

ARTIGOS DOUTRINAIS

REVISTA
GALEGA
DE
DEREITO
SOCIAL

PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS E TRABALLO AUTÓNOMO

Lourdes Mella Méndez

Profesora Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade social.
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO

- I. O ÁMBITO DE APLICACIÓN DA LEI DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS E OS TRABALLADORES AUTÓNOMOS**
- II. OS DEBERES DE PREVENCIÓN DO AUTÓNOMO TRAS O RD 171/2004, DO 30 DE XANEIRO, DE COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIAIS**
- III. A PROTECCIÓN DOS AUTÓNOMOS NO SECTOR DA CONSTRUCIÓN**
- IV. A FUTURA REGULACIÓN DA SEGURIDADE E SAÚDE DOS TRABALLADORES AUTÓNOMOS**

I. O ÁMBITO DE APLICACIÓN DA LEI DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS E OS TRABALLADORES AUTÓNOMOS

Á hora de analizar o ámbito de aplicación da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais (en diante, LPRL), en relación cos autónomos, a primeira precisión que cabe efectuar é a da distinción entre os dous grandes grupos de autónomos. Por un lado, *o autónomo que é, á vez, traballador e empresario*, e que, polo tanto, ocupa a traballadores por conta allea. Este autónomo identifícase co que poderíamos denominar o auténtico autónomo ou autónomo *strictu sensu* (v. gr., profesional liberal ou artista), en canto desenvolve unha actividade por conta propia, de forma independente, ou sexa, sen suxeición a ordes e instrucións de terceiros e non remunerada salarialmente por un empresario, senón que o beneficio que se obtén depende, ben da prestación directa dun determinado servizo profesional para aqueles suxeitos ou empresas que o requiran, ben da realización económica do produto elaborado no mercado (compravenda, normalmente). Pois ben, en canto empresario, resulta evidente que, ao igual que calquera outros, estes empresarios-autónomos deben cumprir a normativa de prevención de riscos laborais en relación cos seus traballadores.

Non obstante, o que sempre estivo pendente e excluído da protección da LPRL foi a obriga e o dereito deste empresario-traballador autónomo á súa autoprotección, o que agora se quere corrixir coa proposta de texto articulado do Estatuto do traballo autónomo¹, tal e como se verá despois. Por certo que a citada proposta alude a este tipo de autónomo no mesmo artigo 1.1, ao sinalar que “a presente Lei será de aplicación ás persoas físicas que realicen de forma persoal, directa e por conta propia unha actividade económica ou profesional a título lucrativo, dean ou non ocupación a traballadores por conta allea”.

Por outro lado, cabe aludir aos *autónomos dependentes*, tamén coñecidos como parasubordinados, que son aqueles traballadores autónomos que, a pesar de ter unha elevada dose de autonomía no desenvolvemento da súa actividade, se caracterizan por prestar esta, xeralmente, para un só empresario do que dependen economicamente. Normalmente, o autónomo asume os riscos da actividade achegando el mesmo os medios e recursos necesarios para o desempeño daquela e o empresario, pola súa banda, limítase ao pagamento dos servizos e o control dos resultados². Este tipo de traballo áchase a medio camiño entre o traballo autónomo e o dependente. A estes autónomos tamén alude a referida proposta de Estatuto ao declarar expresamente incluídos no ámbito de aplicación daquel aos “que non tendo traballadores ao seu servizo, desenvolven a súa actividade de forma continuada, coordinada e predominantemente para un só cliente, do que dependen economicamente. Presumírase que existe dependencia económica cando o traballador reciba de xeito regular dun mesmo cliente remuneracións que supoñan a súa principal fonte de ingresos” [artigo 1.2. a)]

1 Incluída no volume “Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la comisión de expertos para la elaboración de un Estatuto del trabajador autónomo”, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, páxs. 241 e ss.

2 Cfr. VALDÉS ALONSO, A., “Tipología del trabajo autónomo”, en *Documentación Laboral (DL)*, nº 70 (anuario do traballo autónomo), 2004, páx. 19.

Pois ben, estes traballadores autónomos tamén están excluídos do ámbito de aplicación da LPRL en canto suxeitos a protexer, pois o seu artigo 3.1 dispón que “esta Lei e as súas normas de desenvolvemento serán de aplicación tanto no ámbito das relacións laborais reguladas no texto refundido do ET, como no das relacións de carácter administrativo ou estatutario do persoal civil ao servizo das Administracións Públicas”, ao que se engade a súa aplicación ás sociedades cooperativas, “nas que existan socios a actividade dos cales consista na prestación do seu traballo persoal”. Así as cousas, resulta claro que o ámbito de aplicación da citada Lei queda integrado polos traballadores dependentes da empresa privada, os funcionarios civís, o persoal estatutario e contratados administrativos no sector público e os socios traballadores de cooperativas. Noutras palabras, a preocupación principal do lexislador é a de protexer o traballo dependente e por conta allea, o que recae sobre o empresario (privado ou Administración pública ou cooperativa) como principal receptor da utilidade patrimonial do devandito traballo.

Como consecuencia da idea recién exposta, resulta evidente que o traballo autónomo ou desenvolvido por conta propia non queda protexido pola LPRL. A exclusión xeneralizada dos autónomos da normativa de prevención de riscos baséase en varias razóns, entre elas, as seguintes³:

1) O contrato civil ou mercantil existente entre a empresa e o autónomo non é unha canle xurídica de translación de riscos profesionais para aquela, a diferenza do que sucede co contrato de traballo. O lexislador rexeita que a dependencia económica do autónomo ou que a mera recepción da utilidade patrimonial do traballo deste sexan motivos dabondo para xerar para o empresario deberes de prevención de riscos laborais. No traballo autónomo non se dan, a próstrea, as notas de dependencia e alleidade que permiten cargar sobre o receptor dos servizos as obrigas características da seguridade e saúde no traballo. Así, o autónomo non ten detrás do unha persoa contratante a quen esixir responsabilidade administrativa⁴ en caso de incumprimento do deber de seguridade, podendo unicamente acudir á responsabilidade contractual por danos e prexuízos con fundamento nunha falta de dilixencia media da empresa na súa actuación (artigo 1902 C.c.)⁵.

2) A protección eficaz do autónomo perséguese pola vía da autotutela, pois o lexislador considera que debe ser o propio autónomo quen teña o maior interese en protexer a súa saúde. Nesta liña, o artigo 15.5 ET prevé que os traballadores autónomos, respecto deles mesmos, “poderán concertar operacións de seguro que teñan como fin garantir como ámbito de cobertura a previsión de riscos derivados do traballo” non protexido legalmente.

3 LAHERA FORTEZA, J., “Prevención de riesgos laborales de los autónomos tras la Ley 54/2003 y el Real Decreto 171/2004”, DL, nº 70 (anuario do traballo autónomo), 2004, páxs. 91 e 92.

4 Cfr. artigos 42.1 e 3 Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais (en diante LPRL) e artigos 11 a 13 do texto refundido da Lei de infraccións e sancións na orde social, aprobada polo Real Decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto (en diante TRLISOS).

5 APILLUELO MARTÍN, M., *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006, pág. 71.

E 3) no ámbito do traballo autónomo falta, moitas veces, a realidade que actúa como presuposto principal e campo de aplicación típico das medidas de prevención, que non é outra que a empresa. Certamente, se ben se mira, son os centros e locais daquela os destinatarios de boa parte das regras de prevención de riscos laborais, como as relativas ao acondicionamento dos lugares de traballo, os procesos de avaliación de riscos, de adaptación de postos de traballo ou de implantación de servizos de prevención⁶.

Agora ben, tras a definición do ámbito de aplicación da LPRL (no que non están os autónomos, insisto), o citado artigo 3.1 apúrase en sinalar que iso será así sen prexuízo “dos “dereitos e obrigas que poidan derivarse para os traballadores autónomos”. Tal mención, aínda que, en certa medida, volve confirmar a regra xeral de exclusión destes últimos, abre a posibilidade de que certas regras preventivas da citada Lei lles sexan de aplicación aos autónomos. Así, aínda de xeito pouco decidido ou incidental⁷, a propia LPRL non quere deixar pasar a ocasión sen prever de xeito expreso a posibilidade de que as medidas de seguridade e saúde tamén se estendan aos que, en principio, non son os seus destinatarios naturais, quizais porque xa entón o lexislador intuía ou sabía que razóns non faltaban para a protección deses outros traballadores. Como exemplo das devanditas razóns, cabe apuntar que o traballador autónomo é, antes que calquera outra cousa, un traballador, isto é, unha persoa implicada de xeito directo na realización de traballo e, polo tanto, exposta -de xeito similar ao traballador dependente- aos riscos que poidan derivar da actividade laboral que realiza. Ademais, esa equiparación co traballador por conta allea é aínda máis evidente cando o autónomo colabora no desenvolvemento dunha determinada actividade empresarial, o que fai habitualmente a través dun contrato de execución de obra ou arrendamento de servizos, pois entón a subordinación funcional e a dependencia económica do autónomo respecto do empresario son claras e o aproximan ao traballador típico.

Doutro lado, non cabe esquecer que o artigo 40.2 Constitución, dentro dos principios reitores da política social e económica, sinala aos poderes públicos a obriga de velar pola seguridade e hixiene no traballo, sen distinción entre traballadores ou formas de prestar aquel, polo que claramente se poden entender comprendidos aquí aos autónomos que prestan servizos para un empresario. Certamente, se o precepto constitucional é amplo é porque así o quixo o lexislador constituínte, polo que non caben interpretacións restritivas e e, mesmo, discriminatorias para os autónomos.

Con todo, tras esa inicial declaración de intencións, a LPRL só efectúa dúas previsións específicas en relación cos autónomos (en coherencia co seu ámbito subxectivo de aplicación): unha, a do artigo 15.5, xa vista; e a outra, a do artigo 24.5, segundo o que “os deberes de cooperación e de información e instrución recollidos nos apartados 1 e 2 serán de aplicación respecto dos traballadores autónomos que desenvolvan actividades nos devanditos centros de traballo”. Así as cousas, cabe concluír que as previsións da LPRL ata agora foron claramente insuficientes para protexer os traballadores autónomos en canto traballadores, pois se bota en falta un deber xenérico de coidado en materia de prevención de riscos laborais que, recaendo sobre un terceiro (empresario), proxéctese sobre a persoa daqueles. Como salvidade a esta insuficiencia legal protectora, cabe apuntar o caso dalgunha normativa sectorial, como o RD 1.627/1997 que vai por este camiño, como despois se verá. Agora ben, a razón da existencia deste RD é a transposición da

6 GARCÍA MURCIA, J., “Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 7 e 8, 2000, páx. 519. Tamén APILLUELO MARTÍN, M., *op. e loc. cit.*

7 GARCÍA MURCIA, J., *op. cit.*, páx. 521.

Directiva 92/57/CEE, do 24 de xuño, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde para as obras de construción, que xa empeza a estender aos traballadores autónomos algunhas das obrigas relativas á utilización de equipos de traballo e equipos de protección, superando así, neste concreto ámbito, a falta de protección que os autónomos sufrían ata entón.

Por último, cabe apuntar que os denominados “falsos autónomos” ningún problema presentan para os efectos de protección en materia de prevención de riscos laborais, pois, en canto verdadeiros traballadores dependentes, quedan amparados pola cobertura protectora da LPRL e a súa normativa de desenvolvemento. O problema aquí é distinto, dado que este se acha na fraudulenta elusión da celebración do contrato de traballo. En efecto, estes traballadores, aínda que realizan a súa actividade baixo os requisitos típicos do traballo dependente (subordinación, alleidade, remuneración), revístense dunha aparencia formal -fraudulenta- de autónomos, quedando sometido ás obrigas fiscais e de seguridade social propias destes. A devandita fraude aparece promovido polo empresario, que condiciona a contratación á observancia destas condicións, pois son a el a quen lle resultan certamente favorables⁸.

II. OS DEBERES DE PREVENCIÓN DO AUTÓNOMO TRAS O RD 171/2004, DO 30 DE XANEIRO, DE COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIAIS

Como xa se apuntou, a única referencia especial que a LPRL contén respecto dos autónomos, en canto lles impón deberes de prevención a estes, é a prevista no seu artigo 24.5, modificado pola Lei 54/2003, do 12 de decembro, de reforma do marco normativo da prevención de riscos laborais, e desenvolvido polo RD 171/2004, do 30 de xaneiro. Segundo aquel precepto, “os deberes de cooperación e de información e instrución” que se esixen a todas as empresas que traballen xuntas nun mesmo centro de traballo se estenden tamén aos autónomos que desenvolvan unha determinada actividade laboral no devandito centro, porque este é un elemento máis da engrenaxe produtiva. Con todo, se repare en que a imposición destes deberes de prevención a aqueles ten un fin moi claro: evitar riscos para os traballadores dependentes nos casos de descentralizacións produtivas e contratas e subcontratas. Así as cousas, o lexislador aínda segue esquecendo a protección que hai que dispensar ao autónomo en canto traballador. En efecto, este aínda non é obxecto directo de protección, pois o que preocupa fundamentalmente é que aquel colabore para protexer outros traballadores, os dependentes ordinarios, que á fin e ó cabo prestan servizos na empresa igual ca el. Loxicamente, iso non impide que, aínda de xeito indirecto, e en canto traballador do centro de traballo, os resultados da protección tamén revertan sobre a súa persoa, faltaría máis.

Poñendo en conexión o número 5 do artigo 24 cos números 1 e 2 deste, resulta que, por un lado, cando nun mesmo centro de traballo desenvolvan actividades traballadores de dous ou máis empresas, estas e os autónomos deberán “cooperar na aplicación da normativa sobre prevención de riscos laborais”, establecendo, a tal fin, “os medios de coordinación” que sexan necesarios para a devandita prevención e informando sobre estes, no seu caso, os seus respectivos traballadores. Por outro lado, os autónomos teñen que colaborar, se é necesario, para que a información e instrucións que o titular do centro dea ao resto de empresas en materia de prevención (sobre riscos, medidas de protección e prevención e medidas de emerxencia) chegue aos seus respectivos traballadores.

8 VALDÉS ALONSO, A., *op. cit.*, páx. 21.

Loxicamente, se o autónomo tivese traballadores ao seu cargo, tamén tería dereito a recibir esa información e instrucións e obriga de trasladarllela a aqueles, aínda que non é este o suposto ao que aquí se alude⁹.

En calquera caso, aínda que a LPRL non o prevé, parece que o autónomo, en canto traballador, tamén debería ter dereito a ser destinatario final desa información e instrucións, pois, no caso contrario, sería o único suxeito da empresa (entre empresarios e traballadores) ao que se lle privaría da devandita información ou, mellor dito, da posibilidade de utilizala para evitar os seus propios riscos laborais, o que non resultaría aceptable¹⁰. Ademais, resulta evidente que nada pode impedir que os traballadores autónomos utilicen esa información e instrucións en beneficio propio, aínda que o lexislador inicialmente non pensara na protección de tal suxeito. Con todo, esta sería unha excepción (indirecta), ou efecto non buscado, á xeral configuración dos deberes de cooperación do artigo 24 LPRL como deberes dirixidos á protección de terceiros, ou sexa, aos traballadores dependentes que comparten o mesmo centro de traballo. Para os efectos de que o autónomo tome en serio a observancia destes deberes de colaboración en materia preventiva, o seu incumprimento supón unha infracción administrativa grave ou, mesmo, moi grave cando se produce en actividades regulamentariamente consideradas perigosas ou con riscos especiais¹¹.

Como xa se apuntou, o desenvolvemento destes deberes de cooperación e coordinación en materia preventiva do artigo 24 LPRL efectúouse polo RD 171/2004, ao que a continuación se alude exclusivamente en relación cos autónomos. En principio, o citado RD distingue entre tres supostos: a) a mera concorrencia de traballadores de varias empresas nun mesmo centro de traballo (artigos 4 e 5); b) a concorrencia de traballadores de varias empresas nun centro de traballo do que un empresario é titular (artigos 6 a 9); e c) concorrencia de traballadores de varias empresas nun centro de traballo cando existe un empresario principal (artigo 10). Aínda que o RD separa claramente estes casos, cabe sinalar que todos ou algúns deles poden coincidir simultaneamente, como sucede -o primeiro- cando hai unha concorrencia de empresas cun empresario titular do centro que, ademais, é empresario principal. En tal caso, loxicamente, os deberes de cooperación e información tamén se acumulan, o que determinará que, en primeiro lugar, todos os empresarios que concorran no mesmo centro de traballo deban coordinarse e colaborar entre eles. Pero, ademais, se un deles é titular do centro, este, a maiores, terá que informar e instruír sobre determinados contidos a aqueles e, por último, se o titular do centro contrata, a maiores, a súa propia actividade, terá que conxugar coordinación, información e instrución cun novo deber, o de vixilancia en materia preventiva.

A referencia expresa aos traballadores autónomos contense en relación coas dúas primeiras situacións, deixando á marxe a terceira, en coherencia coa ausencia de remisión do artigo 24.5 ao 24.3 LPRL. Así, cando *concorran traballadores de varias empresas*

9 Cfr. LLANO SÁNCHEZ, M., "El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales", *Actualidad Laboral*, núm. 13, 2004, páx. 1571.

10 Neste sentido, GARCÍA MURCIA, J., *op. cit.*, páx. 523 e RAMOS QUINTANA, M. I. e CAIRÓS BARRETO, D. M^º, "La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales", *Justicia Laboral*, nº 19, 2004, páx. 48 (o traballador autónomo resulta "tanto suxeito obrigado como suxeito protexido, en tanto que é hábil para xerar riscos e danos, pero tamén para padecelos, xa que se lle presume a súa presenza no centro de traballo,"). Vid, tamén, MORENO MÁRQUEZ, A., *Los sujetos protegidos por la Ley de prevención de riesgos laborales*, Pamplona, 2002, páx. 42. En sentido contrario, LAHERA FORTEZA, J., *op. cit.*, páx. 94, para quen este precepto non impón deberes empresariais respecto do autónomo.

11 Artigos 12.13 e 13.7 TRLSOS, respectivamente.

nun mesmo centro de traballo, o artigo 4.1, parágrafo segundo, RD citado prevé que o deber de cooperación na aplicación da normativa de prevención de riscos laborais será de aplicación, aparte de ás empresas (todas as implicadas, con independencia de se son, ademais, empresarios titulares do centro ou empresas que contratan ou subcontratar parte da súa actividade), a todos os traballadores autónomos concorrentes no centro de traballo, existan ou non relacións xurídicas entre eles. Polo tanto, van ter un mesmo tratamento os autónomos que desenvolvan a súa actividade profesional sen ningún tipo de relación contractual co resto dos empresarios que aqueles outros que colaboren no proceso produtivo dalgún dos empresarios presentes no centro de traballo. Por certo, que este RD aproveitou a ocasión para dar un novo concepto de “centro de traballo”, que pasa a ser definido como “calquera área, edificada ou non, na que os traballadores deban permanecer ou á que deban acceder por razón do seu traballo”. Este concepto de centro de traballo é máis amplo que o tradicional previsto no artigo 1.5 ET, e iso coa intención de poder conceder unha maior protección aos traballadores dependentes¹².

Pois ben, en virtude deste deber de cooperación, os autónomos teñen dúas funcións en materia preventiva. En primeiro lugar, aqueles deberán *informar as empresas concorrentes dos riscos específicos* derivados das actividades que desenvolvan no centro de traballo, especialmente daqueles que poidan verse agravados ou modificados a raíz da concurrencia de actividades¹³. Este deber de información é recíproco entre todos os empresarios concorrentes e, polo tanto, tamén afecta aos autónomos en ambos os dous sentidos. A devandita información, que debe ser suficiente e axeitada, debe proporcionarse, ben antes do inicio das actividades, ben despois, no mesmo momento en que se produza un cambio nas actividades concorrentes que sexa relevante a efectos preventivos ou unha situación de emerxencia. Con carácter xeral, dita información pode transmitirse oralmente, pero, como excepción, debe efectuarse por escrito cando da actividade do autónomo se deriven riscos graves ou moi graves. Á parte de informar sobre os riscos específicos, os autónomos tamén deben informar os outros empresarios dos *accidentes de traballo* que se produzan no centro como consecuencia dos riscos das actividades concorrentes, así de calquera *situación de emerxencia* susceptible de afectar á saúde ou a seguridade dos traballadores por conta allea que presten servizos naquel¹⁴.

En segundo lugar, os autónomos tamén poden e deben *colaborar*, co resto de empresas concorrentes no centro de traballo, no *establecemento dos medios de coordinación* para a prevención de riscos laborais (artigos 5 e 12 RD cit.)¹⁵. O devandito establecemento debe atender a diversas circunstancias, tales como o grao de perigosidade das actividades que se desenvolven no centro, o número de traballadores deste ou, en fin, a duración da concurrencia das actividades. Pola súa parte, os medios de coordinación¹⁶ poden consistir en múltiples medidas de diferente natureza, entre elas, as seguintes:

12 Con todo, este concepto non é novo, pois reproduce o xa recollido no RD 486/1997, do 14 de abril, polo que se establecen disposicións mínimas de seguridade e saúde nos lugares de traballo. Cfr. LLANO SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, páx. 1549 e RAMOS QUINTANA, M. I. e CAIRÓS BARRETO, D. Mª, *op. cit.*, páx. 46.

13 Artigo 4.2 RD citado.

14 Artigo 4.3 RD citado.

15 A iniciativa corresponde ao empresario titular do centro os traballadores da cal desenvolvan actividades neste ou, no seu defecto, ao empresario principal (artigo 12 RD 171/2004). Con todo, algúns autores estiman que se o empresario titular non ten traballadores no centro, aínda que non participa na adopción dos medios de coordinación, segue mantendo a iniciativa para que os empresarios concorrentes naquel procedan á devandita adopción (RAMOS QUINTANA, M. I. e CAIRÓS BARRETO, D. Mª, *op. cit.*, páx. 53).

16 Sobre estes, vid., amplamente, LLANO SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, páxs. 1562 e ss.

intercambio de información e comunicacións, reunións periódicas coas empresas concorrentes e/ ou cos comités de seguridade e saúde ou delegados de prevención, repartición de instrucións, establecemento conxunto de medidas de prevención ou de protocolos de actuación, presenza dos recursos preventivos no centro ou designación dun ou varios coordinadores da actividade preventiva (artigo 11). Este último medio de coordinación é o preferido naquelas situacións en que se realizan actividades especialmente perigosas, existen dificultades para coordinar o desenvolvemento de varias actividades simultaneamente ou das medidas de prevención (artigos 13 e 14). Dado que unha das facultades que estes coordinadores teñen é a de coñecer as informacións que as empresas e os autónomos deben intercambiarse en relación cos riscos que derivan das súas actividades, parece que estes tamén deben informar aqueles.

En fin, unha vez deseñados os medios de coordinación, o autónomo, ao igual que os empresarios concorrentes, terá obriga de participar en calquera medida de acción coordinada que se establecese e, no seu caso, deberá atender as indicacións e instrucións das persoas designadas como coordinadores.

Doutro lado, a segunda situación na que se alude expresamente aos deberes de prevención dos autónomos é aquela na que *concorren traballadores de varias empresas nun centro de traballo do que un empresario é titular*. A devandita situación caracterízase pola existencia dun suxeito que, con base na titularidade dominical ou en calquera outro título xurídico, ten a capacidade de xestionar certo espazo físico e poñelo a disposición de distintos suxeitos que desenvolven nel diversas actividades empresariais. Este suxeito-titular, ademais de poder desenvolver unha actividade empresarial con traballadores propios no centro e estar obrigado, en tal caso, polos deberes de colaboración en materia preventiva, ten unha responsabilidade adicional, derivada da súa calidade de responsable do lugar de traballo e, polo tanto, coñecedor deste. Así, a obriga principal de este titular é a de *informar os empresarios concorrentes sobre os riscos propios* do centro de traballo que poidan afectar ás actividades por eles desenvolvidas, as medidas previstas para evitalos e as de emerxencia a aplicar (artigo 7). Así mesmo, cando o empresario titular teña traballadores propios que presten servizos no centro tamén pode dar, ao resto de empresas concorrentes, as instrucións que sexan necesarias para evitar danos aos traballadores destas, así como sobre as medidas aplicables en caso de emerxencia (artigo 8). Tanto a información como as instrucións deben ser suficientes e axeitadas e se proporcionar tanto antes do comezo da actividade como cando se produza un cambio nas circunstancias que así aconsélleo. O incumprimento destas obrigas do titular, cualifícase, segundo o caso como falta grave ou moi grave¹⁷.

Pois ben, segundo o artigo 9.4 RD, as medidas a que se refiren os apartados anteriores (ter en conta a información e instrucións recibidas do empresario titular) serán de aplicación, aparte de ás empresas concorrentes, a todos “os traballadores autónomos que desenvolvan actividades no centro de traballo, existan ou non relacións xurídicas entre o empresario titular e eles”. Así as cousas, os autónomos teñen que colaborar, se é necesario, para que a información e instrucións que o titular do centro dea ao resto de empresas en materia de prevención (sobre riscos, medidas de protección e prevención e medidas de emerxencia) chegue aos seus respectivos traballadores. A idea orixinal do citado precepto é a de que os traballadores autónomos colaboren coas empresas conco-

17 Artigos 12.14 e 13.8.a) TRLISOS.

rentes para os efectos da protección dos traballadores destas e, no seu caso, do propio titular do centro. De feito, aquel precepto non converte ao autónomo nun suxeito titular da devandita información para a súa autoprotección, o que resulta claramente criticable, e agora intenta corríxirse na proposta de Estatuto, como despois se verá. Agora ben, como xa se apuntou ao comentar o artigo 24.5 LPRL, parece difícil evitar que o traballador autónomo poida utilizar, ademais, dita información ou instrucións para a súa propia seguridade e saúde. Certamente, unha vez coñecida a devandita información e colaborar na protección de terceiros (os traballadores dependentes compañeiros do centro de traballo) resultaría inexplicable e inxusto que o traballador autónomo non puidese facer uso daquela para autoprotexerse¹⁸. O feito de que os autónomos están á marxe do ámbito de aplicación da LPRL non xustifica tal conclusión, máxime cando, como xa se indicou, o propio artigo 3.1 alude aos posibles “dereitos” que poidan derivarse para aqueles, e quizais este sexa un deles.

Noutra orde de cousas, aparte dos supostos analizados, tamén cabe formular a cuestión dos deberes preventivos do autónomo no caso de que este fose o titular do centro. En tal suposto, debe repararse en se o autónomo desenvolve ou non a súa actividade no centro e ten traballadores neste. Se aquel non desenvolvese a súa actividade no centro, non cabería esixirlle o deber de información recíproca do artigo 4 RD citado, xa que este se refire aos riscos derivados da actividade desenvolvida polos empresarios concorrentes. En todo caso, si tería que proporcionar ao resto de empresarios a información sobre os riscos propios do centro de traballo (artigo 7 RD). Doutro lado, se o autónomo-titular non ten traballadores no centro, non terá a iniciativa para establecer os medios de coordinación, que corresponderá ao empresario principal (artigo 12.1, parágrafo segundo, RD), quen, no seu caso, será o único responsable da súa inexistencia. Tampouco estaría obrigado a impartir aos demais empresarios instrucións para previr os riscos existentes no centro (artigo 8.1 RD). Retéñase que as instrucións deben darse unha vez recibida a información do artigo 4.2 RD, e tal información só debe subministrarse entre os empresarios que desenvolvan actividades no centro de traballo¹⁹.

III. A PROTECCIÓN DOS AUTÓNOMOS NO SECTOR DA CONSTRUCCIÓN

A xeral exclusión dos autónomos da protección das normas de prevención de riscos laborais atopa unha clara excepción no sector da construción, e iso tanto pola importante e tradicional presenza deste colectivo neste sector como pola alta sinistralidade laboral que se produce neste e que aconsella que a referida protección se estenda a todo suxeito que preste servizos ou participe neste. A devandita protección recóllese claramente no RD 1.627/1997, de 24 de outubro, polo que se establecen disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras, públicas ou privadas, de construción ou enxeñaría civil, e que traspón a xa citada Directiva 92/57/CEE, de 24 de xuño, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde que deben aplicarse ás obras de construción temporais ou móbiles. O citado RD ten como obxectivo especificar os deberes xerais de cooperación, coordinación e información en materia preventiva nos supostos de concorrencia de varias empresas nunha obra de construción, polo que, polo seu carácter específico, prevalece

18 En igual sentido, RAMOS QUINTANA, M. I. e CAIRÓS BARRETO, D. M^a, op. cit., páx. 54.

19 LLANO SÁNCHEZ, M., op. cit., páxs. 1572-1573.

sobre o xa analizado e máis recente RD 171/2004, que coordina a prevención de riscos laborais nos supostos xenéricos de concorrencia de varias empresas. De feito, este último RD aclara a cuestión na súa disposición adicional primeira, na que, tras indicar que as obras incluídas no ámbito de aplicación do RD 1.627/1997 se rexerán polo establecido neste, se engade que, para os efectos do establecido no RD de 2004, se deben ter en conta varias matizacións.

