

**OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA**

*Profesora Colaboradora Doctora. Universidad de Jaén*

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Catedrático de Universidad. Universidad de Jaén*

**Extracto:**

El año pasado se firmó, por el Gobierno y los Interlocutores Sociales, la denominada «Declaración para el Diálogo Social 2004», intitulada «*Competitividad, empleo estable y cohesión social*». En su virtud, el Gobierno, elevando sin duda el «precio» de los acuerdos, se comprometió a no realizar reforma alguna del mercado de trabajo que no contara con el visto bueno de Sindicatos y Organizaciones empresariales. Este documento, y otros posteriores ligados a él, como Informes de Expertos, marcaban un nuevo y muy ambicioso proceso de reformas pactadas a lo largo de toda la Legislatura. Uno de los ejes de este «programa de reformas laborales negociadas» era el evitar su «parcelación», típica en otras fases, para establecer una reforma planificada y sistemática del entero sistema de relaciones de empleo y trabajo.

No obstante, los primeros «frutos» de ese Proyecto pactado de cambios, y a la espera de la «Gran Reforma Laboral» –que hoy se hace esperar e incluso se vislumbra incierta–, ya se han producido. Así, en el marco de este proceso reformista, Gobierno e Interlocutores Sociales han consensuado una norma de tanta relevancia como la Ley 14/2005, de reintroducción de la disposición adicional 10.ª al Estatuto de los Trabajadores (ET), relativa a las cláusulas de «jubilación forzosa». O el texto del Reglamento con el que se desarrollará el procedimiento de extensión de los convenios colectivos regulados en el artículo 92.2 del ET (RD 718/2005), que persigue facilitar la cobertura convencional a medio millón de trabajadores, de los más de dos millones que hay, sin convenio propio. También se han promulgado diversas reformas del marco regulador de la prevención de riesgos laborales que traducen, con mayor o menor exactitud y eficacia, los acuerdos alcanzados en la Mesa de Diálogo Social para la Negociación Colectiva (RRDD 688 y 689/2005). Finalmente, tanto el ámbito de las políticas de empleo en general, como de las políticas de inmigración económica en particular, han sido objeto de diferentes reformas y desarrollos que conllevan importantes novedades para la práctica jurídica y de la gestión empresarial.

Pues bien, los autores de este trabajo ofrecen un estudio de conjunto de todas ellas, teniendo como referencia temporal abril-octubre de 2005. A tal fin, una vez más, a la descripción de los principales contenidos de las diferentes regulaciones, con esbozo de los más relevantes problemas prácticos, le sigue el avistamiento de las soluciones que, con mayor refrendo teórico, permitan una mejor respuesta técnica y práctica.

---

## Sumario:

---

1. Introducción.
2. Principales novedades en el ámbito de las relaciones laborales.
  - 2.1. El Estatuto de los Trabajadores recupera su disposición adicional 10.<sup>a</sup>: la autonomía colectiva le gana la partida a la jurisprudencia.
    - 2.1.1. Derecho al trabajo *versus* derecho a una oportunidad incierta de empleo: condiciones de legitimidad de las cláusulas convencionales de «jubilación forzosa».
    - 2.1.2. El polémico régimen transitorio: ¿puede la ley «convalidar» cláusulas discriminatorias?
    - 2.1.3. Reflexión final.
  - 2.2. En materia de regulación colectiva de las condiciones de trabajo: el procedimiento de extensión de convenios colectivos.
    - 2.2.1. Introducción.
    - 2.2.2. Principales novedades introducidas por el Real Decreto 718/2005.
    - 2.2.3. Tramitación del procedimiento administrativo de extensión.
    - 2.2.4. Vigencia o derogación del principio de no afectación entre convenios.
    - 2.2.5. Situaciones sobrevenidas con posterioridad a la extensión.
    - 2.2.6. Valoración final.
3. Las reformas en materia de regulación de la política de empleo.
  - 3.1. El principio de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: el Real Decreto 364/2005, relativo al cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva.
    - 3.1.1. Introducción.
    - 3.1.2. La cuota de reserva a favor de trabajadores minusválidos.
    - 3.1.3. El Real Decreto 364/2005 como confirmación de la falta de cumplimiento empresarial de la cuota de reserva.
    - 3.1.4. Una cuestión especialmente complicada: la determinación del número de trabajadores minusválidos a contratar.

- 3.1.5. El carácter excepcional de las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005.
- 3.1.6. A modo de conclusión.
- 3.2. El empleo a favor de la reinserción laboral de los reclusos: Real Decreto 868/2005, que aprueba el Estatuto del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.
  - 3.2.1. Introducción.
  - 3.2.2. Estructura normativa del Real Decreto 868/2005.
  - 3.2.3 Principales novedades reguladoras en materia de funciones.
  - 3.2.4. Composición del organismo «Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo».
- 3.3. La política de formación profesional: Real Decreto-Ley 7/2005, que modifica la Ley PGE/2005 en materia de financiación de la formación continua.
  - 3.3.1. Introducción.
  - 3.3.2. Las principales novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 7/2005.
  - 3.3.3. A modo de conclusión.
- 3.4. «Aviso a navegantes»: ¿para cuándo una Ley de Igualdad entre hombres y mujeres vencido ya el período de transposición de la Directiva Comunitaria?
- 3.5. En el ámbito del *Soft Law*: Comunicación de la Comisión sobre «Orientaciones integradas para el crecimiento y el empleo» (2005-2008).
- 4. Las reformas en materia de prevención de riesgos laborales.
  - 4.1. Una reforma necesaria pero insuficiente: la reordenación de la doble actividad preventiva de las MATEP.
    - 4.1.1. La «externalización» de la actividad preventiva de las MATEP como SPA: las Sociedades de Prevención (RD 688/2005).
    - 4.1.2. El control social de la actividad preventiva de las MATEP como entidades colaboradoras: el Consejo Tripartito de Seguimiento.
  - 4.2. La regulación de la actuación de los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales (RD 689/2005).
    - 4.2.1. La razón de ser del real decreto: fundamento y principios de ordenación.
    - 4.2.2. Los requisitos para acceder a la habilitación de los funcionarios públicos.

- 4.2.3. El ámbito funcional de los técnicos habilitados: facultades y deberes.
  - 4.2.4. La cuestión nodal: la coordinación de actividades entre los técnicos habilitados y el Inspector de Trabajo.
  - 4.2.5. Reflexión final.
- 4.3. Una legislación de «seguridad industrial» que no cesa: el Real Decreto 948/2005, por el que se modifica el Real Decreto 1254/1999.
- 4.3.1. Razones de la reforma: interacción de la seguridad industrial, medioambiental y laboral en el aluvión normativo de la UE.
  - 4.3.2. Principales novedades: el reforzamiento de los derechos de formación e información del personal, incluido el subcontratado.
5. La actualidad en materia de ordenación de la inmigración económica extranjera.
- 5.1. La inmigración económica extranjera como «cuestión social» exigida de una revisión permanente.
  - 5.2. Los principales desarrollos del Real Decreto 2393/2004, por el que se aprueba el «Reglamento de Extranjería».
    - 5.2.1. Balance provisional del proceso de normalización laboral: principales «incumplimientos» del régimen normativo.
    - 5.2.2. «Situación nacional de empleo» y Servicios Públicos: catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y certificación negativa.
    - 5.2.3. Se abre el tiempo de la normalización individual por arraigo socio-laboral: «instrucciones» aplicativas del artículo 45.2 del RLOExIS.
    - 5.2.4. Los desarrollos de la disposición adicional primera, punto 4 del RLOExIS: deportistas profesionales y reclusos empleados en talleres penitenciarios.
    - 5.2.5. La reforma reglamentaria del alta en Seguridad Social de los trabajadores extranjeros: ¿avance o involución?
  - 5.3. Una reforma legal declarativa: el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a todos los trabajadores extranjeros.
6. Reflexión final: la reforma que viene, si viene.

## 1. INTRODUCCIÓN

Estamos viviendo un momento en el que, una vez más, se ciernen negros nubarrones sobre el sentido, alcance y «suerte» de la anunciada nueva «Gran Reforma Laboral», primero por la lentitud, e incluso estancamiento del proceso de Diálogo Social a tal fin, después por la incomodidad de los Interlocutores Sociales con algunas de las propuestas realizadas por el Gobierno. No obstante, son infinitas, quizás demasiadas para ser verdaderamente creíbles a medio plazo –esta Legislatura–, los aspectos respecto de los cuales se nos ha «prometido» una reforma en profundidad, algunas de ellas con impacto de extraordinario relieve.

Pero, hasta el momento, nos encontramos fundamentalmente en una fase embrionaria, más de «trabajo», estudio, informe y negociación previos que de elaboración ni tan siquiera de «Proyectos de Ley». Ciertamente ya aparecen en la escena parlamentaria, en el Congreso de los Diputados, algunos Proyectos que evidencian un cambio de sentido y que auguran, en los términos en que permite la solución que se dé al celeberrimo «Proyecto de Estatuto Catalán» –por cierto, también con influencia clara en el ámbito de las relaciones laborales (inmigración) y protección social–, un cambio de signo o de rumbo, frente a una primera época –la mitad de la Legislatura prácticamente– poco pródiga en reformas laborales de fuste. La proliferación de Leyes sobre aspectos puntuales de la Seguridad Social parecen marcar una inflexión.

Ahora bien, en todo caso, esta tensa y ansiosa espera del nuevo aluvión de reformas no quiere decir que la «maquinaria» de regulación, legislativa y reglamentaria, haya estado parada ni que deje de producir incesantes reformas, cierto que de alcance muy desigual, en todos y cada uno de los sectores de lo que hoy integran el complejo Sistema de Relaciones de Empleo, Trabajo, Salud Laboral, Acción Sindical y Protección Social. Por eso, entendemos de utilidad hacer un repaso de las principales novedades normativas.

Naturalmente no pretendemos hacer aquí un estudio detenido de todas las reformas socio-laborales del año 2005. En la medida en que las más relevantes del primer trimestre del año ya se han comentado en estas páginas hemos entendido que no procedía volver, de momento, sobre esos temas, salvo en las estrictas novedades producidas –por ejemplo en materia de inmigración y su ordenación reglamentaria–. Por eso situamos el espacio temporal en abril-octubre de

2005. Asimismo, también hemos descartado las relativas a la Seguridad Social, en la medida en que han sido analizadas puntual, detenida y brillantemente en números inmediatamente anteriores de esta Revista.

Por lo tanto, el objeto de este completo, aunque no agotador, trabajo de comentario y análisis, se ordenará en torno a los cuatro grandes ámbitos del orden socio-ocupacional. A saber:

- Las reformas en el sistema de *relaciones laborales*, donde será objeto de especial atención la norma más importante de todas, sin duda, la Ley 14/2005, que «reintroduce» en nuestro ET la polémica disposición adicional 10.<sup>a</sup>, relativa a las cláusulas de jubilación forzosa.
- Las principales novedades en materia de *regulación de las políticas de empleo*.
- Las reformas en materia de *prevención de riesgos laborales*, tanto en el plano de la organización de los recursos preventivos «externos» –si bien sólo quedará referida en los trazos básicos, en cuanto objeto de comentario específico en el número de octubre de RTSS-CEF–, cuanto a los mecanismos de control –habilitación de técnicos autonómicos–, así como de determinados riesgos –seguridad industrial y ambiental relativa a sustancias peligrosas y accidentes graves–;
- Las novedades más relevantes en la regulación denominada «ordinaria» de la *inmigración económica extranjera*, sin perjuicio de hacer un mínimo balance de cómo va «jurídicamente» el proceso de normalización laboral.

## 2. PRINCIPALES NOVEDADES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

### 2.1. El Estatuto de los Trabajadores recupera su disposición adicional 10.<sup>a</sup>: la autonomía colectiva le gana la partida a la jurisprudencia.

*2.1.1. Derecho al trabajo versus derecho a una oportunidad incierta de empleo: condiciones de legitimidad de las cláusulas convencionales de «jubilación forzosa».*

Sin lugar a dudas, la reforma típicamente laboral más importante de lo que llevamos de Legislatura es la promulgación de la *Ley 14/2005, 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación*. Son muchas y enjundiosas las cuestiones relevantes, tanto para la configuración –teórica– del entero sistema de fuentes de las relaciones de trabajo como para la aplicación práctica de sus normas, que suscita esta ley. Su sencillez es sólo aparente, y la deficiente comprensión de su complejidad generará más inseguridad que

la que en principio pretende reestablecer o aportar. Es relevante pues se trata de una norma que incide en un aspecto tan determinante de las relaciones laborales, al afectar a miles de trabajadores, los que se jubilan a diario por aplicación del convenio.

Estas cuestiones las enunciamos, básicamente, del siguiente modo. A saber:

1) *Cuál es el verdadero fundamento normativo de la potestad convencional de establecer cláusulas extintivas del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación: ¿la Ley –el ET– o la Constitución –art. 37.1 en relación al art. 28 de la CE–?*

La cuestión no es nada teórica sino muy práctica, aunque pueda entenderse que carece de actualidad con esta reforma legislativa. La razón es fácil de entender: si mañana otro –o el mismo– Gobierno decide derogar de nuevo la disposición adicional 10.<sup>a</sup> del ET, ¿volveremos a encontrarnos con el mismo problema?

En términos técnicos se trata de dilucidar si estamos ante una ley con efectos constitutivos o puramente declarativos, en definitiva si es o no una «Ley habilitadora» de la negociación colectiva o simplemente una norma clarificadora o delimitadora de una competencia normativa ya atribuida *ex origine* por la CE a los sindicatos y empresarios. Hay básicamente dos lecturas posibles.

La primera, más radical, llevaría a entender que la derogación de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> por la Ley 12/2001, supuso efectivamente una «deshabilitación» o «desautorización» a la negociación colectiva para que, a partir de la misma, pudiera seguir estableciendo cláusulas de este tipo –posición sostenida por la muy discutida y discutible STS de 4 de marzo de 2004, que es la responsable de todo el «lío», en parte innecesario, generado al respecto–. Por lo tanto, lo que hace la Ley 14/2005 es volver a rehabilitar a la autonomía colectiva para fijar estas cláusulas, exigiéndole determinadas condiciones. La segunda, y más razonable, permitiría entender que la derogación sólo significaba una señal «desincentivadora» (SsTTSSJ País Vasco, 19 de febrero de 2002, Cataluña, 29 de octubre de 2002), una señal correctora, de las actuales prácticas en esta materia, que estaban significando una política síndico-empresarial de extinción indiscriminada, sin garantizar concretos objetivos de política de empleo, llamando a un mayor compromiso de los interlocutores sociales con estos objetivos, razón de ser de la Ley 12/2001. Pero el fundamento de esa posibilidad no estaría en la Ley, sino en la Constitución –y ahora en el propio Ordenamiento Comunitario–, de modo que la Ley ni puede «darla» ni «quitarla», lo que sí puede –y debe– es «condicionarla», regularla.

Como es conocido, todas ellas han tenido múltiples e ilustres seguidores, en sede doctrinal y sede judicial, en especial en los Tribunales de Suplicación, que son suficientemente conocidas y que no es el caso ahora volver a recordar. Ahora bien, a nuestro juicio, la tesis más adecuada a la decisión legislativa entonces, y a la actual, era –y es– la segunda, porque así deriva de sus propios términos. La Ley 12/2001 entendió la disposición adicional 10.<sup>a</sup> del ET no como «autorizante» o habilitadora sino como «estimuladora» de unas prácticas que, a su juicio, ya no son adecuadas, y por tanto habría que desincentivar su actual ejercicio «libre», de ahí que la derogara. El nuevo legislador parte del mismo fundamento, sólo que considera –porque se lo han pedido los interlocutores sociales– que sí debe aparecer expresamente, aunque condicionada.

En consecuencia, parecía evidente, a todas luces –o casi–, que *el problema no estaba en determinar si existía o no fundamento normativo suficiente para la potestad convencional extintiva, que era más que manifiesto que sí, sino cuáles eran sus límites concretos en el «actual» ordenamiento jurídico, donde muchos cambios se han producido, normativa y socio-económicamente*. Un planteamiento éste más razonable que, por cierto, no sólo fue ya señalado con rigor por la STCo. 21/1981 –SsTCo. 58/1985 y 95/1985–, para la que ninguna prohibición constitucional había a la negociación para incidir en el ejercicio de los derechos individuales, dentro de unos límites, sino con el más reciente Ordenamiento Comunitario –art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación–. Precisamente, la Ley 14/2005 tiene en cuenta o responde, «*como no puede ser de otra forma, tanto la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión... como las prescripciones de la Directiva*» (EM, II).

La cuestión tiene interés, como se ha dicho, porque permite introducir una seguridad jurídica real o plena, en cuanto que la fijación de las reglas de juego quedaría al margen de los vaivenes políticos y de estrictas decisiones legislativas. Desde luego que con ello no se desconoce en modo alguno el principio democrático que está ínsito en la actual preferencia de la Ley en el sistema, tan sólo se recuerda que estamos ante un tema de configuración de fuentes –además de lucha por el poder de regulación del mundo del trabajo– y que, como tal, está hoy informado y conformado por el orden constitucional y, ahora, también por el orden comunitario. El principio de legalidad material que preside el Estado Constitucional –y Comunitario– de Derecho hace de la Ley, como expresamente reconoce el artículo 37.1 de la CE, una garantía de derechos, algunos de rango fundamental, ya reconocidos por la CE –y la UE–.

A partir de la Ley 14/2005, ya no es posible negar el poder regulador originario con que cuentan los interlocutores sociales para establecer las cláusulas de jubilación forzosa mediante negociación colectiva. *Ni estamos ante una materia reservada a la Ley ni es constitucionalmente legítimo*, en un orden basado como eje cardinal en la autonomía colectiva, *que el Legislador pueda prohibir al convenio establecer, bajo ciertas condiciones y no de forma indiscriminada, estas cláusulas*.

La originaria prohibición normativa de negociar colectivamente edades de jubilación forzosa no puede en modo alguno ser «resucitada», ni directa –renacimiento de la norma que la estableció– ni indirectamente –resurgimiento de la jurisprudencia que la interpretó–, no ya sólo porque quedó definitivamente periclitada con la disposición adicional 5.<sup>a</sup> del ET, en su versión de 1980, sino porque, lisa y llanamente, es incompatible con el modelo constitucional de relaciones laborales instaurado desde 1978. Esta tesis es la que presupone la nueva inclusión, por Ley 14/2005, de una disposición adicional 10.<sup>a</sup> del ET que prevé el establecimiento de tales cláusulas. Ciertamente que no aparece suficientemente explicitada, como debería. Pero no menos cierto es que el carácter negociado que tiene, resultado del renovado Diálogo Social, la expresa invocación de la «fuerza vinculante» del artículo 37.1 de la CE, contenido esencial a su vez de la libertad sindical (art. 28 de la CE), y la identificación de la razón de ser no como norma habilitadora sino como norma restablezca la seguridad jurídica perdida, así lo avalan con nitidez.

2) Reconocida normativamente la potestad convencional extintiva, *cuáles son los límites jurídicos a su ejercicio y a quién corresponde establecerlos.*

De nuevo la trascendencia de esta cuestión no es sólo teórica, enmarcada nada menos que en la teoría de los límites al ejercicio de derechos constitucionales, incluso de rango fundamental –la libertad sindical en su dimensión normativa, la prohibición de discriminación en el ejercicio de la libertad individual de trabajar–, sino práctica, por cuanto que de su conformación en la Ley dependerá su propia validez. Asimismo, se derivan interesantes temas como los relativos a quién corresponde establecerlos, en el marco constitucional y comunitario. La ley se centra en la «política de empleo» como «contraprestación» a la «privación» del derecho individual a mantener el puesto de trabajo, exigiendo el respeto a «objetivos coherentes con la política de empleo». Ahora bien, ¿quién determina esa coherencia y, sobre todo, quién fija la «política de empleo»?

