos a huelga concluyeron con avenencia en el global de los **175** tramitados. Por último, de los **44** conflictos de intereses (procedimiento general) que tuvieron tramitación efectiva, **32** finalizaron con acuerdo.

La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2007, sirvió para que se logaran acuerdos superadores de situaciones de impasse en procesos negociadores que afectaron, por ejemplo, a empresas tales como Aguas de Jaén, Empresa Pública de Emergencias Sanitarias, Empresa Pública Deporte Andaluz y Hospital San Juan de Dios del Aljarafe. También a través de esta modalidad procedimental, la mediación del SERCLA propició la firma de

convenios sectoriales tales como los de Comercio de Almería e Industria del Aceite de Granada.

La actuación mediadora del SERCLA propició que se evitaran un total de **116** huelgas en Andalucía, recuperándose así **5.364.952** horas de trabajo, cifra que significó un **47%** más que las recuperadas el año anterior

La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2007, sirvió para que se logaran acuerdos que evitaron el desarrollo de situaciones de huelgas en centros de trabajo ubicados en Andalucía de empresas tales como, por ejemplo, Egmasa, Puleva Food, S.L. (Granada) y CTSA-Portillo (Málaga). En este apartado merece especial mención el acuerdo alcanzado en el conflicto que afectó a la empresa concesionaria del servicio de recogida basuras en Almuñécar, Servicios Integrales El Mirlo S.L.

Igualmente conviene destacar un conjunto de acuerdos rubricados en sede SERCLA en 2007. Y ello debido a que, habiéndose logrado tales avenencias al resolver diferentes conflictos de sector, las mismas implicaron el que no se llevaran a cabo las respectivas huelgas, propiciándose además la firma de los correspondientes convenios provinciales del sector:

- Hostelería de Almería.
- Construcción de Huelva.
- Comercio del Metal y Electricidad de Jaén y Comercio en general de Málaga y de Sevilla
- Automoción de Málaga.

En su conjunto los resultados obtenidos por el SERCLA bajo esta modalidad procedimental en sus nueve años de funcionamiento, suponen **1.011** acuerdos que han permitido evitar la pérdida de casi **2,4** millones de horas de trabajo, en concreto un total de **23.993.344**.

Ámbito	SERCLA 1999-2007. Huelgas evitadas			
	N.º	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Andalucía	1.011	126.622	818.989	23.993.344



5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (enero-marzo 2008)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Profesor Contratado

Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide

ORDEN de 11 de diciembre de 2007, por la que se establece para el año 2008 la población con derecho a la prestación asistencial que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, y se fijan la tarifas aplicables a la contratación de los servicios

La disp. adic. única del Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, que regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía, encomendaba al titular de la Consejería de Salud la determinación de los grupos de edad que se incorporan anualmente a la garantía de la prestación reconocida en el mismo, incluyéndose, en cualquier caso, los niños que cumplan seis años. El artículo 9.1 de dicha norma, establece la forma de retribución de los dentistas de cabecera privados habilitados, mediante sistema caputivo para la cobertura de la asistencia dental básica y por tratamiento realizado para los casos previstos de tratamientos especiales. La Orden de la Consejería de Salud de 19 de marzo de 2002 desarrolla la norma anteriormente citada, y establece las condiciones esenciales de contratación de los servicios y fija las tarifas aplicables a la capitación, dicha tarifa ha sido sucesivamente modificada y vuelve a serlo ahora. El art. 1 de la nueva norma reconoce el derecho a la asistencia dental a los niños nacidos durante el período 1994/2002; por su parte, el art. 2 fija en 36 euros por persona atendida la tarifa de referencia.

ORDEN de 7 de febrero de 2008, sobre publicación de las Sanciones por Infracciones muy graves en materia de Prevención de Riesgos Laborales

El Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales tiene por objeto determinar la forma en que deben hacerse públicas las sancio-

nes administrativas impuestas por dichas infracciones, en desarrollo del artículo 40.2 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. El citado Real Decreto contiene las normas reglamentarias necesarias para la aplicación práctica de la publicidad de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, si bien algunos aspectos organizativos pueden ser regulados por las Comunidades Autónomas en ejecución de la competencia de organización de sus instituciones de autogobierno que le atribuye la Constitución Española en su artículo 148.1.1.