As devanditas matizacións aluden a que: a) a información do artigo 7 enténdese cumprida polo promotor co estudo de seguridade ou saúde ou o estudo básico, nos termos dos artigos 5 e 6 RD 1.627/1997. Así se identifica o empresario titular do centro co promotor e a obriga de información concrétase no estudo de seguridade. b) As instrucións do artigo 8 deben entenderse referidas ás impartidas polo coordinador de seguridade e saúde durante a execución da obra ou, de non existir aquel, pola dirección facultativa. c) O suxeito responsable das medidas relativas aos deberes de vixilancia e de comprobación do artigo 10 RD 1.627/1997 será, non o empresario principal, senón o contratista. E d) os medios de coordinación son os desenvolvidos no sector da construción. Neste sentido, cabe recordar que o RD 1.627/1997 basea a coordinación nas figuras do coordinador de seguridade e saúde durante o proxecto da obra e a súa execución.

Como reflexo da súa preocupación polo traballador autónomo, o RD agora analizado comeza por introducir este concepto no seu catálogo de definicións, e así considera como tal á “persoa física distinta do contratista e do subcontratista, que realiza de forma persoal e directa unha actividade profesional, sen suxeición a un contrato de traballo, e que asume contractualmente ante o promotor, o contratista ou o subcontratista o compromiso de realizar determinadas partes ou instalacións da obra”. Noutras palabras, o autónomo ou “autoempregador”²⁰ é o traballador que desenvolve a súa actividade laboral persoalmente na obra, xunto co resto de traballadores, pero con suxeición a un contrato non laboral, senón civil ou mercantil. Á vez, precísase que, para os efectos do presente Real Decreto, “cando o traballador autónomo empregue na obra a traballadores por conta allea terá a consideración de contratista ou subcontratista” [artigo 2.1.j)], polo que, a pesar de admitirse implicitamente a súa posible faceta como empresario, esta non interesa aquí. Con todo, queda claro que, de empregar a outros traballadores para prestar servizos na obra, o autónomo tería os mesmos deberes de prevención que despois analizamos para os contratistas e subcontratistas e, en xeral, os relativos ao desenvolvemento das tarefas ou actividades conforme a os principios xerais da acción preventiva aplicables durante a execución da obra (artigos 15 LPRL e 10 RD), ao axuste da súa actuación aos deberes de colaboración e coordinación entre empresarios do artigo 24 LPRL e ao cumprimento do establecido no plan de seguridade e saúde aplicable á obra. En fin, repárese en que, para os efectos de consideralo simple traballador ou empresario doutros, o importante non é que o autónomo teña ou non traballadores empregados, nin cál sexa o seu número, senón que estes presten servizos na concreta obra de que se trate en cada caso, aínda que se trate de dun só. Polo tanto, o concepto de traballador autónomo deste RD é distinto do que utiliza a normativa de seguridade social, pois, aparte de desenvolver o seu traballo de xeito persoal e sen sometemento a un contrato de traballo e acharse de alta no réxime especial de traballadores autónomos, se require que non teña traballadores ao seu cargo ou, no seu caso, que non os ocupe na correspondente obra.

20 GARCÍA GUTIÉRREZ, M^a L., “Régimen jurídico de los trabajadores autónomos en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Su problemática”, DL, n^o 70 (anuario do traballo autónomo), 2004, páx. 113.

En canto traballador, o RD citado é a primeira norma xurídico-laboral en materia preventiva que fai aquel destinatario directo de medidas de protección; xa non se trata de implicar ao autónomo no cumprimento dos deberes e medidas de prevención para protexer a terceiros, os traballadores por conta allea que concorren no centro de traballo, senón de protexer de xeito directo ao propio autónomo, que tamén é traballador daquel. A protección do traballador autónomo nas obras de construción búscase a través da imposición de deberes de prevención tanto ao empresario que o contrata coma de auto-protección a aquel.

No primeiro caso, a idea xeral da que debe partirse é a de que o promotor da obra está obrigado a nomear un coordinador en materia de seguridade e saúde durante a elaboración do proxecto da obra, se interveñen varios proxectistas, e, se é o caso, durante a execución desta, se participa máis dunha empresa, ou unha empresa e traballadores autónomos ou diversos traballadores autónomos (artigo 3 RD). A obriga fundamental daquel é a de que se elabore, baixo a súa responsabilidade, o estudo de seguridade e saúde ou estudo básico. A partir de aí, as empresas contratistas deben elaborar un “plan de seguridade e saúde no traballo” que se aplicará aos seus traballadores, aos autónomos contratados e, no seu caso, á empresas subcontratistas e aos seus traballadores, incluídos os autónomos.

Pois ben, o artigo 11.1.d) RD establece que os contratistas e subcontratistas están obrigados a “informar e proporcionar as instrucións axeitadas aos traballadores autónomos sobre todas as medidas que haxan de adoptarse no que se refire á súa seguridade e saúde na obra”. En canto á información que debe recibir o autónomo, esta debe ser o máis completa e comprensible posible e referirse tanto aos riscos existentes no centro de traballo, xerais e específicos dos distintos postos de traballo, contidos todos eles no plan de seguridade, como ás medidas que haxa que adoptar para a súa seguridade e saúde. Os contratistas e subcontratistas deben garantir que todos os traballadores (autónomos e dependentes) reciban a información axeitada sobre os aspectos citados (artigo 15 RD), o que pode observarse, por exemplo, coa entrega aqueles dunha copia do referido plan de seguridade. Aínda que o citado artigo 11.1 RD non alude a iso, parece claro que o contratista tamén debe dar, en cumprimento do deber de protección, a formación teórica e práctica necesaria que cada traballador autónomo necesite, polo menos nos casos en que resulte necesario, pola complexidade das medidas a adoptar. Con todo, sería recomendable que tal obriga constase expresamente, tal e como sucede agora na proposta de Estatuto.

Unha vez informados dos riscos e medidas a adoptar, os autónomos tamén teñen dereito a recibir instrucións precisas sobre estas últimas, para os efectos de poder combater eficazmente tales riscos. Correlativamente, o dereito implica a obriga de cumprir aquelas. As devanditas instrucións deben aludir a todos os aspectos que sexan necesarios para a correcta posta en marcha e debida eficacia das medidas protectoras, polo que aquelas se deberán ir actualizando conforme ao que requira a execución da obra en cada momento, mesmo parece que deben estenderse á corrección de posibles incumprimentos por parte dos traballadores autónomos. En xeral, as instrucións centraranse nas mesmas tarefas ou actividades sobre as que deben aplicarse os principios da acción preventiva²¹, cales son, por exemplo: a) o mantemento da obra en bo estado de orde e limpeza; b) a elección da localización dos postos e áreas de traballo; c) a manipulación dos distintos materiais e a utilización de medios auxiliares; d) o mantemento e control das instalacións para a execución da obra; e) a delimitación da zonas de almacenamento e depósito de materiais; f) a recollida de materiais perigosos; g) o almacenamento, eliminación ou evacuación de residuos ou entullos; ou h), en fin, a adaptación do tempo de traballo a cada fase da obra.

21 Artigo 10 RD. Cfr. APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., páx. 92.

Para os efectos de reforzar estas obrigas de información e repartición de instrucións, o lexislador fai responsables aos contratistas e subcontratistas “da correcta execución das medidas preventivas fixadas no plan de seguridade e saúde no relativo ás obrigas que lles corresponden non só a eles, senón tamén aos traballadores autónomos por eles contratados” (artigo 11.2, parágrafo primeiro). Agora ben, esta responsabilidade tradúcese nun mero deber de vixilancia no cumprimento das medidas de prevención, o que contrasta coa responsabilidade solidaria que os devanditos contratistas teñen polos incumprimentos das medidas previstas no plan nos termos do artigo 42.2 LPRL (artigo citado, parágrafo segundo)²². Devandito deber de vixilancia parece que se estende a todos os integrantes da cadea de contratas e subcontratas, pois o RD alude aos contratistas e subcontratistas e aos traballadores autónomos “por eles contratados”. Ademais, parece que este deber de vixilancia tamén debe corresponder ao coordinador de seguridade e saúde durante a execución da obra, dado que entre as súas competencias se acha a de constatar o cumprimento de medidas de prevención dispostas en empresa e, no seu caso, paralizar os traballos (artigo 14.1)²³.

Doutro lado, o artigo 2.3 RD atende á posibilidade de que a contratación de autónomos se faga directamente polo propio promotor da obra; en cuxo caso, este “terá a consideración de contratista respecto daqueles, para os efectos do disposto no presente Real Decreto”. Polo tanto, en materia preventiva, cabe remitirse ás obrigas que aquel ten en relación cos autónomos, xa analizadas (artigo 11). Repárese en que, neste caso, o traballador autónomo que, sen traballadores ao seu servizo, contrata directamente os seus servizos co promotor cambia a súa condición de contratista (é a que realmente debería de ter, conforme ao contido do devandito concepto) pola de simple traballador (asimilable ao tradicional ou por conta allea) e o promotor a súa propia pola de contratista. Dende logo, en principio, tal cambio parece que é favorable para o autónomo, pois este non vai ter que asumir as obrigas e responsabilidades propias dos contratistas en materia de prevención de riscos, como a de elaborar o plan de seguridade respecto das fases da obra ou traballos a realizar polo autónomo, que corresponderá ao promotor-contratista²⁴. Agora ben, este cambio de papeis tamén pode ter o seu inconveniente, pois o plan de seguridade debe facerse xeralmente por cada contratista “en función do seu propio sistema de execución da obra” (artigo 7 RD), o que implicará ter en conta os recursos materiais e humanos a utilizar, e, dende logo, parece claro que quen mellor coñece o seu sistema de execución da obra é quen propiamente a executa. Neste sentido, mesmo pode que o autónomo se atope cun plan de seguridade que non se adapte totalmente á forma de traballar (e aos riscos que desta derivan) do autónomo e, polo tanto, que non o protexa totalmente²⁵.

En fin, o cambio comentado producirase sempre, salvo naqueles casos nos que “a actividade contratada se refira exclusivamente á construción ou reparación que poida contratar un cabeza de familia respecto da súa vivenda” (artigo 2.3, in fine).

22 O devandito apartado foi derogado pola disposición derogatoria única 2.c) do texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social, polo que a referencia debe entenderse efectuada ao artigo 42.3 deste texto.

23 Cfr. GARCÍA GUTIÉRREZ, M^a L., op. cit., páx. 133.

24 Cfr. GARCÍA GUTIÉRREZ, M^a L., op. cit., páx. 114 e APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., páx. 84.

25 Así, GARCÍA GUTIÉRREZ, M^a L., op. cit., páx. 116.

En tal suposto, ábrese a dúbida sobre os deberes de prevención que recaen sobre o autónomo e a súa posición como posible contratista, pois, no devandito caso, o promotor-cabeza de familia non asume tal condición. Pois ben, se se ten en conta que o autónomo é unha persoa física distinta do contratista ou subcontratista [artigo 2.1.j)], parece que nin sequera neste suposto aquel poderá asumir tal condición e, en consecuencia, non terá obriga de elaborar o plan de seguridade. Así as cousas, a actividade laboral desenvolvida na construción de vivendas familiares queda en parte desprotexida, pois non existe un plan de seguridade que desenvolva o estudo básico baseándose na concreta xeito de executar a obra.

Para os efectos de reforzar o cumprimento destas obrigas por parte dos seus titulares, o actual artigo 12.14 LISOS cualifica de falta grave non adoptar o empresario titular do centro “as medidas necesarias para garantir que aqueles outros que desenvolvan actividades neste reciban a información e as instrucións adecuadas sobre os riscos existentes e as medidas de protección, prevención e emerxencia, na forma e co contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais”. A devandita falta convértese en moi grave cando afecta a actividades regulamentariamente consideradas graves ou moi graves (artigo 13.8 LISOS)²⁶. Así as cousas, en caso de accidente, o autónomo podería esixir ao promotor ou empresario que o contratou unha responsabilidade civil contractual por incumprimento dunha parte do contido do contrato civil ou mercantil, o relativo á protección en materia de prevención de riscos²⁷.

Como xa se apuntou, a segunda vía pola que se busca a protección do autónomo é a da imposición directa a este dunha serie de deberes de autoprotección previstos no artigo 12 RD, pois o mellor xeito de protexer aquel é a de facelo consciente, partícipe e responsable da súa propia actuación neste ámbito. Agora ben, ditos deberes teñen en conta a súa dobre faceta de empresario e traballador, polo que unhas veces se asimilan aos propios de calquera empresario, aínda sen selo realmente, pois non ten traballadores o seu cargo, e outras máis ben aos do traballador por conta allea²⁸.

Dentro do primeiro tipo de deberes, cabe aludir aos de: 1) aplicar os principios da acción preventiva do artigo 15.1 LPRL, en particular a desenvolver as tarefas ou actividades da execución da obra. Como a LPRL elabora os devanditos principios pensando no empresario como suxeito obrigado, ao trasladar aqueles ao traballador autónomo (sen traballadores ao seu cargo) xorden algunhas incoherencias, como a relativa á repartición de instrucións aos traballadores [letra i)], que aquí non procede. Polo demais, cabe destacar que, pola vía deste artigo, os autónomos da construción asumen obrigas que non corresponden ao resto do colectivo, como a de avaliar os riscos ou planificar a actividade preventiva [letras b) e g)], se ben non se establecen sancións para o seu incumprimento, polo que acaban perdendo o seu carácter obrigatorio. 2) Cumprir as disposicións mínimas de seguridade e saúde aplicables ás obras (sobre lugares de traballo e no interior e exterior dos locais). 3) Axustar a súa actuación aos deberes de coordinación entre empresarios establecidos no artigo 24 LPRL e participar na aplicación e seguimento das medidas de actuación coordinada que se dispoñan, tal e como xa se viu no apartado anterior deste traballo.

26 Ambos os dous preceptos foron modificados pola Lei 54/2003, do 12 de decembro, de reforma do marco normativo da prevención de riscos laborais.

27 LAHERA FORTEZA, J., op. cit., páx. 100.

28 GARCÍA MURCIA, J., op. cit., páx. 524.

Con todo, cabe recordar que, no ámbito da construción, o máximo responsable da coordinación das actividades é o coordinador de seguridade e saúde durante a execución da obra, quen pode impartir ordes e instrucións ao efecto a todos os suxeitos presentes naquela, tanto contratistas ou subcontratistas como traballadores autónomos, se ben o máis frecuente é que estes reciban esas instrucións do seu contratista. E 4), finalmente, cumprir o establecido no correspondente plan de seguridade e saúde. Dado que o autónomo nunca elabora o plan de seguridade, senón que esta tarefa corresponde ao contratista, e que haberá tantos plans como contratistas, cabe se preguntar cál é o plan que o autónomo debe cumprir. En principio, parece que o lóxico é que deba cumprir o plan que aluda, a parte de aos xerais, aos riscos específicos e ás medidas que haxa que adoptar nas concretas tarefas ou partes da obra que vaia realizar; o devandito plan debe ser, pois, o elaborado pola empresa contratista que lle contratara (artigo 11.2 RD), a cal debe poñelo a disposición permanente dos traballadores autónomos. Estes, no seu caso, poderán presentar, por escrito e de forma razoada, as suxestións e alternativas que estimen oportunas (artigo 7.4 RD).

En relación co segundo tipo de deberes, os que se asimilan aos dun traballador por conta allea, destaca a remisión ao xenérico artigo 29.1 e 2 LPRL, relativo ás obrigas dos traballadores en materia de prevención de riscos laborais [artigo 12.1.c) RD]. Segundo o devandito precepto, corresponde a cada traballador (agora tamén aos autónomos) velar, segundo as súas posibilidades e mediante o cumprimento das medidas que se dispoñan, pola súa propia seguridade e saúde no traballo e pola daquelas outras persoas ás que poida afectar a súa actividade profesional, a causa dos seus actos e omisións no traballo, de conformidade coa súa formación e instrucións recibidas do empresario (núm. 1). Máis concretamente, ditos traballadores deberán usar axeitadamente as máquinas ou calquera outro medio de traballo que usen na súa actividade, así como os medios e equipos de protección ou os dispositivos de seguridade; informar de inmediato a quen corresponda de calquera situación de risco para os traballadores; contribuír ao cumprimento das obrigas establecidas pola autoridade competente para protexer os traballadores e cooperar co empresario con igual fin.

Aparte desa xenérica remisión ao artigo 29 LPRL, o artigo 12.1 detense en reiterar algunhas obrigas específicas que teñen os autónomos en canto traballadores, agora xa referidas ás obras de construción, tales como as de:

1) Utilizar os equipos de traballo axeitados que se axusten ao disposto no RD 1.215/1997, de 18 xullo, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde para a utilización polos traballadores de equipos de traballo²⁹. A elección destes equipos constitúe a primeira medida básica a adoptar polo empresario para que os lugares de traballo sexan seguros; a devandita elección depende de distintos factores, como, por exemplo, as condicións e características do lugar de traballo ou os riscos inherentes a este ou ao posto ou os derivados da presenza ou utilización dos equipos. Para que os traballadores -tamén os autónomos- poidan utilizar correctamente estes equipos de traballo, o empresario debe proporcionarlles formación e información sobre os riscos que leva consigo a súa utilización e as medidas de protección previstas para evitalos; de ser necesario, o empresario tamén pode consultar os representantes.

29 Tal norma traspón a Directiva 89/655/CEE, de 30 novembro, sobre a materia.

2) Elixir e utilizar equipos de protección individual, nos termos do previsto no RD 773/1997, do 30 de maio, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde relativas á utilización polos traballadores de equipos de protección individual³⁰. Para a elección dos referidos equipos, o traballador autónomo deberá, entre outras cousas, analizar e avaliar os riscos existentes que non poidan evitarse, definir as características que deban ter os citados equipos para o seu correcto funcionamento ou comparar estas características coas que teñen os equipos existentes no mercado³¹. Con todo, o cumprimento destas amplas obrigas vén condicionado pola formación e as posibilidades de que dispón o autónomo, polo que parece que máis que ante auténticos deberes se está ante indicacións ou recomendacións xerais sobre a súa actuación.

E 3) atender as indicacións e cumprir as instrucións do coordinador en materia de seguridade e saúde durante a execución da obra (técnico competente integrado na dirección facultativa e designado polo promotor) ou, no seu caso, da dirección facultativa. Ademais, repárese en que o autónomo tamén debe cumprir, en canto traballador da empresa, o previsto no plan de seguridade e saúde elaborado polo contratista, así como as súas ordes e instrucións ao respecto.

Con todo, o principal problema destes deberes de autoprotección, para os efectos da súa eficacia, é o de que o seu incumprimento non supón unha sanción administrativa para o seu titular e beneficiario: o propio autónomo. Neste sentido, resulta claro que o devandito incumprimento non aparece dentro da lista de condutas sancionables dos artigos 11, 12 e 13 LISOS, sen que, no seu defecto, poida alegarse a remisión á cláusula xenérica do artigo 5.2³². En todo caso, parece que o incumprimento destes deberes si tería efectos sobre o contrato civil ou mercantil e o empresario podería decidir de xeito xustificando a súa ruptura³³. Certamente, repárese en que a inobservancia destes deberes por parte do autónomo pode supoñer un potencial factor de risco e de produción de accidentes dentro da actividade desenvolvida na empresa, tanto para el como o resto de persoas relacionadas con esta. Dende logo, tal comportamento algunha consecuencia debe ter, polo menos a nivel contractual. Ademais, o autónomo incumplidor tamén pode ter que facer fronte a unha responsabilidade civil por danos e prexuízos causados a terceiros (v. gr., traballador por conta allea compañeiro de traballo ou clientes da empresa); ou, mesmo, á propia empresa contratista, falándose no primeiro caso de responsabilidade extracontractual ou aquiliana (artigo 1.902 C.c.) e no segundo de responsabilidade contractual (artigo 1.101).

En canto á responsabilidade penal, aínda que non se dan as condicións para que poida incurrir no delito específico contra a seguridade e saúde dos traballadores tipificado nos artigos 316 a 318 CP, dado que non é o suxeito obrigado, si cabe que o autónomo sexa responsable dun delito xenérico de lesións ou homicidio cando coa súa actuación cause aquelas ou a morte a outra persoa.

30 A devandita norma traspón a Directiva 89/656/CEE, do 30 de novembro, sobre a materia.

31 Artigo 6 RD citado.

32 Cfr. APILLUELO MARTIN, M., op. cit., páx. 91.

33 En igual sentido, LAHERA FORTEZA, J., op. cit., páx. 100; en sentido contrario, GARCÍA MURCIA, J., op. cit., páxs. 525 e 527.

IV. A FUTURA REGULACIÓN DA SEGURIDADE E SAÚDE DOS TRABALLADORES AUTÓNOMOS

Á vista de a complexa realidade empresarial actual, na que é habitual a proliferación de múltiples e complexas formas de traballo autónomo, así como a continua imbricación deste traballo xunto co prestado por conta allea nun mesmo centro de traballo ou nunha mesma actividade, debe entenderse superada a doutrina tradicional que partía da base de que, ao ser o propio autónomo o que organizaba o seu traballo e o desenvolvía en réxime de autoemprego, a responsabilidade de autoprotexerse recaía exclusivamente sobre el, sen que, ademais, tivese que atender á protección de terceiros, cos que -supoñíase- non existía contacto. Dende logo, agora as cousas cambiaron, polo menos para unha boa parte dos traballadores autónomos, e, xa dende hai tempo, viñéronse dando os primeiros pasos para cambiar o insuficiente papel que o autónomo ocupa en materia de prevención de riscos laborais, tanto como suxeito beneficiario como obrigado.

Como xa se apuntou, algúns destes primeiros pasos para a protección do autónomo proceden do dereito comunitario e, concretamente, da Directiva 92/57/CEE, de 24 de xuño, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde para as obras de construción, o artigo da cal 10 estende aos traballadores autónomos algunhas das obrigas relativas á utilización de equipos de traballo e equipos de protección, superando así, en este concreto ámbito, a falta de protección que os autónomos sufrían na Directiva marco 89/391. Continuando coa liña iniciada pola referida Directiva, unha Comunicación da Comisión de 1995, sobre un programa de seguridade, hixiene e saúde (1996-2000)³⁴, apunta xa a necesidade de estudar unha proposta de recomendación do Consello sobre a seguridade e saúde dos traballadores por conta propia, dado o continuo aumento deste colectivo e a desprotección na que se haxan no referido ámbito. A devandita suxestión plasmouse na Recomendación do Consello do 18 de febreiro de 2003, relativa á mellora da protección da saúde e a seguridade no traballo dos traballadores autónomos³⁵. Segundo a devandita Recomendación, a saúde e seguridade destes traballadores, independentemente de que traballen sos ou por conta allea, poden estar sometidas a riscos similares aos que experimentan estes últimos e, mesmo, existen para eles sectores de alto risco, como son a agricultura, a pesca, a construción e o transporte.

Á vista dos pasos dados polo dereito comunitario e a imperiosa necesidade de protexer a saúde e integridade física deste colectivo de traballadores, expostos a estes ou similares riscos laborais que o resto, a iniciativa reguladora do traballo autónomo no noso dereito non se podía facer esperar máis. Así a actual proposta de Estatuto do traballo autónomo, elaborada pola comisión de expertos, dedica un precepto central á seguridade e saúde dos traballadores autónomos, aparte doutras referencias dispersas. Unha delas, é a do artigo 3 que, ao enumerar os dereitos básicos dos traballadores autónomos na súa prestación de servizos, alude “a unha protección axeitada da súa seguridade e saúde” no traballo” [letra f)]. De xeito correlativo, no artigo seguinte tamén se prevé, como deber profesional básico do autónomo, o de “observar as medidas de seguridade e saúde laboral establecidas legalmente” [letra b)].

34 DOC núm. 262 de 7 de outubro de 1995.

35 R. 2003/123/CE.

En canto ao precepto central en materia preventiva dos traballadores autónomos (todos, non só os dependentes), cabe remitirse ao artigo 7³⁶. A regulación deste precepto caracterízase por buscar a superación da lóxica civilista tradicional, meramente resarcitoria ou indemnizatoria dos danos e prexuízos ocasionados por culpa ou negligencia de terceiros, e desenvolver ou poñer en marcha de xeito preventivo unha auténtica política de prevención de riscos laborais que evite, na medida do posible, os accidentes e lesións laborais³⁷, tal e como xa sucede co resto de traballadores. Os puntos básicos do contido daquel son os seguintes:

1) O recoñecemento do papel que ten que asumir a Administración pública competente en materia de prevención de riscos para a protección do autónomo. Así prevese que as Administracións Públicas competentes en materia laboral deben asumir “un papel activo en relación coa prevención de riscos laborais dos autónomos”, que se concretará na “promoción da prevención, asesoramento técnico, vixilancia e control do cumprimento por aqueles da normativa” sobre a materia. Especialmente importante, é a obriga das citadas Administracións de ofrecer os autónomos, ben directamente, ben a través das súas asociacións, unha formación en materia de prevención específica e adaptada ás súas particularidades profesionais. Dende logo, esta obriga de formación é clave para que estes traballadores poidan cumprir correctamente con todas as obrigas que se lles existen en materia preventiva. Deste xeito, viríase a cubrir o baleiro legal que, ao respecto, existe na normativa vixente, aínda que aquí xa se defendeu a posibilidade de que, no ámbito da construción, os contratistas e subcontratistas, aparte de información e instrucións, deban dar tamén a correspondente formación aos autónomos que tivesen contratados. En todo caso, cabe destacar o carácter xenérico destas obrigas, que máis ben parecen declaracións de intencións, e que, sen dúbida, requirirán un ulterior desenvolvemento máis específico. Neste sentido, repárese en que a disposición final quinta do texto articulado da proposta contén unha habilitación ao Goberno para ditar cantas disposicións sexan necesarias para a aplicación e desenvolvemento do Estatuto.

36 A proposta de Estatuto do traballo autónomo da UPTA tiña dous artigos centrais sobre a prevención de riscos dos autónomos: o 35 e o 36. Segundo o primeiro, referido ao autónomo traballador e empresario á vez, “os traballadores autónomos teñen o dereito e a obriga de establecer unhas medidas de protección eficaz en materia de seguridade e saúde no traballo destinadas á protección da súa propia saúde e á dos traballadores ao seu cargo fronte aos riscos laborais” (nº 1). Neste sentido, engádese que “os dereitos de información, consulta e participación, formación en materia preventiva, paralización da actividade en caso de risco grave e inminente e vixilancia do seu estado de saúde, nos termos previstos na presente Lei, forman parte do dereito dos traballadores a unha protección eficaz en materia de seguridade e saúde no traballo e articularanse eficazmente mediante a colaboración das organizacións do colectivo” (nº 2).

O segundo precepto, referido ao autónomo dependente, que presta servizos por conta dun empresario, contiña unha cláusula xeral segundo a que “o empresario ten deber de establecer as medidas necesarias para asegurar unha protección do traballador autónomo dependente fronte aos riscos laborais” (nº 1). Pola súa banda, o traballador autónomo queda “obrigado a observar no desenvolvemento da súa actividade as medidas legais e regulamentarias de seguridade e saúde que lle sexan de aplicación” (nº 2).

Ademais, engadíase que “o autónomo dependente ten dereito a participar, a través dos seus representantes legais, na inspección e control das medidas de seguridade e saúde adoptadas no centro de traballo” (nº 3).