El más moderno enfoque aportado por la UE, al reforzar su ordenamiento de lucha contra cualquier tipo de discriminación y a favor de la igualdad de trato en las condiciones de trabajo –la normativa comunitaria identifica ambos derechos, nuestros Tribunales los diferencian (STCo. 39/2002; STS de 25 de julio de 2002)–, incluyendo el factor personal relativo a la edad, estaba llamado a incidir notablemente en la situación vigente. Los artículos 1 y 2.2 letra a) de la Directiva 2000/78/CE concretan una idea-fuerza del ordenamiento comunitario según la cual *«la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad del mismo»* (Considerando núm. 25). En consecuencia, queda claro que los eventuales límites a este derecho social fundamental, tanto comunitario como constitucional, por aplicación del artículo 14 de la CE, exigían una justificación especialmente precisa, exigente y proporcionada para cubrir el *test* de legitimidad, legal y jurisprudencial. Recuérdese que esta Directiva fue objeto de transposición por la Ley 62/2003 al Ordenamiento interno, y está hoy plenamente presente en los artículos 4 y 17 del ET.

A tal fin, el artículo 6.1 de la referida Directiva establece las condiciones necesarias para legitimar «excepciones» –interpretación restrictiva– al «principio general» de igualdad –de interpretación extensiva–. Conforme a su tenor, los Estados miembros *«podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios»*.

Este precepto no vincula sólo a los Estados miembros a la hora de realizar la correspondiente transposición. Como es lógico, también vincula a los interlocutores sociales. De ahí que, en coherencia con el protagonismo otorgado a éstos para la instrumentación de los objetivos comunitarios, se prevea el deber de los Convenios de respetar *«los requisitos mínimos establecidos en esta Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación»* (art. 13.2). Por lo que se descarta el reconocimiento, de cualquier suerte de «carta blanca» a la autonomía colectiva.

Como puede comprobarse con facilidad, este precepto no hace sino llevar a «palabra de Ley» –comunitaria– la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la materia, a su vez seguida por la jurisprudencia constitucional española. En ambos casos se trata de la recepción legislativa de los imperativos del *principio jurídico general de proporcionalidad* de las medidas adoptadas para excepcionar la efectividad de derechos fundamentales, como es el derecho a la igualdad de trato o, en su versión negativa, la prohibición de trato desigual injustificado objetivamente (STCo. 55/1996).

En última instancia, será legítimo el límite que, revelándose «*idóneo en relación con el fin*» perseguido, se muestre estrictamente *necesario, por tener los efectos más moderados respecto de otros «medios igualmente «útiles»* para conseguir aquel fin, por lo que *proporciona una adecuada ponderación entre los costes y beneficios* que genera el establecimiento y puesta en práctica de tal límite a un derecho fundamental<sup>1</sup>. Esto significa, aplicando la teoría a nuestro caso concreto, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa como medida de mejor o mayor reparto o redistribución de empleo entre ciudadanos ocupados y desocupados, que el ejercicio de esta potestad convencional será legítima siempre que:

- Sea idónea o adecuada para mejorar las tasas de empleo o, cuando menos, su calidad, o por lo menos el mantenimiento de aquéllas;
- Tenga efectos menos graves o restrictivos para el derecho al trabajo y a la no discriminación por razón de la edad, que los que podría tener otras medidas igualmente limitadoras o restrictivas;
- Genere realmente más beneficios o ventajas para los intereses generales o colectivos a que sirve –el incremento de las oportunidades de acceso al empleo de quienes no han tenido acceso a él todavía, o de quienes lo han perdido y quieren recuperarlo–, que el coste que supone los perjuicios que sufren los derechos afectados –el referido derecho individual a un ejercicio no discriminatorio por razón de la edad–.

En definitiva, no tenía el Legislador, pues, margen en orden a decidir si mantenía o no la misma redacción de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> del ET, antes de su derogación, por cuanto que la previsión de un ejercicio «libre», según el tenor literal de aquélla, choca de frente con las exigencias normativas comunitarias, ya traspuestas a nuestro Derecho. Cosa diferente, como veremos de inmediato, es que el Legislador siempre cuenta con un significativo margen de configuración de tales límites, así como de los derechos fundamentales cuyo ejercicio excepciona. Ahora bien, si esto sirve para las cláusulas reguladas a partir de la entrada en vigor de la norma legal, ¿no debería servir lo mismo, o en términos análogos, para las anteriores, puesto que los imperativos constitucionales y comunitarios que traduce ya estaban vigentes y efectivos antes de la Ley 14/2005?

<sup>1</sup> Vid. J. BARNES. «El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar». *Cuadernos de Derecho Público*. Núm. 5. 1998.

3) Aceptada esta configuración de la política de empleo como moneda de cambio para sacrificar la libertad individual del trabajador a mantener su trabajo más allá de la edad pensionable, *cabe plantearse si son suficientes o no las garantías que ofrece la nueva regulación legal para asegurar la efectividad de aquel límite* y, por tanto, para contribuir eficazmente a una política de más y mejor empleo.

Eso ha determinado que el Legislador, al reintroducir la disposición adicional 10.<sup>a</sup>, lo haya hecho con nuevos términos, precisando o concretando algo más –pero no en exceso, como se verá–, la doctrina constitucional, por lo que, aun siendo más una norma de clarificación o concreción que de innovación jurídica, no carece de relevancia reguladora o creadora. En este sentido, si las dos condiciones de legitimidad que pone a las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria se identifican en lo sustancial con la doctrina constitucional –SsTCo. 22/1981 y 58/1985–, no cabe duda de que el relativo a la política de empleo se delimita en términos más exigentes que lo hizo el Tribunal Constitucional (TCo.). Estas condiciones o presupuestos –uno cuantitativo, otro cualitativo– de legitimidad son:

- Que el trabajador cuyo contrato se va a extinguir tenga en ese momento asegurado el acceso a la pensión pública de jubilación, en su modalidad contributiva (requisito cuantitativo: garantiza una renta sustitutiva del salario que se deja de percibir con la terminación del contrato) <sup>2</sup>.
- Que se vincule la extinción «*a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo*» (requisito cualitativo).

Aunque el Legislador «lista» algunos de estos objetivos, está claro que no se trata de un catálogo cerrado, sino que, al contrario, su redacción abre la vía a las medidas y fines más diversos y heterogéneos, lo que, como atenderemos de inmediato, no deja de plantear dudas sobre su adecuación a las exigencias de la normativa comunitaria. En todo caso, lo que ahora importa destacar es que el Legislador actual no ha considerado ya atendible, como sí hiciera el Legislador estatutario, en sus diferentes versiones anteriores, la doctrina constitucional según la cual «*la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo*». Una limitación que estaría plenamente «justificada» básicamente por tres motivos, a juicio de la STCo. 22/1981:

- Su utilidad para hacer efectivos «*los derechos de los demás*» –los desempleados–.
- Se apoya «*en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país*».

<sup>2</sup> No ha faltado quien ha visto en este requisito la previsión de una suerte de indemnización compensatoria por la «pérdida» del derecho del que es titular, en términos sugeridos, aun salvando las distancias, por la indemnización del artículo 33 de la CE por «expropiación forzosa por razón de utilidad social». Esta idea estuvo latente en la intensa conflictividad suscitada por la «jubilación forzosa» de los funcionarios públicos, que ha dado origen a una amplia jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, Sala Contenciosa, en la que cabe apreciar cambios significativos de doctrina. Los perjuicios que puede conllevar esta privación del derecho a seguir trabajando en la empresa trataron de atajarse con diversas Enmiendas orientadas a garantizar el cobro de la pensión máxima, que finalmente no se aceptaron, dejando esta eventual mejora en manos, igualmente, de la negociación colectiva.

- Su «contribución al bienestar general –otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sindicales y Culturales–, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil».

A la vista de este razonamiento, ni en la lectura más voluntarista u optimista –por tanto política, no jurídica–, las cláusulas de jubilación forzosa por sí mismas podrían pasar el test de proporcionalidad o razonabilidad hoy exigido –y exigible– por la norma comunitaria. El legislador tenía que ir más allá. ¿Lo ha hecho? No cabe duda de que, al menos formalmente, o en un plano teórico, sí, pero no en el plano práctico, pues carece de mínimas garantías de efectividad de las condiciones exigidas.

En consecuencia, no está en condiciones de cambiar o provocar un cambio real de las malas prácticas acumuladas a lo largo de una experiencia de más de un cuarto de siglo, de uso intensivo de estas cláusulas –y de otras modalidades, más o menos «voluntarias», como la «jubilación anticipada» o las diversas vías de «prejubilación»<sup>3</sup>–. En realidad, la jubilación forzosa, medida extremadamente delicada y siempre muy discutida, ha contribuido más a la «productividad», «rentabilidad», y «modernización» empresarial que al crecimiento –reparto– del empleo, en cuyo ámbito sus efectos, aún por medir correcta y fiablemente, han sido –y serán– bastante escasos, por lo que ha de dudarse de que respete estrictamente el canon o test de la proporcionalidad.

A nuestro juicio, queda claro que esta visión, aparentemente coherente con el principio de efectividad de las garantías de proporcionalidad de las medidas limitadoras de derechos fundamentales, en modo alguno queda asegurada, ni tan siquiera resulta probable, con el tenor elegido para redactar la cláusula de excepción al principio de igualdad de trato por razón de la edad –o prohibición de trato desigual injustificado–. En efecto, al margen de notables deficiencias técnicas en la redacción de la norma legal –confunde «objetivos» o «fines» con «medios»<sup>4</sup>–, lo más relevante es que sus términos son tan imprecisos e indeterminados que otorga a los interlocutores sociales, titulares de la potestad convencional extintiva, un extremado margen de opciones reguladoras y de prácticas convencionales.

Las dudas apenas formuladas sobre la efectividad del límite establecido con la nueva disposición adicional 10.<sup>a</sup> del ET, y sobre todo sobre su eficacia para contribuir a una política coherente de empleo, no alcanzan a su validez, constitucional y comunitaria. Aunque había otras opciones que respetaban con mayor rigor las exigencias de ambos imperativos supraleales, la norma legal pasa, si quie-

<sup>3</sup> Buena prueba del caos hoy reinante en esta materia es que, por el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió intentó aprovechar la reforma para modificar globalmente el artículo 163 de la LGSS, aunque no prosperó finalmente, pues la aceptación en el texto aprobado por el Senado fue neutralizada por el rechazo en el Congreso.

<sup>4</sup> La redacción legal cita como «objetivos coherentes» de empleo «la mejora de la estabilidad en el empleo» y la «transformación de contratos temporales en indefinidos», cuando es obvio que ésta es una medida instrumental para alcanzar aquel objetivo. También incluye el «sostenimiento del empleo», esto es, el objetivo propio de las políticas de mantenimiento del empleo, y «la contratación de nuevos trabajadores», que es un medio o instrumento al servicio de la política de incremento o fomento del empleo. Finalmente, y como cláusula general en que cabe prácticamente todo, se admite cualquier otro objetivo –y medio, se entiende– que se dirija «a favorecer la calidad del empleo».

ra «por los pelos» o por la mínima, el test de legitimidad. Otra cosa será que, para cada convenio, haya que atender minuciosamente si el mandato legal, garantía de una suficiente adecuación entre medios y fines, se cumple, so pena de incurrir en una desigualdad de trato prohibida por razón de la edad.

En consecuencia, la práctica generada a partir de la entrada en vigor de esta ley nos permitirá, sin duda, evaluar con mayor rigor y precisión si las dudas o cautelas aquí advertidas se cumplen o si, al contrario, se alcanza una notable mejora de la práctica convencional hasta ahora seguida en esta materia, lo que por otro lado tampoco sería tan difícil, dada la permisividad existente hasta el momento y, por tanto, la libertad de determinación de tales compromisos. Quizás la negociación termine centrándose en la posibilidad, prevista en la letra b) de la disposición adicional 10.<sup>a</sup>, de pactar en convenio colectivo un período mayor de cotización al mínimo previsto para acceder a la pensión contributiva de jubilación, como ya ha sucedido en algún convenio colectivo, y se insistió en el trámite de Enmiendas del proceso legislativo. Con ello, una vez más simplemente se «monetarizaría» el «sacrificio» de un derecho individual fundamental. Los ejemplos suministrados en este escaso período de tiempo desde la entrada en vigor de la Ley 14/2005 no va desde luego en esa dirección.

En todo caso, lo cierto es que representa esta legislación un reforzamiento de la política convencional de empleo, que ha adquirido carta de naturaleza en un número relevante de convenios desde mediados de la década de los años 90, y que se evidencia como expresión cualificada de lo que hemos denominado «principio de socialización» de la política de empleo. Con ello queremos expresar un proceso, no siempre advertido, de creciente asunción de responsabilidades en la política de empleo, por los interlocutores sociales.

### 2.1.2. El polémico régimen transitorio: ¿puede la ley «convalidar» cláusulas discriminatorias?

Un cuarto problema relevante que suscita la norma puede plantearse como sigue: *qué validez jurídica tiene la cláusula de salvaguarda* de la disposición transitoria única de la Ley 14/2005, por la que pretende «sanarse» las cláusulas extintivas anteriores a la entrada en vigor de la ley.

En otros términos, ¿puede la ley conceder una suerte de «*amnistía laboral*» para los negociadores colectivos, de modo que se consideren válidas cláusulas convencionales que no respetan los límites legalmente fijados, actuando exigencias comunitarias y constitucionales, simplemente por ser anteriores a la ley y para evitar el extraordinario problema práctico que se generaría en la experiencia negociadora, y en el entero sistema al proliferar las demandas por despido improcedente, incluso despido nulo?

Esto es lo que en buena medida hace la disposición transitoria única de la Ley 14/2005, de 1 de julio, al establecer un régimen transitorio que, salvo para las situaciones que ya hayan adquirido firmeza jurídica –firmeza de la decisión judicial, prescripciones de acciones...–, quedarían «convalidadas» legalmente.

Conforme a esta disposición transitoria única, tales convenios quedarían excluidos de la exigencia relativa a la garantía de empleo, siempre que se asegure el acceso a la pensión contributiva por tener cubierto el período mínimo de carencia, así como los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social. Naturalmente, y por exigencias del principio de seguridad jurídica, esta previsión «no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor».

El principal problema que suscita esta disposición transitoria, no obstante su aparente simplicidad, tiene que ver con el análisis hecho más arriba sobre la indisponibilidad para el Legislador sobre determinados límites al ejercicio de derechos fundamentales. Hemos recordado la doctrina constitucional que otorga al Legislador un amplio margen de opción para «configurar» o «delimitar» el derecho, y por tanto sus «límites» de ejercicio, pero esta libertad no puede ser tan amplia como para eximir de cualquier exigencia, cuando la razón para ello es, o meramente cronológica –la entrada en vigor de la ley–, o puramente práctica –el impacto sobre los convenios precedentes que no contengan condición alguna en «contrapartida», directa o indirecta, a las cláusulas de jubilación forzosa–.

En efecto, hemos visto que la ley tiene más bien un efecto declarativo que constitutivo, sin perjuicio del margen de concreción, también relativo, que introduce respecto del régimen precedente a la derogación de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> del ET. Entonces, ¿puede declarar válidas unas cláusulas que, aún siendo incondicionadas, supongan una quiebra del derecho a la no discriminación por razón de la edad?

La ley así parece creerlo. Como lo creyó en su momento el Tribunal Supremo (TS). Para el Alto Tribunal las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> –2001– tenían amparo legal en dicha norma. Consecuentemente, su derogación no suponía la pérdida de vigencia de dichas cláusulas, no obstante incurrir en una inobservancia sobrevenida de normas imperativas, como son las relativas a las prohibiciones de cláusulas o prácticas discriminatorias o contrarias a la igualdad de trato. El argumento legal se situaría en la disposición transitoria segunda del CC, a tenor de la cual los «...*contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma*», mientras que la razón de fondo estribaría en que « *fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los Convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse*» (STS de 9 de marzo de 2004, FJ 7.º).

La cuestión que aquí se plantea no era –ni es– pacífica, antes al contrario, genera un extraordinario debate. Así, no faltaron, antes del pronunciamiento del TS, opiniones doctrinales y decisiones judiciales claramente contrarias a esta solución «permisiva». Para este sector crítico, las cláusulas convencionales vigentes devendrían, una vez perdida la autorización o habilitación legislativa, en nulas, por contravenir derechos fundamentales y normas imperativas o de Derecho necesario, tanto constitucionales como de orden comunitario (SsTTSSJ Castilla-La Mancha, 24 de abril de 2002 y Madrid, 17 de diciembre de 2002, sobre la doctrina STCo. 210/1990).

En esta misma dirección, se expresó el Voto particular que acompañó el Dictamen emitido por el Consejo Económico y Social al considerar que no se podía establecer «la retroactividad de la ley» convalidando cláusulas convencionales nulas. Pues, como tales, serían jurídicamente inexistentes, y, por lo tanto de imposible «sanación» legislativa. Alguna Enmienda presentada –por el Grupo Parlamentario Popular– durante su tramitación parlamentaria apuntaba en este sentido, de ahí su supresión en el texto aprobado por el Senado <sup>5</sup>, que sería finalmente rechazado por el Congreso.

El problema no es puramente teórico, sino que, como bien se comprende, tiene grandes efectos prácticos. Y ello en la medida en que podría amenazar la validez de un sinnúmero de cláusulas convencionales en las que no hubiese establecido ningún tipo de compromiso o garantía. Queda claro que el problema se plantearía respecto de las que fuesen incondicionadas puras, esto es, de los convenios en los que no podamos encontrar ni una sola regla relevante ligada a la política de empleo. Naturalmente esto plantea delicados problemas, en la medida en que es muy difícil hacer una depuración de un conjunto de fuentes colectivas tan elevado. En consecuencia, correspondería a cada sujeto en particular perjudicado impugnar la extinción individual amparada en una cláusula convencional de jubilación forzosa. La extinción en estos casos sería constitutiva no de un despido improcedente sino de un despido nulo, por ser contrario a la prohibición de discriminación por razón de la edad.

Por otra parte, debe traerse igualmente a colación el mandato del legislador comunitario al legislador nacional de disponer los medios necesarios para velar por que «*se declaren o puedan declararse nulas e inválidas, o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato, que figuren en los contratos o convenios colectivos...*» [art. 15 b) de la Directiva]. En consecuencia, ante tan contundente mandato, que abre una doble vía, nulidad o renegociación para ajustar las cláusulas eventualmente nulas a la nueva regulación «constitucional», sin contemplar ninguna posibilidad de régimen transitorio de exención o sanación, no pueden ser sólo razones de índole práctica las que determinen la solución final.

En este sentido, no nos cabe ninguna duda de que, desde el plano de la máxima efectividad de las normas constitucionales, la solución legislativa «convalidadora» no es la más respetuosa con el principio de igualdad de trato por razón de edad, pudiéndose haber alcanzado otras soluciones más respetuosas con esta coherencia material del sistema con los derechos fundamentales. Ahora bien, como es sabido, el principio de máxima efectividad del derecho no es el único canon o criterio que ha de regir la interpretación de las leyes, pues tampoco puede prescindirse del criterio interpretativo que establece el favor por la interpretación que, acorde con el orden jurídico, permita la conservación de la ley.