Por todo ello, se hace preciso la publicación de una norma en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma que ejecute y desarrolle determinados aspectos del Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo que fundamentalmente deben hacer referencia a la determinación del órgano competente para ordenar que se hagan públicas las sanciones, a los medios de publicación de las mismas y a la habilitación del Registro público en el que se inscribirán las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 de dicho Real Decreto.

La presente Orden se dicta en ejercicio de las competencias exclusivas de esta Comunidad Autónoma sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de su organización propia y la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía, atribuidas por el artículo 47.1.1.^a del Estatuto de Autonomía para Andalucía, así como de las competencias ejecutivas atribuidas por el artículo 63.1.4.^o de dicho Estatuto, conforme al cual «corresponden a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso la Prevención de Riesgos Laborales y la Seguridad en el Trabajo».

El Decreto 113/2006, de 13 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden Social, atribuye la competencia para sancionar las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales a diferentes órganos de la Consejería que ostentan las competencias en materia de prevención de riesgos laborales, a la persona titular de esta Consejería, así como, al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, según la cuantía de la sanción correspondiente.

Pues bien, el art. 3 de la norma comentada establece que la competencia para ordenar la publicación de las sanciones impuestas por infracciones muy graves corresponde a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, un vez que tales sanciones sean consideradas firmes. La obligación abarca datos suficientes para identificar a la empresa (art. 4) y no afectará a los recargos de prestaciones económicas de Seguridad Social, y deberá realizarse en un plazo no superior a tres meses desde que la sanción adquiera firmeza (art. 5). Para la publicación de estas sanciones se crea el Registro de sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, adscrito a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo (art. 6).

ORDEN de 7 de marzo de 2008, por la que se modifica la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de contabilidad de las prestaciones y la Gestión de las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía y la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de ayuda a domicilio

La publicación de la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas del Sistema de Autonomía y Atención a las personas en situación de dependencia, ha permitido la aplicación en la Comunidad Autónoma de Andalucía de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y de sus disposiciones de desarrollo, avanzando en la determinación de aspectos fundamentales para la aplicación del Sistema. Tras analizar los primeros meses de aplicación plena de la Ley, el Gobierno Andaluz ha considerado necesario ampliar la compatibilidad de las prestaciones inicialmente prevista, con el fin de permitir de manera real y efectiva la asistencia de las personas en situación de Gran Dependencia y Dependencia Severa, en su nivel 2, al Centro de Día que le pueda ser prescrito en su Programa Individual de Atención.

La mencionada ampliación obliga a la modificación puntual de la Orden de 3 de agosto de 2007 y de la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con objeto de adaptarlas a esta nueva regulación.

ORDEN de 11 de diciembre de 2007, por la que se establece para el año 2008 la población con derecho a la prestación asistencial que regula el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, y se fijan las tarifas aplicables a la contratación de los servicios (BOJA núm. 7, de 10 de enero de 2008)

El Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su disposición adicional única apartado 2, establece que el titular de la Consejería de Salud determinará mediante Orden los grupos de edad que se incorporan anualmente a la garantía de la prestación reconocida en el mismo, incluyéndose, en cualquier caso, los niños que cumplan seis años.

El Decreto 281/2001 anteriormente mencionado establece en su artícu-

lo 9, apartado 1, que los dentistas de cabecera privados habilitados serán retribuidos mediante sistema capitativo para la cobertura de la asistencia dental básica y por tratamiento realizado para los casos previstos de tratamientos especiales. Y en su apartado 2 indica que la cantidad a abonar en el sistema capitativo, así como el baremo de honorarios a abonar por los tratamientos especiales, se determinará por la Consejería de Salud.

La Orden de la Consejería de Salud de 19 de marzo de 2002 desarrolla el Decreto 281/2001, de 26 de diciem-

bre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en ella se establecen las condiciones esenciales de contratación de los servicios y se fijan las tarifas aplicables a la capitación por la Asistencia Dental Básica y las correspondientes a los Tratamientos Especiales.