37 Cfr. Informe da comisión de expertos para a elaboración dun Estatuto do traballador autónomo, cit., páx. 157.

2) A regulación da coordinación das actividades empresariais que se desenvolven nun mesmo centro de traballo para protexer a seguridade e saúde do autónomo. A diferenza da regulación actual, na que os deberes do autónomo nesta materia perseguen a protección de terceiros, agora a protección céntrase directamente naquel. Así a idea da que a parte é a de que “cando o traballador autónomo execute a súa actividade profesional nos locais ou centros de traballo das empresas para as que preste os seus servizos, estas deberán cooperar con aquel nunha eficaz aplicación da normativa de prevención de riscos laborais”, polo que agora aquel xa non está só na devandita tarefa. Repárese no tenor da redacción, pois o lexislador fai responsables ás empresas de deber de colaborar co autónomo, e non ao revés (como sucedía ata agora), e, ademais, cun novo fin, o da protección daquel. Con todo, a continuación recórdase que a actividade preventiva é tarefa de todos, ao sinalar que “o deber de cooperación será de aplicación a todas as empresas e traballadores autónomos concorrentes no centro de traballo, existan ou non relacións xurídicas entre eles”, o que reitera a dicción do artigo 4.1, parágrafo segundo, RD 171/2004, relativo á concorrencia de traballadores de varias empresas nun mesmo centro de traballo.

Doutro lado, engádesse que “os titulares de tales locais ou centros de traballo establecerán os medios de coordinación que sexan necesarios en canto á protección e prevención de riscos laborais e a información sobre estes tanto dos traballadores autónomos, coma dos empregados que traballen ao seu servizo”. Poñendo en conexión esta regra coa regulación vixente (artigos 5 e 12 RD 171/2004), aprécianse diferenzas significativas. Así no actual RD a adopción dos medios de coordinación corresponde a todos os empresarios concorrentes no centro de traballo, se ben a iniciativa pertence ao empresario titular deste, sempre que teña traballadores seus no centro. No caso contrario, corresponde ao empresario principal. Ademais, parece que, co RD vixente, os autónomos, en canto suxeitos obrigados polo deber de cooperación, tamén deben cooperar no establecemento de tales medios de coordinación. Non obstante, dita cooperación desaparece coa regulación proposta, dado que a responsabilidade recae directamente no titular do centro, o cal, ademais, ten que informar sobre estes os traballadores, tanto aos autónomos coma aos dependentes que traballen para el. Equipárase, así, o papel dos autónomos ao do resto dos traballadores, que pasan a ocupar un papel máis pasivo e máis de “suxeito protexido”.

En relación co titular do centro, a proposta de Estatuto prevé tamén que este “debe adoptar as medidas necesarias para que os traballadores autónomos que executen a súa actividade neste reciban a información e as instrucións axeitadas, en relación cos riscos existentes no centro de traballo e coas medidas de protección e prevención correspondentes, así como sobre as medidas de emerxencia a aplicar”. Deste xeito, a obriga informativa e de dar instrucións que ata agora tiña o titular do centro respecto dos empresarios concorrentes, para os efectos da protección dos traballadores destes (artigo 24.2 LPRL), esténdese aos traballadores autónomos co fin de lograr tamén a súa protección fronte aos riscos laborais. Recórdese que a mención do artigo 9.4 RD 171/2004 só mencionaba aos autónomos para obrígalos a colaborar na protección de terceiros (os traballadores dependentes), pero non na súa propia, polo menos directamente.

Polo demais, “as empresas que contraten con traballadores autónomos a realización de obras ou servizos correspondentes á propia actividade daquelas e que se desenvolvan nos seus propios centros de traballo deberán vixiar o cumprimento” por estes traballadores da normativa de prevención de riscos laborais”. Amplíase, así, os autónomos o deber de vixilancia que o artigo 24.3 LPRL xa impoñía ao empresario principal respecto

dos contratistas ou subcontratistas que prestasen servizos no seu centro de traballo, desenvolvido, á súa vez, polo artigo 10 RD 171/2004. Como se aprecia, o suposto desencadeante desta obriga vén determinado por dous elementos: a existencia de contratos de obras ou servizos correspondentes á propia actividade da empresa principal e o desenvolvemento de tales obras ou servizos no propio centro de traballo da devandita empresa, polo que se esixe unha relación directa e inmediata entre esta e o autónomo ou o contratista. Por analogía co disposto no citado artigo 10 RD 171/2004, parece que o deber de vixilancia de empresario principal se concretará, respecto dos autónomos, na obriga daquel de esixir a estes, antes do inicio da actividade no seu centro de traballo, que lle acrediten por escrito que realizaron, para as obras ou servizos contratados, a avaliación de riscos e a planificación da súa actividade preventiva. Por certo, repárese en que para os autónomos do sector da construción estas obrigas xa lle veñen impostas, como deberes de autoprotección, polo artigo 12.1.a) RD 1.627/1997, que remite aos principios da acción preventiva do artigo 15 LPRL, tal e como xa se apuntou. Ademais, parece que o empresario principal tamén deberá comprobar que os autónomos concorrentes no seu centro de traballo estableceron os medios de coordinación necesarios tanto entre eles coma coas empresas contratistas ou subcontratistas que puidesen existir.

Doutro lado, o que non procederá aquí -pois estes autónomos non teñen traballadores ao seu cargo-, será o deber que o empresario principal ten respecto das empresas contratistas ou subcontratistas de esixilos que lle acrediten por escrito o cumprimento das súas obrigas en materia de información e formación respecto dos traballadores que vaian prestar os seus servizos no centro de traballo (artigo 10.2, parágrafo segundo, RD 171/2004).

3) Cando os traballadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, produtos, materias ou útiles proporcionados pola empresa para a que executen a súa actividade profesional de forma continuada, tal empresa asumirá as obrigas consignadas no último parágrafo do artigo 41 da LPRL. Noutras palabras, o empresario debe garantir que os traballadores autónomos, ao igual que os empregados que traballen o seu servizo, reciban a información necesaria para que a utilización e manipulación da maquinaria, equipos, produtos, materias primas e útiles de traballo prodúzase sen riscos para a súa seguridade ou saúde, o que require, entre outras cousas, que a devandita información se facilite en termos que resulten comprensibles. Para os efectos de que os empresarios poidan realizar este labor informativo, os fabricantes, importadores e subministradores teñen obriga de subministrar previamente a devandita información a aqueles, así como estes de solicitarlla/llela a estes. Máis claramente, existe tanto obriga de facilitar a información polos fabricantes importadores ou subministradores como de pedila polo empresario; esta dobre obriga busca implicar activamente no cumprimento desta tanto a uns coma ao outro e, polo tanto, conseguir que a mesma se cumpra na práctica.

E 4), por último, conclúese co catálogo de sancións que cabe impoñer as empresas que incumpran as obrigas sinaladas anteriormente (cooperación, establecemento de medios de coordinación, adopción de medidas necesarias para que os autónomos reciban información e instrucións en materia preventiva, vixilancia en obras ou servizos correspondentes á propia actividade ou información sobre maquinaria, equipos, produtos, materias primas ou útiles). Neste sentido, tras recordarse a súa responsabilidade civil indemnizatoria polos danos e prexuízos causados (artigo 1.902 C.c.), pásase a regular unha novidosa recarga para o empresario infractor, en certo xeito similar á coñecida recarga de prestacións do artigo 123 LGSS, se ben con algunha significativa diferenza.

Así prevese que, no caso de causarse dereito a prestacións económicas de Seguridade social que teñan a súa orixe en accidente de traballo ou enfermidade profesional do traballador autónomo, cando a lesión se produza por incumprimento das obrigas de seguridade apuntadas no apartado anterior, o empresario para o que estivese a prestar servizos o traballador autónomo será responsable fronte á entidade xestora ou colaboradora da Seguridade social que asuma o pagamento da devandita prestación económica, de entre un trinta e un cincuenta por cento da súa contía total, segundo a gravidade da falta cometida. Búscase así facer recaer sobre o empresario as consecuencias económicas da súa conduta infractora e que asuma a súa responsabilidade, polo menos en parte, fronte á entidade xestora ou colaboradora da Seguridade social, á que prexudica economicamente con aquela. Como novidade, prevese que a responsabilidade do pagamento da citada cantidade, que recaerá directamente sobre o empresario infractor, o será con independencia de que o autónomo se acollera ou non ás prestacións por continxencias profesionais, polo que parece que o pagamento á entidade xestora ou colaboradora -e, por ende, desta ao autónomo- procederá en todo suposto. Iso determina que a recarga non se contemple dende o punto de vista do beneficiario do réxime público da Seguridade social, a diferenza do que sucede no caso do traballador por conta allea.

Para os efectos de que o empresario sufra ou asuma as consecuencias económicas do seu incumprimento en materia de prevención de riscos, prohíbese -ao igual que sucede coa recarga tradicional- que a responsabilidade en cuestión poida ser obxecto de seguro algún, sendo nulo de pleno dereito calquera pacto ou contrato que se realice para cubrila, compensala ou transmitila, parece que mesmo aínda que o devandito pacto se formalizara co propio traballador autónomo.

Finalmente, aclárase expresamente que as responsabilidades indemnizatorias e de Seguridade social referidas nos apartados anteriores, á parte de ser compatibles entre si, tamén o serán coas sancións administrativas e, mesmo, penais previstas na normativa correspondente. De modo que se aclara calquera dúbida ao respecto e déixase claro o abano de sancións que poden recaer sobre o infractor o que espera que sirva de “aliciente para que os suxeitos afectados acentúen as medidas preventivas ou, polo menos, se sintan motivados indirectamente a que recorran a todos os medios ao seu alcance no terreo do preventivo”³⁸.

Por certo que, respecto da responsabilidade administrativa, cabe valorar positivamente a introdución dun novo tipo administrativo para poder sancionar certos incumprimentos en materia de prevención de riscos dos autónomos que ata agora carecían de recoñecemento legal, tal e como xa se puxo de manifesto ao longo deste traballo. Así, a disposición adicional segunda da proposta de Estatuto engade, no seu número 3, un novo apartado, o 14 bis, ao artigo 12 LISOS no que se prevé como infracción grave “o incumprimento dos deberes que en materia de prevención de riscos laborais se contemplan nos apartados 3 a 6, ambos os dous inclusive, do artigo 7 do Estatuto do traballador autónomo e da súa normativa regulamentaria de desenvolvemento”. Con tal reforma, complétase o abano de condutas sancionables administrativamente, o que achega seguridade xurídica e contribúe á eficacia das novas obrigas en materia preventiva dirixidas á seguridade dos autónomos.

38 *Ibidem*, páx. 158.

MEDIDAS DE CONCILIACIÓN CONVENCIONAIS EN CASO DE ENFERMIDADE DE FAMILIAR. ESPECIAL REFERENCIA AO PERMISO PARA ACOMPAÑAR FAMILIARES A CONSULTA MÉDICA

Nora María Martínez Yáñez

Profesora Axudante de Dereito do Traballo. Universidade de Vigo

SUMARIO

I. OS PERMISOS PARA COIDADO DE FAMILIARES NA NORMATIVA INTERNACIONAL

II. ALTERNATIVAS LEGAIS E CONVENCIONAIS PARA FACER FRONTE ÁS ENFERMIDADES DE FAMILIARES NO DEREITO INTERNO

III. O PERMISO PARA ACOMPAÑAR FAMILIARES A CONSULTA MÉDICA

1. Elemento obxectivo do permiso

A. Suxeitos que poden ser acompañados

a) Grao de parentesco

b) Condicións adicionais: idade, convivencia, dependencia e minusvalidez

B. Condicións da consulta médica

a) Coincidencia dos horarios de traballo e da consulta médica

b) Características da atención sanitaria

2. Elemento subxectivo do permiso: condicións do traballador que accede a este

3. Elemento temporal do permiso: duración

4. Efectos do uso do permiso para os traballadores

A. Permisos retribuídos

B. Permisos non retribuídos. A flexibilización da xornada ao servizo do traballador

C. Cómputo das ausencias e absentismo

IV. CONCLUSIÓN

I. OS PERMISOS PARA COIDADADO DE FAMILIARES NA NORMATIVA INTERNACIONAL

Nos últimos anos a conciliación da vida profesional e familiar dos traballadores e traballadoras converteuse nun principio básico da ordenación laboral, debido á extraordinaria relevancia das metas que trata de alcanzar. Como obxectivos inmediatos, destacan a necesaria satisfacción dalgúns dos dereitos fundamentais dos traballadores e as súas familias; o fomento dunha maior implicación masculina nas responsabilidades domésticas e familiares, presuposto sobre o que se asenta a igualdade de trato e de xénero; e o mantemento da rede informal de coidados e atencións que no seo da familia reciben os membros dependentes. Á súa vez, como obxectivos mediatos, pódese mencionar o incremento das taxas de emprego¹, fundamentalmente feminino, e o sostemento do sistema de Seguridade social.

Aínda que as políticas de conciliación deben combinar numerosas ferramentas de orixe interdisciplinar para resultar efectivas², é esencial a articulación dos instrumentos orientados a harmonizar os tempos dedicados á vida familiar e laboral dos traballadores. Un deses instrumentos é o permiso, pois, en virtude deste, e se efectivamente se dan os requisitos previstos, o traballador ten dereito a ausentarse do lugar de traballo, sen que diso se deriven prexuízos económicos³.

Os permisos non foron concibidos inicialmente como mecanismos de conciliación da vida laboral e familiar, entre outras cousas, porque mentres a incorporación da muller ao mercado de traballo non foi masiva, a tradicional repartición entre os sexos dos roles profesionais e familiares facía innecesaria a conciliación. De feito, na actualidade tampouco responden de xeito unívoco -nin sequera primordial- a esta finalidade⁴. Non obstante, non caben dúbidas sobre a súa capacidade para contribuír de forma eficaz a harmonizar a vida laboral e familiar mediante unha reordenación dos tempos de traballo e de ausencia deste.

-
- 1 Punto 1 do Informe sobre a economía da Unión Europea no exercicio 2003, resumo e conclusións, Comunicación COM (2003) 729, do 26 de novembro.
 - 2 RODRÍGUEZ-PINERO, M., La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I), RL, II (1999) 28.
 - 3 Tomando como base os permisos considerados no artigo 37.3 do Estatuto dos Traballadores, pode dicirse que estes se configuran como un lapso temporal durante o cal o traballador deixa de desenvolver a prestación laboral á que estaba obrigado, aínda que segue recibindo a súa retribución. Trátase, así pois, de verdadeiras ausencias ao traballo, e non de descansos en sentido propio (CABEZA PEREIRO, J., Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada pro lactancia y guarda legal (En torno al artículo 37), REDT, nº 100, marzo-agosto (2000), t. I, 793, 794).
 - 4 En efecto, as causas legais e convencionais que habilitan ao traballador para gozar dun permiso non se restrinxen a este ámbito, senón que van máis alá del, ao prever obrigas políticas, sindicais, sociais, relacionadas coa súa saúde, ou mesmo cos seus asuntos propios, esvaecendo neste último suposto a causa concreta do permiso, e facéndoa recaer no amplo marco das súas motivacións persoais.

A normativa internacional e comunitaria recoñeceu a importancia dos permisos como instrumento de conciliación, especialmente ante dúas situacións como son o coidado de familiares afectados por algunha enfermidade e a crianza dos fillos menores. No seo da Organización Internacional do Traballo, a Recomendación nº 165, de 1981, sobre a igualdade de oportunidades e de trato entre traballadores e traballadoras: traballadores con responsabilidades familiares, sinala a oportunidade de articular permisos para os traballadores en caso de enfermidade dun fillo ou doutro membro da súa familia que estea ao seu cargo⁵. Así mesmo, tanto a Recomendación citada como a nº 191, de 2000, sobre a protección da maternidade, atribúen aos dous pais o dereito de obter un permiso parenteral para coidar dun fillo menor⁶.

O ordenamento comunitario seguiu unha senda similar á marcada pola Organización Internacional do Traballo. O papel dos permisos ao servizo da conciliación foi xa destacado na Recomendación do Consello, 92/241/CEE, do 31 de marzo, sobre coidado dos nenos e das nenas⁷, o artigo da cal 4 animaba aos Estados membros a adoptar ou fomentar a adopción de permisos especiais para que os proxenitores, sen distinción de sexo, asuman cando así deséxeno as responsabilidades familiares e educativas xeradas polos seus fillos. Uns anos despois, a Directiva 96/34/CE, do Consello, do 3 de xuño, que incorpora o Acordo marco sobre o permiso parenteral celebrado pola UNICE, o CEEP e a CES, desenvolve, materializa e dá forza executiva a aquela suxestión, impondo aos Estados membros a previsión dun permiso parenteral para todos os traballadores con fillos, e dun permiso por motivos de forza maior, vinculado a unha necesidade familiar urxente relacionada cunha enfermidade ou accidente. Aínda que por fin se dá entrada ás necesidades de atención suscitadas por outros membros da familia, aparte dos fillos, estas resérvanse para casos extremos caracterizados pola urxencia dunha situación que afecta á saúde destas persoas, e que, sen ser necesariamente grave⁸, fai indispensable a presenza ao seu lado do traballador. Neste sentido, a Directiva mantén dous niveis de conciliación: un máis amplo para a atención aos fillos, e outro máis estrito cando a atención é demandada por outro familiar.

Aínda que transcorreron dez anos dende a adopción da Directiva sobre permiso parenteral, esta segue sendo a norma fundamental en Dereito comunitario en relación coa conciliación da vida laboral e familiar do traballador con responsabilidades familiares.

5 Di literalmente o punto 23, parágrafo primeiro, da Recomendación, que “un traballador -home ou muller- con responsabilidades familiares respecto dun fillo a cargo debería ter a posibilidade de obter un permiso en caso de enfermidade do fillo”. E, a continuación, no parágrafo segundo, indícase que “un traballador con responsabilidades familiares debería ter a posibilidade de obter un permiso” en caso de enfermidade doutro membro da súa familia directa que necesite o seu coidado ou axustador”. Ao facer esta previsión, a Recomendación nº 165 vai máis lonxe que o Convenio nº 156 da OIT, de 1981, sobre a igualdade de oportunidades e de trato entre traballadores e traballadoras: traballadores con responsabilidades familiares, que se limita a sinalar, de xeito xenérico, que os Estados que ratifiquen o convenio deberán adoptar todas as medidas compatibles coas posibilidades nacionais, para ter en conta as necesidades dos traballadores con responsabilidades familiares “no que concirne ás condicións de emprego e seguridade social” -artigo 4.b)-

6 Apartado 22 e 10.3 e 4, respectivamente.

7 D.O.C.E. núm. L 123, do 8 de maio de 1992.

8 CASAS BAAMONDE, M. E., Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental, RL, t. II (1996) 91.

Non obstante, iso non significa que a Unión Europea deixara de indicar aos Estados membros as directrices ás que debe axustarse nesta materia. Aparte de recomendar o incremento dos servizos sociais de apoio aos nenos e ás persoas dependentes, subliñase a necesidade de flexibilizar os tempos de traballo, de prever permisos que permitan a harmonización das tarefas laborais e familiares cando sexa necesario e, ademais, a maioría dos documentos subliñan o papel fundamental dos interlocutores sociais na articulación de medidas de conciliación⁹.

Respecto a este último aspecto, convén non esquecer que o contido da Directiva 96/34/CE é froito da autonomía da vontade dos axentes sociais da Unión Europea, e que os interlocutores sociais de cada Estado membro desempeñan un papel fundamental no seu transposición, tal e como subliña en repetidas ocasións o Acordo marco. É máis, a transposición da Directiva poderíase facer por vía da negociación colectiva, sen que iso exclúa a responsabilidade dos Estados de garantir a corrección da transposición e a súa realización no prazo sinalado¹⁰. De aí a importancia de proceder a unha análise dos permisos convencionais previstos ante as situacións de enfermidade dun familiar.

II. ALTERNATIVAS LEGAIS E CONVENCIONAIS PARA FACER FRONTE ÁS ENFERMIDADES DE FAMILIARES NO DEREITO INTERNO

O ordenamento xurídico español deu resposta a algunhas das necesidades relacionadas coas enfermidades dos familiares do traballador, pero non a todas. É ben sabido que o artigo 37.3.b) do Estatuto dos Traballadores concede ao traballador a posibilidade de ausentarse do traballo, con dereito a remuneración, no caso de falecemento, accidente, enfermidade graves ou hospitalización de parentes ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, o que, en principio, parece satisfacer as esixencias comunitarias en relación co recoñecemento dun permiso por causas de forza maior. A duración do permiso é de dous días, ampliables a catro cando sexa necesario facer un desprazamento ao efecto. A maior parte das veces os convenios colectivos limítanse a recoller este dereito nas mesmas condicións en que se plasma no Estatuto, aínda que non é infrecuente a introdución de pequenas melloras, que xeralmente consisten en ampliacións da súa duración¹¹.

9 Véxase, entre outros documentos, a Resolución do 29 de xuño de 2000, sobre participación equilibrada de homes e mulleres na actividade profesional e na vida familiar, D.O.C.E. núm. C 218, do 31 de xullo de 2000, o Informe da Comisión sobre igualdade entre mulleres e homes, cit., a Decisión 2001/63/CE, do 19 de xaneiro, do Consello, que fixa as directrices para as políticas de emprego dos Estados membros para o ano 2001, D.O.C.E. núm. Lei 22, do 24 de xaneiro de 2001, etc.

10 CASAS BAAMONDE, M. E., Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental, cit., 91-96.

11 Por exemplo, o artigo 29.4 do Convenio colectivo do persoal laboral da Comunidade de Madrid, B.O. da Comunidade de Madrid do 28 de abril de 2005 amplía a duración do permiso ata sete días, en función do parentesco do familiar e da gravidade da enfermidade. Ademais, no seu artigo 31 establece un permiso retribuído de carácter excepcional ao que pode acceder o traballador cando, esgotado o permiso anterior, persista a gravidade da situación do familiar.

Non obstante, este permiso só dá resposta a unha pequena parte dos problemas de conciliación que formula ao traballador o coidado dos familiares enfermos, pois, circunscríbese a afeccións que revisten certa gravidade¹² ou que precisan hospitalización¹³.

A esta posibilidade o Estatuto engade outras dúas alternativas. A primeira, contida no artigo 37. 5 e 6, é o dereito de redución de xornada para encargarse do coidado de familiares, ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, que por razóns de enfermidade, accidente ou enfermidade non poidan valerse por si mesmos, sempre que non desempeñen unha actividade retribuída. A segunda é a solicitude dunha excedencia, á que se refire o artigo 46.3, polas mesmas circunstancias e os mesmos familiares que dan dereito á redución de xornada, a duración da cal non será superior a un ano, salvo que dispoña outra cousa a negociación colectiva.

O suposto de feito ao que se refiren estes dous mecanismos, ao igual que o suposto que dá lugar ao permiso do artigo 37.3.b), esixe certa gravidade, que se manifesta na condición de que a enfermidade limite a autonomía da persoa. Ademais, ha de tratarse dunha situación que perdure no tempo xustificando dúas solucións en modo algún puntuais, como a redución de xornada e a excedencia.

Pola súa banda, a análise da negociación colectiva permite descubrir outros permisos, na súa maioría non retribuídos, que, cunha duración que oscila entre quince días e tres meses, adoitan concederse aos traballadores en caso de enfermidade grave dun familiar, facendo posible que estes se dediquen completamente ao seu coidado durante un período de tempo non demasiado longo¹⁴.

12 De feito, a doutrina xudicial considerou que non son afeccións graves e que, polo tanto, non xeran dereito ao permiso, unha operación de cataratas -sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, do 25 de marzo de 2003 (JUR 2003/137378)-, a extracción de varias pezas dentais -sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias, do 12 de marzo de 2004 (JUR 2004/127148)-, ou unha intervención cirúrxica por luxación no ombro nunha persoa de avanzada idade -sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, do 10 de maio de 2000 (AS 2000/2.596)-.

13 A Lei 39/1999, do 5 de novembro, para a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras, ampliou o suposto de feito da norma ao engadir a hospitalización, pois abonda que esta concorra para ter dereito ao permiso, con independencia de que a enfermidade que determina o ingreso hospitalario sexa grave ou non. Apoiando outra interpretación da reforma, da que non obstante non se derivan efectos prácticos distintos, os Xulgados ordinarios entenderon que a reforma lexislativa equipara o concepto de enfermidade grave co de hospitalización. Así, as sentenzas do Xulgado do social nº 1 de Vitoria-Gasteiz, do 24 de marzo de 2000, (AS 2000/703) e do Xulgado do social nº 4 de Sevilla, do 26 de decembro de 2001 (JUR 2002/76161).

A nova redacción do artigo 37.3.b) do Estatuto dos Traballadores, e a súa influencia sobre a redacción deste permiso na negociación colectiva augura o fin de certa liña jurisprudencial que denegaba o dereito ao permiso en casos de hospitalización por enfermidade non grave ou sen acreditación da súa gravidade. A este respecto, véxanse as sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, do 20 de setembro de 2003 (JUR 2003/236331) e do Tribunal Superior de Madrid, do 16 de decembro de 2003 (JUR 2004/94795), nas que se confirma a denegación deste tipo de permisos, estando xa en vigor a Lei 39/1999, sobre a base de que o Convenio colectivo aplicable non contemplaba o suposto de hospitalización. A decisión de ambos os dous Tribunais resulta polémica, ao dar por sentado que o artigo 37.3.b) non é unha norma de dereito necesario, apreciación que resulta discutible, e aínda máis se se ten en conta que o precepto garante dereitos imprescindibles para a conciliación da vida laboral e familiar.

Por outro lado, tamén se formularon dúbidas sobre o concepto de hospitalización, que deron lugar a diversas solucións por parte dos tribunais. Así, avoga por unha interpretación literal do devandito concepto, que exclúe unha longa permanencia no Servizo de Urgencias, a sentenza do Xulgado do Social nº 25 de Madrid, do 3 de decembro de 2001 (AS 2002/274). Pola contra, entende que os ingresos ambulatorios que superen as vinte e catro horas están comprendidos na noción de hospitalización, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, do 4 de xuño de 2002 (AS 2002/2481).

14 A título de exemplo, véxase o artigo 24 do Convenio colectivo de traballo para o sector de "industrias vinícolas" de Navarra, B.O. de Navarra do 11 de maio de 2005, artigo 24 do Convenio colectivo do sector do empaquetado de tomate de Las Palmas, B.O. de Las Palmas de 27 de febreiro de 2004, artigo 21 do X Convenio colectivo da empresa Asociación Telefónica de Asistencia a Minusválidos, B.O.E. do 20 de decembro de 2005, artigo 22.5 do III Convenio colectivo para as empresas do Grupo Generali España, B.O.E. do 23 de novembro de 2005, artigo 23 bis do Convenio colectivo rexional do campo de Canarias, B.O. de Canarias do 19 de decembro de 2005, artigo 18.j) e k) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Cidade Real do 7 de decembro de 2005, etc.

Evidentemente, estes permisos ofrecen novas posibilidades de conciliación, pero volven centrarse nos casos máis extremos, sumándose así ás alternativas recollidas no Estatuto dos Traballadores.

En consecuencia, a lei deixa sen cobertura os supostos máis habituais, nos que o conflito de conciliación vén xerado por doenzas leves que, non obstante, esixen a atención e o coidado do traballador, dificultando o cumprimento das súas obrigas laborais.

Hoxe por hoxe non pode considerarse que estas situacións estean cubertas por algún dos apartados do artigo 37.3, por máis que algún convenio, facendo gala de gran habilidade, identificara o acompañamento de certos familiares a consulta médica co cumprimento dun deber inescusable, esta vez de carácter persoal, recoñecido na letra d) do citado precepto do Estatuto¹⁵. A solución é válida no ámbito do convenio que así especifica, e debería ser exemplar para o resto da negociación colectiva, pero, malia todo, non cabe xeneralizar esta equiparación, entre outras cousas, porque non hai xurisprudencia firme que a avale¹⁶.

15 Art. 26.10 do Convenio Colectivo para o persoal laboral da Administración do Principado de Asturias, B.O. do Principado de Asturias do 26 de agosto de 2005, artigo 35 do Convenio colectivo da empresa "Rede Araña-Tecido de entidades sociais para o emprego", B.O.E. de 23 de novembro de 2005 e artigo 71.1.e) do Convenio colectivo para empresas de atención especializada no ámbito da familia, infancia e xuventude, na Comunidade Valenciana, D.O. da Generalitat Valenciana do 17 de agosto de 2004.

16 Aínda que si hai algunha sentenza que confirma esta interpretación, como a do Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, do 11 de novembro de 2003 (JUR 2004/186496).