Desde esta perspectiva de lectura ponderada, en primer lugar, cabe concluir que todas las cláusulas convencionales de jubilación forzosa concluidas antes de la transposición de la normativa comunitaria –Ley 62/2003, MFAOS– gozarían de legitimidad, al menos desde el aval que

<sup>5</sup> Vid. BOCG. Senado Núm. II-22-d de 27-06-2005.

le presta la doctrina constitucional, que no ha puesto reparo alguno a estos pactos. La contraria opinión del TS respecto a la validez de las cláusulas concluidas después de la derogación, expresada en la analizada interpretación, quedaría neutralizada, o carecería de efectos invalidantes, en la medida en que no se ajusta al orden jurídico vigente, dada la potestad originaria de la autonomía colectiva siempre que se enmarcara en una política de empleo que contemplara la jubilación forzosa. Difícilmente podría prosperar una eventual, aunque improbable, Cuestión de Inconstitucionalidad, único mecanismo que tendría el TS para cuestionar la vigencia de esta disposición transitoria única, ante la constatada doctrina de la STCo. 22/1981, y las que le han seguido en este punto.

En cambio, y en segundo lugar, más difícil es alcanzar esta misma conclusión para las cláusulas firmadas con posterioridad a la vigencia en España de la Directiva Comunitaria. El riguroso juicio de proporcionalidad establecido en ella hace muy dudoso el ajuste. Y queda claro que ni la ley, ni el TCo., pueden disponer la «convalidación» o la «sanación» de normas que pueden chocar con imperativos de orden comunitario, dada la posición preferente de sus normas respecto de las internas.

Por supuesto, como antes se advirtió, esto no quiere decir que automáticamente todas las cláusulas de este tipo pactadas básicamente a partir de enero de 2004 –fecha de entrada en vigor de la normativa comunitaria en España (la Directiva establecía como fecha límite el 2 de diciembre de 2003, si bien prevé un plazo adicional de 3 años si los Estados optan expresamente por esa ampliación –art. 18–, lo que España no ha hecho)– tengan la espada de Damocles de la nulidad pendiente sobre ellas, por cuanto que un significativo número de convenios sí han establecido, si bien no como condición expresa de las cláusulas de jubilación, cláusulas relativas a los compromisos con los objetivos de empleo, por lo que en esos casos bastaría tal constatación para adecuarse a las mínimas exigencias del orden comunitario.

### 2.1.3. Reflexión final.

En un *Estado Constitucional* –y desde hace tiempo *Comunitario*– de *Derecho* la ley mantiene un papel preferente en la creación jurídica –de «normas» para el buen gobierno de las sociedades «civilizadas»–, pero desde luego no tiene ya el monopolio o la exclusividad en esta tarea. La regulación jurídica de cualquier aspecto de la realidad social es siempre el producto complejo, e inacabado, de una multiplicidad de «fuentes», tanto de origen legal cuanto extralegal, como son, especialmente en el ámbito de las relaciones laborales, los Tribunales –Jurisprudencia– (*Richterrecht* o *Derecho Judicial*) y la Autonomía Colectiva –Convenios– (Derecho Convencional). En consecuencia, la solución jurídica a cualquier problema práctico del mundo del trabajo –y de la realidad social en general–, nunca está en sí misma en los «textos» legislativos, sino en las «normas» que suceden, nunca preceden, la actividad interpretativa, en la que también tiene un papel destacable, la actividad del jurista científico –*Juristenrecht*–.

## **2.2. En materia de regulación colectiva de las condiciones de trabajo: el procedimiento de extensión de convenios colectivos.**

### *2.2.1. Introducción.*

La Ley 24/1999, de 6 de julio, vino como sabemos a modificar sustancialmente el artículo 92.2 del ET encargado de regular la extensión de los convenios colectivos, inspirado en el objetivo de evitar, en la medida de lo posible, los perjuicios que para trabajadores y empresarios venían derivándose de la imposibilidad de suscribir en su ámbito un convenio colectivo de los previstos en el Título III, debido a la ausencia de partes legitimadas para su suscripción.

En sintonía con la nueva regulación legal se hacía pues necesario la modificación de la norma de desarrollo del artículo 92.2 del ET, representada por el Real Decreto 572/1982, de 5 de marzo. Sin embargo, este último ha mantenido su vigencia durante más de cinco años, en todo aquello que no se oponía a la nueva regulación, lo que ha venido provocando no pocos problemas interpretativos <sup>6</sup>. «Razones de seguridad jurídica», como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto 718/2005, hacían pues necesaria la aprobación de una nueva norma reglamentaria que viniera a regular de manera completa el procedimiento de extensión administrativa de los convenios colectivos.

### *2.2.2. Principales novedades introducidas por el Real Decreto 718/2005.*

En el Real Decreto 718/2005 se aprecian una serie de novedades respecto del régimen anterior que pasamos a enunciar en este momento. A saber:

- En primer lugar, se reconoce la competencia para resolver el procedimiento de extensión, según el ámbito territorial en que éste vaya a desplegar sus efectos, al Ministerio de Trabajo o al órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas <sup>7</sup>, de acuerdo con las previsiones que en su día introdujo la Ley 24/1999, siguiendo la jurisprudencia del TCo. sobre el tema.
- En segundo lugar, se acota el espacio temporal para la tramitación del procedimiento administrativo de extensión, al plazo máximo legalmente establecido de tres meses de duración.

<sup>6</sup> En reiteradas ocasiones, nuestras organizaciones empresariales y sindicales más representativas han puesto de manifiesto la necesidad de dotar a este precepto estatutario de una nueva normativa de desarrollo acorde con la redacción con que la Ley 24/1999 había dotado al artículo 92.2 del ET. *Vid.* Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva de 2003, prorrogado para 2004 (BOE 24 de febrero de 2003).

<sup>7</sup> Así, será competencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales conocer y resolver las extensiones de convenios colectivos cuando el ámbito de la extensión abarque a todo el territorio nacional o al territorio de más de una Comunidad Autónoma, recayendo sobre la Comunidad Autónoma, la competencia para resolver aquellos procedimientos de extensión que circunscriban sus efectos a su correspondiente territorio o a ámbitos inferiores (art. 2 del RD).

- En tercer lugar, se establece la solicitud de informe preceptivo al órgano consultivo que resulte competente en cada caso, sobre la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 92.2 del ET. El órgano encargado de emitir este informe va a depender de quién sea el competente para resolver el procedimiento de extensión <sup>8</sup>.
- En cuarto lugar, se regula *ex novo* la renovación de la solicitud en el caso de sustitución del convenio colectivo extendido por un nuevo convenio colectivo (art. 10 del RD). De esta forma, trata de facilitarse el procedimiento de extensión cuando sobreviene esta circunstancia de sustitución del convenio extendido por un nuevo convenio, al objeto de facilitar que en todo momento exista una regulación convencional que evite la aparición de los perjuicios que tanto para empresarios como para trabajadores podrían derivarse en caso contrario.
- En quinto lugar, se regulan igualmente *ex novo* la posibilidad de que finalizada la vigencia inicial, no prorrogada, de un convenio colectivo que hubiera sido objeto de extensión, las partes legitimadas puedan solicitar la extensión de un convenio colectivo más acorde con la realidad sociolaboral de su ámbito, que vendrá de esta forma a sustituir al anterior (art. 11.2 del RD).
- Por último, se regulan con más precisión diversos aspectos del procedimiento como son entre otros, los relativos a los requisitos que han de concurrir para proceder a la extensión, la solicitud de informe a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas (art. 6 del RD), e igualmente se dota de mayor concreción el contenido de la resolución administrativa que ha de resolver el procedimiento (art. 9).

### 2.2.3. Tramitación del procedimiento administrativo de extensión.

Este procedimiento consta de varias fases:

Dará comienzo siempre a instancia de parte legitimada, que serán aquellos mismos sujetos que estén legitimados para promover la negociación colectiva conforme a los artículos 87.2 y 3 del ET (art. 3 del RD).

La solicitud debe formalizarse por escrito y dirigirse a la autoridad administrativa que resulte competente en cada caso, debiendo ir acompañada de la documentación que contempla el artículo 4.1 del Real Decreto, cuyo objetivo es acreditar que concurren los requisitos que la norma exige, en cuanto a legitimación de las partes, ausencia de convenio colectivo aplicable y existencia de perjuicios motivados por la ausencia de regulación convencional en los términos que establece el Título III del ET, en el ámbito concreto para el cual se solicita la extensión del convenio colectivo.

---

<sup>8</sup> Así, en los casos en que la tramitación corresponda al Ministerio de Trabajo, será competente la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, mientras que si dicha tramitación recae sobre los órganos correspondientes de una Comunidad Autónoma, podrá ser competente la misma Comisión o el órgano consultivo autonómico similar, en caso de existir éste (art. 7.2 del RD).

El Real Decreto 718/2005 ha dotado de mayores garantías de publicidad y de participación de los interesados en el desarrollo de este procedimiento, al prever el anuncio de su inicio en el Boletín Oficial correspondiente, según el ámbito territorial que vaya a quedar afectado por dicho procedimiento, así como en uno de los diarios que en ese mismo ámbito territorial, goce de mayor difusión (art. 4.2 del RD).

Durante la tramitación deberá solicitarse informe preceptivo a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o al órgano consultivo autonómico correspondiente sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para extender un convenio colectivo (art. 7 del RD). Dicho informe que deberá evacuarse en el plazo de 30 días, aparece dotado de la consideración de «determinante» en los términos previstos en el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que tiene la virtualidad de interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.

La autoridad laboral competente deberá resolver el expediente y notificar la resolución en el plazo de tres meses, computados desde la fecha en que la solicitud hubiera tenido entrada en el correspondiente registro o, en su caso, de su subsanación. Transcurrido este plazo sin resolución expresa, entra en juego el silencio administrativo negativo, por lo que se entenderá denegada dicha solicitud (art. 8 del RD).

En este sentido, nos parece poco acertado que se haya optado por introducir los efectos del silencio administrativo negativo ante la ausencia de notificación administrativa, lo cual creemos que puede provocar que queden vacías de contenido en la práctica, las mayores garantías que la nueva norma reglamentaria ha tratado de introducir en cuanto a la tramitación del procedimiento, estableciendo la necesidad de motivación, así como mediante el establecimiento de un período cierto para su tramitación y resolución. Junto a ello, debemos tener presente igualmente que la propia norma legal está exigiendo, como requisito para la procedencia de la extensión de convenios, la existencia de perjuicios ocasionados a empresarios y trabajadores, sin que del silencio administrativo sin más, quepa deducir que no se está produciendo en la práctica esta circunstancia. Por todo ello, nos parece que hubiera sido más ajustado a Derecho, revestir de efectos positivos este silencio administrativo.

Decidida la extensión de un convenio colectivo, este acto administrativo surtirá efectos, según el artículo 9 del Real Decreto 718/2005, desde la fecha de presentación de la solicitud hasta la finalización de la vigencia del convenio colectivo extendido, ya sea ésta inicial o prorrogada, circunstancia esta última por la cual debemos entender incluida tanto aquellos casos en que esta prórroga sobrevenga por falta de denuncia de las partes, como aquella en que se produce por las circunstancias del artículo 86.3 del ET.

#### *2.2.4. Vigencia o derogación del principio de no afectación entre convenios.*

El nuevo Real Decreto ha omitido la previsión que el derogado Real Decreto 572/1982 contenía en este punto tendente a garantizar la vida independiente del convenio colectivo extendido, respecto a las vicisitudes que pudieran afectar al mismo en su ámbito de aplicación original, de tal forma que no se vería afectado en su nuevo ámbito por las prórrogas ni denuncias que pudieran afectarle en aquél. A tenor de ello cabría preguntarnos si se ha desvanecido este principio de no afectación con la nueva regulación o si, por el contrario, debemos entender que el mismo continúa vigente.

En nuestra opinión, realizando una interpretación integradora tanto de la Ley 24/1999 como de su normativa de desarrollo, la respuesta no puede ser otra que mantener la vigencia del mismo, ya que se trata en todo momento de garantizar la existencia de regulación convencional, evitando los perjuicios que se derivarían para las partes en caso contrario, por lo que no tendría sentido condicionar la ansiada situación de paz laboral a las vicisitudes por las que pueda atravesar el convenio colectivo objeto de extensión en su original ámbito de aplicación.

En apoyo de esta afirmación basta traer a colación el artículo 10 del Real Decreto 718/2005 donde se introduce como novedad, respecto a la regulación anterior, una previsión que trata de facilitar el procedimiento de extensión en aquellos casos en que ha sido sustituido el convenio colectivo que fue objeto de extensión, por un nuevo convenio colectivo. En este caso bastará con que las partes legitimadas soliciten a la autoridad competente, en el plazo de un mes a partir de su publicación oficial del nuevo convenio colectivo, que se dicte una nueva resolución administrativa de extensión del nuevo convenio, siempre que «no se hayan modificado las circunstancias que dieron lugar a la extensión inicial».

Por tanto, queda claro que se trata de una facultad de las partes de solicitar la extensión del nuevo convenio colectivo, que éstas podrán ejercitar o no según les convenga, sin que resulten por ello afectadas por las situaciones de denuncia y pérdida de vigencia que han afectado al convenio colectivo en su ámbito original de aplicación.

Para estos casos incluso se facilita el procedimiento, ya que la resolución administrativa deberá únicamente pronunciarse motivadamente sobre si se han producido o no modificación de las circunstancias previstas en el artículo 92.2 del ET y en el artículo 1.2 del Real Decreto, cuya concurrencia motivaron la extensión inicial. Así mismo, se acorta el plazo para dictar esta resolución que será de un mes desde la fecha de solicitud<sup>9</sup>. Esta resolución aparece dotada de efectos retroactivos, comenzando los mismos a desplegarse desde la fecha de inicio de la vigencia del nuevo convenio extendido (art 10.1 del RD) –nueva garantía de vigencia de regulación convencional–.

#### *2.2.5. Situaciones sobrevenidas con posterioridad a la extensión.*

El Real Decreto 718/2005 se encarga de regular, como en su día hiciera su homónimo ya derogado, la posibilidad de cualquiera de las partes legitimadas de promover la negociación de un convenio colectivo estatutario propio, si durante la vigencia de la extensión se modificaran o desaparecieran las circunstancias que dieron lugar a la misma. Para ello bastará con comunicar tal decisión a la autoridad laboral competente, viniendo ahora la norma a especificar que la vigencia de la extensión no podrá ser alegada por la contraparte, como motivo para negarse a negociar (art. 11.1 del RD).

Ante estas circunstancias, el Real Decreto 718/2005 introduce una previsión tendente a garantizar el fin primordial que persigue la norma, que no es otro que la vigencia de regulación convencional, inspirado en el objetivo superior de mantenimiento de la paz laboral, de ahí que no se inte-

<sup>9</sup> Igualmente se reducen a la mitad los plazos establecidos para la emisión de los informes a que se refieren los artículos 6 y 7 del Real Decreto 718/2005.

rrumpa en estos casos la vigencia del convenio colectivo extendido hasta que no esté suscrito el nuevo convenio colectivo, se comunique así al órgano competente y éste dicte la oportuna resolución, que será finalmente la que deje sin efecto la extensión acordada en su día (art. 11.1 del RD).

Conectado con lo anterior, en cuanto que responde al mismo objetivo, el apartado 2.º del artículo 11 introduce como novedad la facultad de las partes legitimadas de solicitar al órgano administrativo competente, una vez finalizada la vigencia inicial, que no prorrogada, del convenio colectivo extendido, su sustitución por otro «más acorde con su realidad socio-laboral», manteniéndose igualmente vigentes durante la tramitación de esta solicitud los efectos de la extensión.

#### *2.2.6. Valoración final.*

En líneas generales, el nuevo Real Decreto 718/2005 no viene a modificar nada sustancial de la regulación anterior, tratándose de una norma básicamente procedimental, cuya finalidad es la de adecuar la norma reglamentaria a las modificaciones que en su día introdujo la Ley 24/1999.

Por tanto, no debemos esperar que con su única aplicación vayan a encontrar cobertura el importante número de trabajadores y empresas que aún en nuestros días carecen de regulación convencional aplicable, que en estos momentos oscila alrededor de los dos millones y medio. Tampoco el derogado Real Decreto 572/1982 produjo este efecto, y no existen motivos para pensar que el mismo pueda alcanzarse por el mero hecho de modificación de la norma reglamentaria <sup>10</sup>.

No obstante, lo que sí podemos afirmar es que el Real Decreto 718/2005 ha servido para introducir ciertas mejoras en el procedimiento de extensión de los convenios colectivos y que ha venido a aclarar ciertos aspectos oscuros del mismo, viniendo al mismo tiempo a crear ciertas dudas, que es necesario resolver mediante una interpretación sistemática del conjunto normativo.

### **3. LAS REFORMAS EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO**

#### **3.1. El principio de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: el Real Decreto 364/2005, relativo al cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva.**

##### *3.1.1. Introducción.*

En los últimos meses estamos asistiendo al intento del Ejecutivo de reavivar las posibilidades que el artículo del 17.2 del ET brinda para la realización de una política de empleo basa-

<sup>10</sup> En este sentido, baste con señalar que el número de expedientes de extensión administrativa de convenios colectivos ha sido siempre bastante modesto en relación con el colectivo de trabajadores sin cobertura negocial.

da en objetivos de calidad <sup>11</sup>. En efecto, el Gobierno ha hecho uso de la facultad que le confiere este precepto para establecer exclusiones, reservas o preferencias en el empleo para los colectivos más desfavorecidos, haciéndolo extensivo ahora al colectivo de la mujer <sup>12</sup>. Esta extensión de los efectos del artículo 17.2 del ET ha supuesto un hito importantísimo en la evolución de la institución de las reservas en el empleo que en nuestro caso, por aplicación de la doctrina tanto del Tribunal Europeo <sup>13</sup>, como del TCo. <sup>14</sup>, ha tenido tradicionalmente limitada su aplicación al colectivo de discapacitados.

Se trata como sabemos de un mecanismo que responde a las llamadas acciones positivas, técnica jurídica vinculada a la realización del principio de igualdad de oportunidades, de la que se vale el Derecho del Empleo para la realización práctica del principio de actuación selectiva que se encuentra en la base de su propia conformación, introduciendo con ello un factor de diferenciación en la contemplación de los distintos colectivos que aparecen como sus destinatarios.

### 3.1.2. *La cuota de reserva a favor de trabajadores minusválidos.*

Pese a que se reconocen los efectos positivos que este mecanismo puede conllevar en su aplicación práctica, lo cierto es que la evolución que la misma ha presentado en nuestro país, no podemos afirmar que haya resultado ni mucho menos pacífica. Su andadura arranca con la Ley 13/1982, de 7 de abril, que obliga a las empresas con 50 o más trabajadores, a contar entre su plantilla con al menos un 2 por 100 de trabajadores minusválidos. Ésta es la regla general y básica de la que debemos partir en el tratamiento del empleo de trabajadores minusválidos. Pero lo cierto es que esta regla general ha quedado reducida a una excepción en su aplicación.

En efecto, de poco ha servido que su incumplimiento se halle tipificado como falta grave en materia de empleo –art. 15.3 del RDLeg. 5/2000–, cuya sanción podrá variar entre un mínimo de 300,52 euros y un máximo de 3.005,06 euros. Lo cierto es que muchas empresas y lo que es aún más grave, la propia Administración <sup>15</sup>, siguen incumpliendo sistemáticamente esta cuota de reserva en

<sup>11</sup> APARICIO TOVAR, J. «Incentivos en materia de Seguridad Social a la contratación indefinida». *GS*. Sept. 1997. Págs. 41-46.

<sup>12</sup> *Vid.* Orden Pre/525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres (BOE 8 de marzo de 2005).

<sup>13</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia Comunitario de 17 de octubre de 1995 –Caso Kalanke–, de 11 de noviembre de 1997 –Caso Marshall–, y de 28 de marzo de 2000 –asunto Badeck–.