La tarifa anual por el sistema de capitación contemplada en la mencionada Orden fue modificada por Orden de 26 de diciembre de 2002 y posteriormente por Orden de 13 de diciembre de 2005. Habida cuenta del tiempo transcurrido, se considera adecuado proceder a la actualización de la misma.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto en la habilitación contenida en el párrafo 2 de la disposición final primera del Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, y en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma,

DISPONGO

Artículo 1.º *Derecho a la asistencia dental durante el año 2008.*—Du-

rante el año 2008 tendrán derecho a la Asistencia Dental Básica y a los Tratamientos Especiales establecidos en el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, los niños y niñas nacidos en los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002.

Art. 2.º *Retribución de las prestaciones de la asistencia dental.*—La tarifa anual por el sistema de capitación, por cada persona atendida con derecho a la prestación de la asistencia dental, queda fijada en la cuantía de 36,00 €.

Disposición derogatoria. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Orden.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día 1 de enero de 2008.

Sevilla, 11 de diciembre de 2007

MARÍA JESÚS MONTERO CUADRADO
Consejera de Salud

ORDEN de 7 de febrero de 2008, sobre publicación de las Sanciones por Infracciones muy graves en materia de Prevención de Riesgos Laborales (BOJA núm. 36, de 20 de febrero de 2008)

El Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales tiene por objeto determinar la forma en que deben hacerse públicas las sanciones administrativas impuestas por dichas infracciones, en desarrollo del artículo 40.2 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de

agosto. El citado Real Decreto contiene las normas reglamentarias necesarias para la aplicación práctica de la publicidad de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, si bien algunos aspectos organizativos pueden ser regulados por las Comunidades Autónomas en ejecución de la competencia de organización de sus instituciones de autogobierno que le atribuye la Constitución Española en su artículo 148.1.1.

Por todo ello, se hace preciso la publicación de una norma en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma que ejecute y desarrolle determinados aspectos del Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo que fundamentalmente deben hacer referencia a la determinación del órgano competente para ordenar que se hagan públicas las sanciones, a los medios de publicación de las mismas y a la habilitación del Registro público en el que se inscribirán las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 de dicho Real Decreto.

La presente Orden se dicta en ejercicio de las competencias exclusivas de esta Comunidad Autónoma sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de su organización propia y la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía, atribuidas por el artículo 47.1.1.^a del Estatuto de Autonomía para Andalucía, así como de las competencias ejecutivas atribuidas por el artículo 63.1.4.^o de dicho Estatuto, conforme al cual «corresponden a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso la Prevención de Riesgos Laborales y la Seguridad en el Trabajo».

De conformidad con el artículo 7 del Decreto del Presidente 11/2004, de 24 de abril, de reestructuración de Consejerías, el artículo 1.2 del Decreto 203/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, dispone que corresponde a la Consejería de Empleo las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Andalucía, entre otras materias, sobre la prevención de

riesgos laborales, seguridad y salud laboral, promoviendo la cultura preventiva y la realización de acciones que, combatiendo la siniestralidad laboral, garanticen la salud de los trabajadores. El artículo 8 del Decreto 203/2004, de 11 de mayo atribuye a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, estas competencias.

Por otra parte, el Decreto 113/2006, de 13 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden Social, atribuye la competencia para sancionar las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales a diferentes órganos de la Consejería que ostentan las competencias en materia de prevención de riesgos laborales, a la persona titular de esta Consejería, así como, al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, según la cuantía de la sanción correspondiente. La disposición final primera de dicho Decreto faculta al Consejero de Empleo a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución del mismo.

En su virtud, y en uso de las competencias que me están conferidas por los artículos 21 y 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como por el Decreto 203/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, a propuesta de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral:

DISPONGO

Artículo 1.^o Objeto.—La presente Orden tiene por objeto fijar los medios, la competencia y el procedimiento para hacer públicas las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Comunidad Autóno-

ma de Andalucía, de acuerdo con el Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo.

Art. 2.º *Publicación de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales.*—Todas las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales en la Comunidad Autónoma de Andalucía, una vez firmes, se harán públicas en la forma que se determine en la presente Orden.

Art. 3.º *Competencia y procedimiento para hacer públicas las sanciones.*—1. El procedimiento para hacer públicas las sanciones impuestas por infracciones muy graves se ajustará a lo previsto en el artículo 2 del Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, siendo órgano competente para ordenar que se haga pública la sanción, mediante los medios previstos en esta Orden, la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.