Neste sentido, o noso ordenamento é restritivo, en comparación co da maior parte dos países membros da Unión Europea, onde non é estraña a previsión de permisos para coidar familiares, aínda cando a súa enfermidade non revista gravidade¹⁷. Esta situación foi criticada por a doutrina, que entende que o lexislador desaproveitou a oportunidade que lle brindaba a elaboración da Lei 39/1999, do 5 de novembro, para a conciliación da vida familiar e laboral das persoas traballadoras, para introducir entre os permisos remunerados do artigo 37.3 do Estatuto dos Traballadores outros novos que facilitasen o acompañamento de fillos menores ao médico, así como o seu coidado ante enfermidades infecto-contaxiosas¹⁸.

17 Por exemplo, a lexislación austríaca contempla un permiso retribuído dunha semana ao ano para coidar dun fillo ou parente enfermo.

En Finlandia, permítese que o traballador se ausente do seu traballo un máximo de catro días para coidar dun fillo enfermo menor de dez anos. O permiso pode volver tomarse se o neno contrae outra enfermidade ou se outro fillo se pon enfermo, aínda que se o outro proxenitor está na casa e pode ocuparse do coidado, o traballador perde o dereito a este. O carácter retribuído ou non do permiso fíxase a través do convenio colectivo.

En Francia concédense tres días de permiso ao ano en caso de enfermidade ou accidente dun fillo menor de dezaes anos que estea baixo a tutela do traballador. Aínda que se amplía ata cinco días se o neno é menor de ou ano ou se o traballador ten tres ou máis fillos menores de dezaseis anos.

En Alemaña cada proxenitor ten dereito a dez días de permiso para atender ao coidado dun fillo -que se converten en vinte para as familias monoparentais-. Agora ben, se se ten máis dun fillo, os días de permiso ampliáanse ata un máximo de vinte e cinco por cada proxenitor -cincuenta para as familias monoparentais-. O permiso é retribuído, correndo a retribución a cargo da empresa ou do sistema público de seguro de enfermidade. E, ao contrario do que sucede en Finlandia, o Alemaña consérvase o dereito ao permiso, aínda cando haxa outras persoas que poidan atender ao coidado do neno. Se concorren outras circunstancias, como a especial gravidade da enfermidade ou que o coidado só poida ser dispensado polo traballador, a lexislación alemá contempla outro permiso específico, por enfermidade dun fillo.

En Italia, a lexislación concede a cada proxenitor un permiso non remunerado para coidar dun fillo enfermo de ata tres anos de idade, e cinco días de permiso ao ano para coidar dun fillo enfermo de ata oito anos de idade. Non obstante, ambos os dous proxenitores non poden gozar do permiso á vez.

Nos Países Baixos, o traballador ten á súa disposición un permiso retribuído, sen límites de horas ou días, para dedicarse ao coidado dun parente enfermo. De tódolos xeitos, a duración do permiso non poderá superar, no curso dun ano, o dobre de tempo de traballo semanal.

En Portugal está previsto un permiso de trinta días anuais para asumir o coidado dun fillo menor de dez anos que estea enfermo ou sufrira un accidente, así como un permiso de quince días anuais para encargarse do coidado urxente e indispensable por enfermidade dun fillo menor de dez anos, do cónxuxe ou convivente e/ou doutro parente que se especificara. Ningún dos dous permisos é retribuído, e tampouco se garante o dereito a recibir un subsidio social.

A lexislación sueca contempla un permiso para coidar os fillos menores de doce anos afectados por algunha enfermidade común. Tal permiso conforma unha bolsa de sesenta días anuais, cunha protección do sistema de Seguridade Social que alcanza unha taxa de reposición de entre o 75 e o 80%.

En Reino Unido admítese un período razoable de permiso para ocuparse dun asunto familiar, como pode ser unha enfermidade repentina ou un accidente sufrido por unha persoa que se atopa a cargo do traballador, ou ben para tomar medidas relativas ao coidado dos fillos debido á enfermidade repentina ou incapacidade da persoa que os coida habitualmente.

Todos estes datos foron extraídos do Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la aplicación de la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, do 19 de xuño de 2003, COM(2003) 358 final, que reflicte a situación existente en novembro de 2002. Ademais, respecto á lexislación sueca, manexouse o estudio de EKBERG, J., ERIKSSON, R., FRIEBEL, G., Parental Leave. A Policy Evaluation of the Swedish "Daddy-Month" Reform, Discussion Paper n° 1617, IZA, Bonn may (2005), 9, dispoñible en <http://www.iza.org/en/webcontent/personnel/>

18 LOUSADA AROCHENA, F., Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, AL, n° 25, 19 ao 25 de xuño (2000) 449, DE LA VILLA GIL, L. E. e LÓPEZ CUMBRE, L. Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre permiso parental, RMTAS, n° extraordinario sobre conciliación de la vida laboral y familiar (1999) e MARÍN ALONSO, I. e GORELLI HERNÁNDEZ, J., Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización, Laborum, Murcia (2001) 27 e 28.

Pola súa banda, ARGÜELLES BRANCO, A. R., Vida laboral versus vida familiar. Reflexiones sobre el estado de la cuestión a raíz de las últimas reformas, AL, n° 6, 3 ao 9 de febreiro (2003) 95, propón que se amplíen os permisos dirixidos á conciliación, incluíndo o permiso de "acompañamento dos menores de oito anos que se teñan a cargo á asistencia sanitaria". Probablemente, a idade de oito proposta por esta autora relaciónase coa idade suxerida polo Acordo Marco sobre o permiso parenteral celebrado pola UNICE, o CEEP e a CES, en relación co permiso parenteral

De feito, habería que preguntarse se a transposición do permiso de forza maior previsto na Directiva 96/34/CE a través da reforma do artigo 37.3.b) esgota as posibilidades abertas pola norma comunitaria. Se se examina detidamente o suposto de feito do permiso previsto no Acordo marco parece que non é así, pois nel tan só se esixe a concorrencia de motivos familiares urxentes, causados por unha enfermidade ou accidente, que fagan imprescindible a presenza inmediata do traballador. Efectivamente, isto sucede en caso dunha enfermidade grave -aínda que a gravidade non sexa un requisito necesario á vista da regulación comunitaria-, de accidente ou hospitalización, tal e como prevé o artigo 37.3.b). Pero non parece haber razóns de peso que impidan considerar como causa de forza maior unha enfermidade non grave dun fillo menor ou dun familiar con autonomía reducida que esixan o coidado do traballador, por non haber outra persoa que poida dispoñerlle, facendo colisionar as súas obrigas familiares coas laborais. Por esta razón, pode concluírse que a transposición levada a cabo pola lei foi incompleta, ou polo menos demasiado restrinxida.

Obviamente, o silencio da lei acerca destas situacións pode ser suplido pola negociación colectiva, que non se mantivo de todo impasible a este respecto. De feito, hai dous permisos que están sendo recoñecidos neste ámbito, e que son o permiso para acompañar a familiares a consulta médica e o permiso para atender directamente ao coidado dun familiar -xeralmente un fillo- afectado por unha enfermidade leve.

A primeira conclusión da presente análise refírese á incidencia de ambos os dous permisos no panorama da negociación¹⁹. Se ben o permiso de acompañamento a consulta médica está presente en ao redor dunha cuarta parte dos convenios que foron examinados, o permiso para coidar un familiar afectado por unha enfermidade infecto-contaxiosa é moi excepcional, sendo unha proporción non significativa de convenios os que o contemplan.

Ademais, a iso hai que engadir que, atendendo á tipoloxía de convenios que inclúen o permiso de acompañamento, se aprecia unha elevada proporción de convenios de ámbito sectorial, tanto provincial como interprovincial ou estatal, o que, obviamente, supón o sometemento dun grande número de empresas, aínda que o número de convenios non sexa moi alto. En cambio, respecto aos convenios que incorporan disposicións relativas ao coidado directo de familiares en estado non grave, sucede o contrario, isto é, os convenios de empresa son tantos como os convenios de sector, polo que o efecto multiplicador en relación coas empresas vinculadas a estas cláusulas é moito menor.

A incidencia máis restrinxida deste permiso na negociación colectiva obedece probablemente a distintas circunstancias, como por exemplo, que a situación que xera o dereito ao permiso pode presentarse de improviso, ou cunha escasa marxe para advertir ao empresario, que a delimitación temporal da necesidade de coidado é incerta e ademais depende da libre apreciación do traballador, e, por último, que a xustificación do uso do permiso tamén pode formular problemas, en especial polo que se refire aos seus límites, é dicir, a partir de qué momento xa non resulta xustificable o uso do permiso. Todo iso dificulta a facultade organizativa do empresario.

19 Como advertencia metodolóxica, hai que dicir que este traballo se fixo sobre a análise dunha mostra de convenios colectivos publicados en 2004, 2005 e comezos do 2006. A devandita mostra inclúe todos os publicados no boletín oficial do Estado no período citado, así como os convenios de sector de ámbito provincial e interprovincial publicados nos diarios oficiais de comunidades autónomas e provincias. Con carácter excepcional, incluíuse algún convenio do ano 2003 que aínda segue vixente polo seu especial interese na materia.

Por esta razón, os convenios que incorporan este permiso adoitan acoutar a súa duración fixando un crédito horario do que se pode ir facendo uso a medida que sexa necesario²⁰, ou ben concedendo un número limitado de días con esta finalidade²¹. Ademais, xunto a algúns convenios que establecen o carácter retribuído do permiso²², outros condicionan o seu desfrute á compensación posterior do tempo empregado nel²³, articulando unha práctica de flexibilidade horaria ao servizo da conciliación da vida familiar e laboral que tamén se usa en relación co permiso de acompañamento a consulta médica, e que pode facilitar a introdución destas previsións, ao eludir as cargas económicas que doutro xeito se impoñen sobre o empresario.

A escasa incidencia do permiso de acompañamento a consulta sanitaria, e en especial do permiso para coidado de familiares enfermos no panorama da negociación non implica que o traballador suxeito a un convenio onde non estean previstos os devanditos permisos non teña ningunha posibilidade de facer fronte ás situacións de enfermidade leve dos seus familiares. O que sucede é que para iso se verá obrigado a acudir a outros mecanismos, que non son propiamente de conciliación da vida laboral e familiar, como os días de permiso por asuntos propios, que contempla con maior frecuencia a negociación colectiva.

De tódolos xeitos, hai que concluír que o labor da negociación colectiva nesta materia é claramente insuficiente, o cal obriga aos interlocutores sociais a tomar conciencia da relevancia da conciliación como un dos eixes que debe articular a negociación colectiva, e a perseverar na busca de mecanismos ao servizo dos traballadores con responsabilidades familiares, poñendo especial atención nas fórmulas flexibles de xestión do tempo de traballo.

20 Cincuenta horas anuais, segundo o artigo 23.j) do Convenio colectivo da empresa Servicios de Seguridad Mancomunados, S.A. (SESEMA), B.O. de Cidade Real de 11 de agosto de 2004, e oitenta horas anuais no artigo 51 do Convenio colectivo do sector de elevación, depuración, tratamento, captación e distribución de augas de Cidade Real, B.O. de Cidade Real do 16 de xuño de 2003.

21 Un tan só a teor do artigo 18.a) do Convenio colectivo da empresa European Air Transport N.V./S.A., B.O.E. do 27 de abril de 2005, nove días como máximo, segundo o artigo 4 do capítulo VII do Convenio colectivo da empresa "Compañía española de Petróleos, S.A." (CEPSA), B.O.E. de 29 de setembro de 2003, e catro días consecutivos, segundo o artigo 30.1 do Convenio colectivo do persoal laboral da Comunidade de Madrid, cit

22 Artigo 24.i) e j) do III Convenio colectivo nacional para o sector de auto taxis, B.O.E. do 15 de abril de 2003, artigo 13 do Convenio colectivo da empresa "Pfizer Consumer Healthcare, S.Com.P.A.", B.O.E. do 15 de outubro de 2004, artigo 38.b) do III Convenio colectivo General de Ferralla, B.O.E. de 27 de xaneiro de 2006 e artigo 34.g) do Convenio Colectivo da empresa Arteixo Telecom, S.A., B.O.E. do 23 de xullo de 2005. O artigo 30.1 do Convenio colectivo do persoal laboral da Comunidade de Madrid, cit. opta pola solución intermedia: fíxase unha licenza con soldo parcial que ascende ao 50% das retribucións.

23 Artigo 4 do capítulo VII do Convenio colectivo da empresa "Compañía española de Petróleos, S.A." (CEPSA), cit., e artigo 18.a) do Convenio colectivo da empresa European Air Transport N.V./S.A., cit

III. O PERMISO PARA ACOMPAÑAR FAMILIARES A CONSULTA MÉDICA

1. Elemento obxectivo do permiso

As circunstancias obxectivas que ha de mediar para que o traballador poida facer uso deste permiso é que un familiar necesite acudir a consulta médica. Non obstante, nin todos os familiares son tidos en conta para os efectos deste permiso, nin calquera consulta médica serve para activar o dereito do traballador. Nas páxinas seguintes vaise examinar o modo en que a negociación colectiva procedeu a delimitar os presupostos obxectivos do permiso.

A. Suxeitos que poden ser acompañados á consulta médica

A determinación das persoas ás que o traballador pode acompañar facendo uso deste permiso lévase a cabo mediante a aplicación conxunta de dúas coordenadas. Por unha parte, esíxese unha relación de parentesco entre a devandita persoa e o traballador, relación que cada convenio colectivo se encarga de definir. E, por outra parte, ese primeiro círculo de individuos delimitado polo parentesco restrínxese aínda máis como resultado da aplicación da segunda coordenada, que impón sobre eles certas condicións de idade, minusvalidez, dependencia ou convivencia co traballador. Só os que superen estes dous niveis de esixencia poderán xerar no traballador o dereito a facer uso do permiso, sempre que se cumpran o resto das condicións, por suposto.

Aínda que a práctica totalidade dos convenios funciona sobre o esquema descrito, a negociación colectiva tamén mostra excepcións que se caracterizan pola ausencia total ou parcial dalgunha das coordenadas mencionadas. Por exemplo, aínda que as referencias ao parentesco non desaparecen por completo en ningún convenio, hai uns poucos que son menos esixentes a este respecto, de modo que a segunda coordenada se torna esencial para a determinación do elemento obxectivo²⁴. E tamén sucede o contrario, é dicir, que abonda demostrar a relación de parentesco para poder acceder ao permiso, prescindindo por completo -esta vez si- de requisitos adicionais referidos á idade, dependencia, etc²⁵.

24 Todos os convenios aos que se fai referencia contemplan os fillos como suxeitos que poden ser acompañados a consulta médica, de modo que o parentesco como parámetro delimitador non desaparece. Pero, ademais dos fillos, algúns convenios permiten ao traballador acompañar a outras persoas que o necesiten por razóns de dependencia, idade ou polo feito de estar "a cargo do traballador". Por conseguinte, son estas circunstancias as que, finalmente, van servir para configurar o conxunto de persoas que poden xustificar o uso do permiso. Neste sentido, a negociación colectiva mostrouse algo máis receptiva que a lei fronte á protección de relacións de amizade, compañeirismo, veciñanza ou de unións sentimentais que non discorren polas canles comúns. Véxanse ao respecto o artigo 22.k) do V Convenio colectivo para o persoal laboral ao servizo da Junta de Extremadura, D.O. de Extremadura de 23 de xullo de 2005, o artigo 45 do Convenio colectivo de traballo para o sector de residencias privadas de persoas maiores da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, B.O. de La Rioja do 4 de outubro de 2005, o artigo 20.5.c) do Convenio Colectivo da empresa Paradores de Turismo de España, B.O.E. do 7 de xaneiro de 2005, o artigo 24.i) do III Convenio colectivo nacional para o sector de auto Taxis, cit., e o artigo 9 do Convenio colectivo do sector de Auto Taxi de Andalucía, B.O. da xunta de Andalucía do 25 de maio de 2005.

25 Artigo 31.k) do Convenio colectivo para o sector de "Industria de Hostalaría" da Comunidade Foral de Navarra, B.O. de Navarra do 28 de xuño de 2004, artigo 41.6 do I Convenio colectivo de traballo do sector do tempo libre educativo e sociocultural de Cataluña para os anos 2005-2007, D.O. da Generalitat de Cataluña do 1 de xuño de 2005, e artigo 22.7 do Convenio colectivo de traballo do sector das Escolas de educación especial para o ano 2005, D.O. da Generalitat de Cataluña do 29 de setembro de 2005. O artigo 9.h) do Convenio colectivo da empresa Hero España, S.A., B.O.E. de 15 de setembro de 2005 e o artigo 33 do Convenio colectivo para a actividade de hostalaría de Ávila, B.O. de Ávila do 6 de xullo de 2004, utilizan a idade para limitar a posibilidade de acompañar aos fillos a consulta médica, pero non impoñen ningún requisito sobre os outros familiares.

a) *Grao de parentesco*

Todos os convenios que incorporan o permiso para acompañar familiares a consulta médica inclúen entre os devanditos familiares os fillos. É máis, a maior parte dos convenios que contemplan o devandito permiso fano exclusivamente en relación cos fillos, sen que caiba o acompañamento doutros familiares²⁶. Iso proba novamente que, na negociación colectiva, cando se fala de responsabilidades familiares se pensa, ante todo, na relación paterno-filial.

De tódolos xeitos, e malia que a negociación non distingue entre fillos biolóxicos ou adoptivos, o certo é que se manexa un concepto restrinxido que non chega a cubrir os supostos en que, se ben non existe filiación en sentido estrito, si concorren as mesmas obrigas de coidado. O acollemento e tutela de menores son exemplos paradigmáticos diso²⁷. A omisión resulta sorprendente se se volve a vista cara á regulación legal dos dereitos de conciliación, que equipara expresamente os pais de acollida cos pais biolóxicos e/ou adoptivos. Así sucede na excedencia para coidado de fillo -artigo 46.3 do Estatuto dos Traballadores-, nos permisos de maternidade e paternidade -artigo 48.4 ET- e na redución de xornada por coidado de familiares -artigo 37.5 ET-. Por iso, hai que lamentar que a posición do lexislador non servira de referencia aos negociadores. De calquera modo, tendo en conta a vontade do lexislador de estender a protección a estes supostos e, sobre todo, o interese superior do menor, que quedaría maltrecho se só nestes casos se exclúe o dereito de acompañamento a consulta médica, hai que concluír que, aínda que o convenio non o preveña, tamén os pais de acollida, ou titores, son titulares de este dereito, en virtude dunha interpretación extensiva das cláusulas convencionais.

Xunto cos fillos, a negociación colectiva foi ampliando o círculo de familiares que o traballador podería acompañar a consulta médica. A ampliación tivo como obxectivo prioritario introducir tamén aos pais do traballador no ámbito obxectivo do permiso, e así, un número significativo de convenios, aínda que sensiblemente inferior aos que mencionan unicamente aos fillos, refírese aos parentes de primeiro grao. Nalgúns establécese que ha de tratarse de relacións de consanguinidade²⁸, mentres que outros inclúen tamén as de afinidade, de modo que a posibilidade de acompañamento remata alcanzando tamén a sogros e xenros²⁹.

26 A título de exemplo, véxase o artigo 10.10 do Convenio Colectivo interprovincial da industria metalgráfica e de fabricación de envases metálicos, B.O.E. do 18 de agosto de 2005, o artigo 34.g) do Convenio Colectivo da empresa Arteixo Telecom, S.A., cit., o artigo 14.g) do Convenio colectivo do sector do comercio de pel e calzado de Vizcaya, B.O. de Vizcaya do 13 de febreiro de 2004, o artigo 15.h) do Convenio colectivo para o sector de salóns de peiteado de señora, institutos de beleza e similares de Valladolid, B.O. de Valladolid de 17 de setembro de 2004, o artigo 25.9 do Convenio colectivo de traballo “limpeza de edificios e locais de Badajoz”, D.O. de Extremadura de 25 de agosto de 2005 e o artigo 21.j) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Jaén, B.O. de Jaén do 29 de xuño de 2004.

27 De modo excepcional, véxase o artigo 43.e).1 e 2 do Convenio colectivo da empresa “Minas de Almadén y Arrayanes, S.A.”, para os anos 2003-2006, B.O.E. do 27 de abril de 2004.

28 Entre outros, véxase o artigo 56.2 do Convenio Colectivo xeral de traballo para a industria téxtil e da confección, B.O.E. do 31 de agosto de 2005, o artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, B.O.E. de 22 de xullo de 2005, o artigo 4 do Convenio colectivo de locais e espectáculos e deportes de Guipúzcoa de 2004-2006, B.O. de Guipúzcoa de 10 de xaneiro de 2005 e o artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, D.O. da Generalitat de Cataluña do 2 de febreiro de 2004.

29 A xeito de exemplo, véxase o artigo 27.6 do XX Convenio Colectivo de Banca, B.O.E. do 2 de agosto de 2005, o artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, B.O.E. do 10 de novembro de 2004, o artigo 11.f) do Convenio colectivo de traballo agrícola, forestal e pecuario da Rexión de Murcia, B.O. da Rexión de Murcia do 30 de xullo de 2005, o artigo 23.10 do Convenio colectivo de Hostalaría de Salamanca, B.O. de Salamanca de 15 de xuño de 2005 e o artigo 22.7 do Convenio colectivo de traballo do sector das Escolas de educación especial para o ano 2005, D.O. da Generalitat de Cataluña do 29 de setembro de 2005.

O habitual é que as posibilidades de acompañamento se deteñan no primeiro grao, aínda que tamén hai exemplos de extensión do ámbito obxectivo do permiso ata o segundo grao, englobando irmáns, avós e netos, así como aos seus equivalentes se o parentesco é por afinidade³⁰; se ben a ampliación do círculo de familiares adoita estar vinculada á esixencia de que sufran algunha minusvalidez, como se verá máis adiante³¹. Outros convenios, que tamén son minoritarios, estenden o ámbito obxectivo do permiso a todos os parentes en liña directa, utilizando o termo ascendentes e/ou descendentes, sen indicacións respecto ao grao de parentesco, de modo que o traballador podería acompañar consulta médica non só aos seus pais, senón tamén aos seus avós ou outros ascendentes en caso de que vivisen, e non só aos seus fillos, senón tamén a netos ou outros descendentes³². O maior inconveniente que presenta esta alternativa respecto á anterior é que non quedan incluídos no ámbito de aplicación do permiso os irmáns, ao ser colaterais.

Malia a concorrencia deste pequeno grupo de convenios que van máis alá do primeiro grao de parentesco, hai que dicir que a tendencia da negociación colectiva en canto á determinación dos familiares que poden xerar o dereito ao permiso é restritiva. Iso apréciase en maior medida cando se comparan estas cláusulas co permiso do artigo 37.3.b) ou outras disposicións do Estatuto dos Traballadores relativas á conciliación da vida familiar e laboral do traballador con responsabilidades familiares. En todas elas o círculo de parentes que activan os dereitos deseñados se estende ata o segundo grao, incluíndo as relacións por consanguinidade e por afinidade. Por desgraza, como se viu, os negociadores non toman esta referencia na maioría das ocasións, configurando un círculo de familiares máis restrinxido. Aínda así, hai que destacar que a ampliación do círculo de familiares ata o segundo grao é importante, primeiro, porque permite protexer as relacións xurdidas no seo da familia extensa, e, segundo, porque ofrece unha resposta satisfactoria ao papel, ás veces prioritario, que os avós desempeñan na actualidade no coidado dos netos, a causa da incorporación da muller ao mercado de traballo.

30 Neste sentido, habería que estar ao concepto amplo de afinidade defendido polo Tribunal Supremo na sentenza do 18 de febreiro de 1998 (RJ 1998/2209) e do 27 de maio de 1998 (RJ 1998/4932).

31 Artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, D.O. da Generalitat Valenciana do 5 de marzo de 2004, artigo 41 do Convenio colectivo de Manipulado e Envasado de cítricos, froitas e hortalizas para a Comunidade Valenciana, para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-8-2010, D.O. da Generalitat Valenciana do 25 de marzo de 2004, artigo 35 do VII Convenio colectivo da empresa Telefónica Telecomunicacións Públicas, S.A., B.O.E. de 11 de xuño de 2004, artigo 24.7 do Convenio Colectivo interprovincial das empresas minoristas de droguarías, herboristerías, ortopedias e perfumarías, B.O.E. de 15 de marzo de 2005, e artigo 26.10 do Convenio Colectivo para o persoal laboral da Administración do Principado de Asturias, B.O. do Principado de Asturias do 26 de agosto de 2005.

32 Refírese a ascendentes o artigo 23 do Convenio colectivo da empresa "Umano Servicios Integrales, S.A., B.O.E. do 24 de agosto de 2004, artigo 30 do III Convenio colectivo estatal para o sector de telemercadotecnia, B.O.E. do 5 de maio de 2005, artigo 53.2 do Convenio colectivo do sector de industrias transformadoras de plásticos de Valencia, B.O. de Valencia do 22 de xullo de 2004, artigo 9.l) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de oficinas e despachos da provincia de Lugo, D.O. de Galicia do 13 de outubro de 2005. E inclúen tanto aos ascendentes coma aos descendentes o artigo 9.h) do Convenio Colectivo da empresa Hero España, S.A., cit. e artigo 26.10 do I Convenio Colectivo estatal de instalacións deportivas, B.O.E. do 17 de marzo de 2005.

Outro familiar que se adoita entrar no ámbito de aplicación do permiso para acompañamento a consulta médica é o cónxuxe. A súa inclusión debe facerse de xeito expreso, posto que a referencia a parentes por afinidade non o comprende. Non obstante, a proporción de convenios que o mencionan é lixeiramente inferior aos que integran parentes en primeiro grao.

A mención ao cónxuxe acompaña a mención dos fillos, na maioría dos casos, ou a dos parentes en primeiro grao, de modo que o permiso pasa a englobar o conxunto de familiares máis próximos ao traballador³³. Non obstante, a referencia ao cónxuxe formula un problema respecto ás parellas de feito, que quedarían excluídas do ámbito de aplicación do permiso. Por fortuna, algúns convenios solucionan a situación equiparando expresamente os dereitos dos traballadores que contraeron matrimonio cos dos que se atopan inscritos no correspondente rexistro de parellas de feito³⁴.

Pola contra, a falta de mención do cónxuxe formula un problema nos convenios que inclúen no elemento obxectivo do permiso aos parentes por afinidade, pois por esta vía se chega ao absurdo de que o traballador podería acompañar a consulta médica os seus sogros pero non ao seu cónxuxe. Nestes casos, nos que quizais os interlocutores sociais se deixaran levar polo pésimo exemplo do artigo 37.3.b) do Estatuto dos Traballadores, que esquece mencionar ao cónxuxe ao lado dos parentes por consanguinidade e afinidade, imponse unha interpretación lóxica do precepto que debe levar a incluír tamén no seu ámbito de aplicación o cónxuxe³⁵.

b) Condicións adicionais: idade, convivencia, dependencia e minusvalidez

Sobre as relacións de parentesco anteriormente descritas a negociación colectiva aplica unha serie de condicións co fin de precisar qué persoas poden xerar no traballador o dereito a acceder ao permiso de acompañamento. Tales condicións teñen un dobre obxectivo, por unha parte, confirmar que entre o traballador e o seu parente existe unha relación efectiva de tipo familiar, e, por outra parte, restrinxir o uso do permiso ás situacións en que a persoa que deba asistir á consulta médica non teña capacidade para facelo soa, ou ben a súa capacidade para iso poida ser reducida. Para alcanzar o primeiro obxectivo impóñense condicións como a convivencia ou “estar a cargo” do traballador, mentres que en relación co segundo se existen certos requisitos de idade, dependencia ou minusvalidez.

33 Sen ánimo de exhaustividade, véxase o artigo 23.9 do Convenio colectivo da empresa Fertiberia, S.A., para o conxunto dos seus centros de traballo, agás Luchana (Vizcaya), B.O.E. do 18 de outubro de 2004, artigo 36 do Convenio colectivo do sector de limpeza pública viaria de Guipúzcoa, B.O. de Guipúzcoa do 7 de maio de 2004, o artigo 18.k) do Convenio colectivo do sector de lavandaría industriais de Las Palmas, B.O. de Las Palmas de 2 de abril de 2004 e o artigo 14 do Convenio colectivo para as empresas de pompas fúnebres de Cádiz, B.O. de Cádiz do 3 de setembro de 2005.

34 Artigo 39 in fine do Convenio colectivo da empresa Michelin España-Portugal, S.A., para os centros de traballo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz, B.O.E. do 11 de outubro de 2004, artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, cit., artigo 31.k) do Convenio colectivo para o sector de “Industria de Hostalaría” da Comunidade Foral de Navarra, cit., artigo 4.10 do Convenio colectivo de locais e espectáculos e deportes de Guipúzcoa de 2004-2006, cit., e artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, B.O. de Guipúzcoa do 3 de febreiro de 2005.