<sup>14</sup> *Vid.* por todas SSTCo. 128/1997, de 16 de julio, o 209/1994, de 3 de octubre.

<sup>15</sup> En este sentido, en el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, tras reconocer el «lamentable incumplimiento» de la Ley 30/1984 de Medidas para la reforma de la Función Pública, modificada por Ley 23/1988, estableció la obligación de reservar en las ofertas de empleo público un cupo no inferior al 5 por 100 de las plazas ofertadas para que sean ocupadas por minusválidos que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, con el fin de ir progresivamente dando cumplimiento a la obligación de reserva de un 2 por 100 del empleo a favor de este colectivo. Esta misma previsión ha sido estipulada por diversas Comunidades Autónomas respecto a sus respectivas Administraciones, como es el caso de Castilla-La Mancha, Navarra y Cataluña. *Vid.* CES. *Informe 4/2003 sobre la situación de las personas con discapacidad en España*. Madrid. 2004. pág. 112.

el empleo a favor de trabajadores minusválidos <sup>16</sup>. Ello arroja como resultado que la situación socio-laboral de las personas con discapacidad en nuestro país sea más que preocupante. Sólo un 24 por 100 de éstas en edad de trabajar logra acceder a un empleo remunerado, lo que representa la tasa de actividad más baja de toda Europa <sup>17</sup>.

Son muchas y muy variadas las causas que las organizaciones productivas tanto públicas <sup>18</sup> como privadas, han venido aludiendo como justificativas de esta falta de cumplimiento, que impedirían en la práctica la incorporación en ellas de trabajadores minusválidos, pero en todos los casos aparece como común denominador las dificultades a las que se enfrentan para encontrar trabajadores con minusvalía que se adapten a su normal funcionamiento.

Ante tales circunstancias y con el fin de garantizar el derecho al empleo que asiste a todas las personas como condición para el propio desarrollo de su personalidad, se han venido desarrollando dos medidas de política de empleo alternativas dirigidas a este colectivo:

En primer lugar, el establecimiento de una línea de ayuda económica dirigida a la bonificación de la contratación de trabajadores minusválidos y, en segundo lugar, el establecimiento de medidas alternativas para aquellas empresas que demuestren que no pueden dar cumplimiento a la regla general de reserva en el empleo a favor de este colectivo. Nuestro comentario se limita en este caso, al análisis y evolución de esta segunda vía, pues es en ella donde se han producido importantes novedades en el año 2005.

### *3.1.3. El Real Decreto 364/2005 como confirmación de la falta de cumplimiento empresarial de la cuota de reserva.*

El Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, ha venido a derogar al anterior Real Decreto 27/2000, tratando ahora de simplificar y agilizar los procedimientos para su aplicación, aunque sigue manteniendo gran parte de la anterior regulación.

La aparición del Real Decreto 364/2005 ha estado motivada tal y como admite la propia Exposición de Motivos, por las dificultades y disfunciones detectadas durante la vigencia de su antecesor el Real Decreto 27/2000, encargado de regular las medidas alternativas al cumplimiento de estas cuotas de reserva a favor de trabajadores discapacitados, circunstancias estas que venían a obstaculizar de hecho su aplicación, de ahí que se considerase necesario proceder a la simplificación y agilización de estos procedimientos alternativos.

<sup>16</sup> Vid. CC.OO.-UGT. *Propuestas unitarias para el diálogo social sobre el mercado de trabajo*. <http://www.ccoo.es/pdfs/1.06.05%20Propuesta%20unitaria%20MERCADO%20laboral.pdf>, págs. 24-25.

<sup>17</sup> Colectivo LOE. Informe: *La inserción sociolaboral de las personas con discapacidad*. La Caixa. 2003. <http://antiguo.cermi.es/documentos/descargar/LA%20CAIXA%202003.pdf>

<sup>18</sup> En el caso de la Administración este incumplimiento obedece en la mayoría de los casos a que en las convocatorias públicas no se respeta este porcentaje de reserva, unido al incremento que en esta sede viene registrando la contratación interna y eventual, en la cual no es necesario respetar esta cuota de reserva.

En este sentido, baste ahora con enunciar las principales modificaciones que el Real Decreto 364/2005 ha venido a introducir en el régimen anterior, las cuales trataremos de ir desglosando a lo largo de las páginas siguientes:

En primer lugar, se permite a las empresas que puedan alegar cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico para no cumplir con la obligación de reserva, siempre que acrediten dichas circunstancias a los Servicios Públicos de Empleo, mediante certificaciones o informes emitidos por entidades públicas o privadas de reconocida capacidad distintas de la empresa solicitante (art. 1.2 del RD).

En segundo lugar, la declaración de excepcionalidad necesaria para poder optar por la aplicación de alguna de las medidas alternativas que establece este real decreto, aparece limitada al número de vacantes para trabajadores con discapacidad que, tras la tramitación de la correspondiente oferta de empleo, haya resultado imposible cubrir (art. 1.3 del RD).

En tercer lugar, se amplía a tres años la validez de la declaración de excepcionalidad, que empezará a surtir efectos desde su resolución (art. 1.4 del RD).

En cuarto lugar, se modifica el importe anual de los contratos mercantiles o civiles que las empresas podrán suscribir con centros especiales de empleo, que pasa a tener como límite mínimo el triple del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) anual por cada trabajador discapacitado dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100. Esta modificación afecta igualmente al importe anual de las donaciones y acciones de patrocinio con fundaciones y asociaciones de utilidad pública, que pasa a quedar fijado como mínimo en 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100 (art. 2.2) <sup>19</sup>.

En quinto lugar, se dota de mayor concreción los requisitos que han de concurrir para la solicitud de la declaración de excepcionalidad y poder así acogerse a alguna de las medidas alternativas que establece la norma (art. 3).

Finalmente, otra de las novedades hace referencia a las competencias que se les confieren ahora a los Servicios Públicos de Empleo para realizar el seguimiento del cumplimiento de la adopción de las medidas (art. 5 del RD). El propio Real Decreto 364/2005 en su artículo 6 se encarga de concretar a quién va a corresponder esta competencia, así como la de dictar las resoluciones oportunas, atribuyéndola al Servicio Público de Empleo Estatal o a los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos en función del territorio donde se encuentre ubicada la empresa, introduciendo a su vez ciertas aclaraciones necesarias ante determinados supuestos.

---

<sup>19</sup> Esta medida era una de las cuestiones recogidas en el acuerdo firmado entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) para la mejora del empleo de las personas con discapacidad, que todavía no había encontrado traducción legal.

### *3.1.4. Una cuestión especialmente complicada: la determinación del número de trabajadores minusválidos a contratar.*

El primer problema surge a la hora de determinar cuál será el número de trabajadores con discapacidad que deba contratar cada empresa para dar cumplimiento a la obligación legal de reserva de empleo. Para ello contamos en principio con una norma que trata de especificarnos cuáles son los parámetros para realizar este cálculo, en función del número de trabajadores con que cuente la empresa en la totalidad de sus centros de trabajo. Se trata de la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005 bajo el título «Cuantificación de la obligación de reserva». Sin embargo, la deficiente redacción con que aparece dotada la misma dificulta en la práctica el cumplimiento de esta obligación legal por parte de las empresas. En este sentido, resulta criticable que no se haya aprovechado el procedimiento de reforma para dar por zanjadas las dudas interpretativas que esta regla venía ya suscitando en la redacción del derogado Real Decreto 27/2000.

Estos parámetros son los siguientes:

El período de referencia que habrá que analizar será el de los 12 meses inmediatamente anteriores, en el cual habrá que determinar cuántos trabajadores prestan sus servicios en la empresa, computándose de la siguiente manera:

- Cada trabajador con contrato indefinido, ya sea a tiempo parcial o a jornada completa, computará como uno.
- Cada trabajador con contrato de duración determinada cuya duración sea superior al año, tendrá la misma consideración a estos efectos que la de los trabajadores con contrato indefinido, por tanto computará como uno.
- Los contratos por término de hasta un año, con independencia de si son indefinidos o eventuales, se computarán por fracciones de 200 días cotizados. Para ello habrá que sumar los días cotizados por dichos trabajadores en el período de referencia, y dividir el resultado que obtengamos entre 200. Con ello obtendremos el número de trabajadores que habremos de computar, siempre y cuando dicho número no exceda de los trabajadores tenidos en cuenta para el cálculo, ya que en caso contrario habremos de considerar este último.

### *3.1.5. El carácter excepcional de las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005.*

Como venimos poniendo de manifiesto, las dificultades evidenciadas para la aplicación de la cuota de reserva a favor de los trabajadores minusválidos, han dado pie al establecimiento de medidas alternativas reguladas en el Real Decreto 364/2005. Esta posibilidad está contemplada como excepción a la regla general de reserva de cuota de empleo a favor de trabajadores minusválidos, por lo que previamente a su adopción, la empresa deberá haber obtenido el correspondiente certificado de excepcionalidad de la entidad laboral competente.

La obtención de este certificado deberá fundamentarse en una de las siguientes circunstancias:

En primer lugar, derivado de la imposibilidad de contratar a trabajadores minusválidos, bien sea a través de una oferta pública de empleo, o bien a través de agencia de empleo, estableciéndose en este último supuesto la obligación de dicha agencia de informar a la entidad laboral correspondiente, quien una vez comprobada la fehaciencia de la imposibilidad, será la encargada de conceder el correspondiente certificado de excepcionalidad, que surtirá efectos únicamente respecto del puesto de trabajo solicitado.

En segundo lugar, se permite ahora que la excepcionalidad pueda estar basada en razones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico concurrentes en la empresa o el sector al que pertenece la misma.

En ambos casos, la Administración laboral competente cuenta con un plazo máximo de 2 meses, para emitir su resolución, transcurridos los cuales, se entenderá concedida la circunstancia de excepcionalidad, por operar en este caso el silencio administrativo positivo. La validez de este certificado se extenderá durante un plazo de 3 años a partir de su concesión.

Una vez obtenida ésta, la empresa quedará exenta total o parcialmente, según las circunstancias concurrentes en cada caso, de la obligación de reserva.

Llega entonces el momento de decidir entre las diferentes medidas que prevé el Real Decreto 364/2005, por cuál optamos como alternativa a la cuota de reserva del 2 por 100. Son varias las posibilidades:

- En primer lugar, la empresa puede optar por la realización de un contrato mercantil o civil, bien con un centro especial de empleo, o bien con trabajadores autónomos con discapacidad, por el cual se materialice el suministro de materias primas o equipamientos necesarios para el funcionamiento normal de la empresa o para la realización de servicios ajenos y accesorios a su actividad normal.

El importe anual de estos contratos deberá ser como mínimo, el equivalente al triple del IPREM anual, por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar <sup>20</sup>.

- Una segunda posibilidad consiste en la realización de donaciones y acciones de patrocinio de carácter económico, a fundaciones y asociaciones de utilidad pública, cuyo objeto social sea entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o creación de empleo en favor de las personas discapacitadas.

En el caso de las donaciones el importe de la misma será como mínimo de 1,5 veces el IPREM, o lo que es lo mismo, para este año 2005, será como mínimo de 8.456,40 euros por cada trabajador minusválido dejado de contratar <sup>21</sup>.

<sup>20</sup> El valor fijado para el IPREM durante este año 2005 es de 5.637,60, lo que supondrá una facturación mínima de 16.912,80 euros por cada trabajador minusválido, como cumplimiento del mencionado contrato mercantil o civil.

<sup>21</sup> Debemos tener en cuenta, que esta donación supondrá para las empresas una deducción de la cuota íntegra del impuesto de sociedades del 35 por 100 de la misma.

En la práctica, debemos tener en cuenta que, aunque la cuantía de la donación es netamente inferior al importe anual del contrato mercantil, la misma representa una mera liberalidad sin contraprestación alguna a cargo del beneficiario. En cambio, de optar por la primera de estas alternativas, recibirán como contraprestación el servicio o equipamiento contratado, por lo que esta opción puede resultar finalmente más rentable para las empresas <sup>22</sup>.

- La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, aparece también entre estas posibilidades <sup>23</sup>.

### 3.1.6. A modo de conclusión.

Este real decreto supone básicamente un esfuerzo por clarificar y facilitar las vías de cumplimiento alternativo de la cuota de reserva a favor de trabajadores discapacitados. Se acepta sin duda que el cumplimiento en sus propios términos de esa obligación de reserva plantea con mucha frecuencia dificultades casi insalvables para las empresas, incluso aunque éstas tengan una clara voluntad de observar la norma.

En otras ocasiones no está tan clara esta voluntad y en estos casos, el mantenimiento de estas situaciones de incumplimiento sistemático de la cuota de reserva obedece al deficiente funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo y a la falta de intervención de la Inspección de Trabajo <sup>24</sup>. Pese a ello, durante el último semestre del pasado año fueron sancionadas en España 94 empresas por haber incumplido la normativa de integración laboral de personas con discapacidad, de un total de 951 Inspecciones de Trabajo realizadas, cifra que las organizaciones representativas de este colectivo consideran abiertamente insuficiente, dado el alto grado de incumplimiento que afecta a esta obligación empresarial <sup>25</sup>.

Lo que resulta demostrado es que la fórmula de reserva en el empleo a favor de estos trabajadores está teniendo una incidencia práctica muy inferior del potencial que encierra la misma. El CERMI ha venido solicitando reiteradamente a la Administración, como medida de presión para el cumplimiento de estas cuotas de reserva, que no se permita a las empresas incumplidoras participar en los concursos públicos y que tampoco puedan resultar beneficiarias de subvenciones. Pero lo cierto es que, por el momento, estas reclamaciones no han tenido acogida.

<sup>22</sup> Asimismo, debemos tener presente que en ambos casos el montante económico resultante de la medida alterativa por la que opte el empresario será exigible en su integridad, mientras que en el caso de la cuota de reserva podrá jugar a su favor el redondeo de los decimales. *Vid.* PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. «A cerca de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad».

<sup>23</sup> *Vid.* VILLAR CAÑADA I. M.<sup>a</sup>. «Los enclaves laborales». En AA.VV. (coord.: C. MOLINA NAVARRETE). *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*. Págs. 441-453.

<sup>24</sup> CES. Informe 4/2003 sobre la situación de las personas con discapacidad en España. *Op. cit.* Pág. 120.

<sup>25</sup> Fuente: Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo: <http://ania.eurosur.org/noticia.php3?id=11295>

Tampoco podemos obviar el riesgo de que la aplicación poco rigurosa de las medidas alternativas acabe repercutiendo en el fomento del empleo protegido para los trabajadores discapacitados, defraudando con ello el fin último al que deben tender las normas surgidas en este ámbito, que no es otro que el de lograr su inserción en el mercado de trabajo normalizado.

Deberíamos, por tanto, aprender de la experiencia y velar por que la extensión de este mecanismo de reserva a favor de otros colectivos que se ha producido recientemente en nuestro país no suponga al mismo tiempo la extensión de las dificultades que vienen impidiendo su cumplimiento.

### **3.2. El empleo a favor de la reinserción laboral de los reclusos: Real Decreto 868/2005, que aprueba el Estatuto del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.**

#### *3.2.1. Introducción.*

Tomando como fundamento el artículo 25 de la CE, ha surgido en nuestro panorama de política de empleo el Real Decreto 868/2005, de 15 de julio <sup>26</sup>, por el que se aprueba el Estatuto del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo. Éste procede en realidad del anterior organismo denominado Trabajo y Prestaciones Penitenciarias que se encontraba regulado en el Real Decreto 326/1995, de 3 de marzo <sup>27</sup>, el cual ha sido derogado en su vigencia, siendo sustituido por el citado Real Decreto 868/2005.

El propio cambio de denominación operado sobre el organismo es por sí solo suficientemente significativo de la tendencia a la que responde este cambio normativo, pues más allá de la necesidad de adaptación a la nueva legislación que ha venido apareciendo en esta materia con posterioridad a 1995 <sup>28</sup>, el nuevo real decreto se inserta plenamente en la marcada línea de tendencia que, alentada por las propias instituciones comunitarias, orienta al Derecho del Empleo en nuestros días, que no es otra que la de lograr la mayor activación posible de la política de empleo, abandonando las actuaciones puramente pasivas o protectoras que en otro tiempo representaron el principal escenario en que se desarrollaba ésta.

En este caso, este proceso de activación va a afectar a la población reclusa de nuestro país que logra acceder a una ocupación en alguno de los talleres existentes en los centros penitenciarios dependientes de la Administración del Estado, lo que representa en la actualidad un 20,58 por 100 de los 52.618 reclusos existentes, o lo que es lo mismo, a un total de 10.831 presos <sup>29</sup>.

<sup>26</sup> BOE de 25 de julio de 2005.

<sup>27</sup> BOE de 13 de marzo de 1995.

<sup>28</sup> Entre otros, el Real Decreto 1599/2004, de 2 de julio, encargado de desarrollar la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, el cual había variado el cuadro de competencias que tradicionalmente correspondían a este organismo, al atribuir algunas de éstas a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria.

<sup>29</sup> Fuente: *El Diario Montañés*.

<http://servicios.eldiariomontanes.es/pg050828/prensa/noticias/Cantabria/200508/28/DMO-REG-039.html>

### 3.2.2. Estructura normativa del Real Decreto 868/2005.

El Real Decreto 868/2005 consta de una estructura bastante simple, compuesta por un artículo único destinado a la aprobación del nuevo estatuto con que va a contar el organismo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, el cual se hace acompañar como anexo a la norma.

Junto a este artículo figuran tres disposiciones adicionales, de las cuales las dos primeras aparecen dedicadas a la integración, composición y funciones de la Comisión de Asistencia Social, extremos de cuya regulación se encargaba anteriormente el Real Decreto 326/1995 en su articulado. La tercera disposición adicional proclama el principio de indemnidad de las cuentas públicas, tratando de garantizar que no queden afectadas por la aplicación del nuevo real decreto.

Su estructura se completa con una disposición transitoria que viene a garantizar el mantenimiento de los puestos de trabajo y percibo de las correspondientes retribuciones del personal que se ha visto afectado por la reestructuración orgánica y competencial operada sobre el organismo autónomo, en tanto en cuanto no se aprueben las nuevas relaciones de puestos de trabajo adaptadas a la nueva situación creada y se proceda a las correspondientes adaptaciones presupuestarias.

La estructura del Real Decreto 868/2005 se cierra con una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales, donde se autoriza al Ministerio del Interior para el desarrollo de la norma, se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para acordar las modificaciones presupuestarias y habilitaciones de créditos que exija el cumplimiento de lo previsto en este real decreto, con el límite establecido por la disposición adicional 3.<sup>a</sup> debemos entender, y se acuerda la entrada en vigor de la norma al día siguiente de su publicación oficial, respectivamente.

### 3.2.3. Principales novedades reguladoras en materia de funciones.

La norma objeto de este comentario mantiene una gran similitud con el anterior Real Decreto 326/1995<sup>30</sup>. Las principales novedades por tanto, debemos buscarlas en el anexo que acompaña a la misma, dedicado como está a recoger el Estatuto del que aparece dotado el organismo autónomo «Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo». En este sentido, ya en la propia delimitación de su objeto, encontramos notables diferencias respecto al régimen anterior, donde aparecía delimitado de forma bastante más amplia<sup>31</sup> de la que enuncia ahora el artículo 1.2 del Real Decreto, «la promoción, organización y control del trabajo productivo y la formación para el empleo de los reclusos en los centros penitenciarios».