2. En todas las resoluciones que impongan sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales se hará constar expresamente que la sanción impuesta, una vez que haya adquirido firmeza, será hecha pública en la forma prevista en el Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo y en la presente Orden.

3. La Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, tan pronto como tenga conocimiento de la firmeza de una sanción impuesta por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, dictará resolución ordenando su publicación en el plazo y a través de los medios establecidos en el artículo 5 de la presente Orden.

Art. 4.º *Contenido de la publicación.*—1. La publicación contendrá los siguientes datos, debiendo figurar to-

dos ellos en la resolución que ordene dicha publicación:

— Nombre o razón social de la empresa sancionada.

— Sector de la actividad a que se dedica, con el número de clasificación nacional de la actividad económica de que se trate (CNAE).

— Número del Documento Nacional de Identidad de las personas físicas o Código de Identificación Fiscal de las personas jurídicas.

— Domicilio social.

— Infracción cometida y precepto legal que tipifique la misma.

— Sanción económica impuesta, incluyendo la cuantía de la misma, así como las demás sanciones impuestas de carácter principal o accesorio, si las hubiera.

— Fecha de extensión del acta de infracción.

— Fecha en que la sanción ha adquirido firmeza.

2. La publicación no alcanzará a los recargos de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente, de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.

Art. 5.º *Medios y plazo de publicación.*—1. Una vez que las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales hayan adquirido firmeza, la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral ordenará su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

2. En todo caso la publicación de la sanción se realizará en un plazo no superior a tres meses a contar desde la fecha de adquisición de firmeza del acto.

3. Semestralmente la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral publicará en la página web de la Con-

sejería de Empleo, a través de la dirección de Internet: www.juntadeandalucia.es/empleo, la relación de empresas sancionadas en los seis meses anteriores.

Art. 6.º Creación del Registro Público.—1. Se crea el Registro de sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

2. El Registro quedará adscrito a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo, y en el mismo se inscribirán todos los datos que hayan sido objeto de publicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la presente Orden.

3. La inscripción en el Registro de las empresas sancionadas se realizará de oficio por el órgano competente para ordenar la publicación de las sanciones, una vez que se haya tenido conocimiento de la firmeza del acto.

4. Este Registro tiene carácter de registro administrativo, es único para toda la Comunidad Autónoma de Andalucía y el contenido y acceso al mismo es público.

De acuerdo con el artículo 4.1 del Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, la consulta de dicho Registro no habilita en ningún caso para el tratamiento posterior de los datos o su inclusión en un fichero a los efectos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

5. El Registro se instalará en soporte informático, de forma que permita su acceso por parte de las Administraciones competentes en la materia, así como por los ciudadanos, de conformidad con lo establecido en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención

al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

6. Los datos registrales correspondientes a las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, se cancelarán a los cinco años a contar desde el día siguiente a aquél en que se hubieran publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Art. 7.º Fichero automatizado de datos.—La información contenida en el Registro Público se incluirá en un fichero automatizado de datos, de carácter personal, cuya creación se hará de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Disposición transitoria única. Régimen de aplicación.—El régimen de publicación de sanciones establecido en esta Orden, se aplicará a aquellos expedientes en curso, siempre que aún no se hubiese formulado la propuesta de sanción.

Disposición final primera. Desarrollo y ejecución.—Se faculta a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral para cuantas actuaciones sean necesarias, para la ejecución y aplicación de la presente Orden.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 7 de febrero de 2008

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ORDEN de 7 de marzo de 2008, por la que se modifica la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de contabilidad de las prestaciones y la Gestión de las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía y la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de ayuda a domicilio (BOJA núm. 55, de 19 de marzo de 2008)

La publicación de la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas del Sistema de Autonomía y Atención a las personas en situación de dependencia, ha permitido la aplicación en la Comunidad Autónoma de Andalucía de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y de sus disposiciones de desarrollo, avanzando en la determinación de aspectos fundamentales para la aplicación del Sistema.

Ello no significa que el régimen normativo autonómico del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía esté completamente cerrado, sino que con el transcurso del tiempo será necesaria una permanente actualización para adaptarlo a las nuevas necesidades que vayan surgiendo.