35 Sobre o lapsus do artigo 37.3.b) e a súa probable solución véxase LÓPEZ TERRADA, E., El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos, Tirant Lo Blanch, Valencia (2003) 41, e ALBIOL MONTESINOS, I., La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, Tirant Lo Blanch, Valencia (2001) 11.

As catro condicións non adoitan presentarse xuntas nas cláusulas convencionais, entre outras cousas, porque tal cúmulo de esixencias determinaría un ámbito demasiado restritivo para o uso do permiso. Pola contra, cada convenio incorpora as que lle parecen oportunas -unha ou varias-, podendo mesmo impoñer diferentes condicións ás persoas que conforman o ámbito de aplicación do permiso, segundo o parentesco que medie entre elas e o traballador.

Para acoutar qué fillos do traballador xeran o dereito ao permiso, a negociación colectiva adoita aplicar condicións de idade, e en menor medida de convivencia.

Os fillos han de ser menores de certa idade, non obstante, as idades que aparecen nos convenios son tremendamente variadas. Hai convenios que optan por garantir este dereito unicamente durante a primeira infancia³⁶, outros aseguran o seu exercicio durante toda a infancia do menor³⁷, e por fin un último grupo aventúrase na adolescencia, en parte ou por completo. En definitiva, a negociación colectiva cobre idades que oscilan entre os seis e os dezaioito anos.

A variedade que se aprecia impide detectar tendencias consolidadas. É certo que, por idades concretas, os convenios máis numerosos son os que amplían o permiso ata os dezaioito anos. Non obstante, en conxunto, os convenios que escollen idades que non alcanzan a maioría de idade son moito máis numerosos. As idades con maior número de referencias convencionais son seis, oito, doce e dezaioito anos³⁸.

36 Seis anos é o límite que sinalan, entre outros, o artigo 28.1.II) do Convenio colectivo para as industrias vinícolas de Toledo, B.O. de Toledo do 10 de xullo de 2004, artigo 28.1.II) do Convenio colectivo provincial de panadarías de Toledo, B.O. de Toledo do 19 de agosto de 2004, artigo 11.i) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de elaboración de pastelería, confeitaría e repostería da provincia de Lugo, D.O. de Galicia de 28 de novembro de 2005, e o artigo 20.13 do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do comercio da pel e o calzado de Lugo, D. O. de Galicia do 7 de decembro de 2004.

37 A xeito de exemplo, sete anos indica o artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit.

Oito anos o Artigo 56 do Convenio Colectivo xeral de traballo para a industria téxtil e da confección, cit., artigo 46.i) do VII Convenio colectivo da empresa Vigilancia Integrada, S.A., B.O.E. de 20 de xullo de 2005 e artigo 38 do III Convenio colectivo General de Ferralla, cit.

Nove anos o artigo 22.I) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do Comercio téxtil da provincia de Lugo, D.O. de Galicia do 1 de agosto de 2005.

Dez anos o artigo 20.11 do Convenio Colectivo de traballo para o manipulado, aderezo, recheo e desoso de olivas, B.O. Rexión de Murcia do 11 de agosto de 2005.

Doce anos o artigo 22.i) do Convenio Colectivo de traballo para as empresas de limpeza de edificios e locais da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005 e 2006, B.O. de La Rioja de 30 de xullo de 2005 e o artigo 18.1.I) do Convenio colectivo provincial para a actividade de "Hostalaría" de Albacete, B.O. de Albacete do 13 de setembro de 2004.

38 Novamente sen ánimo de exhaustividade, poden mencionarse os seguintes convenios entre os que fixan o termo do dereito na maioría de idade do fillo: artigo 12.d) do Convenio Colectivo de centros especiais de emprego, D.O. de Galicia do 20 de xaneiro de 2004, artigo 35.1.g) do Convenio colectivo de ámbito estatal para o ano 2005 das empresas de mediación en seguros privados, B.O.E. do 24 de xuño de 2005, artigo 24.h) do Convenio colectivo do sector plural de empresas de hospitalización, consulta e asistencia de Palencia, B.O. de Palencia do 6 de abril de 2004 e artigo 16.6 do Convenio colectivo para a industria de hostalaría de Burgos, B.O. de Burgos do 11 de agosto de 2005, artigo 26 do Convenio colectivo para a actividade de comercio de Ávila e a súa provincia, B.O. de Ávila do 4 de febreiro de 2005.

En calquera caso, a ampla diferenza de idades responde a motivacións distintas en función das cales si é posible facer unha clasificación dos convenios. Por un lado, habería que distinguir aqueles que engloban unicamente a infancia do menor. Obviamente, nestes casos non se está a atender á capacidade do menor para asistir sen os seus pais a consulta médica -pois se o permiso se limita ata os oito anos, é evidente que un neno de nove non ten capacidade abonda para ir ao médico só-, senón á situación familiar máis complicada na que se atopan os pais ao tratarse dunha etapa na que os fillos adoitan demandar con frecuencia a atención médica. E, por outro lado, situaríanse os convenios que amplían a posibilidade de exercitar o permiso ata a adolescencia, en todo ou en parte. Neles si que se está a ter en conta o momento a partir do cal, en condicións normais, o fillo ten xa autonomía e capacidade abonda para asistir solo á consulta sanitaria.

Os convenios que ofrecen este dereito unicamente durante a infancia do menor non solucionan por completo os problemas de conciliación da vida laboral e familiar. Malia que contribúen a facer posible esa conciliación durante unha etapa que podería cualificarse de crítica, a responsabilidade dos pais ante a lei polo coidado dos seus fillos só cesa no momento en que estes cumpren a maioría de idade. Por iso, o criterio utilizado polo segundo grupo de convenios, isto é, a capacidade real do fillo para valerse por si mesmo, resulta moito máis axeitado, ao solucionar definitivamente os problemas de conciliación formulados polo acompañamento dos fillos a consulta sanitaria.

Aínda que son moito máis escasos, algúns convenios engaden á idade o requisito da convivencia do menor co traballador³⁹, ou ben especifican que os fillos que dan dereito ao permiso son os que están “a cargo do traballador”⁴⁰. Tamén hai convenios que prescindin da condición da idade, e condicionan o dereito ao acompañamento dos fillos a consulta médica á convivencia co traballador, de modo que o dereito ao permiso se seguiría xerando máis alá da maioría de idade, mentres persistise a convivencia⁴¹. Non é este, non obstante, o suposto máis frecuente.

Estas disposicións teñen especial transcendencia cando os pais están separados ou divorciados e un deles detén a garda e custodia dos fillos, pois só el podería acceder ao permiso. A previsión é criticable, porque aínda que é máis habitual que o proxenitor co que convivan os fillos sexa que os acompañe a consulta médica, mentres ambos os dous deteñan a patria potestade a obriga de velar pola súa saúde e benestar segue recaendo sobre os dous.

Ademais, habería que preguntarse se a concesión do permiso unicamente ao proxenitor que convive co menor entraña unha carga en vez dunha vantaxe, no marco dunha situación familiar na que a conciliación é máis complicada de por si. Isto podería suceder, por exemplo, se o permiso non comprende a totalidade do salario real do traballador, ou non é retribuído⁴².

39 Entre outros, artigo 9.l) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de oficinas e despachos da provincia de Lugo, cit., artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit. artigo 23.k) do Convenio colectivo da empresa Servicios de seguridade mancomunados, S.A. (SESEMA), cit., e artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit.

40 Artigo 11.i) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de elaboración de pastelería, confeitaría e repostería da provincia de Lugo, cit.

41 Artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit.

42 Así sucede no artigo 30 do Convenio colectivo do sector de transporte público de viaxeiros por estrada da provincia de Pontevedra, D.O. de Galicia do 16 de febreiro de 2004.

A todo iso hai que engadir que, ao ser a nai a que se fai cargo dos fillos na maioría das familias monoparentais, este tipo de cláusulas poden estar a fomentar de xeito encuberto a repartición tradicional de roles dentro da familia, o cal supón un obstáculo para o mantemento da muller no mercado laboral en condicións de igualdade. Por estas razóns, parece máis apropiado prescindir do requisito da convivencia en relación cos fillos.

En canto ao cónxuxe e ao resto dos parentes -de primeiro ou segundo grao- que conforman o elemento obxectivo do permiso, as condicións aplicadas con máis frecuencia son as de dependencia e idade, que adoitan actuar de xeito disxuntivo.

Como xa se apuntou, mediante estas condicións búscase restrinxir a aplicación do permiso a aquelas situacións que indiquen de forma máis ou menos precisa que a persoa que necesita atención sanitaria non pode valerse por si mesma, o cal xustifica o acompañamento por parte do traballador. Na determinación de tales circunstancias poden escollerse dúas vías. A primeira consiste na valoración das capacidades reais do familiar, esixindo a concorrencia dunha situación de dependencia física para que poida nacer o dereito ao permiso⁴³.

E a segunda pasa por fundar este dereito no establecemento dun dato obxectivo, que é a superación de certa idade por parte do familiar que ha de ser acompañado. A devandita idade foi cifrada de xeito unánime en máis de sesenta e cinco anos, que parece ser o pórtico de ingreso na vellez⁴⁴.

En liñas xerais, estes convenios son máis favorables que os primeiros, pois, segundo os datos sobre a dependencia en España, os problemas graves causados por esta adoitan presentarse a unha idade máis avanzada⁴⁵. Polo tanto, este tipo de regulación tamén permite facer fronte a situacións nas que, sen haber dependencia física en sentido estrito, pode ser conveniente que a persoa maior sexa acompañada ao médico, por diversas razóns -apoio emocional, control da medicación, descrición obxectiva de síntomas, etc.-

43 Artigo 20.5.c) do Convenio Colectivo da empresa Paradores de Turismo de España, cit., artigo 27.6 do XX Convenio Colectivo de Banca, cit., artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, cit., artigo 56.2 do Convenio Colectivo xeral de traballo para a industria téxtil e da confección, cit., artigo 28.1.m) do Convenio Colectivo para as industrias vinícolas de Toledo, cit., artigo 27.n) do XIX Convenio colectivo de contratas ferroviarias, B.O.E. de 6 de outubro de 2005, e artigo 48 do Convenio colectivo de perfumaría e afíns, B.O.E. do 21 de setembro de 2004.

44 Artigo 20 do Convenio colectivo do sector de industria da panadaría de Alicante, B.O. de Alicante do 3 de setembro de 2004, artigo 30 do III Convenio colectivo estatal para o sector de telemercadotecnia, cit., artigo 35 do VII Convenio colectivo da empresa Telefónica Telecomunicacións Públicas, S.A., cit., artigo 23.10 do Convenio colectivo de Hostalaría de Salamanca, cit., e artigo 23 do Convenio colectivo da empresa "Umano Servicios Integrales, S.A.", cit

45 Ée que o incremento da esperanza de vida, a mellora da situación socioeconómica individual, e a extensión da educación, asociada coa adopción de estilos de vida máis saudables, desembocou nunha compresión da morbilidade, que se presenta a idades máis avanzadas, aínda que tamén é certo que se incrementou o número de persoas que requiren coidados de longa duración. Sobre a correlación entre dependencia e idade, véxase SPIE-LAUER, M., "Familia y dependencia. Un análisis de los cambios demográficos en España y en otros países de la Unión Europea", en Familia y dependencia. Nuevas necesidades, nuevas propuestas, López López, T. (dir.), Fundación Acción Familiar e Edicións Cinca (2005) 41-45.

Agora ben, estes convenios presentan un problema, e é que ao vincular o dereito a un dato obxectivo, como a idade, pode haber situacións que non queden amparadas, como os supostos de dependencia de familiares menores de 65 anos. O certo é que estas situacións son cualitativamente distintas ás das persoas dependentes por idade, pero os amplos termos utilizados nos convenios aos que se fixo referencia en primeiro lugar⁴⁶, permitan tamén que o traballador puidese acceder ao dereito de acompañamento a consulta médica nestas circunstancias. Obviamente, a referencia á idade elimina esta posibilidade. Por iso, os convenios que establecen unha protección específica para as persoas maiores non deberían descooidar a atención que requiren os minusválidos, e que tamén é fonte de serios problemas de conciliación entre a vida laboral e familiar.

Á parte da idade ou da dependencia, como indicio que xustifica o acompañamento, algúns convenios inclúen a convivencia do traballador cos parentes de primeiro ou segundo grao. Non obstante, hai que distinguir entre os convenios que introducen a convivencia como requisito único que se suma ao parentesco, e aqueles outros que engaden a convivencia a outras condicións que xa limitaban o círculo de parentes, como a dependencia ou a idade.

No primeiro suposto, renúnciase a valorar as capacidades físicas das persoas que o traballador pode acompañar á consulta médica, de modo que o dereito ao acompañamento se xera simplemente pola existencia dunha relación conxugal ou familiar efectiva⁴⁷. Enténdese que a convivencia e o grao de parentesco xeran no traballador unha responsabilidade familiar que pode esixir o acompañamento a consulta médica aínda no caso de que as capacidades da persoa non se atopen diminuídas.

En cambio, no segundo, a convivencia actúa como un factor que reduce o círculo de familiares dependentes, minusválidos ou maiores de sesenta e cinco anos que o traballador pode acompañar a consulta médica⁴⁸. O funcionamento da convivencia en combinación con estas outras condicións merece unha crítica, pois a dependencia ou a avanzada idade unida ao parentesco conforma xa unha base suficiente para xustificar o acompañamento a consulta sanitaria, sen que pareza razoable seguir esixindo ulteriores condicións. Neste sentido, é significativo que o Estatuto dos Traballadores non esixa propiamente convivencia - aínda que si coidado directo- para configurar o dereito do traballador a acollerse a unha redución de xornada ou a unha excedencia por coidado de familiares. Que o traballador que non convive co seu familiar teña tales dereitos, pero non o dereito de acompañalo a consulta médica, cando este foi recoñecido pola negociación colectiva, resulta paradoxal.

46 "Que non poidan valerse por si mesmos", "persoas dependentes", "que teñan minguadas as súas condicións físicas ou psíquicas".

47 Así se establece no artigo 26.10 do I Convenio Colectivo estatal de instalacións deportivas, cit., o artigo 43.8.b) do Convenio colectivo da Vide de Cádiz 2004/2005 e 2006, B.O. de Cádiz do 9 de xullo de 2004, o artigo 49.9 do XIV Convenio colectivo xeral da Industria Química, B.O.E. do 6 de agosto de 2004, o artigo 4 do Convenio colectivo de locais e espectáculos e deportes de Guipúzcoa de 2004-2006, cit., o artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit., o artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit., o artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, cit., e o artigo 22.l) do Convenio colectivo de traballo para a actividade de industrias vinícolas e alcoholeras da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, B.O. de La Rioja do 30 de xullo de 2005.

48 Artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, cit., artigo 24.8 do Convenio colectivo do Grupo Ercros, S.A. (II Acordo de adhesión e adaptación ao XIV Convenio xeral da industria química española. Ano 2004-2006), B.O.E. do 23 de novembro de 2005, artigo 18.k) do Convenio colectivo do sector de lavanderías industriais de Las Palmas, cit., artigo 23.9 do Convenio colectivo da empresa Fertiberia, S.A., para o conxunto dos seus centros de traballo, agás Luchana (Vizcaya), cit., artigo 9.l) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de oficinas e despachos da provincia de Lugo, cit., e artigo 45 do Convenio colectivo de traballo para o sector de residencias privadas de persoas maiores da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, cit

Ademais, hai outra dificultade que xorde respecto a todas as cláusulas que esixen a convivencia co cónxuxe, e que se manifesta en caso de que se producira a separación de feito ou xudicial. O artigo 83 do Código Civil, que regula os efectos específicos da sentenza de separación, indica que un deles é a suspensión da vida en común dos casados, pero non anula as demais obrigas que vinculan aos esposos, entre as que hai que ter presentes as de axuda e socorro mutuo ás que se refiren os artigos 67 e 68 de Código civil. Obviamente, as cláusulas que esixen a convivencia para poder facer uso do permiso non favorecen o cumprimento destas obrigas legais.

Por último, hai algúns convenios que introducen como condición que o familiar que demanda o acompañamento teña algún tipo de minusvalidez física, psíquica ou sensorial. Esta referencia presenta unha vantaxe, e é que, aínda que a minusvalidez non ten por que estar causada pola idade, cando o convenio non amparase expresamente as persoas, que non poidan valerse por si mesmas por razóns de idade, habería que incluír no concepto de minusvalidez as situacións de dependencia que limiten a capacidade física ou psíquica da persoa. E viceversa, sempre que se fale de dependencia, sen vincular a devandita situación á idade, será posible interpretar esa noción incluíndo nela as minusvalideces.

En calquera caso, o ideal é que o convenio conceda ao traballador un dereito a acompañar a consulta médica aos tres tipos de familiares o coidado dos cales pode formular graves dificultades de conciliación, a saber, fillos menores, persoas maiores e outros familiares con minusvalías físicas, psíquicas ou sensoriais, e realmente son poucos o que chegan a este nivel de cobertura⁴⁹.

As dificultades para valerse por si mesmas das persoas con minusvalideces aconsella que non se engadan posteriores condicións que restrinxan o acceso ao permiso por parte do traballador. A maior parte dos convenios responden a esta lóxica, chegando mesmo a ampliar o grao de parentesco en relación coas persoas minusválidas, ou a prescindir do requisito da idade cando se trata dos fillos⁵⁰ metálicos,. Pero lamentablemente hai tamén convenios suman á minusvalidez a necesidade de que convivir ou estar a cargo do traballador⁵¹, ou que chegan a esixir que as deficiencias físicas, psíquicas ou sensoriais sexan graves, fixas e permanentes⁵². Estes convenios reservan este dereito para os casos máis extremos, de modo que as posibilidades que ofrecen para harmonizar a vida laboral coa familiar son moi restrinxidas.

49 Artigo 20 do Convenio colectivo do sector de industria da panadaría de Alicante, cit., artigo 23.10 do Convenio colectivo de Hostalaría de Salamanca, cit., artigo 35 do VII Convenio colectivo da empresa Telefónica Telecomunicacións Públicas, S.A., cit., e artigo 59.D).1 e 2 do Convenio colectivo de traballo da empresa Servei Català de la Salut, CatSalut (persoal laboral), para os anos 2004-2006, D.O. da Generalitat de Catalunya do 11 de abril de 2005.

50 Exemplo paradigmático diso é o artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, D.O. de Galicia do 27 de xullo de 2005, que se refire a "parentes minusválidos físicos ou psíquicos calquera que sexa a súa idade". Pola súa banda, estenden o parentesco ata o segundo grao o artigo 24.7 do Convenio Colectivo interprovincial das empresas minoristas de droguarías, herboristerías, ortopedias e perfumarías, cit., e o artigo 26.10 do Convenio Colectivo para o persoal laboral da Administración do Principado de Asturias, cit. E prescinden expresamente do límite de idade o artigo 26.1.h) do Convenio colectivo provincial para o sector do Comercio en xeral (agás alimentación) de Valladolid, B.O. de Valladolid de 14 de xuño de 2005 e o artigo 10.10 do Convenio Colectivo interprovincial da industria metalgráfica e de fabricación de envases.

51 Artigo 23.9 do Convenio colectivo da empresa Fertiberia, S.A., para o conxunto dos seus centros de traballo, agás Luchana (Vizcaya), cit., e artigo 53.2 do Convenio colectivo do sector de industrias transformadoras de plásticos de Valencia, cit

52 Artigo 39.E) do Convenio colectivo da empresa Michelin España-Portugal, S.A., para os centros de traballo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz, cit

B. Condicións da consulta médica

a) Coincidencia dos horarios de traballo e da consulta médica

É característica xeral de todos os permisos a coincidencia temporal entre a xornada laboral e a necesidade extra laboral que é necesario atender, pois precisamente esa superposición de tempos é a que outorga razón de ser ao permiso⁵³. Conforme a iso, o requisito básico para acceder ao permiso que agora se analiza é que o momento en que teña lugar a consulta médica coincida co horario de traballo, o cal determina a incompatibilidade das obrigas familiares coas laborais⁵⁴.

Aínda que algúns convenios esixen simplemente a coincidencia do momento da consulta co horario de traballo⁵⁵, outros reforzan este requisito, ao tomar como referencia o horario xeral de consulta médica, que ha de coincidir na súa totalidade coa xornada laboral, imposibilitando que a cita teña lugar fóra desta⁵⁶.

53 Así o expón SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Los permisos retribuídos del trabajador, Aranzadi, Pamplona (1999) 50, 51.

54 É especialmente claro o artigo 40.E) do XVI Convenio colectivo da empresa Galletas Siro, S.A., B.O.E. do 5 de xaneiro de 2006, que sinala que “as licenzas e permisos retribuídos se concederán unicamente para o cumprimento dos fins que os motiven, de sorte que se os devanditos fins fosen cumpridos dentro dun período de inactividade laboral, calquera que sexa a súa causa, non poderá solicitarse a expresada concesión unha vez reintegrado o produtor ao traballo, nin terá dereito a reclamar compensación ningunha por tal concepto”.

En todo caso, como demostración de que tamén é posible a postura contraria, por sorprendente que pareza, véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana do 19 de abril de 2003 (JUR 2003/56886), que examina uns acordos asinados entre a representación dos traballadores e a empresa, nos que se establecía o dereito do traballador a gozar de permisos retribuídos por asistencia a consulta médica por motivos de saúde propios, tanto se esta tiña lugar dentro da xornada de traballo como no caso contrario. Neste último suposto, reducíase a súa xornada laboral noutro momento, de forma proporcional ás horas investidas na consulta médica. O Tribunal sinala que, “aínda admitindo que a finalidade dos permisos retribuídos para visitas médicas é compaxinar o débito laboral do traballador co dereito á protección da súa saúde, iso non impide o establecemento de melloras na regulación dos permisos retribuídos, conforme sucede no presente caso”.

55 Refírense simplemente a que un familiar deba acudir a consulta sanitaria “en horas coincidentes coa súa xornada laboral” o artigo 12.d) do Convenio Colectivo de centros especiais de emprego, cit. e o artigo 44 do Convenio Colectivo do sector de almacenistas de froitas, hortalizas e plátanos da Comunidade de Madrid, suscrito pola Asociación de Empresarios Almacenistas de Froitas e Hortalizas de Madrid, CCOO e UGT, B.O. da Comunidade de Madrid do 29 de xaneiro de 2005. Ou ben, esixen que “o período de tempo no que se produza a consulta médica” coincida coa quenda de traballo, o artigo 28.1.m) do Convenio colectivo provincial de transporte de mercadorías por estrada de Cunca, B.O. de Cunca do 2 de xaneiro de 2006, artigo 23.10 do Convenio colectivo de Hostalaría de Salamanca, cit. e o artigo 28.m) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Toledo, B.O. de Toledo, do 22 de novembro de 2005.

56 A fórmula convencional que adoita usarse nestes casos é “cando o horario de consulta coincide co de traballo”. Artigo 34.g) do Convenio Colectivo da empresa Arteixo Telecom, S.A., cit., artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit., artigo 11.g) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do comercio de mobles e obxectos decorativos da provincia de Lugo, D.O. de Galicia do 13 de xuño de 2005, artigo 11.i) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de elaboración de pastelería, confeitaría e repostaría da provincia de Lugo, cit., artigo 49.9 do XIV Convenio colectivo xeral da Industria Química, cit., artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, D.O. da Generalitat Valenciana do 5 de marzo de 2004.

Sobre a necesidade de probar a incompatibilidade de horarios, véxase, entre outras, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castilla e León do 28 de xaneiro de 2004 (JUR 2004/186299).

Estas previsións tratan de restrinxir ao mínimo as consecuencias que asume o empresario polo desfrute do permiso, que son, principalmente, a reorganización da actividade para cubrir a ausencia do traballador, e o custo económico do tempo non traballado, cando o permiso é retribuído. Non obstante, a norma apuntada en último lugar é demasiado estrita, pois non toma en conta outros factores que fagan imposible ou dificulten en extremo a asistencia á consulta médica no horario non coincidente coa xornada laboral, como por exemplo, a urxencia de levar a cabo o exame médico, que podería desaconsellar a posibilidade de esperar a que o horario de consulta non coincida co de traballo; a distancia entre o lugar de traballo, o domicilio do traballador e o centro médico, que fai que o tempo empregado no acompañamento sexa superior cando o desprazamento é máis longo⁵⁷; ou a capacidade do centro para fixar as horas de consulta en atención aos seus recursos, e non unicamente aos desexos dos pacientes⁵⁸..

Por iso resultan moito máis axeitadas outras fórmulas que, sen esixir o pleno solapamento entre o horario laboral e o horario de consulta médica, dispoñan de forma xeral que o dereito ao permiso só se xera cando non sexa posible acudir á consulta médica en horas que non coincidan coa xornada laboral. Deste modo, contémpanse as circunstancias anteriormente descritas⁵⁹..

En consecuencia, cando non se estableza claramente outra cousa, parece máis correcto que o acceso ao permiso se basee na coincidencia da hora de consulta coa xornada de traballo, entendendo que non foi posible outra alternativa menos incómoda para o empresario, a elección do cal, en caso de existir, viría imposta pola boa fe.

Por outro lado, a necesidade de que coincida a hora de consulta co horario de traballo supón automaticamente a exclusión do acceso ao permiso dos traballadores nocturnos, é dicir, daqueles a xornada laboral dos cales se desenvolve entre as dez da noite e as seis da mañá, pois nesa franxa horaria non teñen lugar as consultas médicas regulares. A solución non implica un agravio comparativo, pois verdadeiramente neste suposto non se dá unha situación crítica para a conciliación da vida laboral e familiar, de modo que a concesión do permiso non ten sentido⁶⁰. Malia todo, o convenio pode decidir impoñer un réxime máis favorable, concedendo unhas horas ou unha xornada enteira de permiso tamén a estes traballadores⁶¹.

57 En torno a este tema, véxanse as sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Castilla e León, do 13 de abril de 2004 (JUR 2004/141319), do 3 de febreiro de 2004 (JUR 2004/186288), do 27 de xaneiro de 2004 (JUR 2004/186314) e do 29 de xullo de 2004 (JUR 2004/210850).

58 Neste sentido, véxase a sentenza do Xulgado do social de Madrid, do 21 de xaneiro de 2000 (AS 2000/1).

Este suposto si está cuberto polo artigo 22.k) do V Convenio colectivo para o persoal laboral ao servizo da Junta de Extremadura, cit., que condicionan o permiso "a que por razóns de dispoñibilidade horaria do centro sanitario [as consultas] non poidan realizarse fóra do horario do traballador"

59 Por exemplo, o artigo 26.10 do Convenio Colectivo para o persoal laboral da Administración do Principado de Asturias, cit., dispón que o dereito ao permiso decae cando "estes trámites se poidan realizar fóra da xornada normal de traballo". E, pola súa banda, o artigo 10.i) do Convenio colectivo para as empresas colleiteiras e produtoras de froita, uva de mesa e outros produtos agrícolas e os seus traballadores da Rexión de Murcia, B.O. da Rexión de Murcia do 10 de decembro de 2004, e o artigo 11.f) do Convenio colectivo de traballo agrícola, forestal e pecuario da Rexión de Murcia, cit. dispoñen que o dereito de acompañamento se terá "sempre que esa consulta non se poida realizar en horas fóra de traballo"

60 Sobre todo iso, véxase a sentenza do Xulgado do Social da Comunidade de Madrid do 11 de xuño de 1999 (AS 1999/2014).

61 Así o fan o artigo 35 do Convenio colectivo da empresa "Red Araña-Tejido de entidades sociais para el empleo", cit. e o artigo 40.4 do Convenio colectivo do sector de axuda a domicilio de Cidade Real, B.O. de Cidade Real do 30 de marzo de 2005.

b) Características da atención sanitaria

En ocasións, os convenios limitan o acceso ao permiso impondo a condición de que a asistencia sanitaria sexa proporcionada pola Seguridade Social⁶². Esta previsión merece unha crítica negativa por varios motivos. Por unha parte, a Seguridade Social non cobre a totalidade da atención sanitaria, pois, por exemplo, non todas as persoas teñen dereito a servizos de odontoloxía, podoloxía, fisioterapia, entre outros. Por outra banda, cando se trate dos ascendentes, existe a posibilidade de que estes non reciban a asistencia sanitaria da Seguridade Social, por pertencer a outros réximes alternativos -como os dos funcionarios públicos, Forzas Armadas ou funcionarios ao servizo da Administración de Xustiza- ou a mutualidades que actúan en substitución da Seguridade Social, tamén no relativo aos servizos sanitarios. Nestes supostos parece que o traballador debería ter igualmente dereito ao permiso, para o cal habería que recorrer a unha interpretación analóxica da cláusula convencional, pois por regra xeral o seu teor literal non considera esta posibilidade⁶³. E, finalmente, o lento funcionamento da Seguridade Social, coas súas características listas de espera na atención especializada, pode facer aconsellable e ás veces ata necesario, acudir á asistencia médica privada⁶⁴, en cuxo caso, o traballador non só terá que cargar co custo económico da consulta médica, senón que ademais non poderá facer uso do permiso.