<sup>30</sup> Las únicas novedades que introduce hacen referencia a la composición con que aparece dotada la Comisión de Asistencia Social, de la que desaparece la figura del vicepresidente y se introduce como novedad un representante de la Federación Española de Municipios y Provincias [DA 2.<sup>a</sup> d)]. Igualmente se producen modificaciones en cuanto a quién va a corresponder ahora ejercer la Secretaría de dicha Comisión, función esta que pasa a ser desempeñada por el Subdirector General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, mientras que en la regulación anterior correspondía al Gerente.

<sup>31</sup> Así el artículo 1.2 del derogado Real Decreto 326/1995 abarcaba la promoción, organización y desarrollo de la educación, cultura, deporte y trabajo en los centros penitenciarios, así como la asistencia social de los reclusos, liberados condicionales y sus familias.

De esta forma, se advierte claramente el proceso de activación en el que, como hemos indicado, se inserta esta normativa, en cuanto que la formación del recluso aparece ahora orientada hacia el logro de su futura inserción en el mercado de trabajo normalizado, una vez que abandone la institución penitenciaria, con la consiguiente pérdida de valor que de ello se hace derivar para la cultura, la educación y el deporte en sí mismos, si no van orientados al fin último de la inserción laboral del recluso.

Como garantía para la correcta consecución de los objetivos perseguidos, el apartado quinto del artículo 1 de la norma encomienda, ahora como novedad respecto a la regulación anterior, competencias de evaluación de las actuaciones del organismo al Ministerio del Interior, al que atribuye igualmente la dirección estratégica y el control de los resultados de su actividad, a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Semejante previsión responde a la línea general que desde instancias europeas viene recomendándose, en orden a la necesidad de someter a evaluación los programas de política de empleo, a lo que las distintas Administraciones vienen respondiendo introduciendo en la mayoría de los casos, procedimientos de evaluación interna, como ocurre en este supuesto, con una casi absoluta dejación de la evaluación externa, garantía de una mayor independencia y veracidad en los resultados.

De nuevo en el artículo 2 del Real Decreto 868/2005 en lo relativo a las funciones con que aparece dotado ahora el organismo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, encontramos modificaciones respecto a la regulación anterior que responden al proceso de activación de la política de empleo que venimos poniendo de manifiesto. Así, las amplias facultades que la anterior regulación atribuía a este organismo y que le habilitaban para promover cualesquiera actividades que vinieran a redundar en el desarrollo de la personalidad de los internos<sup>32</sup>, se ve ahora drásticamente reducido por aquellas encaminadas a la «formación para el empleo de los internos en centros penitenciarios» –art. 2 d)–.

Inspirado en el mismo fin de activación, se incorpora en dicho artículo una nueva facultad consistente en el «impulso y la coordinación de cuantas líneas de actividad se desarrollen desde la Administración penitenciaria en materia de preparación y/o acompañamiento para la inserción sociolaboral» –art. 2 f)–, al tiempo que se elimina la anterior función que este organismo tenía atribuida tendente a proporcionar asistencia social a los reclusos, liberados condicionales, así como a sus familiares<sup>33</sup>.

#### 3.2.4. Composición del organismo «Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo».

La nueva regulación ha venido a simplificar la estructura con que aparecía dotado el anterior «Trabajo y Prestaciones Penitenciarias», que ahora pasa a estar conformado por el Presidente, Consejo de Administración y el Gerente. En ella desaparece por tanto la figura del vicepresidente, que en rea-

<sup>32</sup> Así el anterior Real Decreto 326/1995 atribuía en su artículo 2.4 al organismo autónomo, la promoción de formación, educación y cualquier otra actividad tendente al desarrollo de la personalidad de los internos en centros penitenciarios y de los liberados condicionales, así como la promoción de actividades culturales y deportivas.

<sup>33</sup> En efecto, el anterior artículo 2.5 encomendaba a Trabajo y Prestaciones Penitenciarias «La asistencia social de los reclusos, de los liberados condicionales y de los familiares, así como la tutela, seguimiento y control de los liberados condicionales y la elaboración de los informes que sobre los mismos requieran las autoridades judiciales correspondientes».

lidad no tenía una relevancia especial, más allá que la de coordinar las actuaciones bajo la dirección superior del presidente y sustituir a éste en caso de vacante, enfermedad o ausencia, funciones estas que ahora aparecen encomendadas al gerente –art. 6.2 del RD–.

El Director General de Instituciones Penitenciarias hará ahora las veces de Presidente del organismo, mientras que en el Real Decreto 326/1995 éste desempeñaba la vicepresidencia. Sus funciones son ahora las mismas que le venían correspondiendo en la anterior regulación, a la que se le ha añadido la referente a rendir cuentas al Tribunal de Cuentas, de acuerdo con la normativa presupuestaria –art. 5 del RD 868/2005–.

En cuanto al Consejo de Administración mantiene en esencia su misma estructura y funciones, a las que se le añaden las relativas a determinar anualmente el módulo retributivo de los internos que realicen trabajos productivos en los talleres penitenciarios y la de aprobar anualmente el inventario de bienes y derechos, tanto propios como adscritos, excepto los de carácter fungible –art. 7 d) y e) respectivamente–.

Por lo que respecta a la figura del Gerente es posible observar, en cuanto a sus atribuciones, la misma línea de tendencia que venimos poniendo de manifiesto a lo largo de este comentario, relativa a la instrumentación que presenta ahora la formación de la población reclusa a los fines de su inserción en el empleo. En concreto en esta ocasión, su anterior atribución consistente en «la dirección y gestión de la acción formativa, educativa, cultural, deportiva y de asistencia social a reclusos, liberados y ex-reclusos», se ve ahora reducida a la mera «dirección y gestión de la acción formativa para el empleo de los reclusos».

### **3.3. La política de formación profesional: Real Decreto-Ley 7/2005, que modifica la Ley PGE/2005 en materia de financiación de la formación continua.**

#### *3.3.1. Introducción.*

Desde que hiciera su aparición en nuestro sistema de Formación Profesional Continua el Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, muchos han sido los cambios que han venido afectando a esta institución tal y como hasta entonces la habíamos conocido.

La necesidad de que la formación profesional continua lograra penetrar en las pequeñas y medianas empresas (PYMES) fue uno de los principales objetivos que inspiró a esta norma y para conseguirlo se instituyó el reconocimiento de bonificaciones a favor de las empresas que llevasen a cabo actividades formativas con sus trabajadores.

El período de tiempo transcurrido desde su aprobación ha puesto de manifiesto que sólo las grandes empresas de más de 200 trabajadores están realmente beneficiándose con el mismo, pues son éstas las que cuentan en su haber con los recursos materiales y humanos y con las infraestruc-

turas que les permiten realizar las necesarias labores de planificación, desarrollo y puesta en práctica de estas actividades de formación continua <sup>34</sup>. Por el contrario, las PYMES siguen encontrando una gran cantidad y diversidad de limitaciones para el desarrollo de este modelo.

Esta circunstancia ha llegado a provocar que en el ejercicio económico 2004 casi un tercio del presupuesto puesto a disposición de las empresas para financiar estas actuaciones de formación profesional continua no fueran finalmente utilizados <sup>35</sup>.

Ante semejantes datos tanto los sindicatos más representativos como los Gobiernos autónomos se han apresurado a reclamar una mayor participación en dichos fondos, exigiendo estos últimos el ser parte decisiva en la gestión del presupuesto que se destine a actividades de formación profesional continua.

Ante tal situación y en espera del nuevo modelo de formación profesional continua que se confía en tener consensado para el próximo año, se ha aprobado el Real Decreto-Ley 7/2005, de 22 de abril, por el que se modifica la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, en materia de financiación de la formación continua.

### 3.3.2. Las principales novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 7/2005.

Este real decreto-ley ha venido a introducir pequeños cambios que apuntan ya en la dirección de lo que será la futura reforma sustancial del subsistema de formación profesional continua. Pero mientras llega ésta, se ha dictado esta norma con la que se persiguen conseguir básicamente cuatro objetivos:

- En primer lugar, estimular a las empresas para que desarrollen acciones de formación continua para sus trabajadores.

Para ello se han revisado al alza y con carácter urgente, los porcentajes de bonificación que durante el año 2005 podrán aplicar sobre sus cuotas de contingencias comunes en materia de Seguridad Social <sup>36</sup>, que en su día quedaron determinadas en la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 <sup>37</sup>. Como resultado de ello, se han incrementado en un 10 por 100 la cuantía para las empresas de entre 6 y 50 trabajadores y en un 7,5 por 100 para las empresas de 50 o más trabajadores.

<sup>34</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. «El actual modelo de formación profesional continua: luces y sombras». Coord. MOLINA NAVARRETE, C. *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Monografía Temas Laborales. CARL. 2005. Sevilla. 359-370.

<sup>35</sup> A falta de cifras oficiales, el superavit podría estar por encima de los 250 millones de euros.  
[http://www.aprendemas.com/Noticias/html/N800\\_F25042005.HTML](http://www.aprendemas.com/Noticias/html/N800_F25042005.HTML)

<sup>36</sup> Los nuevos porcentajes de bonificaciones para empresas de 6 a 9 trabajadores será del 100 por 100; de 10 a 49 del 75 por 100; de 50 a 249 del 60 por 100; de 250 o más del 50 por 100.

<sup>37</sup> Estos porcentajes que ahora se ven incrementados eran del 90 por 100, 65 por 100, 52,5 por 100 y 42,5 por 100, respectivamente.

Junto a ello se ha incrementado también el crédito anual del que van a poder disponer las empresas de 1 a 5 trabajadores, para dedicarlo a la formación de sus trabajadores, que pasa de los 350 euros que en principio estaban presupuestados para el año en curso, a 420 euros. Además, aquellas empresas que abran nuevos centros de trabajo en 2005 y las de nueva creación, dispondrán de una bonificación media por trabajador que se incorpore de 65 euros, en lugar de los 62 euros anteriores.

La revisión de estos porcentajes según reza en la disposición transitoria única tendrá carácter retroactivo, por lo que sus efectos se desplegarán desde el 1 de enero de 2005, a fin de que las empresas puedan organizar los programas de formación de sus trabajadores durante el presente año.

- El segundo objetivo que el Real Decreto-Ley 7/2005 trata de alcanzar es el de dar respuesta a la tradicional aspiración de las Comunidades Autónomas de lograr un mayor protagonismo en la gestión del modelo de formación profesional continua. Se trata en este caso de una reivindicación que las Comunidades Autónomas venían manteniendo ya con anterioridad a la aprobación del Real Decreto 1046/2003, tomando como base las conocidas SSTCo. emitidas en el año 2002, STCo. 95/2002, de 25 de abril y 190/2002, de 17 de octubre, a las que le siguieron en los años posteriores nuevos pronunciamientos que apuntaban en la misma dirección <sup>38</sup>. Sin embargo, las Comunidades Autónomas consideraron que esta expectativa había quedado finalmente defraudada con el actual régimen jurídico previsto en el mencionado Real Decreto 1046/2003. Con la modificación operada ahora se trata de avanzar en el objetivo de conseguir una participación autonómica en la gestión de estos fondos superior al 36 por 100 que éstas tenían en principio reconocido para el año 2005, hasta llegar al objetivo de establecer una participación paritaria Estado-Comunidades Autónomas. en esta gestión, anunciado como objetivo del nuevo modelo de formación profesional continua que se está actualmente negociando.
- En tercer lugar, el Real Decreto-Ley 7/2005 ha tratado de poner en marcha con carácter experimental un programa de subvenciones destinado a la dotación y equipamiento de centros de formación profesional, que garantice el desarrollo eficaz de los planes de formación continua amparados en la negociación colectiva sectorial. Con ello se pretende dar respuesta específica a las diferentes demandas que en esta materia, presentan los distintos sectores productivos.

Para conseguir este propósito se faculta al Servicio Público de Empleo Estatal para regular el establecimiento de subvenciones de capital, hasta una cuantía máxima de seis millones de euros para el desarrollo de este programa experimental.

- Cerrando el cuadro de novedades cabe destacar finalmente que se declara ampliable el crédito destinado a la financiación de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social acogidas a medidas de fomento de empleo por contratación laboral. Con esta previsión, la norma trata de anticiparse, dando cobertura económica a los futuros acuerdos que puedan alcanzarse en el marco del Diálogo Social sobre la reforma del mercado de trabajo que se está llevando a cabo en nuestro país.

<sup>38</sup> Así, Sentencias 228/2003 y 230/2003, ambas de 18 de diciembre, y Sentencia 158/2004, de 21 de septiembre.

### 3.3.3. A modo de conclusión.

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales anunció su propósito de llevar a cabo un proceso de «interlocución permanente» con los agentes sociales y los Gobiernos autonómicos del que fuera posible extraer el diseño de un nuevo modelo de formación profesional continua, sustancialmente distinto al actual y capaz de superar los déficit que se están detectando con su aplicación. El Real Decreto-Ley 7/2005 es sólo una antesala de la futura reforma sustancial que está por venir en materia de formación profesional continua. Quizás por ello el Gobierno ha preferido no incidir por el momento en uno de los problemas que en la práctica vienen impidiendo el acceso de las PYMES a este sistema de financiación de la formación profesional continua, que no es otro que el de la excesiva complejidad a la que se enfrentan para recabar toda la información necesaria que le permite beneficiarse de estas bonificaciones.

Habrá que estar atentos por tanto, al desarrollo del actual proceso de dialogo-negociación entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los agentes sociales, del que surgirá el concreto régimen jurídico con que contará esta faceta de la formación profesional, para ver si entonces se solucionan este y el resto de problemas que afectan a nuestro modelo de formación profesional continua.

### 3.4. «Aviso a navegantes»: ¿para cuándo una Ley de Igualdad entre hombres y mujeres vencido ya el período de transposición de la Directiva Comunitaria?

Aunque el objeto de este estudio abarca sólo normas en vigor y no proyectos, mucho menos anteproyectos, o borradores, o anuncios sin fin en la prensa, hemos creído importante hacer excepción en lo que concierne al principio de igualdad de oportunidades entre hombre y mujer. La razón es bien sencilla: a 5 de octubre debió trasponerse la Directiva 2002/73/CE. El Proyecto de Ley Orgánica sobre la Protección Integral contra la Violencia de Género prometía que, 6 meses después de aprobarse dicha ley, tendríamos una Ley de Igualdad de Trato entre hombres y mujeres, un auténtico hito en nuestro ordenamiento. Pues bien, a día de hoy sabemos que se está negociando con los interlocutores sociales esa «ley», pero todavía no ha tenido entrada en el Congreso, por lo que el incumplimiento es ya manifiesto.

Como es sabido, el principio de igualdad de oportunidades se ha convertido en un principio informador del entero Derecho Social, incluyendo su nueva rama, el Derecho del Empleo. Ésta cada vez muestra un mayor protagonismo en sus distintos desarrollos legislativos y convencionales, potenciado por el carácter transversal que desde instancias comunitarias, se reclama para esta esfera de actuación.

Entre los logros conseguidos por esta nueva Directiva cabe mencionar la proclamación del carácter transversal del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres (art. 1.1.1 bis); proporciona así mismo, una definición de discriminación tanto directa como indirecta (art. 2.2), al tiempo que faculta a los Estados miembros a adoptar o mantener ventajas concretas, destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, o a evitar o compensar

desventajas en sus carreras profesionales (art. 2.8). Al mismo tiempo, incentiva la adopción de acciones positivas por parte de los Estados miembros, cuyas actuaciones en este campo, serán recogidas en un preceptivo informe cuatrianual de la Comisión, en el que se establecerá una evaluación comparativa de dichas medidas entre los distintos Estados <sup>39</sup>.

Pero todos estos logros pueden convertirse en papel mojado si no se somete a la Directiva al correspondiente procedimiento de transposición en cada uno de los países miembros, por medio de la adopción de normas de Derecho interno, que deben perseguir no tanto reproducir literalmente el texto de su articulado, sino más bien garantizar los logros y resultados alcanzados en la misma. En nuestro caso, aunque en líneas generales la mayoría de las cuestiones reguladas por la Directiva 2002/73 encuentran ya reflejo en nuestro Derecho interno, existen sin embargo, determinados aspectos necesitados de transposición <sup>40</sup>, especialmente todo lo que tiene que ver con la planificación en la empresa de la igualdad de trato y la no discriminación por razón de sexo, y el fomento del diálogo social entre los interlocutores sociales sobre la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo <sup>41</sup>.

Pues bien, al día de hoy ni siquiera conocemos un borrador fiable de su anteproyecto. Lo único que de ella ha trascendido es el carácter ambicioso con que el Ejecutivo pretende dotarla, sin limitarse por tanto a la mera transposición de los aspectos contenidos en la Directiva 2002/73, sino que pretende hacer efectivo este principio de igualdad en ámbitos no contemplados en la misma, como son la educación y la salud <sup>42</sup>.

Más allá de estos anuncios, debemos tener presente que en materia de igualdad de oportunidades, a finales del pasado año 2004 fue aprobada la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica este principio al acceso a bienes y servicios y su suministro <sup>43</sup>, la cual se halla también necesitada de la correspondiente transposición para formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, cuya fecha tope finaliza el 21 de diciembre del 2007 (art. 17 de la Directiva), por lo que podría aprovecharse el procedimiento parlamentario de aprobación de la anunciada «ley integral para la igualdad» para hacerla también extensiva a estos ámbitos.

Tendremos que esperar por tanto a conocer al menos el proyecto de la laureada ley integral de igualdad para felicitar a nuestros gobernantes por los avances conseguidos en esta materia. Por ahora sólo podemos mostrar nuestro pesar por su falta de diligencia en disponer los cauces oportunos para que el contenido de la Directiva 2002/73 pudiera ser exigible a día de hoy en nuestro país.

<sup>39</sup> Para un análisis detallado de esta Directiva, así como de las repercusiones que en el plano jurídico conlleva su traslación a cada uno de los Estados miembros, Vid. DE MIGUEL DE LA CALLE, P. «Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. La modificación de la Directiva 76/207/CE del Parlamento Europeo y del Consejo». *MTAS*. N.º 42. 2003. Págs. 135-160.

<sup>40</sup> Vid. CC.OO.-UGT. *Propuestas unitarias para el diálogo social sobre la reforma del mercado de trabajo*. Abril. 2005. <http://www.ccoo.es/pdfs/1.06.05%20Propuesta%20unitaria%20MERCADO%20laboral.pdf>

<sup>41</sup> Informe de la Comisión al Consejo al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de febrero de 2004, sobre la igualdad entre mujeres y hombres COM(2004)115 (no publicado en DOCE) <http://mujeres.universia.es/legislacion/europeo/marco/informes/26.pdf>

<sup>42</sup> Diario de Sesiones de las Cortes Generales «De los derechos de la mujer y de la igualdad de oportunidades». 20 de abril de 2005, pág. 16.

<sup>43</sup> Diario Oficial n.º L 373 de 21-12-2004, págs. 0037-0043.

### 3.5. En el ámbito del *Soft Law*: Comunicación de la Comisión sobre «Orientaciones integradas para el crecimiento y el empleo» (2005-2008).

Como cierre a este tema no podemos dejar de hacer alguna mención a las propuestas comunitarias de revisión, si bien desde su continuidad sustancial, de la Estrategia Comunitaria de Empleo. Está claro que tampoco estamos ante normas jurídicas vinculantes, pero además de que sí es fuente de normas, en cuanto que impulsa procesos de reforma, también integra un nuevo espacio de regulación, cada vez más desarrollado, el denominado *Soft Law* o Derecho No Vinculante.