Así, tras analizar los primeros meses de aplicación plena de la Ley, que establece un nuevo derecho universal y subjetivo de ciudadanía que garantiza atención y cuidados a las personas en situación de dependencia, se ha considerado necesario ampliar la compatibilidad de las prestaciones inicialmente prevista, con el fin de permitir de manera real y efectiva la asistencia de las personas en situación de Gran Dependencia y Dependencia Severa, en su nivel 2, al Centro de Día que le pueda ser prescrito en su Programa Individual de Atención.

En consecuencia, la Comunidad Autónoma de Andalucía da un paso más y aborda esta ampliación, enmarcándose dentro del tercer nivel adicional de protección a la ciudadanía.

Asimismo la mencionada ampliación obliga a la modificación puntual de la Orden de 3 de agosto de 2007 y de la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con objeto de adaptarlas a esta nueva regulación.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por la disposición final segunda del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las Prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración

DISPONGO

Artículo 1.º *Ampliación del régimen de compatibilidades.*—La presente Orden tiene por objeto que a las personas que tengan reconocido el Grado III, Gran Dependencia, en cualquiera de sus niveles, o el Grado II, Dependencia Severa, en su nivel 2, se les pueda prescribir en el Programa Individual de Atención el Servicio de Centro de Día y el Servicio de Ayuda a Domicilio, de lunes a viernes, o, en su defecto, la prestación económica vinculada a este servicio, con el fin de facilitar su asistencia al Centro.

Art. 2.º *Modificación de la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.*—La Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, queda modificada como sigue:

Uno. Se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 8 de la Orden de 3 de agosto de 2007, que tendrá la siguiente redacción:

«En el Programa Individual de Atención de aquellas personas reconocidas en situación de Gran Dependencia (Grado III, niveles 1 y 2) o en situación de Dependencia Severa (Grado II, nivel 2) en el que se establezca el Servicio de Centro de Día y el Servicio de Ayuda a Domicilio, la intensidad de éste será como máximo de 22 horas mensuales, de lunes a viernes, con objeto de facilitarles la asistencia al Centro de Día».

Dos. Se añade una nueva letra d) al apartado 3 del artículo 11 de la Orden de 3 de agosto de 2007, que tendrá la siguiente redacción:

«d) El Servicio de Ayuda a Domicilio o, en su defecto, la prestación económica vinculada a este servicio, en los casos en que se determine y con carácter complementario».

Tres. Se modifica la redacción del apartado 3 del artículo 17 de la Orden de 3 de agosto de 2007, que queda redactado como sigue:

«3. El importe de las prestaciones económicas, en cualquiera de sus modalidades, que resulten de la aplicación de lo dispuesto en esta Orden, no podrá ser inferior a la cuantía que a con-

tinuación se indica, para cada grado de dependencia, reconocido a la persona beneficiaria:

GRADO	% cuantía PNC vigente
III (Niveles 1 y 2)	100%
II (Nivel 2)	75%.

Cuatro. Se elimina del apartado 4 del artículo 17 de la Orden de 3 de agosto de 2007 la referencia a «las prestaciones económicas vinculadas al servicio».

Cinco. Se añade un nuevo apartado al artículo 17 de la Orden de 3 de agosto de 2007, que queda redactado como sigue:

«5. Para la determinación de la cuantía individual de las prestaciones económicas vinculadas al servicio se entenderá que la dedicación horaria de los cuidados corresponde a una dedicación completa con los efectos previstos en el apartado anterior, excepto en el caso del Servicio de Ayuda a Domicilio compatible con el Centro de Día, en el que la cuantía será el resultado de dividir el importe de la prestación económica, determinado anualmente por el Gobierno mediante Real Decreto, por el número de horas de intensidad mínima previsto para cada grado y nivel en el artículo 8.2 de la presente Orden y multiplicar por el número de horas del Servicio de Ayuda a Domicilio establecido en la resolución del Programa Individual de Atención».

Seis. Se modifica la redacción del apartado 3 del artículo 18 de la Orden de 3 de agosto de 2007, que queda redactado como sigue:

«3. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará siempre que en la fecha prevista para la efectividad se reúnan los requisitos establecidos para cada prestación económica. En caso contrario, los efectos económicos se producirán a partir del día primero del mes en que concurren los mismos».