En canto ao tipo de consulta, algúns convenios din que pode tratarse de consulta proporcionada polo médico de cabeceira ou polo médico especialista, mentres outros optan por circunscribir o dereito a esta última modalidade⁶⁵.

62 Artigo 34.g) del Convenio Colectivo de la empresa Arteixo Telecom, S.A., cit., artigo 12.d) do Convenio Colectivo de centros especiais de emprego, cit., artigo 22.i) do Convenio Colectivo de traballo para as empresas de limpeza de edificios e locais da Comunidade Autónoma de La Rioja para los años 2005 y 2006, cit., artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio ao por maior e importadores de produtos químicos industriais e perfumería, cit., artigo 35.1.g) do Convenio colectivo de ámbito estatal para o ano 2005 das empresas de mediación en seguros privados, cit., artigo 26.10 do I Convenio Colectivo estatal de instalacións deportivas, cit., artigo 11.i) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector de elaboración de pastelería, confeitaría e repostería da provincia de Lugo, cit., artigo 21 del Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, cit., artigo 20.13 do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do comercio da piel e o calzado de Lugo, cit., artigo 11.g) do Convenio colectivo de ámbito provincial para o sector do comercio de mobles e obxectos decorativos da provincia de Lugo, cit.

63 Como excepción poden citarse os artigos 71.1.e) do Convenio colectivo para empresas de atención especializada no ámbito da familia, infancia e xuventude, na Comunidade Valenciana, cit., 22.k) do V Convenio colectivo para o persoal laboral ao servizo da Junta de Extremadura, cit., e 40.1 do Convenio colectivo do sector de axuda a domicilio de Cidade Real, cit., que se refiren ao “sistema público ou centros concertados con este”.

64 O artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, cit., parece ser consciente desta realidade, posto que mentres existe para o disfrute do permiso que a asistencia de cabeceira sexa achegada pola Seguridade Social, este requisito é cancelado expresamente con relación á atención especializada.

65 Exemplos desta última opción son o artigo 22.b) do Convenio colectivo da empresa Interbon, S.A. para os anos 2004-2006, B.O.E. de 5 de outubro de 2004, artigo 43.e).1 e 2 do Convenio colectivo da empresa “Minas de Almadén e Arraiáns, S.A.”, para os anos 2003-2006, cit. e artigo 9.11 do Convenio colectivo da empresa Thyssen Krupp Elevadores, S.A., para os centros de traballo de Madrid e Valencia, B.O.E. do 18 de febreiro de 2004.

A razón desta restrición estriba na escasa gravidade que adoitan revestir as afeccións das que se ocupa o médico de cabeceira. Non obstante, estas previsións non garanten plenamente a conciliación da vida laboral e familiar, pois, dende o punto de vista do coidado dos membros da familia -e, en especial, do coidado das persoas maiores e dos minusválidos, xa que os nenos adoitan recibir atención pediátrica- a asistencia ao médico de cabeceira, e con ela a necesidade de acompañamento, pode ser tan perentoria como a asistencia ao médico especialista. Ademais, hai que ter en conta que nas localidades pequenas pode non haber asistencia especializada, sendo obrigado neses casos acudir ao médico de cabeceira.

Se o convenio non di nada ao respecto, é lóxico entender que ambos os dous tipos de consulta dan dereito a solicitar o permiso. Pero, ademais, hai que traer a colación algunha sentenza que opta por un concepto amplo de consulta médica que vai máis alá do estrito sometemento dun problema de saúde a avaliación médica. Así, seguindo este criterio, as terapias de rehabilitación estarían incluídas dentro do concepto de consulta médica⁶⁶, salvo que o convenio dixese o contrario⁶⁷.

Por último, algún convenio outorga o permiso unicamente cando a consulta médica está nunha localidade distinta á de residencia do traballador⁶⁸. Aínda que é evidente que as necesidades de acompañamento e o tempo investido son superiores nestes casos, este tipo de cláusulas son demasiado restritivas, posto que a necesidade de acompañamento non decae cando a consulta médica ten lugar preto do domicilio do traballador. Por iso, resulta moito máis acertada a posición que adoptan outros convenios para ampliar o tempo de permiso concedido cando a consulta se leva a cabo fóra da localidade de residencia habitual⁶⁹.

2. Elemento subxectivo do permiso: condicións do traballador que accede ao permiso

O suxeito que pode gozar do permiso é, evidentemente, o traballador, aínda que os convenios non sempre conceden este dereito a todos os traballadores. As limitacións que impón a negociación colectiva a este respecto circunscribíense aos supostos de acompañamento de fillo a consulta médica⁷⁰, e refírense á práctica do acompañamento por un ou os dous proxenitores.

66 Véxase ao respecto o fundamento xurídico terceiro da sentenza do Xulgado do social de Madrid, do 21 de xaneiro de 2000 (AS 2000/1).

67 É o caso do artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, cit., que exclúe expresamente este tipo de atención sanitaria.

68 Artigo 43.e).1 e 2 do Convenio colectivo da empresa "Minas de Almadén y Arrayanes, S.A.", para os anos 2003-2006, cit., artigo 43.8.b) do Convenio colectivo da Vide de Cádiz 2004/2005 e 2006, cit., artigo 16 do V Convenio colectivo de medianas superficies de distribución de alimentación da Comunidade de Castilla y León, B.O. de Castilla y León do 10 de xuño de 2004, en relación cos traballadores adscritos a centros de traballo sitos en Ávila ou a súa provincia con fillos diminuídos psíquicos, e artigo 32 do Convenio colectivo para a actividade de hostalaría de Ávila, cit., en relación con fillos diminuídos psicofísicamente.

69 O artigo 22.b) do Convenio colectivo da empresa Interbon, S.A. para os anos 2004-2006, cit., concede un máximo anual de 8 horas para acompañar ao cónxuxe e fillos a médicos especialistas, incrementándose o tope en oito horas máis cando iso supoña un desprazamento a outra provincia. O artigo 24.8 do Convenio colectivo do Grupo Ercros, S.A. (II Acordo de adhesión e adaptación ao XIV Convenio xeral da industria química española. Ano 2004-2006), cit., amplía a unha xornada o tempo de permiso cando sexa necesario desprazarse fóra do municipio de residencia.

70 Só atopou unha excepción a esta tendencia, e é o artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit., que non só se refire ao acompañamento de fillos menores de sete anos, senón tamén ao acompañamento de ascendentes de primeiro grao de consanguinidade ou afinidade que convivan e estean a cargo do traballador.

Agora ben, dentro destas previsións hai que distinguir dous grupos claramente diferenciados: o das cláusulas que regulan o acceso ao permiso cando os dous proxenitores prestan servizos na mesma empresa, e o das cláusulas que regulan o devandito acceso cando non se dá esta circunstancia.

Por regra xeral, os convenios establecen que cando ambos os dous pais sexan traballadores da empresa, o dereito para acompañar o menor a consulta médica só amparará un deles⁷¹. A previsión é razoable, posto que desta forma se soluciona o problema de conciliación, garantindo a asistencia médica do menor, e ademais se causa o menor prexuízo ao empresario, ao ser só un dos seus traballadores o que fai uso do permiso. Ademais, non afecta á titularidade individual e indistinta do permiso, que segue sendo tanto do pai coma da nai, senón tan só ao exercicio do dereito. O único que resulta reprochable é que a cláusula estea redactada de forma incondicional, é dicir, que a negativa ao desfrute do permiso non se suxeite a razóns obxectivas de produción ou organización que aconsellen prescindir do menor número de traballadores posible na concreta ocasión. Iso é especialmente esixible cando o permiso non sexa retribuído, pois neste caso a única carga que asume o empresario son os axustes organizativos que se derivan da ausencia do traballador que está de permiso, e, se eses axustes non fosen necesarios ou resultasen mínimos, entón non parece xustificada a interdicción do exercicio do dereito dun dos proxenitores.

Non obstante, non son estas previsións as máis frecuentes na negociación colectiva, senón xustamente as contrarias, isto é, as que regulan o acceso ao permiso cando o outro proxenitor non presta servizos na mesma empresa. As limitacións que impón a negociación colectiva a este respecto céntranse na posibilidade de que sexa o outro proxenitor que se ocupe de acompañar ao menor a consulta médica, o cal evitará ao empresario problemas de organización, así como ter que asumir a carga económica do tempo de ausencia cando o permiso é retribuído. En definitiva, esta limitación ten que ver, unha vez máis, coa configuración do permiso como o último recurso ao que só se pode acceder cando non existen outras vías para salvar a colisión entre o tempo de traballo e o tempo de familia.

Conforme a iso, as fórmulas que se atopan na negociación colectiva son as seguintes. En primeiro lugar, os convenios que conceden o permiso “sempre que sexa imprescindible por imposibilidade do outro cónxuxe”⁷². Este tipo de previsións non provocan a exclusión automática dun grupo de traballadores do ámbito subxectivo do permiso, pois o seu acceso ou non ao mesmo dependerá das circunstancias de cada momento. É dicir, o traballador terá que demostrar que a súa parella non pode acompañar o menor, e só unha vez probado este extremo, poderá acceder ao permiso para acompañamento a consulta médica.

A proba non ofrecerá grandes dificultades cando o outro proxenitor non poida acompañar ao menor por desempeñar unha actividade remunerada o horario da cal coincide co da consulta, por non se atopar en axeitadas condicións de saúde, ou por estar vinculado a algún outro compromiso “oficial”, como por exemplo, a asistencia a un

71 Artigo 33 do Convenio colectivo para a actividade de hostalaría de Ávila, cit., artigo 26 do Convenio colectivo para a actividade de comercio de Ávila e a súa provincia, cit. e artigo 16 do V Convenio colectivo de medianas superficies de distribución de alimentación da Comunidade de Castilla y León, cit

72 Artigo 19 do Convenio colectivo do sector de industrias de carpintaría e ebanistaría da provincia de A Coruña, D.O. de Galicia do 1 de xuño de 2004.

exame, a unha entrevista de traballo ou a un curso de formación. Non obstante, tornárase practicamente imposible cando as razóns que impidan o acompañamento sexan de carácter privado, como as necesidades de coidado doutros membros da familia dependentes -fillos menores ou familiares dependentes por idade ou minusvalidez-.

En segundo lugar, hai convenios que contemplan este permiso unicamente para os traballadores que están á fronte dunha familia monoparental, caracterizada precisamente pola ausencia do outro cónxuxe, por morte, abandono, separación ou divorcio, e sempre que o traballador mantéña a custodia dos fillos⁷³. Por conseguinte, os traballadores que teñan unha parella estable non se sitúan dentro do ámbito de aplicación do permiso.

En principio, estas medidas pretenden favorecer as familias monoparentais, seguindo as indicacións comunitarias nesta materia⁷⁴, dado que nelas as necesidades de conciliación adoitan ser máis incitantes. Pero, como xa se apuntou, este tipo de disposicións poden volverse contra o grupo que se trata de protexer, se os dereitos dos traballadores non se avalan con suficientes garantías, como a percepción do salario real, malia o desfrute do permiso.

En terceiro e último lugar, outros convenios recoñecen o dereito ao permiso unicamente cando os dous proxenitores traballen, con independencia de que o fagan nesta ou noutra empresa.

Mentres algúns convenios utilizan o verbo traballar, que deberá ser obxecto dunha interpretación ampla para incluír calquera actividade da que se obteña un beneficio económico⁷⁵, outros son máis restritivos, ao esixir que ambos os dous proxenitores presten servizos por conta allea⁷⁶. Deste modo, non só carecerían de dereito ao permiso os traballadores as parellas dos cales non desenvolvesen actividade remunerada algunha, senón tamén aqueles as parellas dos cales fosen funcionarios, traballadores autónomos ou profesionais liberais.

73 O Convenio colectivo do sector de transporte público de viaxeiros por estrada da provincia de Pontevedra, cit., o artigo da cal 30 establece unha licenza dun día sen soldo para acompañar fillos menores de idade a consulta médica, sempre que non exista outro cónxuxe, ou ben que, en caso de separación ou divorcio, o traballador tivese a custodia do fillo. O traballador que non teña a custodia dos fillos, só podería acceder ao permiso cando a necesidade de acudir ao médico coincidise cos días de visita.

74 Véxase o punto 4 da Resolución do Parlamento europeo do 28 de xaneiro de 1999, sobre Protección da familia e do neno, D.O.C.E. núm. C 128, de 7 de maio de 1999 e o apartado 2.v) da Resolución do Consello do 29 de xuño de 2000, sobre participación equilibrada de homes e mulleres na actividade profesional e na vida familiar, cit

75 Artigo 38 do Convenio colectivo do sector do comercio por xunto e importadores de produtos químicos industriais e perfumaría, cit., artigo 9.11 do Convenio colectivo da empresa Thyssen Krupp Elevadores, S.A., para os centros de traballo de Madrid e Valencia, cit., artigo 18.1.l) do Convenio colectivo provincial para a actividade de "Hostalaría" de Albacete, cit

76 Artigo 28.1.ll) do Convenio colectivo para as industrias vinícolas de Toledo, cit., artigo 28.1.m) do Convenio colectivo provincial de panadarías de Toledo, cit., artigo 28.m) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Toledo, cit., artigo 28.1.m) do Convenio colectivo provincial de transporte de mercadorías por estrada de Cunca, cit., artigo 11.j) do Convenio colectivo de fabricación de pastas, papel e cartón da provincia de Guipúzcoa 2003-2005, B.O. de Guipúzcoa do 11 de febreiro de 2004, artigo 28.1.ll) do Convenio colectivo do sector do campo de Toledo, B.O. de Toledo do 29 de abril de 2004, artigo 34 do Convenio colectivo do sector de Hostalaría de Toledo, B.O. de Toledo do 24 de maio de 2004, artigo 28.1.ll) do Convenio colectivo do sector do mazapán, masas fritas, confeitaría e chocolates de Toledo, B.O. de Toledo do 20 de agosto de 2004, artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit., artigo 27.1.n) do Convenio colectivo provincial de comercio en xeral da provincia de Toledo, B.O. de Toledo do 4 de maio de 2005.

Nestes supostos presúmese automaticamente a dispoñibilidade do proxenitor que non desempeña unha actividade laboral para acompañar o fillo a consulta médica, sen ter en conta que razóns de moi diverso signo poden impedirlo/llelo -como xa se apuntou, razóns de saúde, da atención requirida por outros membros da familia, ou por ter compromisos non laborais, pero igualmente vinculantes, como exames, entrevistas de traballo, actividades de formación, etc. -. A presunción é aínda máis gratuíta cando o outro proxenitor é funcionario, traballador autónomo ou profesional liberal, pois, aínda que os dereitos de conciliación da vida laboral e familiar dos primeiros son similares aos dos traballadores asalariados, os dous últimos aínda atopan nunha posición máis desvantaxosa que estes, sendo moi inxusto facer recaer sobre eles o peso da conciliación, simplemente porque non están suxeitos a un poder de dirección e organización alleo.

Ademais, algúns convenios impoñen aínda unha condición adicional máis para que o traballador poida acceder ao permiso, e é que o horario de traballo de ambos os dous cónxuxes coincida co horario da consulta médica⁷⁷.. De modo que, non só haberá que demostrar que o outro proxenitor realiza unha actividade laboral, senón que ademais, polo seu horario, lle é imposible acompañar ao fillo á consulta médica.

Á marxe das anteriores apreciacións, a legalidade desta limitación é moi dubidosa, por varias razóns. Primeiro, a concesión a un traballador dun dereito subxectivo relacionado coas súas responsabilidades parenterais non pode depender da situación laboral do seu cónxuxe, pois isto é algo que non concirne en absoluto ao status xurídico do traballador, nin sequera no relativo á conciliación da vida familiar e laboral. É certo que hai circunstancias familiares que deben ser tidas en conta para a delimitación dos dereitos dos traballadores, pero trátase de circunstancias que teñen que ver coas responsabilidades do traballador -se ten fillos, se ten ao seu cargo persoas con minusvalideces, se se trata dunha familia monoparental-, e non coa situación profesional dos membros da familia. Aínda que o permiso para acompañar os fillos a consulta médica non é o permiso parenteral que describe a Directiva 96/34/CE, do Consello, do 3 de xuño, que incorpora o Acordo marco sobre o permiso parenteral celebrado pola UNICE, o CEEP e a CES, esta norma ha de ser tida en conta aos efectos de conformar permisos para o coidado e atención dos fillos, tanto por vía lexislativa coma por vía convencional. E unha das cousas que se deixan moi claras nela é que o permiso parenteral é un dereito individual e intransferible concedido a todos os traballadores e traballadoras polo feito de ser pais⁷⁸. Por motivos de respecto ás responsabilidades derivadas da paternidade, este esquema básico debe manterse nos permisos parenterais que se vaian creando, sen condicionalo a ningunha outra circunstancia.

77 Artigo 11.j) do Convenio colectivo de fabricación de pastas, papel e cartón da provincia de Guipúzcoa 2003-2005, cit., artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit. e artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, cit.

78 Cláusula 2, parágrafos 1 e 2 do Acordo.

Segundo, botando man das estatísticas, é doado apreciar que dentro do grupo de persoas con fillos menores de idade, a taxa de emprego masculino é bastante máis alta que a taxa de emprego feminino. E é que, mentres as responsabilidades parenterais supoñen un incentivo para a integración e permanencia do varón no mercado de traballo, no caso da muller provocan xusto o efecto contrario, pois é ela a que, conforme aos esquemas tradicionais de repartición de roles dentro da familia, asume en maior medida as cargas familiares. Iso significa que, como resultado da aplicación da cláusula convencional que se está a analizar, serán case exclusivamente os traballadores masculinos os que se vexan privados do dereito a acompañar a consulta médica os seus fillos. Este resultado xoga en contra da repartición equitativa das responsabilidades familiares propugnada pola Comisión, e ademais tende a perpetuar os roles tradicionais que asignan á muller os labores domésticos e de coidado dos membros da familia, e ao varón as tarefas de tipo profesional.

A partir de aquí, a sospeita de que este tipo de cláusulas albergan unha discriminación indirecta adquire cada vez máis consistencia. Seguindo o razoamento da Comisión, habería que dicir que son dobremente discriminatorias: para o varón, porque dificultan a súa participación na vida familiar, e para a muller, porque non a descargan das responsabilidades familiares, senón todo o contrario, obstaculizando as súas posibilidades de formación e acceso ao emprego, sen que pareza existir xustificación abonda para esvaecer a aparencia de discriminación⁷⁹.

Por último, só cabe engadir que a imposición de certo modo de repartición das responsabilidades parenterais supón unha intromisión na esfera de privacidade do traballador e vulnera a liberdade dos proxenitores para organizar a súa vida familiar do xeito máis conveniente para eles⁸⁰.

79 Ademais, a medida que se está a comentar non axústase a unha das directrices dadas polo Consello na Resolución de 29 de xuño de 2000, sobre participación equilibrada de homes e mulleres na actividade profesional e na vida familiar, cit., a teor da cal os Estados deben “reforzar as medidas que favorezan unha repartición equilibrada entre os traballadores, homes e mulleres, dos coidados que deben prestarse aos fillos, persoas de idade, persoas con deficiencias e outras dependentes deles”.

80 Malia todo o apuntado, hai autores na doutrina que aceptan a condición de que ambos os dous pais traballen sen que, na súa opinión, formule problemas. Véxase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Permisos retribuídos” en ARGÜELLES BLANCO, A.R., MARTÍNEZ MORENO, C. e MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002), CES, Madrid (2004) 209.

3. Elemento temporal do permiso: duración

A grande maioría dos convenios que establecen permisos para acompañar familiares a consulta médica concédenos polo tempo que sexa necesario. Iso significa que o permiso pode solicitarse tantas veces como haxa que levar a cabo un acompañamento a consulta médica, utilizando en cada ocasión as horas necesarias para iso.

Só uns poucos convenios poñen restricións, limitando o número de permisos que poden solicitarse ao ano por este concepto⁸¹, ou a cantidade de horas das que se pode dispoñer para cada consulta médica⁸². Non obstante, este tipo de anotacións non son frecuentes na negociación colectiva.

O que si resulta algo máis habitual, como alternativa á concesión destes permisos polo tempo necesario, é a fixación dunha bolsa -xeralmente anual, e nalgún caso illado mensual⁸³ de horas ou de días⁸⁴ que poden ser utilizados a este fin.

Curiosamente, a duración do permiso é tamén outro aspecto no que en ocasións se reflicte a diversa consideración que para os negociadores ten a relación parenteral, por un lado, e a que vincula ao traballador cos demais familiares, por outro. E é que algúns convenios establecen distintas marxes en canto á duración do permiso, que varían a teor de quen sexa o familiar ao que deba acompañar o traballador. En calquera caso, o réxime máis beneficioso sempre se reserva para os fillos⁸⁵.

81 O artigo 10.i) do Convenio colectivo para as empresas colleiteiras e produtoras de froita, uva de mesa e outros produtos agrícolas e os seus traballadores da Rexión de Murcia, cit. e o artigo 46.i) do VII Convenio colectivo da empresa Vixilancia Integrada, cit., din que o permiso só poderá ser utilizado en dúas ocasións ao ano, e o artigo 22.l) do Convenio colectivo de traballo para a actividade de industrias vinícolas e alcoholeras da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, cit. impón un límite de catro ocasións anuais para utilizar o permiso.

82 Por exemplo, o artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, cit. establece que só poderá utilizarse un máximo de tres horas cada día que deba acompañarse a un familiar a consulta médica. O mesmo tope diario impón o artigo 27.1.n) do Convenio colectivo provincial de comercio en xeral da provincia de Toledo, cit. E, pola súa banda, o artigo 28.1.l) do Convenio colectivo do sector do mazapán, masas fritas, confeitarias e chocolates de Toledo, cit. rebaixa ese tope a dúas horas por consulta.

83 Cunha bolsa de horas mensual, véxase o artigo 11 do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Pontevedra, cit.-

84 O artigo 46.i) do VII Convenio colectivo da empresa Vigilancia Integrada, S.A., cit., concede dous días de licenza retribuída para acompañar ao médico a fillos menores de oito anos, e tres días se o menor fose minusválido e o artigo 39.E) do Convenio colectivo da empresa Michelin España-Portugal, S.A., para os centros de traballo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz, cit. ofrece ao traballador vinte e catro horas para acompañar aos familiares descritos endicho precepto a consultorio médico.

85 O artigo 59.l).1 do Convenio colectivo de traballo da empresa Servei Català de la Salut, CatSalut (persoal laboral), para os anos 2004-2006, cit., atribúe ao traballador un permiso que dura todo o tempo que sexa necesario para acompañar a consulta médica os seus fillos menores. E, a continuación, o artigo 59.l).2 establece unha bolsa de cincuenta horas anuais para acompañar a consultas ou probas médicas aos demais familiares de primeiro grao de consanguinidade ou afinidade cando non se poidan valer por si mesmos. Aínda cando a bolsa prevista se pode cualificar de ampla, o certo é que no primeiro caso a posibilidade de conciliar a vida familiar e laboral é ilimitada mentres que no segundo aparece suxeita a unha limitación temporal.

En sentido parecido, o artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, cit. ofrece aos traballadores fixos unha bolsa de vinte e oito horas anuais para acompañar os seus fillos menores de catorce anos ao médico. A bolsa redúcese ata catro horas anuais se se trata de acompañar ao cónxuxe ou familiares ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade que non poidan valerse por si mesmos. Idéntica disposición atopa no artigo 41 do Convenio colectivo de Manipulado e Envasado de cítricos, froitas e hortalizas para a Comunidade Valenciana, para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-8-2010, cit.

As bolsas de horas ou de días para medir a duración do permiso restrinxen as posibilidades de conciliación da vida familiar e laboral. Evidentemente, a magnitude da restrición depende da amplitude do crédito horario e, neste sentido, a negociación colectiva ofrece unha galla de posibilidades que vai dende previsións claramente insuficientes⁸⁶, ata outras máis razoables⁸⁷, pasando por aquelas en las que es dubidoso que se garanta plenamente a liberdade conciliadora, pois o crédito horario non es xeneroso⁸⁸, ou engloba tamén as horas que o traballador necesite para acudir a consultas médicas propias⁸⁹. En calquera caso, o establecemento dun tope horario máximo non é unha medida de conciliación idónea, xa que a súa obxectividade lle impide contemplar as circunstancias familiares de cada traballador e, como se suxeriu, os instrumentos de conciliación deben estar concibidos de xeito flexible, precisamente para adaptarse ás necesidades persoais. En teoría, as dificultades de conciliación da vida persoal e familiar non son as mesmas para un traballador con familia numerosa que para outro cun só fillo a cargo, nin para un traballador con parella estable que para unha familia monoparental, nin para un traballador con persoas dependentes ou minusválidas ao seu cargo que para outro que non atopa ante esta circunstancia.

- 86 Por exemplo, as dúas horas anuais que concede o artigo 24.h) do Convenio colectivo do sector plural de empresas de hospitalización, consulta e asistencia de Palencia, cit., para acompañar fillos menores ao médico, sinalando que o tempo utilizado por enriba dese, correrá a cargo dos días de libre disposición. O as catro horas anuais que prevén o art. 28.1.m) do Convenio Colectivo para as industrias vinícolas de Toledo, cit., e o artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-08-2010, cit., para acompañar a consulta médica familiares ata o primeiro grao de consanguinidade, ou ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, respectivamente, que non poidan acudir sós.
- 87 O artigo 9.h) do Convenio Colectivo da empresa Hero España, S.A., cit. ofrece trinta e dous horas para acompañar a consulta médica a descendentes e ascendentes, o artigo 27.1.n) do Convenio colectivo provincial de comercio en xeral da provincia de Toledo, cit., establece un máximo de vinte horas anuais para acompañamento de menores, o artigo 22.l) do Convenio colectivo de traballo para a actividade de industrias vinícolas e alcohólicas da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, cit., establece unha bolsa de vinte e catro horas anuais, o artigo 43.8.b) do Convenio colectivo da Vide de Cádiz 2004/2005 e 2006, cit., dispón que o traballador terá oito días ao ano para acompañar a consulta médica a cónxuxe, fillos e familiares ao seu cargo, e o artigo 36 do Convenio colectivo do sector de limpeza pública viaria de Guipúzcoa, cit., establece 3 xornadas anuais para acompañamento de fillos ou cónxuxe a consulta médica..
- 88 Por exemplo, as oito horas anuais do artigo 20.2 do Convenio colectivo da empresa Avaya Comunicación España, S.L., B.O.E. do 2 de setembro de 2005 e do artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, cit., as dez do artigo 27.n) do XIX Convenio colectivo de contratas ferroviarias, cit., as doce do artigo 10.1.i) do Convenio colectivo estatal de pastas, papel e cartón para os anos 2004, 2005 e 2006, cit., ou as catorce do artigo 11.j) do Convenio colectivo de fabricación de pastas, papel e cartón da provincia de Guipúzcoa 2003-2005, cit.
- 89 Vinte e cinco horas anuais para acompañar a consulta médica un familiar ata o primeiro grao de consanguinidade ou afinidade dispón o artigo 41.6 do I Convenio colectivo de traballo do sector do tempo libre educativo e sociocultural de Cataluña para os anos 2005-2007, cit. Dezaséis horas anuais para asistencia a consultas de medicina xeral prevé o artigo 9.i) do Convenio colectivo do sector de limpeza de edificios e locais de Guipúzcoa, B.O. de Guipúzcoa do 3 de xaneiro de 2006, o artigo 4 do Convenio colectivo de locais e espectáculos e deportes de Guipúzcoa de 2004-2006, cit., o artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit., o artigo 26.1.h) do Convenio colectivo provincial para o sector do Comercio en xeral (agás alimentación) de Valladolid, cit. e o artigo 22.i) do Convenio colectivo de traballo para as empresas de limpeza de edificios e locais da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005 e 2006, cit., estando exenta de limitacións a asistencia a médicos especialistas; doce horas anuais o artigo 26.10 do I Convenio Colectivo estatal de instalacións deportivas, cit., e dez horas anuais o artigo 31.k) do Convenio colectivo para o sector de "Industria de Hostalaría" da Comunidade Foral de Navarra, cit., pero en todos estes casos a bolsa engloba o acompañamento de diversos familiares a consulta sanitaria e as asistencia do propio traballador como paciente, o cal pode facer insuficiente o tempo previsto.