Dada la dejación demostrada por los Gobiernos de los Estados miembros respecto de las directrices marcadas por la UE desde la adopción de la Agenda de Lisboa en el año 2000, se optó por dedicar el Consejo Europeo de Primavera de este año 2005<sup>44</sup>, a tratar de relanzar los objetivos marcados en dicha Agenda, tendentes a la consecución del pleno empleo y a convertir a Europa en la economía más competitiva del mundo con vistas al año 2010. Para ello la Comisión Europea adoptó el pasado mes de abril las Orientaciones Integradas para el Crecimiento y el Empleo 2005-2008, siguiendo el nuevo modelo de la Estrategia de Lisboa renovada, que contempla la fusión de las Grandes Orientaciones de Política Económica (GOPE) y las Orientaciones de Política de Empleo en un documento único.

Estas orientaciones han de servir de base para que los Estados miembros elaboren y presenten sus respectivos Programas Nacionales de reforma. Varias han sido las causas detectadas por la Comisión Europea del relativo fracaso que hasta el momento se ha detectado en el cumplimiento de los objetivos que se fijaron en la Cumbre de Lisboa<sup>45</sup>. Para atajar este problema, se ha decidido emprender una línea de reformas dirigidas en una doble dirección:

La primera de ellas, relativa a la redefinición de los objetivos, es decir, se ha demostrado que la diversidad de objetivos ha provocado la ralentización del proceso, por lo que se considera conveniente simplificar la lista de prioridades agrupándolas en tres grandes áreas: la innovación y el conocimiento, la mejora de los incentivos para invertir y trabajar, y la creación de más y mejores empleos.

La segunda categoría de medidas apunta en la dirección de simplificar los procedimientos de seguimiento y control de los avances y de gobernanza de la estrategia en sus distintas etapas<sup>46</sup>. En este sentido, se ha introducido un ciclo trianual en la formulación de políticas que se aplicará por vez primera para el período 2005-2008.

<sup>44</sup> CONSEJO EUROPEO (2005). Conclusiones de la Presidencia. Consejo de la Unión Europea de 22 y 23 de marzo de 2005, [http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressdata/es/ec/84344.pdf](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/es/ec/84344.pdf)

<sup>45</sup> Para un análisis profundo sobre estas causas, Vid. GONZÁLEZ MINUÉS, J.M. y LÓPEZ GARCÍA, P. «El relanzamiento de la estrategia de Lisboa». Banco de España. *Boletín económico* 75. Junio 2005.

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M. «Gobernanza y política de empleo» *RL* n.º 5. 2005, págs. 1-10.

No obstante, en la reforma llevada a cabo en esta materia, también es posible detectar algunos riesgos en la propia formulación de los objetivos, tal y como han quedado fijados. Nos referimos concretamente a la estrategia enunciada bajo el *slogan* «Actuar de modo que el trabajo compense». Debemos poner de manifiesto el riesgo de que los Estados, en los particulares desarrollos que hagan de este objetivo, lo configuren de tal manera que el resultado sea la obligación de los desempleados de aceptar cualquier empleo. Este riesgo deriva del hecho de que el acento en este caso se ha puesto íntegramente sobre la reforma de las prestaciones sociales y de los sistemas impositivos, abandonando las actuaciones en otros ámbitos que sí estaban presentes en anteriores versiones de las orientaciones, como eran a título de ejemplo, la que hacía referencia al objetivo de lograr salarios equitativos y la de elaborar políticas dirigidas a reducir el número de pobres que trabajan <sup>47</sup>.

Entre las principales novedades, que no cuentan con todo el favor de los sindicatos, aparecen los denominados *Planes Nacionales de Reforma*. Se trata de una nueva expresión de la técnica planificadora en los contornos de política de empleo que, en esta ocasión, se encamina a hacer posible la máxima adaptación de las directrices integradas a las singularidades de cada Estado miembro. Representa, por tanto, un nuevo paso práctico hacia la realización de los objetivos de la revisada Agenda de Lisboa. Su elaboración va a exigir una amplia contextualización socioeconómica de las medidas que cada Estado propone realizar, tomando como base cada una de las Directrices aprobadas por la Comisión.

Tras su publicación, la Comisión llevará a cabo la evaluación de los respectivos programas nacionales de reforma, a partir de lo cual elaborará su primer informe anual, el primero de los cuales se pretende tener aprobado para enero de 2006. En función de los resultados de esta evaluación, la Comisión se ha reservado la posibilidad de proponer actualizaciones a las directrices integradas, así como recomendaciones específicas para que cada país emprenda acciones adicionales, con el fin de dar cumplimiento a los objetivos marcados para cada Directriz.

No obstante, el carácter escasamente vinculante con que aparecen dotados estos Programas, nos lleva a que nos mostremos bastante pesimistas respecto a su virtualidad práctica, máxime si tenemos en cuenta que todo el método diseñado descansa en último lugar en la voluntad política de las autoridades nacionales, debido a que éstos continúan manteniendo sus competencias, y los mecanismos multilaterales de supervisión y control han quedado configurados de forma muy débil.

---

<sup>47</sup> CES. *Restaurar la confianza en Europa mediante la promoción de la Europa Social y de políticas macroeconómicas que favorezcan el crecimiento*. Bruselas 2005.

## 4. LAS REFORMAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

### 4.1. Una reforma necesaria pero insuficiente: la reordenación de la doble actividad preventiva de las MATEP.

#### 4.1.1. La «externalización» de la actividad preventiva de las MATEP como SPA: las Sociedades de Prevención (RD 688/2005).

La organización técnica de la prevención de riesgos laborales en la empresa vive una extrema y trágica contradicción: está asentada sobre un modelo normativo que defiende la integración de la prevención de riesgos laborales en la empresa, pero sin embargo el 80 por 100 de las empresas tienen «externalizada» su gestión. En otros términos, el empleador puede limitarse a «comprar» estos servicios en el «mercado», la «descentralización productiva» mediante la celebración de contratos y conciertos con otras «empresas de servicios» especializadas en prevención. Consecuentemente, si antes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no existían tales formas organizativas, un resultado efectivo sí le es atribuible: no habrá sido capaz de mejorar la seguridad y salud de los trabajadores pero no se le puede negar que ha creado «empresas» y, consecuentemente, un «mercado» de «servicios de prevención».

A ello ha contribuido notablemente la autorización a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (MATEP), pese a tener una condición jurídica que, en principio, si no chocaba sí alertaba de problemas: su natura de Entidad Privada sin ánimo de lucro y Colaboradora de la Seguridad Social en su gestión. En principio el fundamento de esta doble implicación de las MATEP parecía sólido: quien gestiona los resultados perjudiciales de la no prevención –reparación de contingencias–, estará especialmente implicada en la resolución del problema, la falta de prevención de los riesgos profesionales. La evolución del sistema ha demostrado que no ha producido una mejora sustancial de la actividad preventiva pero sí se ha alterado el mercado de servicios de prevención.

En este contexto se entiende el *Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como Servicio de Prevención Ajeno (SPA)*. El real decreto se plantea formalmente responder a un doble objetivo. Por un lado, intentar ofrecer una solución razonable a los problemas generados por la intervención de Entidades colaboradoras de la Seguridad Social, como son las MATEP, en un mercado competitivo, como es el de la actividad de servicios de prevención de riesgos laborales. A tal fin trata de organizar la «segregación» o separación de actividades preventivas realizadas por las MATEP a favor de sus socios, distinguiendo las realizadas con cargo a cuotas –primas– de la Seguridad Social, conforme a la típica técnica mutualista de prestación de servicios, y las prestadas como SPA, para lo que se promueve la creación de «Sociedades Mercantiles de Prevención». Por otro, pretendería desarrollar la autorización legal conferida a las MATEP para actuar como SPA que no habría sido objeto de un específico desarrollo reglamentario hasta la fecha.

Éste es un tema nuclear de la futura ordenación del mercado de servicios de prevención, por tanto de uno de los ejes cardinales del entero edificio preventivo. Pero aquí sólo llamamos la atención sobre él pues no pretendemos analizarlo dado que ha sido objeto de un detenido estudio en el número anterior de esta Revista, a cargo de uno de los autores de este trabajo, al que remitimos.

#### *4.1.2. El control social de la actividad preventiva de las MATEP como entidades colaboradoras: el Consejo Tripartito de Seguimiento.*

No obstante este intento de «modernización» del papel de las MATEP en la actividad preventiva, adaptando sus estructuras a las exigencias de un mercado «abierto y competitivo», como parece ya confirmarse definitivamente la «prevención de riesgos laborales», la regulación vigente, y las convicciones de poderes públicos e interlocutores sociales, siguen confiando en la Seguridad Social como instrumento para mejorar las políticas de siniestralidad laboral. Consecuentemente, no se pretende renunciar a la implicación en la promoción de la cultura preventiva y en la realización de actividades de esta naturaleza de las mutuas como entidades colaboradoras del sistema. La acción protectora de la Seguridad Social sigue implicada, pues, aun desde la evidenciada lógica de la separación –más formal que real–, en la colaboración con el empleador para el cumplimiento de sus obligaciones en la materia, desarrollando campañas educativas, de sensibilización y formativas. Estas acciones se concretan en los Planes Generales de Actividades Preventivas.

La ejecución de esos Planes –para el período 2003-2005 está en vigor el aprobado por Resolución del MTAS de 8 de agosto de 2003, BOE de 21– se encomienda, como se sabe, a las MATEP. Sin embargo, el Plan vigente puso el énfasis en la apertura de una «nueva etapa» caracterizada por la institucionalización de las iniciativas de los Agentes Sociales respecto de las actividades preventivas de la Seguridad Social. De este modo no se hacía sino recoger el compromiso alcanzado en el marco de la Mesa del Diálogo Social en materia preventiva: los interlocutores sociales aceptaban la continuidad de esta actividad realizada por las MATEP, sin perjuicio de la requerida modernización y reajuste de estructuras, pero como contrapartida exigían un mayor control por su parte respecto de estas actividades.

A tal fin se propuso la creación de un Consejo Tripartito formado por representantes de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y de las Organizaciones empresariales y Sindicales más representativas a razón de cuatro por cada sector, hasta un máximo de doce miembros, al que así mismo asistirán con voz pero sin voto cuatro representantes de la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT). Corresponderá al mismo, en todo caso, y sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud, que también es un órgano consultivo y con fundamento legal, el formular propuestas al órgano de dirección y tutela de las Mutuas sobre las acciones preventivistas a incorporar al Plan General de Actividades Preventivas de la Seguridad Social, a desarrollar por las MATEP, así como el conocimiento y evaluación de las actividades que se realicen.

La composición y funciones se recogen hoy en la Orden TAS/1974/2005, de 15 de junio –BOE de 27 de junio–. Es un organismo adscrito al MTAS, a través de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, que es la que asume sus gastos de funcionamiento, si bien a través de los medios materiales y personales adscritos a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. No obstante, se establece el mandato a la Gerencia de Informática de la Seguridad Social de dotar adecuadamente a la Dirección para que pueda dar efectivo «soporte técnico» –apoyo técnico se hubiera escrito en mejor castellano– para el funcionamiento eficaz del Consejo.

#### **4.2. La regulación de la actuación de los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales (RD 689/2005).**

##### *4.2.1. La razón de ser del real decreto: fundamento y principios de ordenación.*

Entre los objetivos confesados de la Ley 54/2003 ocupaba un lugar primordial la mejora del control del cumplimiento de las normas de prevención de riesgos. A tal fin, entre otros aspectos, se reformó el artículo 9 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) para dotar a los técnicos funcionarios autonómicos de funciones de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –ITSS–. Con esta modificación el legislador daba cumplimiento a una de las propuestas de reforma incluida en la Mesa de Diálogo Social en materia de Prevención de Riesgos. Para concretar esta reforma se ha promulgado el Real Decreto 689/2005, de 10 de junio –BOE de 23 de junio y correcciones de errores de 27 de agosto y 17 de octubre–, que regula el procedimiento para el desempeño de estas nuevas tareas de colaboración con la ITSS en materia de actuaciones comprobatorias del cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales.

La norma reglamentaria trata de dar respuesta a algunos de los problemas suscitados en torno al contenido y procedimiento para el ejercicio de las nuevas competencias de los técnicos autonómicos. Por eso se establece una serie de principios como son que:

- a) Se garantice la coherencia y coordinación del sistema de inspección bajo la actuación de criterios comunes de los sujetos intervinientes en la actuación inspectora.
- b) Se actúe conforme a trabajo programado (art. 19.1 de la Ley de Inspección de Trabajo, Ley 42/1997), tanto inspectores como técnicos habilitados
- c) Que los funcionarios técnicos habilitados para ejercer esas labores comprobatorias lo sean en relación con su capacitación técnica y actúen conforme a un procedimiento reglado y común.
- d) Que las actuaciones previas practicadas por dichos funcionarios, en las que se detecten irregularidades, tras un requerimiento inicial, puedan dar lugar directamente a un acta de infracción extendida por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, sin necesidad de que éstos

realicen obligatoriamente una visita posterior de comprobación. A tal fin se arbitran los mecanismos necesarios en relación con los datos que deben ser incorporados a los informes de dichos técnicos habilitados, para su posterior integración en las correspondientes actas de infracción, así como en relación con la salvaguarda de la *presunción de certeza* respecto de los hechos comprobados por dichos técnicos.

#### 4.2.2. Los requisitos para acceder a la habilitación de los funcionarios públicos.

Por lo que refiere a las condiciones o requisitos que han de cumplir los funcionarios autonómicos que puedan ejercer las tareas de colaboración con la ITSS son tres:

- Contar con la habilitación correspondiente extendida por la Comunidad Autónoma para realizar tareas de colaboración pericial (es decir, realización de pruebas técnicas como mediciones) y asesoramiento técnico (cuando algún procedimiento resulte complejo para que lo realice el Inspector o no sean los resultados fácilmente interpretables sin unos conocimientos específicos).
- Habrán de ser, obligatoriamente, funcionarios adscritos a los grupos A y B.
- Titulación universitaria y la formación mínima del artículo 37.2 y 3 del Reglamento de los Servicios de Prevención (600 horas como mínimo conforme al Anexo VI, o haber sido convalidado para el ejercicio de tales funciones de nivel superior).

La competencia para habilitar técnicos la tiene las propias Comunidades Autónomas y se llevará a cabo de acuerdo con el procedimiento y las condiciones establecidos en su propia normativa. Pero cuando las funciones se realicen en las ciudades de Ceuta y Melilla, su habilitación corresponde a la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta del INSHT.

Cada una de las Comunidades Autónomas expedirá un documento oficial que acredite su habilitación y que necesariamente deberá contener la expresión «*técnico habilitado, artículo 9.2 y 3 y disposición adicional decimoquinta de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL)*» y que podrá ser exigida la exhibición de su acreditación en el momento en que realice sus funciones.

Esto es que cuando un técnico habilitado de una Comunidad Autónoma esté realizando una visita a una empresa, deberá llevar su habilitación para mostrarla a requerimiento del empresario.

Las normas de acreditación se rigen por el régimen de incompatibilidades propio de los funcionarios de las Administraciones públicas y éstas podrán revocar las mismas cuando lo consideren oportuno o porque las circunstancias hayan cambiado.

#### 4.2.3. El ámbito funcional de los técnicos habilitados: facultades y deberes.

El ámbito funcional de las actuaciones de los técnicos habilitados *es comprobación y control en las empresas y los centros de trabajo de las condiciones de trabajo materiales o técnicas de seguridad y salud*, como viene recogido en la LPRL, en su artículo 9.3, y serán las siguientes: a) las características de los locales e instalaciones, equipos, herramientas, productos o sustancias existentes en el centro de trabajo; b) la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones y niveles de presencia; c) los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores; d) las características y utilización de los equipos de protección tanto individuales como colectivos; e) la realización de los reconocimientos médicos y su adecuación a los protocolos sanitarios específicos de vigilancia de la salud, establecidos en el artículo 37.3 c) del Reglamento de los servicios de prevención (RD 39/1997, de 17 de enero) y f) la adaptación de los puestos de trabajo a las exigencias de naturaleza ergonómica.

Para la realización de este trabajo, la norma dota a *los técnicos habilitados* (colaboradores con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) de una serie de **facultades** como son: a) entrar libremente y sin previo aviso en las empresas y centros de trabajo sujetos a comprobación y control; b) hacerse acompañar en las visitas por peritos y técnicos de la empresa o habilitados oficialmente, que estime necesarios; c) practicar cualquier comprobación o examen, medición o prueba que considere necesarios; d) recabar información adicional o documental sobre cualquier condición material o técnica sujeta a comprobación; e) obtener información del empresario o del personal de la empresa sobre cualquier asunto relacionado con la comprobación de condiciones materiales o técnicas; f) exigir la comparecencia del empresario, de sus representantes y encargados de los trabajadores o de sus representantes, tanto en el centro de trabajo sujeto a comprobación como en la oficina sede del organismo público al que está adscrito el técnico habilitado; g) examinar en el centro de trabajo, o la oficina pública correspondiente, la documentación, memoria e informes técnicos relacionados con las condiciones materiales y de seguridad, la organización preventiva..., y h) sacar muestras de sustancias, agentes y materiales utilizados o manipulados, realizar mediciones, obtener fotografías, vídeos, grabaciones, etc., siempre que se notifique al empresario.

No corresponde al técnico la paralización de la actividad productiva en caso de riesgo grave e inminente. Sí deberá poner esta circunstancia en conocimiento urgente de la ITSS.

En contrapartida a estas facultades que se otorgan a los técnicos habilitados, se les atribuyen una serie de **deberes** que son: a) requerirán al empresario la adopción de medidas para la subsanación de las deficiencias observadas; b) si en el curso de la visita, detectan situaciones de riesgo grave o inminente, ponerlo en conocimiento del empresario para que tome medidas inmediatas y en caso de no ser así ponerlo en conocimiento de la ITSS para que ésta adopte medidas de paralización o cautelares correspondientes.

Los técnicos habilitados, en el ejercicio de sus funciones, deberán observar la máxima corrección en sus actuaciones y procurar perturbar lo menos posible las actividades de la empresa. Deberán

comunicar su presencia al empresario, a sus representantes, a los trabajadores designados o técnicos del servicio de prevención de la empresa y a los delegados de prevención, para que puedan acompañarles en su visita y formular las observaciones que consideren necesarias.

Asimismo, deberán informar a los delegados de prevención y al empresario de los resultados de sus visitas.

En todo caso, deberán guardar secreto respecto a los asuntos que conozca como consecuencia de su actuación, así como los datos e informes, de los que tenga conocimiento en el desempeño de sus funciones.

#### *4.2.4. La cuestión nodal: la coordinación de actividades entre los técnicos habilitados y el Inspector de Trabajo.*

Cuando de las actuaciones de comprobación desarrolladas por los técnicos habilitados se deduzca la existencia de infracción, y siempre que haya mediado incumplimiento del previo requerimiento hecho por los técnicos, éstos redactarán un informe para la ITSS en el que se recogerán los hechos comprobados a efectos de que se levante el correspondiente Acta de Infracción, si así procediera a juicio del Inspector. Si éste aprecia que no son constitutivos de infracción o es insuficiente a los efectos sancionadores, en 20 días a partir de la recepción del informe, requerirá al técnico habilitado para la subsanación o ampliación de los hechos. Con el informe definitivo, el Inspector de Trabajo, bien redactará acta de infracción, bien procederá al archivo del expediente.

Aunque en estos casos el Acta de Infracción responde por lo general al régimen común, contiene algunas peculiaridades, debiendo en todo caso dejar constancia de que procede de la actuación de un técnico habilitado (nuevo art. 40 del RD 928/1998).

Todos los informes y requerimientos de los técnicos habilitados habrán de ser por escrito. Si de la visita del técnico no resultara requerimiento alguno, ésta podrá registrarse en el Libro de Visitas de la ITSS.

Finalmente, se determina que se realizarán una serie de cursos específicos destinados a los técnicos habilitados, con especial incidencia en los aspectos jurídicos relacionados con la normativa aplicable, el régimen de responsabilidades y las obligaciones de los empresarios sometidos a las actuaciones de control y sobre el procedimiento sancionador.

#### *4.2.5. Reflexión final.*

Aunque la habilitación a funcionarios autonómicos para ejercer tareas inspectoras ha suscitado fuertes críticas, esta nueva norma reglamentaria ha resuelto algunos problemas aplicativos y, en

todo caso, permite poner en práctica un valioso instrumento de apoyo a las funciones de Inspección en materia preventiva, en su lucha contra la reducción de la alta siniestralidad laboral en nuestro país. El tiempo nos dirá si ha sido una buena opción.

Tres son básicamente las observaciones más relevantes que hay que hacer respecto de esta reforma:

En primer lugar, conviene advertir que estamos ante la concreción de una reivindicación autonómica. Las Comunidades Autónomas consiguen de esta manera intervenir más directamente en la actividad inspectora sobre una materia normativa cuya ejecución les corresponde. No es lo mismo que contar con una Inspección de Trabajo propia y específica, no ya en el plano funcional sino orgánico, según pretensión de muchas Comunidades Autónomas, pero sí supone un paso de cierto relieve en ese objetivo.

En segundo lugar, que sea una reivindicación autonómica no quiere decir que sea un deseo de la mayoría de los técnicos autonómicos, que ven con enormes dudas y resistencias esta actividad. La razón es manifiesta: el incremento de tareas y responsabilidades no va acompañado del debido aumento retributivo y de la correspondiente promoción profesional. De ahí que muchos técnicos rechacen de entrada esta opción que, sin duda, quedará más bien para los de nuevo ingreso o los que tengan menor experiencia. A cada Comunidad Autónoma, corresponderá, por tanto, «lidiar» con estas resistencias y proporcionar los mecanismos de incentivo, económico y profesional, que hagan «atractiva» esta tarea.

En tercer lugar, queda igualmente claro que estamos ante una alternativa más eficiente –reducción de costes–, pero no más eficaz –resolución del problema de descontrol–, que la que proponía una ampliación de la plantilla de Inspectores, hasta alcanzar el mágico número de 1.000. Lo más relevante no es, a nuestro juicio, que por esta vía se haga partícipes a las Comunidades Autónomas de una función estatal, que desde luego ya es compartida en nuestro modelo plural, sino que se haga por una puerta o «falsa», o, en todo caso, «estrecha».

#### **4.3. Una legislación de «seguridad industrial» que no cesa: el Real Decreto 948/2005, por el que se modifica el Real Decreto 1254/1999.**

##### *4.3.1. Razones de la reforma: interacción de la seguridad industrial, medioambiental y laboral en el aluvión normativo de la UE.*

Las reformas en materia de prevención de riesgos laborales son continuas, lo que, al margen del juicio de necesidad que pueda hacerse en cada caso, ya revela de por sí un problema estructural que no cesa de afectar a la eficacia de la regulación. Acabamos de ver cambios en elementos esenciales del entero entramado, como las modalidades de organización de la prevención, con la

aparición de una nueva –las Sociedades de Prevención–, en medio de un proceso más amplio de modificación del modelo en su totalidad –advírtase que está en marcha una reforma del Reglamento de los Servicios de Prevención–. También en los órganos de control del cumplimiento de la normativa, evidenciando claras dificultades para garantizar la efectividad de la regulación preexistente. Pero también el ámbito de sujetos incluidos en la protección –RD 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la guardia civil–, y el relativo a los riesgos frente a los que se brinda la protección experimentan continuas novedades, sucediéndose aceleradamente y sin fin las normas.

Una vez más las paradojas se adueñan de la materia preventiva, pues mientras crecen o se mantienen los niveles de incumplimiento de la normativa existente, aumenta sin cesar la legislación, pese a ser una constatación difundida en las instituciones comunitarias que uno de los problemas «mayores» del entramado comunitario en esta materia es su complejidad y casi ilimitada extensión. Como no podía ser de otra manera, de nuevo la reforma se produce por determinación comunitaria, esto es, por la necesidad de seguir adecuando nuestro ordenamiento interno a lo dispuesto en las Directivas de la UE aunque, como también acabamos de expresar, la adecuación formal no vaya siempre paralela, a veces incluso va en dirección opuesta, al cumplimiento de los fines, objetivos y reglas del Derecho de la UE.

En ese contexto, y si bien dentro del ámbito específico y complejo de la «Seguridad Industrial», el Real Decreto 948/2005, de 29 de julio, supone una nueva modificación del Real Decreto 1254/1999, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas. Recuérdese que ya el Real Decreto 119/2005, de 4 de febrero –BOE de 11 de febrero– modificó esta norma reglamentaria, entre otras razones para «solucionar el litigio pendiente con las instituciones comunitarias», que se produjo a raíz del Dictamen de la Comisión Europea en el que se denunciaba una inadecuada transposición por las autoridades españolas, y que es paso previo a la demanda ante el TJCE.

Pues bien, poco tiempo después asistimos a una nueva reforma y otra vez motivada por la adecuación al ordenamiento comunitario, que no cesa él mismo de modificarse en el plano de los instrumentos normativos, aunque sus resultados prácticos no sean los que cabía esperar. En efecto, la aprobación de la Directiva 2003/105/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, modificó la Directiva 96/82 del Consejo, relativa al control a este tipo de riesgos. En consecuencia, el Real Decreto 948/2005, con mayor celeridad o prontitud en lo temporal y corrección en lo técnico, ha procedido a transponer los aspectos reformados, modificando a su vez con técnica análoga a la normativa comunitaria, el vigente real decreto en esta materia, el Real Decreto 1254/1999.

La crítica a la relativa ineficacia de tan imponente arsenal normativo comunitario no es ni especulativa ni extrema, sino una constatación de las propias instituciones comunitarias y un dato de pura experiencia.

En realidad, el objetivo básico de estas reformas, tanto comunitarias como nacionales, es revisar y reforzar unos instrumentos de tutela que se han visto claramente superados por trágicos accidentes industriales de extraordinarias dimensiones, en países como Rumanía –vertido de cianuro que conta-

minó el Danubio tras el accidente de Baia Mare, enero 2000–, Holanda –accidente pirotécnico de Enschede, a consecuencia del almacenamiento y fabricación de sustancias de este tipo, mayo 2000–, Francia –explosión en la fábrica de fertilizantes de Toulouse, septiembre 2001– ... Asimismo, en esta constante, quizás extrema y contraproducente en parte, revisión normativa incide de forma determinante la propia evolución de las investigaciones en la materia, que evidencia nuevas sustancias peligrosas.

Aunque el ámbito más característico de esta regulación es el de la «seguridad industrial», al que pertenece esta norma, y a la renovada preocupación por la «protección medioambiental», queda bien de manifiesto por estas experiencias la estrecha interacción que se produce entre estos diferentes aspectos de un mismo problema global: la gestión de la seguridad del ambiente –interno o laboral y externo o ciudadano– amenazado permanentemente por los «riesgos fabricados», por los riesgos derivados del «progreso económico». Y a tal fin queda claro que es cada vez más necesario, aunque no siempre quede bien ordenado en la normativa vigente, ni en la legislación industrial, ni en la específica de prevención de riesgos laborales, ni en la medioambiental, concebir de forma integrada la protección de las «personas», independientemente del vínculo que mantengan con la empresa, y del «medio ambiente», como reza el artículo 1 del Real Decreto 1254/1999.

#### *4.3.2. Principales novedades: el reforzamiento de los derechos de formación e información del personal, incluido el subcontratado.*

Ni tenemos competencia técnica suficiente ni es necesario entrar en un análisis detenido de todos y cada uno de los aspectos de esta intrincada y difícil normativa que ha experimentado cambios. Aquí nos centraremos en aquellos que permiten comprender las principales líneas de reforma, haciendo hincapié en los aspectos que afectan al «personal de los establecimientos industriales» incluidos en el ámbito de aplicación de esta normativa.

Así, los aspectos más relevantes son:

*a) Se amplía el ámbito de aplicación de la normativa.*

En este sentido, «de acuerdo con las lecciones aprendidas de algunos accidentes industriales recientes» y los nuevos «estudios sobre carcinógenos y sustancias peligrosas para el medio ambiente», se procede a reforzar las medidas de control de riesgo en una doble dirección. Por un lado, en lo que concierne a las actividades industriales consideradas de alto riesgo –almacenamiento y tratamiento de la minería, almacenamiento de explosivos, o de nitrato de amonio y de abonos a base de este nitrato, en los términos de los arts. 3, 4 y Anexo I–. Por otro, en relación a la incorporación de nuevas sustancias peligrosas antes no contempladas –materiales «fuera de especificación», que eran desechos del proceso de fabricación o devueltos al fabricante de nitrato de amonio o abonos a base de ellos; nueva lista de carcinógenos...–. En esta misma dirección, se rebajan significativamente las cantidades umbral mínimo asignadas a las sustancias peligrosas para el medio ambiente, por tanto, también para las personas, internas a la organización –empleados– y externas –población próxima–.

b) Se mejoran los procedimientos de control.

A este respecto, las principales modificaciones se concentran en la fijación de plazos mínimos para la elaboración de políticas de prevención de accidentes graves, los informes de seguridad y planes de emergencia. También en lo relativo a la notificación a la autoridad competente de los datos relativos al establecimiento industrial incluido y a las sustancias empleadas.

c) Reforzamiento de los *derechos de formación* de las personas de los establecimientos, así como de las que puedan resultar afectadas.

Una especial atención se dedica a la consideración de la experiencia y conocimientos del personal especializado del establecimiento a la hora de elaborar los planes de emergencia. Es obligación del empleador planificar estas situaciones, adoptando y aplicando procedimientos destinados a identificar las emergencias previsibles según un análisis sistemático, así como a elaborar, comprobar y revisar los planes de emergencia.

Imprescindible es proporcionar la formación *ad hoc* al personal afectado. Esta formación afectará a todo el personal que trabaje en el establecimiento, incluido el personal subcontratado.

d) Reforzamiento de los derechos de información, tanto del personal como de los ciudadanos –población potencialmente afectada–.

Un especial énfasis se pone igualmente en el reforzamiento las obligaciones de información en materia de seguridad relativa a estas situaciones. Es obligación del industrial afectado por esta normativa definir y documentar una *política de prevención de riesgos de accidentes graves* (art. 7 del RD 1254/1999), así como un «sistema de gestión de la seguridad». Esta política debe reflejar los objetivos y principios de actuación para gestionar la seguridad y controlar estos riesgos, incluyendo determinados aspectos, entre los que destaca el relativo a la «organización y personal». Pues bien, en el nuevo inciso i) del apartado 2 del Anexo III del real decreto modificado, relativo precisamente a la «organización y el personal», se incluye, junto a la delimitación de las funciones, necesidades formativas y responsabilidades del «personal asociado a la prevención y gestión de los riesgos de accidentes graves en todos los niveles de la organización», la cuestión relativa tanto a las «actividades formativas» como a la «participación de los empleados y del personal subcontratado que trabajen en el establecimiento».

Sin embargo, no se recoge expresamente –lo que no quiere decir que se descarte en aplicación de la normativa de prevención de riesgos– la participación de los representantes legales en la fijación de esta política, ni tampoco en el sistema de gestión de la seguridad. En cambio, sí se prevé la consulta a los representantes legales para la elaboración de una parte importante de dicha política, los Planes de Autoprotección o Planes de Emergencia. Así, una vez definida la obligación de elaborarla conforme al contenido fijado por la Directriz básica de la normativa sobre Protección Civil para estas situaciones –RD 1196/2003–, se prevé el deber de consulta previa al «personal del establecimiento», remitiendo al Capítulo V de la LPRL. Este deber de consulta se extiende al personal subcontratado afectado a largo plazo. También se hace referencia al deber de coordinación *ex* artículo 24 de la LPRL.

Naturalmente, la imposibilidad de separar aquí los riesgos al personal de la empresa y a la población que vive próxima al establecimiento (art. 13), lleva a un paralelo reforzamiento de la información a suministrar a la población potencialmente afectada. Una vez más, pues, se revela la fructífera conexión entre la seguridad industrial, la prevención de riesgos laborales y las políticas medioambientales, esto es, entre «ambiente laboral» y «ambiente externo».

## 5. LA ACTUALIDAD EN MATERIA DE ORDENACIÓN DE LA INMIGRACIÓN ECONÓMICA EXTRANJERA

### 5.1. La inmigración económica extranjera como «cuestión social» exigida de una revisión permanente.

La «concentración» de decenas de miles de inmigrantes subsaharianos en la frontera de España con África, y por tanto en la frontera Sur de Europa ha traído de nuevo trágicamente a la actualidad una de las grandes «cuestiones sociales» de nuestro tiempo, la inmigración por razones fundamentalmente económicas –la legítima búsqueda de mejores oportunidades de trabajo y vida para las personas–. La convicción del nuevo Gobierno, un tanto ingenua, de que con el «histórico» proceso de normalización laboral abierto en nuestro país en el primer trimestre del año 2005, a resultas de la disposición transitoria 3.ª del Real Decreto 2393/2004 (RLOExIS), comenzaría una nueva etapa, relativamente tranquila, de ordenación «legal» y eficaz de la inmigración, se ha visto fuertemente sacudida por esta cruda realidad.

No obstante, y en espera de la «gran reforma» pendiente y exigida por este fenómeno socio-económico de enormes magnitudes, más cualitativas incluso que cuantitativas, aun siendo éstas muy importantes, el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 –LOExIS–, sigue su curso normativo y, mal que bien, su aplicación práctica. La complejidad extrema de esta cuestión y su radical dinamismo determina que esta normativa sea objeto, a su vez, de permanentes, y no siempre coherentes, desarrollos por quien tiene la competencia para hacerlo, básicamente conforme a lo previsto en la disposición final primera del Real Decreto 2393/2004, pero también, como veremos, de la extraña disposición adicional primera, punto 4. En muchas ocasiones estos desarrollos no se hacen a través de genuinos instrumentos normativos sino, como es práctica habitual, pero criticable, en esta materia, a través de una multiplicidad de criterios interpretativos, resoluciones, circulares o «instrucciones», lo que sigue gravando este sector jurídico con una excesiva y mala imagen de «Derecho Subterráneo» –«fabricado» en los «sótanos» de los Ministerios y organismos administrativos, por tanto en el «subsuelo jurídico»–.

Naturalmente no vamos a volver aquí a analizar los muchos aspectos problemáticos de la nueva regulación reglamentaria, que ya están comenzando a evidenciar las primeras dificultades aplicativas en sede judicial. A tal fin ya se ha hecho en otros números de esta Revista análisis detenidos de estas cuestiones, a los que por supuesto remitimos <sup>48</sup>. Ahora procede sólo dar cuenta de las principales nove-

<sup>48</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA, C. «La reordenación del régimen de situaciones y de trabajo de los extranjeros en España». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 265, abril 2005. Más en profundidad MOLINA, C.; ESTEBAN, G. y ARCE, E. *La inmigración extranjera*. CEF. Madrid. 2005.

dades producidas en este ámbito, desde la perspectiva socio-laboral, a partir de la finalización del proceso de normalización laboral y, por tanto, comienzo de la «aplicación ordinaria» del nuevo régimen reglamentario en materia de inmigración extranjera, especialmente en relación a la dominante, la realizada por motivos económicos. Aunque, en consecuencia, esta materia está a medio camino entre los procesos de internacionalización de las relaciones laborales, por lo que podrían tratarse en el ámbito de la regulación de éstas, y las nuevas políticas de empleo, por lo que podríamos haberlas incluido en el apartado dedicado a las novedades en este otro ámbito de la regulación social, hemos preferido agruparlas en un ámbito específico dedicado a la ordenación de la inmigración socio-laboral.

A tal fin, los aspectos que analizaremos son:

- Balance provisional del proceso de normalización laboral, con los datos disponibles a septiembre de 2005.
- Aplicación práctica de la nueva delimitación de la «situación nacional de empleo» ofrecida por el RLOExIS.
- Criterios técnicos dictados para la interpretación de las vías de normalización individual, una vez que han entrado en vigor las reglas reglamentarias en materia de arraigo laboral y arraigo socio-laboral.
- Instrucciones de desarrollo de la disposición adicional primera, punto 4 del reglamento.
- Reforma reglamentaria en materia de alta en Seguridad Social de los trabajadores extranjeros.
- Reconocimiento legal del derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa y cualquiera que sea el proceso en el que ventilen sus derechos e intereses, incluidos los propios del orden social de la jurisdicción.

## **5.2. Los principales desarrollos del Real Decreto 2393/2004, por el que se aprueba el «Reglamento de Extranjería».**

### *5.2.1. Balance provisional del proceso de normalización laboral: principales «incumplimientos» del régimen normativo.*

Como es archiconocido, uno de los principales aspectos innovadores del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, fue la previsión de un procedimiento extraordinario de normalización laboral, que tuvo una vigencia de 3 meses desde la entrada en vigor de la norma reglamentaria (DT 3.ª: de 7 de febrero a 7 de mayo). Su finalidad era permitir a los extranjeros que encontrándose en territorio español y no disponiendo de autorización, sin embargo, podían acreditar hallarse en España desde un determinado período –7 de agosto de 2004–, a acreditar mediante el empadronamiento –directo o por «omisión»–, y realizaran un empleo por cuenta ajena, probado mediante contrato de trabajo con una duración de al menos 6 meses (3 meses en el sector agrario). Pues bien, sin entrar ahora tam-

poco en recordar la azarosa tramitación de este procedimiento, objeto de diversos y sorprendentes desarrollos, ni en sus principales puntos críticos <sup>49</sup>, sí es posible realizar algún comentario ahora que se ofrecen los primeros balances con datos reales sobre el desenvolvimiento del proceso.

A este respecto, puede ofrecerse una opinión relativamente positiva a cómo se ha llevado a cabo esta gestión administrativa, como prueba tanto el elevado porcentaje de autorizaciones concedidas –casi el 90% de las tramitadas–, como la razonable diligencia en su tramitación –sean resuelto el 90% de los expedientes o solicitudes–. Ahora bien, estos mismos datos vienen a confirmar la realidad de algunos de los principales problemas aplicativos que se evidenció al analizar la normativa reguladora. Aquí nos limitaremos sólo a tres, de especial importancia o trascendencia para los juristas y asesores en materia socio-laboral. A saber:

- El discutido y discutible requisito del «empadronamiento» como único modo de probar la estancia en España está comenzando a ser contestado, y revisado, por los Tribunales (Juzgado de lo Contencioso núm. 2 de San Sebastián, en sentencia todavía no firme por haberse recurrido al TSJ País Vasco por la Subdelegación del Gobierno Guipuzcoana). Estas decisiones vendrían a confirmar, con toda razón jurídica, la tesis según la cual es admisible cualquier forma fiable en Derecho para demostrar la estancia en el período de referencia.
- Casi el 30 por 100 de las situaciones resueltas favorablemente con el reconocimiento de la autorización han quedado, sin embargo, pendientes de confirmación por no haberse producido el alta exigible del trabajador/a extranjero. En consecuencia, una aplicación estricta, poco aconsejable, de este requisito generaría graves problemas.
- Un elevado porcentaje, aunque no cuantificado, de situaciones resueltas favorablemente, con autorización y alta, luego se han visto «truncadas», por una ruptura anticipada del contrato, no obstante la exigencia de mantener al menos 6 meses –3 en el sector agrario– la duración del contrato. También esta cuestión tendrá que afrontarse en los Tribunales, en la medida en que enfrenta una exigencia reglamentaria –la garantía de mantenimiento de empleo durante un tiempo– con las facultades empresariales previstas en el Estatuto –período de prueba–. Aunque está claro el principio de jerarquía normativa, entendemos que una resolución sin causa *ante tempus* constituye un despido improcedente, no obstante alguna doctrina judicial en contrario.