Se o permiso se concede polo tempo necesario, as diferenzas entre as cargas familiares intégranse na regulación xurídica de forma implícita, asegurando o trato igualitario dos traballadores para o desfrute da liberdade conciliadora; en cambio, se se establece un límite de horas, ningunha destas circunstancias é tida en conta, e a conciliación só se garante aos que teñan menos cargas familiares, ou ben a aqueles que contan cunha rede de apoio para facer fronte a estas.

As bolsas de horas para consulta médica formulan, ademais, outro problema, e é se os traballadores que non están suxeitos a un réxime de xornada completa por calquera motivo -por traballar a tempo parcial, por acollerse ao permiso de lactación ou ao permiso de maternidade a tempo parcial, ou a unha redución de xornada por circunstancias familiares- teñen á súa disposición o mesmo número de horas de permiso, ou se, pola contra, estas mingúan proporcionalmente á súa xornada. O artigo 12.4.d) do Estatuto dos Traballadores, baixo a influencia do Convenio nº 175 da OIT, de 1994, sobre o traballo a tempo parcial, e, sobre todo, da Directiva 97/81/CE, do Consello, do 15 de decembro, que recolle o Acordo marco sobre o traballo a tempo parcial concluído pola UNICE, o CEEP e a CES, establece o principio de igualdade de dereitos entre os traballadores a tempo completo e a tempo parcial, pero tamén a posibilidade de que, mediante disposicións legais, regulamentarias ou convencionais, se aplique a regra pro rata temporis no recoñecemento de tales dereitos⁹⁰.

Posto que a lei non regula o permiso para acompañar familiares a consulta médica, o problema podería quedar resolto se os convenios incluísen unha cláusula resolvente de forma expresa a devandita cuestión, pero este tipo de previsións son practicamente inexistentes⁹¹.

90 Tamén a Recomendación nº 165 da OIT, de 1981, sobre a igualdade de oportunidades e de trato entre traballadores e traballadoras: traballadores con responsabilidades familiares, establece no punto vinte e un regras relativas aos traballadores a tempo parcial. No parágrafo segundo do devandito apartado dise que "as condicións de emprego -incluída a protección da seguridade social- dos traballadores a tempo parcial e dos traballadores temporais deberían ser equivalentes ás dos traballadores a tempo completo e dos traballadores permanentes, respectivamente; en casos apropiados, os seus dereitos deberían calcularse en forma proporcional". Evidentemente, o precepto, formulado con amplitude, non achega unha resposta concreta en materia de permisos, pois, aínda que se establece o principio xeral de equivalencia nas condicións de emprego, tamén se permite o cálculo proporcional en casos apropiados. A cuestión é encher de contido este último concepto xurídico indeterminado.

91 De todos os convenios analizados neste traballo, o único que fai referencia os traballadores temporais e/ou a tempo parcial é o XIX Convenio colectivo de contratas ferroviarias, cit., o artigo da cal 27 in fine indica que "gozarán de igual número de permisos retribuídos que os traballadores a tempo completo".

Pola súa banda, o artigo 21 do Convenio colectivo de recolección de cítricos da Comunidade Valenciana para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-8-2010, cit., cuantifica de xeito distinto o permiso para acompañar os fillos a consulta médica, segundo se trate de traballadores fixos ou de traballadores fixos-discontínuos. Mentres aos primeiros se lles conceden vinte e oito horas ao ano cun límite de tres horas ao mes, os segundos teñen dereito a dezanove horas por campaña sen límite mensual. A mesma regra atopa no artigo 41 do Convenio colectivo de Manipulado e Envasado de cítricos, froitas e hortalizas para a Comunidade Valenciana, para o período comprendido entre o 1-9-2003 e o 31-8-2010, cit.

Ante o silencio da negociación colectiva, a xurisprudencia opta por buscar a razón de ser do permiso para comprobar se dela se desprende a súa aplicación proporcional⁹². Así o fixo o Tribunal Superior de Xustiza de Madrid na súa sentenza do 3 de xullo de 2002 (ÁS 2002/3323), sobre permisos para asistir a consultas médicas do propio traballador⁹³, que, inclinándose por unha interpretación teleolóxica, entendeu que todos os traballadores, con independencia de cál fose a súa xornada, debían gozar das mesmas horas de permiso, posto que a morbilidade non é proporcional ao tempo de prestación de servizos.

De modo similar, podería dicirse que a morbilidade dos familiares, e as responsabilidades do traballador fronte a estes, non son proporcionais ao tempo de prestación de servizos e, en consecuencia, as bolsas previstas nos convenios citados non poderían reducirse, aínda cando non se traballase a xornada completa⁹⁴.

Dende este punto de vista, o permiso para acompañar familiares a consulta médica non ten que ver co traballo prestado, senón coas necesidades de conciliación de vida familiar e profesional ás que se enfronta cada traballador, que poden ser iguais ou maiores nos traballadores con xornada reducida. De feito, os mecanismos que prevé o Estatuto dos Traballadores para reducir a xornada de traballo temporalmente -permiso de lactación, permiso de maternidade a tempo parcial e reducións de xornada por coidado de fillos ou familiares- teñen como causa precisamente a presenza de cargas familiares que dificultan a conciliación da vida familiar e profesional. E, pola súa banda, o traballo a tempo parcial é unha modalidade preferida por persoas con responsabilidades familiares. Polo tanto, é razoable esperar que os traballadores que se atopan nalgunha das situacións anteriores teñan necesidades de conciliación parecidas ás dos traballadores a tempo completo.

Agora ben, como xa se indicou, o permiso concédese porque o tempo de traballo coincide co momento preciso en que é necesario asistir a consulta médica, no bo entendemento de que ao traballador non lle foi posible elixir outra alternativa menos gravosa para o empresario. Polo tanto, as posibilidades de que a consulta se solape coa xornada laboral serán menores para os que non traballen a xornada completa, e neste sentido, quizais fagan menos uso do permiso que outros traballadores que, con similares condicións familiares, traballen a tempo completo.

92 Véxase, como exemplo desta posición, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 15 de abril de 2005 (AS 2005/1186).

93 Sobre esta sentenza, véxase SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Contratados a tiempo parcial y horas de permiso para consulta médica*. Comentario a la sentencia del TSJ de Madrid de 3 de julio de 2002, AS, nº 19 (2002). Consultado en Westlaw, BIB 2003/27.

94 GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., non descarta a posibilidade de que os traballadores a tempo parcial visen reducido, en proporción á súa xornada, o tempo concedido para o desfrute de certos permisos. Pero para iso estima que haberá que ter en conta varios factores, como a capacidade do traballador para situar temporalmente a situación xustificadora do permiso, o número de horas de traballo e a súa distribución, así como a relación do suposto de feito do permiso co interese da empresa (El contrato de trabajo a tiempo parcial, Aranzadi, Pamplona (1998) 248-255). No permiso para acompañar familiares a consulta médica, como se dixo, a ausencia do primeiro factor aconsella non reducir proporcionalmente o tempo asignado para este mester.

4. Efectos do uso do permiso para os traballadores

O recoñecemento convencional do permiso para acompañamento a consulta médica a certos familiares supón sen dúbida un paso adiante en materia de conciliación. Non obstante, dito recoñecemento debería ir rodeado das garantías necesarias para que o recurso a este non comportase o traballador prexuízos, económicos ou doutro tipo. Por iso, hai que examinar cál é o réxime retributivo dos permisos e a súa consideración ou non como absentismo.

A. Permisos retribuídos

A maior parte dos convenios que inclúen este permiso sitúano entre os retribuídos, pero non adoita especificarse que se entende por retribución para estes supostos, se o salario basee unicamente, ou tamén os distintos plus que de ordinario cobra o traballador. O problema preséntase con especial intensidade en relación cos complementos salariais conectados coa prestación efectiva do traballo, como os de cantidade e calidade da produción, asistencia e puntualidade, ou os relacionados coas condicións nas que se presta o traballo, como turnicidade, nocturnidade, traballo en días festivos, etc. Só uns poucos convenios recoñecen expresamente que o traballador que goza deste permiso ten dereito ao seu salario real⁹⁵, ou, pola contra indícanse os plus que non se incluírán na retribución⁹⁶.

A elección por unha ou outra alternativa é lícita á luz das disposicións legais, e revela unha política salarial que, ou ben restrinxo o exercicio do dereito aos permisos, ou ben foméntao, garantindo que a súa utilización non ocasionará prexuízos económicos ao traballador.

95 Garanten a percepción do salario real, o Anexo nº 8 do XIX Convenio colectivo interprovincial da empresa Domar, S.A., B.O.E. do 30 de novembro de 2004, o artigo 39 in fine do Convenio colectivo da empresa Michelin España-Portugal, S.A., para os centros de traballo de Aranda de Duero, Lasarte, Valladolid e Vitoria-Gasteiz, cit., o artigo 24 do Convenio colectivo do Grupo Ercros, S.A. (II Acordo de adhesión e adaptación ao XIV Convenio xeral da industria química española. Ano 2004-2006), cit., o artigo 24.h) do Convenio colectivo do sector plural de empresas de hospitalización, consulta e asistencia de Palencia, cit., o artigo 32 do Convenio colectivo para a actividade de hostalaría de Ávila, cit.

Pola súa parte, o artigo 10.10 do Convenio colectivo interprovincial da industria metalgráfica e de fabricación de envases metálicos, cit., sinala expresamente o desfrute do permiso para acompañar familiares a consulta médica non afecta á percepción do plus de asistencia e puntualidade.

96 O artigo 40.E) do XVI Convenio colectivo da empresa Galletas Siro, S.A., cit., exclúe o pagamento dos plus de nocturno e festivo. O artigo 22.i) do Convenio colectivo de traballo para as empresas de limpeza de edificios e locais da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005 e 2006, cit., di que "no suposto de que o traballador por cumprimento do deber ou desempeño do cargo perciba unha remuneración, descontarase o importe da mesma do salario a que tivese dereito na empresa". O artigo 12.g) do Convenio colectivo do sector de artes gráficas, papel e cartón de Guipúzcoa, cit., establece que o salario non incluírá as primas de produción nin as primas por carencia de incentivo. O artigo 9 do Convenio colectivo do sector de Auto Taxi de Andalucía, cit., establece que a retribución dos permisos consistirá no salario base máis antigüidade no seu cómputo diario.

Noutros Convenios, a perda de certos plus non se establece expresamente, pero dedúcese da lectura dos artigos implicados. Así, aínda que o artigo 26 do Convenio colectivo de traballo do sector de viños escumosos para os anos 2003-2005, cit., establece un permiso retribuído para acompañar determinados familiares a consulta médica, o artigo 13 do mesmo convenio dispón que "en caso de cesamento no traballo por calquera motivo o devandito premio [o premio de asistencia e puntualidade] se aboará de acordo cos días realmente traballados". Algo semellante, en relación coa prima de asistencia e puntualidade, se deduce do artigo 22 do Convenio colectivo da empresa Thyssenkrupp Elevadores, S.A., para os centros de traballo de Madrid e Valencia, cit.

Agora ben, en defecto dunha previsión expresa ao respecto, habería que aplicar a doutrina xurisprudencial xenérica en torno á retribución dos permisos e licenzas. Os Tribunais, tomando como referencia o dereito a remuneración do que fala o artigo 37.3 do Estatuto dos Traballadores, propugnan unha interpretación sistemática e finalista que teña en conta, en primeiro lugar, que é o que a devandita norma autoriza -a cesación da obriga de traballar, pero non a de pagar o correspondente salario-, e, en segundo lugar, cál é o obxectivo buscado -a protección efectiva do interese do traballador de atender ás súas necesidades persoais, que sería posta en entredito se por ausentarse do traballo perdesse parte do seu salario-. Da conxunción de ambas as dúas coordenadas dedúcese que a retribución debe coincidir co salario real, é dicir, co salario que percíbese o traballador de prestar servizos conforme á xornada que tivese prefixada para ese día, englobando por conseguinte tanto salario base como complementos, pero non as indemnizacións ou suplido polos gastos realizados como consecuencia da actividade laboral, que o artigo 26.2 do Estatuto dos Traballadores exclúe do concepto de salario⁹⁷.

Aínda que o permiso para acompañar familiares a consulta médica non figura entre os permisos retribuídos do artigo 37.3 do Estatuto dos Traballadores, a súa introdución en plano de igualdade cos permisos retribuídos por vía convencional, permite aplicarlle a doutrina xurisprudencial reproducida, sempre que o convenio colectivo non dispoña outra cousa⁹⁸.

B. Permisos non retribuídos. A flexibilización da xornada ao servizo do traballador

Xunto aos convenios que retribúen o permiso para acompañar a familiares a consulta médica, atopan outros que non o retribúen, ou que só o retribúen parcialmente, fixándose un límite horario a partir do cal se pode seguir gozando do permiso polo tempo que sexa necesario, pero xa con carácter non retribuído⁹⁹.

97 Vexáse a sentenza do Tribunal Supremo do 20 de maio de 1992 (RJ 1992/3581). No marco dos Tribunais Superiores, a doutrina sentada por o Supremo na sentenza citada foi desenvolvida especialmente por o Tribunal Superior de Xustiza de Navarra, nas súas sentenzas do 30 de setembro de 2004 (AS 2004/2779), do 30 de novembro de 2002 (JUR 2003/20414) e do 26 de setembro de 1996 (AS 1996/3344), e polo Tribunal Superior de Xustiza do País Vasco, do que hai que mencionar dúas sentenzas do 24 de abril de 2001, (AS 2001/939) e (AS 2001/2102), e a do 9 de maio de 1994 (AS 1994/2284). A esta liña xurisprudencial tamén se adheriu o Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña na sentenza do 16 de outubro de 2003 (AS 2003/3860).

De tódolos xeitos, en aplicación desta doutrina, confirmouse a exclusión do concepto de salario, e polo tanto, o seu non abono ao traballador que goza do permiso, das primas de produción -sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Aragón, do 23 de xaneiro de 1999 (AS 1999/123)- ou do plus de asistencia -sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, do 22 de xuño de 1999 (AS 1999/2834), que hai que confrontar coa anteriormente citada do mesmo órgano xudicial do 16 de outubro de 2003 (AS 2003/3860), na que, pola contra, si se estima que debe pagarse o plus de asistencia-.

98 De feito, hai algunha sentenza que fai o propio en relación cos permisos concedidos ao traballador para asistir a consulta médica, como por exemplo, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 16 de outubro de 2003 (AS 2003/3860), e a xa citada do Tribunal Superior de Xustiza de Navarra, do 30 de novembro de 2002 (JUR 2003/20414), ou, a nivel inferior, a sentenza do xulgado do social de Navarra, do 6 de setembro de 2002 (JUR 2002/230147).

99 Como exemplo desta alternativa, se vexa o artigo 53.2 do Convenio colectivo do sector de industrias transformadoras de plásticos de Valencia, cit., que establece o dereito de acompañar a certos familiares a consulta médica polo tempo necesario, pero advertindo que a retribución só alcanzará un máximo de seis horas ao ano.

Obviamente, dende o punto de vista da conciliación da vida familiar e persoal, estes permisos non poden ser obxecto dunha valoración positiva, posto que o peso económico da conciliación recae exclusivamente sobre o traballador, podendo causar un efecto disuasorio á hora de acceder ao permiso. Ademais, se se ten en conta que a maior parte dos traballadores que fan uso deste tipo de permisos son mulleres, a conclusión é que a súa non retribución causa un impacto negativo sobre este grupo, ao obstaculizar a consecución efectiva da igualdade salarial, dificultando a integración da muller no mercado de traballo en condicións de igualdade.

Probablemente, para evitar estes efectos, a negociación colectiva inclínase a facilitar mecanismos de compensación horaria que permiten recuperar o tempo empregado no desfrute do permiso¹⁰⁰, sendo escasos os convenios que non prevén esta posibilidade cando o permiso non é retribuído¹⁰¹. Deste modo, o tempo que se deixa de traballar por acompañar o familiar á consulta médica recupérase noutro momento, xeralmente posterior. Algúns convenios establecen un período de referencia dentro do cal ha de producirse a devandita recuperación¹⁰², en tanto que outros remiten a concreción destes detalles ao acordo individual entre o traballador e a empresa¹⁰³. Nestes últimos casos, o recurso ao verbo “podrán”, indica que os traballadores poden optar entre gozar propiamente do permiso, coa consecuente perda de retribución, ou ben recuperar as horas empregadas, en cuxos casos non habería prexuízo económico ningún.

Esta particular configuración dos permisos para acompañar familiares a consulta médica supón a desnaturalización da institución do permiso, que se caracteriza precisamente pola liberación da obriga de traballar unha cantidade de horas ou de días. Fronte a iso, cando se establecen mecanismos de compensación, o traballador unicamente se libera da súa obriga de prestar servizos nun momento determinado -o que coincide coa consulta médica-, asumindo simultaneamente a obriga de traballar noutro momento inicialmente situado fóra do seu horario de traballo. Deste modo, mentres os permisos en sentido estrito modifican o horario e a xornada do traballador, estes permisos impropios, suxeitos a compensación horaria, só modifican o horario, pero non a xornada, o cómputo da cal seguirá sendo o mesmo ao final do período de referencia.

100 Por exemplo, o artigo 19.10 do Convenio colectivo de traballo para o sector de establecementos sanitarios e clínicas privadas de Granada, B.O. de Granada do 14 de xullo de 2004, outorga aos seus empregados o dereito a acompañar aos seus fillos menores a consulta médica “debendo de recuperar o tempo empregado niso cando, en cómputo anual, sume unha xornada completa, optando entre compensar o devandito tempo cos seus días de libre disposición ou recuperándoo mediante traballo no tempo utilizado”.

101 Como exemplo desta posición véxase o artigo 30 do III Convenio colectivo estatal para o sector de telemercadotecnia, cit., o artigo 23 do Convenio colectivo da empresa “Umano Servicios Integrales, S.A., cit., o artigo 30 do Convenio colectivo do sector de transporte público de viaxeiros por estrada, cit. e o artigo 45 do Convenio colectivo de traballo para o sector de residencias privadas de persoas maiores da Comunidade Autónoma de La Rioja para os anos 2005, 2006 e 2007, cit.

Tampouco prevé posibilidade de compensar as ausencias o artigo 22.b) do Convenio colectivo da empresa Interbon, S.A. para os anos 2004-2006, cit., aínda que o réxime que este convenio establece para os permisos de acompañamento a consulta médica é peculiar, pois outorga oito horas de permiso retribuído, ao cal engade tres días de permiso non retribuído, nos casos en que fose necesario.

102 Artigo 20.2 do Convenio colectivo da empresa Avaya Comunicación España, S.L., cit

103 Artigo 56.2 do Convenio Colectivo xeral de traballo para a industria téxtil e da confección, cit., artigo 27.6 do XX Convenio Colectivo de Banca, cit. e artigo 48 do Convenio colectivo de perfumaría e afíns, cit

Por todo iso, os permisos compensables previstos na negociación colectiva, máis que permisos en sentido estrito, son mecanismos de distribución do tempo de traballo que permiten alterar a colocación horaria da prestación cando medie xustificación abunda, neste caso, a necesidade de acompañar un familiar a consulta médica.

Algo similar pode dicirse doutro mecanismo que aparece con menos frecuencia na negociación, pero que persegue a mesma finalidade. Trátase do compromiso da empresa para facilitar, na medida do posible, cambios correspondentes aos traballadores que deban acompañar a certos familiares a consulta médica¹⁰⁴. Evidentemente, non é un permiso; de feito, a negociación colectiva xa non lle asigna este nome, pero si que se trata dun mecanismo que pode facer posible a conciliación de forma tan eficaz como os permisos, coa vantaxe de que nestes casos non hai perda de retribución total ou parcial, pois non se deixa de traballar as horas estipuladas. O único inconveniente é que, ao configurarse como unha facultade do empresario, e non como un dereito do traballador, este se atopa nunha situación moito máis débil respecto ao seu uso, pois, a fin de contas, aparece como unha concesión graciable do empresario.

Como instrumentos de flexibilización a favor da conciliación da vida laboral e familiar, os permisos improprios supoñen un paso adiante na consecución da liberdade conciliadora. Non entrañan prexuízos económicos nin para o traballador, nin para a empresa, esixindo só a reorganización dos tempos, de modo que, ademais de servir de forma eficaz para a consecución do fin perseguido -o acompañamento do familiar á consulta médica-, é o mecanismo que menos custos carrega para as partes. A posibilidade de que o tempo de recuperación sexa fixado de forma individual polo traballador e o empresario fomenta ademais o axuste da nova distribución horaria ás necesidades de ambos os dous, e, canto maior sexa o período de referencia previsto para a recuperación das horas empregadas, maiores serán as posibilidades de que á devandita recuperación se produza de modo satisfactorio para os intereses das partes.

En resumo, os permisos compensables son un exemplo de como a negociación colectiva pode ser innovadora, creando fórmulas para a harmonización da vida laboral e familiar. E ademais, son un exemplo de como a flexibilidade horaria, utilizada polo común en beneficio da empresa, tamén pode favorecer os intereses dos traballadores¹⁰⁵.

104 Artigo 30 do Convenio colectivo do sector de axudas a domicilio para Sevilla e provincia, B.O. de Sevilla do 25 de agosto de 2005.

105 Os permisos compensables responden así ás indicacións do Consello, que xa na súa Resolución do 6 de decembro de 1994, sobre participación equitativa das mulleres nunha estratexia de crecemento económico orientada cara á intensificación do emprego na Unión Europea, D.O.C.E. núm. C 368, do 23 de decembro de 1994, subliñaban o importante papel dos interlocutores sociais para introducir medidas de flexibilización do tempo de traballo, consideradas "tanto unha necesidade de xestión empresarial e de economía nacional como unha esixencia de índole social, para ofrecer ás mulleres e os homes a posibilidade de conciliar mellor a actividade profesional coas obrigas familiares e os intereses persoais" -apartado 5.a)-

C. Cómputo das ausencias e absentismo

Salvo nos casos en que as horas de permiso se compensan posteriormente, as ausencias do traballador que fai uso do permiso para acompañar familiares a consulta médica poden considerarse absentismo ou non. Obviamente, o réxime máis favorable é este último, pois contribúe a evitar dous tipos de consecuencias negativas, a saber, a perda de retribución cando non incorrer en absentismo reporta beneficios económicos para o traballador, e o incremento do risco de ser despedido por causas obxectivas -artigo 52.d) do Estatuto dos Traballadores-.

Os convenios colectivos apenas regulan esta cuestión, e os que o fan, adoitan considerar estas ausencias como absentismo, de modo que, aínda que sexan permisos xustificadados e retribuídos, poden comportar consecuencias negativas sobre o traballador¹⁰⁶. Ademais, se se ten en conta que en boa parte das ocasións os permisos serán utilizados por mulleres, ditas consecuencias negativas tórnanse significativas dende a perspectiva de xénero. Por todo iso, sería conveniente que os convenios que regulan este permiso previsen expresamente que a súa utilización non será tida en conta para os efectos de cómputo do absentismo.

IV. CONCLUSIÓN

O permiso para acompañar familiares a consulta médica trata de dar resposta a un conflito de intereses lexítimos especialmente sensibles que afronta ao traballador e ao empresario, pois o desexo de conciliación da vida familiar e laboral entra en pugna coa facultade de organización empresarial. Que o permiso teña a súa orixe nunha necesidade familiar que pode presentarse con frecuencia e de modo imprevisto pode provocar a nivel empresarial certo rexeitamento fronte ao seu recoñecemento. De feito, aínda que existen convenios de empresa dispostos a conceder este dereito aos traballadores, cada vez son máis os convenios de sector que introducen o devandito permiso. Esta tendencia mostra unha sensibilidade crecente -aínda que aínda insuficiente- por parte dos sindicatos cara ás necesidades de conciliación que xorden a raíz da atención sanitaria requirida por algúns membros da familia. Precisamente é esta actitude sindical a que está a conseguir estender tal permiso nas empresas, aínda reticentes a este na súa maior parte.

106 O réxime máis positivo conteno o artigo 43 do XIX Convenio colectivo interprovincial da empresa Domar, S.A., cit., que exclúe do cómputo do absentismo os permisos retribuídos, entre os que se atopa o de acompañamento a consulta médica.

Pola súa banda, o artigo 35 do VII Convenio colectivo da empresa Telefónica Telecomunicacións Públicas, S.A., cit., que dispón que en caso de asistencia a consulta médica, as tres primeiras horas diarias non serán computadas como absentismo, mentres que as que superen esa cantidade si o serán.

Finalmente, o artigo 36.3 do XIV do Convenio colectivo xeral da industria química, cit., e o artigo 45.3 do Convenio colectivo de perfumaría e afíns, cit., non inclúen o permiso para acompañamento a consulta médica nos que non computan para os efectos de absentismo.

De calquera modo, como todo conflito que enfrenta intereses lexítimos, a solución a este pasa pola busca dun equilibrio entre eles, o cal supón que o recoñecemento do dereito a acompañar familiares a consulta médica ha de estar rodeado dunha serie de contrapesos que salvagarden a facultade de organización empresarial. Neste sentido, non convén deixar caer no baleiro algunhas das solucións convencionais que foron analizadas neste traballo, como a creación dunha bolsa de horas flexibles, recuperables nun curto espazo de tempo -por exemplo, dentro da semana-, que complementen unhas horas iniciais libres e retribuídas dispostas para o permiso de acompañamento. Ou ben outras previsións menos novidosas pero igualmente eficaces, como a anotación do grao de parentesco. Na incorporación destes e outros límites razoables á descrición do permiso atópase sen dúbida a clave para a súa difusión en todos os ámbitos da negociación colectiva.

A PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS E A INSPECCIÓN DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL

Nicolás González Raposo

Inspector de Traballo da provincia de Lugo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. FUNCIÓNS E FACULTADES DA INSPECCIÓN DE TRABALLO.**
- III. PRINCIPIOS E GARANTÍAS DA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. PROCEDEMENTO SANCIONADOR.**
- IV. INFRACCIÓNS E SANCIÓN.**
- V. CONCORRENCIA COA ORDE XURISDICCIONAL PENAL.**
- VI. OUTRAS MEDIDAS DERIVADAS DA ACTUACIÓN INSPECTORA.**
- VII. TÉCNICOS HABILITADOS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

I. INTRODUCCIÓN

As primeiras normas de intervención do Estado nas condicións de traballo a finais do século XIX van dirixidas á protección de colectivos específicos de traballadores, así en España apróbase a lei de 1873 destinada á prohibición do traballo de menores de 10 anos e outras normas similares que resultou ser letra morta por non haber mecanismos coercitivos que garantisen a súa aplicación e quedar sometido o seu cumprimento á vontade unilateral do empresario.

En España inicialmente toda a lexislación laboral, e en particular as normas de seguridade e hixiene formularon graves dificultades para a súa aplicación práctica, o Xeneral Marvá, creador da Inspección de Traballo, resume a situación existente en 1907: “En España, doloroso é dicilo, estamos aínda na infancia deste asunto: carecemos de lexislación obreira, falta de coñecemento da materia, non existe interese en asimilala e, o que é máis, persoas ilustradas a descoñecen, desdeñan o seu estudo e afectan non crer na súa utilidade.

A intervención dos Gobernos na regulamentación dos preceptos de salubridade e seguridade obreira, sinaladamente naquelas industrias perigosas ou insalubres para o operario é perfectamente lícita, e neste punto están de acordo todas as lexislacións”.

Xorde, polo tanto, a necesidade de crear uns instrumentos que garantan e velen polo cumprimento das primeiras normas de intervención do Estado nas relacións laborais, particularmente en seguridade e hixiene no traballo, e así por Real Decreto do 1 de marzo de 1906 créase a Inspección de Traballo, dentro do Ministerio da Gobernación, con funcións tanto preventiva como represiva.