### 5.2.2. «Situación nacional de empleo» y Servicios Públicos: catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y certificación negativa.

Sin duda otro de los aspectos novedosos de la regulación reglamentaria que más expectativas levantaba, por su centralidad en el entramado regulador de la inmigración económica extranjera, era el criterio para delimitar con mayor objetividad y precisión la «situación nacional de empleo». A tal fin, junto al criterio anterior –certificación negativa– aparecía una innovación: el *Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura*.

<sup>49</sup> Volvemos a remitir a los completos estudios referidos en la nota anterior.

Ambos criterios cuentan ya con sendos desarrollos, si bien mediante instrumentos diferentes. El procedimiento para la elaboración del referido *Catálogo*, enigmático en su formulación antes de conocerse, inútil en gran medida una vez conocido, se estableció por Resolución de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal –BOE de 24 de febrero–. En cambio, el contenido para la *certificación negativa de la gestión de la oferta* de empleo presentada ante los Servicios Públicos, vía para acreditar la situación nacional de empleo para ocupaciones que no estén incluidas en el Catálogo, está recogido en la Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio –BOE de 13 de junio–. Consciente la norma reglamentaria de desarrollo de la necesidad de establecer una específica habilitación normativa para la elaboración y publicación del Catálogo, la disposición adicional 2.ª de esta orden faculta al Director General del Servicio Público Estatal de Empleo para «dictar cuantas resoluciones sean necesarias» en relación con el artículo 50 a) del RLOExIS, incluida la previsión reglamentaria relativa a la elaboración con periodicidad trimestral del Catálogo.

En todo caso, esta regulación tiene bien presente el complicado reparto de competencias en esta materia, de ahí que cuiden de delimitar la actuación de todos los Servicios Públicos de Empleo, tanto el estatal como los autonómicos, buscando la mayor coordinación posible ante el proceso de descentralización radical vivido por éstos. Por eso, el Catálogo es el resultado de la acción conjunta de todos ellos, previa consulta con la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. El Catálogo vigente para el tercer trimestre del año 2005 se aprobó, conforme a las referidas previsiones reglamentarias, por Resolución de 28 de junio de 2005, del Servicio Público Estatal de Empleo –BOE de 26 de agosto de 2005–. Del mismo modo, la orden relativa a la certificación negativa se limita a establecer un contenido mínimo y uniforme, consciente de que la competencia para el procedimiento de gestión corresponde a las Comunidades Autónomas.

En el plano teórico, y pese a las dificultades –por tanto deficiencias de eficacia– de elaboración, la técnica del Catálogo se presenta como un instrumento objetivo y agilizador de la tramitación de las ofertas de empleo para extranjeros. La sola presencia de una ocupación en él eximiría de esta gestión administrativa previa al empleador, lo que por otro lado es conforme con una realidad práctica de ausencia de los Servicios Públicos en la intermediación laboral. Los primeros resultados son, sin embargo, decepcionantes.

### 5.2.3. *Se abre el tiempo de la normalización individual por arraigo socio-laboral: «instrucciones» aplicativas del artículo 45.2 del RLOExIS.*

Una vez cerrada la vía de la normalización «masiva» o colectiva pero extraordinaria, el principal resquicio por el que acceder a la «legalización» de las situaciones administrativas del inmigrante que realice –o hubiera realizado– un trabajo asalariado, son los supuestos de «normalización socio-laboral» previstos en el artículo 45.2 del RLOExIS. Esta norma reglamentaria recoge dos posibilidades diferentes a tales fines basada en la conocida institución del «*arraigo*», la primera calificada por la norma reglamentaria expresamente como «laboral» y la segunda –¿voluntaria o inconscientemente?– innominada, si bien ha recibido el nombre en sede administrativa y práctica de «*social*».

A nuestro juicio, en ambos casos se trata de un arraigo «*socio-laboral*», pues en los dos se combinan criterios en sentido amplio sociales –estancia relativamente larga en nuestro país en uno; víncu-

los familiares o criterios de inserción social en otro— que no deja de tener algunas consecuencias prácticas— y laborales —contrato de trabajo, bien vigente para el primer caso, bien inexistente ya pero acreditado en un período anterior en otro—. Pero somos conscientes de que estas denominaciones o especificaciones, reglamentarias una y «administrativa» otra, no dejan de tener efectos prácticos relevantes, por cuanto ni el artículo 31.3 de la LOExIS hace adjetivación alguna —habla sólo de «razones de arraigo»—, por lo que ha de entenderse *numerus apertus*, ni se ajusta al concepto jurisprudencial que ha venido considerando, al menos teóricamente, autónomos los tres básicos: laboral, social y familiar.

La conexión entre el procedimiento de normalización laboral individual, artículo 45.2 a), y el de normalización laboral colectiva y extraordinaria, disposición adicional 3.<sup>a</sup>, determinó que aquél no entrara en vigor hasta 6 meses después de hacerlo el Reglamento, por tanto, a partir del 8 de agosto de 2005. Por supuesto tampoco es nuestra intención reiterar los análisis de estas conflictivas figuras, que presentan grandes incertidumbres, ya realizados en otro número de esta Revista ya referido. Lo que procede es dar cuenta y valorar sucinta, pero ilustrativamente para el jurista práctico, los criterios —las socorridas, pero habitualmente de dudosa legalidad, *Instrucciones*— recientemente dictados por la Dirección General de Inmigración para poner en práctica este precepto.

Para el «arraigo laboral», y en aplicación del artículo 6.1 b) del Real Decreto 1600/2004, por el que se desarrolla la estructura básica del MTAS, se están elaborando las Instrucciones correspondientes. No obstante, pretendidamente al objeto de «facilitar» la gestión de estos expedientes desde la entrada en vigor, se han dictado unas *Instrucciones provisionales –3 de agosto de 2005–*. Ya antes —junio de 2005— se habían dictado también Instrucciones para el calificado como «arraigo social»<sup>50</sup>. No es tampoco nuestra pretensión analizar con detenimiento estos documentos, que bien merecen una reflexión monográfica, sino tan sólo evidenciar, con algún ejemplo claro, cómo el objetivo perseguido de la flexibilidad o agilización de trámites realmente esconde, por lo general y con alguna excepción, una «vuelta de tuerca» en el control rígido del acceso a estas vías.

Así, por ejemplo, se parte de la carencia de un derecho por el inmigrante que reúna todos los requisitos a obtener la autorización por arraigo, haciendo una lectura literalísima del verbo «podrá». Sin embargo, dudamos de que el precepto reglamentario pueda establecer una potestad meramente discrecional, pues son más los elementos reglados y, precisamente, los conceptos jurídicamente indeterminados lejos de reforzar la discrecionalidad o habilitarla persiguen reducirla, conforme a una regla general del Derecho Administrativo.

Asimismo, a la hora de interpretar determinados requisitos, como la acreditación de la estancia necesaria en nuestro país, aunque no consagra el empadronamiento como única vía —a diferencia, indudablemente, del proceso de normalización extraordinario—, pues se lo impide la regulación normativa, se opta por introducir o añadir criterios más exigentes ni previstos ni queridos por el Legislador ni por el Reglamento —ej. «acreditación "de forma objetiva, la secuencia" de estancia; establecimiento de preferencias a unas formas sobre otras...»—. Amén de las habituales confusiones entre conceptos jurídicos diferentes como el «desistimiento» y la «caducidad», pues está claro que la no entrega en plazo de determinados documentos no puede llevar al tener al solicitante por desistido y producir el archivo, sino tan sólo decretar la caducidad, que no genera archivo de actuaciones (art. 92 de la Ley 30/1992).

<sup>50</sup> Pueden verse en la página web del Ilustre Colegio de abogados de Zaragoza —[www.reicaz.es](http://www.reicaz.es)—.

5.2.4. *Los desarrollos de la disposición adicional primera, punto 4 del RLOExIS: deportistas profesionales y reclusos empleados en talleres penitenciarios.*

Las novedades también se producen en relación a la «tercera vía» contemplada en el reglamento para dejar completa discrecionalidad, hasta llegar a una dudosa deslegalización –e incluso «desreglamentalización»–, al Gobierno para establecer cuantos procedimientos de autorización «especial» quisiera contemplar. Nos referimos a la enigmática disposición adicional primera, punto 4, del Real Decreto 2393/2004, que aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOExIS. Esta disposición establece que «cuando las circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen, y en supuestos no regulados de especial relevancia», el Consejo de Ministros «podrá dictar Instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de trabajo». La «regulación» que por tal instrumento se prevea habrá de contar con un contenido mínimo –«forma, requisitos y plazos para la concesión de dichas autorizaciones»–, y precisa previamente tanto propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración como Informe del Titular de la Secretaría de Estado de Seguridad Social.

Como es sabido, este socorrido o recurrente «instrumento regulador» en el ámbito de la extranjería e inmigración, fuente de una discrecionalidad ordenadora extrema para las autoridades gubernativas, carece de rango de norma jurídica. Por ello, y como era de esperar, la disposición adicional 1.ª, punto 4, se está convirtiendo, lamentablemente, en un «cajón de sastre». Así, con el mismo fundamento normativo, el Gobierno se «autohabilita» para regular situaciones tan dispares como las de los deportistas profesionales y la de los «reclusos extranjeros»<sup>51</sup>.

Por lo que refiere a los *deportistas profesionales*, la Resolución de 12 de agosto de 2005, de la Secretaría de Inmigración y Emigración, dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2005. En él se aprobaron las Instrucciones por las que se termina el procedimiento para autorizar la residencia y el desarrollo de actividades laborales deportivas, con carácter profesional, por extranjeros –BOE de 22 de agosto–.

La especificidad de este tipo de actividades y «trabajadores extranjeros» ha estado siempre evidenciada en la regulación y ha sido objeto de fuertes conflictos, con reflejo significativo en una gran litigiosidad –recuérdese el caso de los mal llamados «comunitarios B»–. La normativa no elimina el cupo de extranjeros extracomunitarios establecido en la normativa de las Federaciones deportivas, y que tanto limita el acceso a este gran mercado, produciendo continuas situaciones de disputa entre Clubes, Federaciones y Asociaciones de profesionales. Pero sí ha considerado necesario establecer una fórmula que facilite el acceso inmediato del deportista profesional extranjero a los clubes o entidades deportivas que los contratan.

A tal fin, se le *otorga validez provisional a la licencia deportiva*, que es un acto producido por una Entidad Privada –la Federación–, si bien por delegación de un Organismo Público –el Consejo Superior de Deportes–, *para servir como autorización de residencia y trabajo*. Para que este nuevo documento pueda actuar de autorización –con lo que se produce una nueva ruptura de la proclamada voluntad de simplificar el sistema– ha de *estar visada* por el Consejo Superior de Deportes la *Certificación*

<sup>51</sup> Vid. para un comentario en profundidad del contexto en que surge y de sus implicaciones y principales desarrollos MOLINA, C.; ESTEBAN DE LA ROSA, G. y ARCE, E. *La inmigración extranjera*. Op. cit.

expedida por la Federación, Liga Profesional o Entidad Deportiva asimilada, en la que se deja constancia de que el deportista extranjero cuenta con la Licencia y la empresa contratante es entidad deportiva inscrita y autorizada. Asimismo debe comunicarse a la Subdelegación de Gobierno correspondiente.

El segundo desarrollo, por el momento, se refiere a los *reclusos extranjeros*, que constituyen un porcentaje creciente y muy significativo de la población reclusa, *empleados en talleres productivos penitenciarios*. El artículo 5.1 del Real Decreto 782/2001, regulador de la relación laboral especial penitenciaria de los internos que realizan actividades laborales en talleres penitenciarios y su protección de Seguridad Social, entre otros derechos laborales les reconoce el de no ser discriminados para el empleo o, una vez empleados, en las condiciones de trabajo, por razón de nacionalidad. Ahora bien, en cuanto que carentes de la nacionalidad española o de cualquier otra de la UE o del EEE, tendrían que contar, conforme al artículo 36.2 de la LOExIS, con una autorización para trabajar si quieren ser sujetos de una relación laboral especial penitenciaria.

De nuevo, para tratar de flexibilizar esta regulación, el Gobierno ha dictado –Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005– unas *Instrucciones específicas* donde se establece la forma, requisitos y plazos para la concesión de estas autorizaciones. La mayor especificidad de este procedimiento autorizador reside en los «documentos» que sirven de autorización para trabajar. Éstos son:

a) La *Resolución Judicial* que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero, que autorizará inmediatamente para el desarrollo de actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios, gestionados por el analizado Organismo Autónomo de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo.

Esta resolución, que deberá ser comunicada por la Dirección del Centro Penitenciario a la Subdelegación del Gobierno correspondiente, tendrá validez y eficacia hasta la finalización de las actividades laborales en tales talleres. Esta autorización no impide la posibilidad de abrir y continuar un expediente de expulsión si la condena es por un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a 1 año.

b) La *Resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias* –DGIP– de clasificación en tercer grado –o Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria que acuerde dicha calificación o la concesión de libertad condicional–.

Estos supuestos requieren que la condena no haya sido sustituida por la sanción de expulsión por el Juez y que así lo decida la Subdelegación correspondiente –autoridad gubernativa competente con carácter general para estas autorizaciones–. El penado extranjero habrá de reunir una de las situaciones previstas en la Instrucción segunda, punto 1: situación de residencia o estancia por estudios; circunstancias excepcionales que permiten una autorización de residencia temporal conforme al artículo 45 del RLOExIS; supuestos que permiten, conforme al artículo 72 del RLOExIS, la residencia permanente.

No cabe duda de que esta última precisión supone significativas limitaciones, incluso de dudosa constitucionalidad –art. 25 de la CE–, en cuanto implica que el recluso extranjero había de estar en situación regular, o en todo caso «regularizable» o «normalizable» individualmente, antes de la condena. O haber trabajado con anterioridad al amparo del artículo 66.5 del anterior Reglamento de Extranjería.

La concesión de validez de autorización para trabajar tiene igualmente plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social. Sin embargo, ni otorga la condición de residente extranjero ni tiene validez hasta el final de la actividad, sino que tiene una duración máxima de seis meses y hasta la fecha de cumplimiento de la condena. No obstante, puede solicitarse por el interesado su renovación en sucesivas veces, aunque esta renovación tampoco obstará a la posibilidad de instruir un expediente de expulsión. En todo caso, conviene recordar que no se puede expulsar a los beneficiarios de prestaciones públicas y que a éstas se tiene derecho al margen de si se cuenta o no con autorización para trabajar (STS de 9 de junio de 2003).

### 5.2.5. *La reforma reglamentaria del alta en Seguridad Social de los trabajadores extranjeros: ¿avance o involución?*

También es suficientemente conocido que uno de los aspectos más relevantes de la nueva regulación reglamentaria es el intento de instrumentación de la Seguridad Social, a través de las relaciones de encuadramiento, al servicio de un control más efectivo de la seriedad de la contratación de extranjeros en el mercado de trabajo español. Sin duda para garantizar los derechos de los trabajadores pero también para asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales de los empleadores y, por tanto, mejorar la recaudación en este ámbito, aflorando economía sumergida. Un reforzamiento del control administrativo de la regularidad de las situaciones del trabajo de los extranjeros que, ahora en sede estrictamente laboral y no gubernativa, contrasta significativamente tanto con la doctrina jurisprudencial en esta materia como con la formulación legislativa –art. 36.3 de la LOExIS–. Pues bien, en esta tensión entre poderes reguladores, Administración, Ley y Jurisprudencia, el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, viene a complicar la cuestión.

En efecto, este real decreto modifica, entre otros preceptos, el artículo 42 del Real Decreto 84/1996 relativo, precisamente, a la afiliación y alta de los extranjeros. Tras la reforma este artículo tiene dos apartados, cuando antes tenía sólo uno. El primero mantiene una regulación sustancialmente coincidente con la anterior y no merece mayor comentario, por cuanto exige la autorización para trabajar previa a proceder al alta. Como se sabe, este criterio contrasta abiertamente con la jurisprudencia, pues la Sala de lo Contencioso-Administrativo viene sosteniendo otro criterio distinto, conforme a una aplicación literal del artículo 106 de la LGSS –la prestación de servicios efectiva determina el alta–. Un criterio admitido por la Sala de lo Social (STS de 9 de junio de 2003).

Las novedades residen, pues, en el segundo apartado. Este apartado contempla dos reglas diferentes, aunque en realidad vienen a formular, en exceso confusamente, una misma idea y que responde a la reforma establecida en el 2003 del artículo 36.3 de la LOExIS: cualquiera que sea la situación de regularidad o irregularidad del trabajador extranjero siempre tendrá derecho a las prestaciones del Sistema, sin perjuicio de las responsabilidades empresariales en estos casos y sin que ello suponga estar «incluidos en el Sistema de la Seguridad Social» a todos los demás efectos (nuevo párrafo segundo del apartado 2 del art. 42 del RD 84/1996).

En consecuencia estaba clara la necesidad de la reforma reglamentaria. Ahora bien, lo que ya no puede entenderse es el sentido de la misma. La «novedad», que presenta una cierta apariencia de «progresismo», es en realidad una reforma claramente regresiva en lo político y, a nuestro juicio, ilegal, por contraria al artículo 36.3 de la LOExIS, en la interpretación que tiene por la jurisprudencia referida. El principio de jerarquía normativa debería actuar en este caso anulando este nuevo apartado y restableciendo la doctrina fijada por el TS que, además, es la más coherente: la falta de alta y confirmación de servicios efectivos no puede impedir la exigencia de cotización por parte de la Seguridad Social, que en todo caso estará obligada a asumir las prestaciones –art. 36.3 de la LOExIS– y a exigir las correspondientes responsabilidades empresariales. La incoherencia de la norma reglamentaria es enorme.

### **5.3. Una reforma legal declarativa: el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a todos los trabajadores extranjeros.**

Precisamente, para resolver un problema de incoherencia entre la regulación legal –«vigente» pero no válida– y la ordenación constitucional –vigente pero no efectiva–, la Ley 16/2005, 18 de julio –BOE de 19 de julio–, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Aunque el objetivo fundamental de esta reforma tiene que ver con la regulación de las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la UE, se ha aprovechado esta reforma para adecuar la Ley 1/1996 a la doctrina constitucional –STCo. 95/2003–.

Con tal objetivo, se ha dado una nueva redacción al artículo 2 letra a) de esta Ley para reconocer el derecho al beneficio de justicia gratuita a todo «extranjero» que se encuentre en España. La única condición es que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, como requisito general aplicable a todos. Por tanto, la condición administrativa de «situación irregular» carece de relevancia alguna para el ejercicio del derecho. Queda claro que ésta es una disposición coherente con la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho de la persona. No puede ser la cualidad administrativa, estancia legal, el requisito que pueda impedir el acceso al derecho social inherente a la efectividad de la tutela que es la gratuidad de la misma.

## **6. REFLEXIÓN FINAL: LA REFORMA QUE VIENE, SI VIENE**

Hasta aquí lo que da de sí el movimiento de reordenación, parcial y disperso, de las relaciones socio-laborales en un período final de año que ya ha marcado un giro significativo. Frente al sustancial abstencionismo del nuevo Gobierno en materia socio-laboral de 2004 –excepción hecha de las repercusiones de la LO 1/2004 y del impacto, en el mercado de trabajo y en la vida social, del RLOExIS– ahora parece difundirse una cierta ansiedad por las reformas legales y reglamentarias en esta materia.

No obstante, es evidente que lo más relevante queda por llegar. De nuevo estaremos atentos a lo que llegue y si llega, que de momento esperemos no sea una nueva e inútil, rebaja de la indemnización por despido.