Nestes momentos non soamente se non cuestiona a necesidade de intervención pública como garantía para asegurar o cumprimento e control da normativa social, senón que o desenvolvemento de tal misión aspira a ser compartido polos axentes sociais. Este cambio é consecuencia da existencia dunhas organizacións sindicais e patronais fortes e da conciencia de que é a través da negociación e non a confrontación como se produce o progreso social e económico.

En definitiva, a Inspección de Traballo nace inicialmente como Inspección de Seguridade e Hixiene, e aínda hoxe en boa parte dos países europeos e en especial da Unión Europea continúa, como no Reino Unido, tendo exclusivamente este carácter, ou como no resto dos países do sistema anglosaxón, tendo unha organización independente e específica dedicada á seguridade e hixiene.

Por tanto, a seguridade e hixiene ou prevención de riscos laborais esta incardinada e vinculada á Inspección de Traballo dende a súa orixe e aínda hoxe segue sendo un dos aspectos máis importantes da actuación inspectora e dos que ten máis impacto social, consecuencia das cifras de sinestralidade laboral.

Hoxe en día, o seu fundamento atopa na propia Constitución de 1978, cando no seu artigo 42 establece que “os Poderes Públicos velarán pola seguridade e hixiene no traballo”, que se concreta na Lei 42/1997, do 14 de novembro, Ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social, que no seu artigo 3 establece as funcións da Inspección e que analizaremos ao longo deste artigo, e na propia Lei de Prevención de Riscos Laborais, que no seu capítulo VII aborda a regulación das Responsabilidades e Sancións e tendo en conta as modificacións introducidas polo Real Decreto legislativo 5/2000 do 4 de agosto.

Ao longo deste artigo analizaremos as funcións e facultades da Inspección de Traballo, os principios e garantías que han de rexer o procedemento sancionador, o réxime de infraccións e sancións e o interesante tema da concorrencia das actuacións administrativa e penal.

II. FUNCIÓNS E FACULTADES DA INSPECCIÓN DE TRABALLO

O artigo 3 da lei 42/1997 xa mencionada determina as funcións inspectoras, basicamente de vixilancia e esixencia de responsabilidade do cumprimento das normas legais, regulamentarias e contido normativo dos convenios colectivos nos ámbitos, entre outros, de Prevención de Riscos Laborais, que concreta en “normas de prevención de riscos laborais, así como das normas xurídico-técnicas que incidan nas condicións de traballo na devandita materia”.

A Lei 31/1995, de Prevención de Regos Laborais, no seu artigo 7 determina as misións das Administracións Públicas, entre as que esta a “vixilancia e control, asesorando para o mellor cumprimento da normativa”, “de sanción en caso de incumprimento”, asignando o artigo 9 estas dúas últimas á Inspección de Traballo e Seguridade Social.

En consecuencia, o ámbito normativo a vixilancia do cal se encomenda á Inspección de traballo e Seguridade Social é a totalidade do ordenamento xurídico-laboral de prevención de regos laborais, incluíndose as normas xurídico-técnicas que incidan nas condicións de traballo en materia de prevención de riscos laborais, aínda que non tivesen a cualificación directa de normativa laboral.

Non obstante, a tradicional función represora da Inspección convive cunha, non menos importante, función de **ASESORAMENTO E INFORME**.

Así, o artigo 9.1 da Lei 31/1995 establece que corresponde á Inspección de Traballo e Seguridade Social a función da vixilancia e control da normativa sobre prevención de riscos laborais.

En cumprimento desta misión, terá as seguintes funcións:

b) Asesorar e informar as empresas e os traballadores sobre o xeito máis efectivo de cumprir as disposicións a vixilancia das cales ten encomendada.

c) Elaborar os informes solicitados polos Xulgados do Social nas demandas deducidas ante estes nos procedementos de accidentes de traballo e enfermidades profesionais.

d) Informar á autoridade laboral sobre os accidentes de traballo mortais, moi graves ou graves, e sobre aqueles outros en que, polas súas características ou polos suxeitos afectados, se considere necesario o devandito informe, así como sobre as enfermidades profesionais nas que concorran as devanditas cualificacións e, en xeral, nos supostos en que aquela o solicite respecto do cumprimento da normativa legal en materia de prevención de riscos laborais.

e) Comprobar e favorecer o cumprimento das obrigas asumidas polos servizos de prevención establecidos na presente Lei.

Art. 40. Colaboración coa Inspección de Traballo e Seguridade Social

1. Os traballadores e os seus representantes poderán recorrer á Inspección de Traballo e Seguridade Social se consideran que as medidas adoptadas e os medios utilizados polo empresario non son suficientes para garantir a seguridade e a saúde no traballo.

2. Nas visitas aos centros de traballo para a comprobación do cumprimento da normativa sobre prevención de riscos laborais, o Inspector de Traballo e Seguridade Social comunicará a súa presenza ao empresario ou ao seu representante ou á persoa inspeccionada, ao Comité de Seguridade e Saúde, ao Delegado de Prevención ou, na súa ausencia, aos representantes legais dos traballadores, co fin de que poidan acompañalo durante o desenvolvemento da súa visita e formulalo as observacións que estimen oportunas, a menos que considere que as devanditas comunicacións poidan prexudicar o éxito das súas funcións.

3. A Inspección de Traballo e Seguridade Social informará os Delegados de Prevención sobre os resultados das visitas a que fai referencia o apartado anterior e sobre as medidas adoptadas como consecuencia destas, así como ao empresario mediante dilixencia no Libro de Visitas da Inspección de Traballo e Seguridade Social que debe existir en cada centro de traballo.

4. As organizacións sindicais e empresariais máis representativas serán consultadas con carácter previo á elaboración dos plans de actuación da Inspección de Traballo e Seguridade Social en materia de prevención de riscos no traballo, en especial dos programas específicos para empresas de menos de 6 traballadores, e informadas do resultado dos devanditos plans.

É dicir, non se trata dunha facultade do Inspector actuante notificar a súa presenza aos Delegados de Prevención, senón que ao meu modo de ver trátase dunha obriga do Inspector e solo naqueles casos en que poida estar xustificada admitiríase a non notificación (necesidade de efectuar unha comprobación inmediata, comprobación dunha situación de economía irregular, etc), cunha interpretación restritiva xa que a norma xeral debe de ser a notificación aos Delegados de Prevención para que estes poidan exercer os seus dereitos de información, consulta e participación.

Art. 43. Requisitos da Inspección de Traballo e Seguridade Social

1. Cando o Inspector de Traballo e Seguridade Social comprobese a existencia dunha infracción á normativa sobre prevención de riscos laborais, requirirá o empresario para a subsanación das deficiencias observadas, salvo que pola gravidade e inminencia dos riscos procedese acordar a paralización prevista no artigo 44. Todo iso sen prexuízo da proposta de sanción correspondente, no seu caso.

Polo tanto, o Requirimento será obrigatorio para o Inspector cando comprobe que hai un incumprimento da normativa de Prevención de Riscos laborais, será a medida menos grave que poida adoptar o Inspector pero terá a obriga de tomala no caso de que polas circunstancias concorrentes non considere preciso levantar Acta de Infracción.

Existen tamén unhas funcións de **VIXILANCIA E SANCIÓN**.

A Lei 42/ 1997 sinala no seu artigo 1 o obxecto do sistema de Inspección de Traballo e Seguridade Social ao establecer que “Constitúe o sistema da Inspección de Traballo e Seguridade Social o conxunto de principios legais, normas, órganos, funcionarios e medios materiais que contribúen ao axeitado cumprimento das normas laborais; de prevención de riscos laborais; de Seguridade Social e protección social; colocación, emprego e protección por desemprego; cooperativas; migración e traballo de estranxeiros, e de cantas outras materias lle sexan atribuídas “.

Esta función concrétase nunha serie de actividades, das que a máis rechamante é a posibilidade de propoñer sancións pola infracción da lexislación o cumprimento da cal está encargada de vixiar.

As funcións coercitivas da Inspección concrétanse no artigo 9, letras a) e f) da Lei 31/1995:

1. Corresponde á Inspección de Traballo e Seguridade Social a función da vixilancia e control da normativa sobre prevención de riscos laborais.

En cumprimento desta misión, terá as seguintes funcións:

a) Vixiar o cumprimento da normativa sobre prevención de riscos laborais, así como das normas xurídico-técnicas que incidan nas condicións de traballo en materia de prevención, aínda que non tivesen a cualificación directa de normativa laboral, propoñendo á autoridade laboral competente a sanción correspondente, cando comprobase unha infracción á normativa sobre prevención de riscos laborais, de acordo co previsto no capítulo VII da presente Lei.

f) Ordenar a paralización inmediata de traballos cando, a xuízo do inspector, se advirta a existencia de risco grave e inminente para a seguridade ou saúde dos traballadores.

Art. 44. Paralización de traballos

1. Cando o Inspector de Traballo e Seguridade Social comprobe que a inobservancia da normativa sobre prevención de riscos laborais implica, o seu xuízo, un risco grave e inminente para a seguridade e a saúde dos traballadores poderá ordenar a paralización inmediata de tales traballos ou tarefas. A devandita medida será comunicada á empresa responsable, que a porá en coñecemento inmediato dos traballadores afectados, do Comité de Seguridade e Saúde, do Delegado de Prevención ou, na súa ausencia, dos representantes do persoal. A empresa responsable dará conta ao Inspector de Traballo e Seguridade Social do cumprimento desta notificación.

O Inspector de Traballo e Seguridade Social dará traslado da súa decisión de forma inmediata á autoridade laboral. A empresa, sen prexuízo do cumprimento inmediato de tal decisión, poderá impugnalas ante a autoridade laboral no prazo de tres días hábiles, debendo resolverse tal impugnación no prazo máximo de vinte e catro horas. Tal resolución será executiva, sen prexuízo dos recursos que procedan.

A paralización dos traballos levantarase pola Inspección de Traballo e Seguridade Social que a decretase, ou polo empresario tan pronto como se emenden as causas que a motivaron, debendo, neste último caso, comunicalo inmediatamente á Inspección de Traballo e Seguridade Social.

1. Os supostos de paralización regulados neste artigo, así como os que se contemplan na normativa reguladora das actividades previstas no apartado 2 do artigo 7.º da presente Lei, entenderanse, en todo caso, sen prexuízo do pagamento do salario ou das indemnizacións que procedan e das medidas que poidan arbitrarse para a súa garantía.

O incumprimento da orde de paralización esta tipificado como infracción administrativa Moi Grave no artigo 13 do TRLISOS, apartado 3º:

Non paralizar nin suspender de forma inmediata, por requirimento da Inspección de Traballo e Seguridade Social, os traballos que se realicen sen observar a normativa sobre prevención de riscos laborais e que, a xuízo da Inspección, impliquen a existencia dun risco grave e inminente para a seguridade e saúde dos traballadores, ou continuar os traballos sen emendar previamente as causas que motivaron a paralización.

O incumprimento da orde de paralización ten un efecto derivado máis importante e ese que segundo o artigo 195 da LGSS, se equipara á falta de formalización das contingencias de accidente de traballo respecto dos sinistros que se produzan durante a vixencia da orde de paralización, o que constitúe o empresario como responsable directo de todas as prestacións derivadas destes.

III. PRINCIPIOS E GARANTÍAS DA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. PROCEDEMENTO SANCIONADOR

A posibilidade que ten a Administración de sancionar condutas punibles deriva da propia Constitución de 1978, que no seu artigo 25-1 determina que “ninguén pode ser condenado ou sancionado por accións ou omisións que no momento de producirse non constitúan delito, falta ou infracción administrativa segundo a lexislación vixente”. En todo caso calquera sanción require da tramitación do correspondente procedemento previo (artigo 134 -1 da Lei 30/1992).

O procedemento en materia sancionadora administrativa suple o proceso penal e debe de recoñecer todos os dereitos de defensa de afectado, unido á circunstancia de que a Administración é á vez instrutora e resolutora, asumindo dúas calidades que o Tribunal Constitucional considerou un risco á imparcialidade do Acto a xulgar, polo que ha de xustificar coidadosamente a eventual sanción que imponha.

O Tribunal Constitucional en sentenza do 8 de xuño de 1981 establece que os principios esenciais reflectidos no artigo 24 da Constitución en materia de procedemento han de ser aplicables á actividade sancionadora da Administración na medida necesaria para preservar os valores esenciais que se atopan na base do precepto.

Neste sentido a Xurisprudencia estimou derogados pola Constitución os vellos principios de “solve et repete” e “reformatio in peius” que eran de aplicación na actividade administrativa sancionadora anterior á Constitución.

Polo tanto, resultan plenamente aplicables á orde administrativa o principio de legalidade que deriva do propio artigo 25.1 da Constitución e o principio de tipicidade segundo o cal só son infraccións administrativas as vulneracións previstas como tales infraccións por unha lei. Non son posibles cláusulas xerais ou indeterminadas de infracción que permitan un excesivo poder discrecional do órgano administrativo.

Igualmente, resulta aplicable o principio de culpabilidade, sendo rexeitable todo intento de establecer unha responsabilidade obxectiva que non requira dolo ou culpa na conduta sancionable. O artigo 130 da Lei 30/1992 establece que “só poderán ser sancionadas por feitos constitutivos de infracción administrativa as persoas físicas e xurídicas que resulten responsables destes aínda a título de simple inobservancia”.

Igualmente resulta plenamente aplicable ao ámbito administrativo o principio de presunción de inocencia, recoñecido no artigo 24.2 da Constitución, e no artigo 137 da Lei 30/92 que establece que “os procedementos sancionadores respectarán a presunción de non existencia de responsabilidade administrativa mentres non se demostre o contrario”.

Este principio choca co principio de presunción de certeza dos actos administrativos. Neste sentido o Tribunal Constitucional, en Sentenza do 26 de abril de 1990 sinalou que “a sanción ten que estar baseada en actos ou medios probatorios de cargo ou incriminación da conduta reprochada; que a carga da proba corresponde a quen acusa sen

que ningún este obrigado a probar a súa propia inocencia; e que calquera insuficiencia no resultado das probas practicadas libremente valorado polo órgano sancionador, debe de traducirse nun pronunciamento absolutorio”.

IV. INFRACCIÓNS E SANCIÓN

Na introdución xa sinalamos que a función principal da Inspección de Traballo é a de vixiar e controlar o cumprimento da normativa de prevención de riscos laborais, e no seu caso, a existencia de responsabilidade mediante a imposición dunha sanción.

A Lei de Prevención de Riscos Laborais no seu capítulo VII recollía o réxime de responsabilidades e sancións, incluíndo a tipificación das infraccións e o réxime sancionador correspondente. Non obstante, seguindo un mandato de I a Lei 55/1999, do 29 de decembro aprobouse o Real Decreto Legislativo 5/2000 do 4 de agosto, de Infraccións e Sancións na Orde Social, que deixou sen efecto os preceptos correspondentes do capítulo VII da Lei de Prevención de Riscos Laborais, unificando nun texto todas as infraccións e sancións na Orde Social.

Esta materia sufriu unha nova modificación pola lei 54/2003, do 12 de decembro par mellorar o cumprimento da normativa de prevención de riscos laborais, mediante un reforzamento do labor inspector, tipificando como infracción o mero cumprimento formal da norma e a falta de integración da prevención na empresa entre outras e unha maior adecuación da norma calificadora á norma substantiva de dereito incumplida.

INFRACCIÓNS

As infraccións en materia de Prevención de Riscos Laborais veñen definidas, en cumprimento do principio de legalidade, no artigo 5-2 do Real Decreto Legislativo 5/2000, do 4 de agosto, polo que se aproba o texto refundido da lei sobre infraccións e sancións na orde social, nos seguintes termos:

2. Son infraccións laborais en materia de prevención de riscos laborais as accións ou omisións dos diferentes suxeitos responsables que incumpran as normas legais, regulamentarias e cláusulas normativas dos convenios colectivos en materia de seguridade e saúde no traballo suxeitas a responsabilidade conforme a esta lei.

Inserimos este apartado 2 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

Unha vez definidas procédese á descrición dos distintos tipos de infracción, cualificándoas en leves, graves e moi graves.

Art. 11. Infraccións leves

Son infraccións leves:

1. A falta de limpeza do centro de traballo da que non se derive risco para a integridade física ou saúde dos traballadores.

2. Non dar conta, en tempo e forma, á autoridade laboral competente, conforme ás disposicións vixentes, dos accidentes de traballo acontecidos e das enfermidades profesionais declaradas cando teñan a cualificación de leves.

3. Non comunicar á autoridade laboral competente a apertura do centro de traballo ou a reanudación ou continuación dos traballos despois de efectuar alteracións ou ampliacións de importancia, ou consignar con inexactitude os datos que debe declarar ou cumprir, sempre que non se trate de industria cualificada pola normativa vixente como perigosa, insalubre ou nociva polos elementos, procesos ou substancias que se manipulen.

4. As que supoñan incumprimentos da normativa de prevención de riscos laborais, sempre que carezan de transcendencia grave para a integridade física ou a saúde dos traballadores.

5. Calquera outras que afecten a obrigas de carácter formal ou documental esixidas na normativa de prevención de riscos laborais e que non estean tipificadas como graves ou moi graves.

Véxase o art. 39.3 desta disposición.

Art. 12. Infraccións graves

Son infraccións graves:

1.a) Incumprir a obriga de integrar a prevención de riscos laborais na empresa a través da implantación e aplicación dun plan de prevención, co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais.

b) Non levar a cabo as avaliacións de riscos e, no seu caso, as súas actualizacións e revisións, así como os controis periódicos das condicións de traballo e da actividade dos traballadores que procedan, ou non realizar aquelas actividades de prevención que fixesen necesarias os resultados das avaliacións, co alcance e contido establecidos na normativa sobre prevención de riscos laborais.

Inserimos este apartado 1 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

2. Non realizar os recoñecementos médicos e probas de vixilancia periódica do estado de saúde dos traballadores que procedan conforme á normativa sobre prevención de riscos laborais, ou non comunicar o seu resultado aos traballadores afectados.

3. Non dar conta en tempo e forma á autoridade laboral, conforme ás disposicións vixentes, dos accidentes de traballo acontecidos e das enfermidades profesionais declaradas cando teñan a cualificación de graves, moi graves ou mortais, ou non levar a cabo unha investigación en caso de producirse danos á saúde dos traballadores ou de ter indicios de que as medidas preventivas son insuficientes.

4. Non rexistrar e arquivar os datos obtidos nas avaliacións, controis, recoñecementos, investigacións ou informes a que se refiren os artigos 16, 22 e 23 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de Prevención de Riscos Laborais.

5. Non comunicar á autoridade laboral competente a apertura do centro de traballo ou a reanudación ou continuación dos traballos despois de efectuar alteracións ou ampliacións de importancia, ou consignar con inexactitude os datos que debe declarar ou cumprir, sempre que se trate de industria cualificada pola normativa vixente como perigosa, insalubre ou nociva polos elementos, procesos ou substancias que se manipulen.

6. Incumprir a obriga de efectuar a planificación da actividade preventiva que derive como necesaria da avaliación de riscos, ou non realizar o seu seguimento, co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais.

Inserimos este apartado 6 coa redacción establecida por laL. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

7. A adscripción de traballadores a postos de traballo as condicións da cal fosen incompatibles coas súas características persoais ou de quen atopen manifestamente en estados ou situacións transitorias que non respondan ás esixencias psicofísicas dos respectivos postos de traballo, así como a dedicación daqueles á realización de tarefas sen tomar en consideración as súas capacidades profesionais en materia de seguridade e saúde no traballo, salvo que se trate de infracción moi grave conforme ao artigo seguinte.

8. O incumprimento das obrigas en materia de formación e información suficiente e adecuada aos traballadores acerca dos riscos do posto de traballo susceptibles de provocar danos para a seguridade e saúde e sobre as medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción moi grave conforme ao artigo seguinte.

9. A superación dos límites de exposición aos axentes nocivos que, conforme á normativa sobre prevención de riscos laborais, orixine risco de danos graves para a seguridade e saúde dos traballadores, sen adoptar as medidas preventivas axeitadas, salvo que se trate de infracción moi grave conforme ao artigo seguinte.

10. Non adoptar as medidas previstas no artigo 20 da Lei de Prevención de Riscos Laborais en materia de primeiros auxilios, loita contra incendios e evacuación dos traballadores.

11. O incumprimento dos dereitos de información, consulta e participación dos traballadores recoñecidos na normativa sobre prevención de riscos laborais.

12. Non proporcionar a formación ou os medios axeitados para o desenvolvemento das súas funcións aos traballadores designados para as actividades de prevención e aos delegados de prevención.

13. Non adoptar os empresarios e os traballadores por conta propia que desenvolvan actividades nun mesmo centro de traballo, ou os empresarios a que se refire o artigo 24.4 da Lei de Prevención de Riscos Laborais, as medidas de cooperación e coordinación necesarias para a protección e prevención de riscos laborais.

14. Non adoptar o empresario titular do centro de traballo as medidas necesarias para garantir que aqueles outros que desenvolvan actividades neste reciban a información e as instrucións adecuadas sobre os riscos existentes e as medidas de protección, prevención e emerxencia, na forma e co contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais.

Inserimos este apartado 14 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

15.a) No designar a un ou varios traballadores para ocuparse das actividades de protección e prevención na empresa ou non organizar ou concertar un servizo de prevención cando iso sexa preceptivo, ou non dotar aos recursos preventivos dos medios que sexan necesarios para o desenvolvemento das actividades preventivas.

b) A falta de presenza dos recursos preventivos cando iso sexa preceptivo ou o incumprimento das obrigas derivadas da súa presenza.

Inserimos este apartado 15 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

16. As que supoñan incumprimento da normativa de prevención de riscos laborais, sempre que o devandito incumprimento cree un risco grave para a integridade física ou a saúde dos traballadores afectados e especialmente en materia de:

- a) Comunicación á autoridade laboral, cando legalmente proceda, das substancias, axentes físicos, químicos e biolóxicos, ou procesos utilizados nas empresas.
- b) Deseño, elección, instalación, disposición, utilización e mantemento dos lugares de traballo, ferramentas, maquinaria e equipos.
- c) Prohibicións ou limitacións respecto de operacións, procesos e uso de axentes físicos, químicos e biolóxicos nos lugares de traballo.
- d) Limitacións respecto do número de traballadores que poidan quedar expostos a determinados axentes físicos, químicos e biolóxicos.
- e) Utilización de modalidades determinadas de mostraxe, medición e avaliación de resultados.
- f) Medidas de protección colectiva ou individual.
- g) Sinalización de seguridade e etiquetaxe e envasado de substancias perigosas, en canto estas se manipulen ou empreguen no proceso produtivo.
- h) Servizos ou medidas de hixiene persoal.
- i) Rexistro dos niveis de exposición a axentes físicos, químicos e biolóxicos, listas de traballadores expostos e expedientes médicos.

17. A falta de limpeza do centro ou lugar de traballo, cando sexa habitual ou cando diso se deriven riscos para a integridade física e saúde dos traballadores.

18. O incumprimento do deber de información aos traballadores designados para ocuparse das actividades de prevención ou, se é o caso, ao servizo de prevención da incorporación á empresa de traballadores con relacións de traballo temporais, de duración determinada ou proporcionados por empresas de traballo temporal.

19. Non facilitar aos traballadores designados ou ao servizo de prevención o acceso á información e documentación sinaladas no apartado 1 do artigo 18 e no apartado 1 do artigo 23 da Lei de Prevención de Riscos Laborais.

Inserimos este apartado 19 coa redacción establecida pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

20. Non someter, nos termos regulamentariamente establecidos, o sistema de prevención da empresa ao control dunha auditoría ou avaliación externa cando non se concertase o servizo de prevención cunha entidade especializada allea á empresa.

21. Facilitar á autoridade laboral competente, as entidades especializadas que actúen como servizos de prevención alleos ás empresas, as persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas ou as entidades acreditadas para desenvolver e certificar a formación en materia de prevención de riscos laborais, datos de forma ou con contido inexactos, omitir os que deba consignar, así como non comunicar calquera modificación das súas condicións de acreditación ou autorización.

22. Incumprir as obrigas derivadas de actividades correspondentes a servizos de prevención alleos respecto dos seus empresarios concertados, de acordo coa normativa aplicable.

23. No ámbito de aplicación do Real Decreto 1.627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras de construción:

a) Incumprir a obriga de elaborar o plan de seguridade e saúde no traballo co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais, en particular por carecer dun contido real e axeitado aos riscos específicos para a seguridade e a saúde dos traballadores da obra ou por non se adaptar ás características particulares das actividades ou os procedementos desenvolvidos ou do ámbito dos postos de traballo.

b) Incumprir a obriga de realizar o seguimento do plan de seguridade e saúde no traballo, co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais.

Este apartado 23 foi engadido pola Lei 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

24. No ámbito de aplicación do Real Decreto 1.627/1997, do 24 de outubro, polo que se establecen as disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras de construción, o incumprimento das seguintes obrigas correspondentes ao promotor:

a) Non designar os coordinadores en materia de seguridade e saúde cando iso sexa preceptivo.

b) Incumprir a obriga de que se elabore o estudo ou, no seu caso, o estudo básico de seguridade e saúde, cando iso sexa preceptivo, co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais, ou cando tales estudos presenten deficiencias ou carencias significativas e graves en relación coa seguridade e a saúde na obra.

c) Non adoptar as medidas necesarias para garantir, na forma e co alcance e contido previstos na normativa de prevención, que os empresarios que desenvolven actividades na obra reciban a información e as instrucións adecuadas sobre os riscos e as medidas de protección, prevención e emerxencia.

d) Non cumprir os coordinadores en materia de seguridade e saúde as obrigas establecidas no artigo 9 do Real Decreto 1.627/1997 como consecuencia da súa falta de presenza, dedicación ou actividade na obra.

e) Non cumprir os coordinadores en materia de seguridade e saúde as obrigas, distintas das citadas nos parágrafos anteriores, establecidas na normativa de prevención de riscos laborais cando tales incumprimentos teñan ou poidan ter repercusión grave en relación coa seguridade e saúde na obra.

Este apartado 24 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

25. Incumprir as obrigas derivadas de actividades correspondentes ás persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas, de acordo coa normativa aplicable.

Este apartado 25 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

26. Incumprir as obrigas derivadas de actividades correspondentes a entidades acreditadas para desenvolver e certificar a formación en materia de prevención de riscos laborais, de acordo coa normativa aplicable.

Este apartado 26 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

Ver Disposicións Relacionadas

Art. 13. Infraccións moi graves

Son infraccións moi graves:

1. Non observar as normas específicas en materia de protección da seguridade e a saúde das traballadoras durante os períodos de embarazo e lactación.

2. Non observar as normas específicas en materia de protección da seguridade e a saúde dos menores.

3. Non paralizar nin suspender de forma inmediata, por requirimento da Inspección de Traballo e Seguridade Social, os traballos que se realicen sen observar a normativa sobre prevención de riscos laborais e que, a xuízo da Inspección, impliquen a existencia dun risco grave e inminente para a seguridade e saúde dos traballadores, ou continuar os traballos sen emendar previamente as causas que motivaron a paralización.

4. A adscrición dos traballadores a postos de traballo as condicións da cal fosen incompatibles coas súas características persoais coñecidas ou que atopen manifestamente en estados ou situacións transitorias que non respondan ás esixencias psicofísicas dos respectivos postos de traballo, así como a dedicación daqueles á realización de tarefas sen tomar en consideración as súas capacidades profesionais en materia de seguridade e saúde no traballo, cando diso se derive un risco grave e inminente para a seguridade e saúde dos traballadores.

5. Incumprir o deber de confidencialidade no uso dos datos relativos á vixilancia da saúde dos traballadores, nos termos previstos no apartado 4 do artigo 22 da Lei de Prevención de Riscos Laborais.

6. Superar os límites de exposición aos axentes nocivos que, conforme á normativa sobre prevención de riscos laborais, orixinen riscos de danos para a saúde dos traballadores sen adoptar as medidas preventivas axeitadas, cando se trate de riscos graves e inminentes.

7. Non adoptar, os empresarios e os traballadores por conta propia que desenvolvan actividades nun mesmo centro de traballo, as medidas de cooperación e coordinación necesarias para a protección e prevención de riscos laborais, cando se trate de actividades regulamentariamente consideradas como perigosas ou con riscos especiais.

8.a) Non adoptar o promotor ou o empresario titular do centro de traballo, as medidas necesarias para garantir que aqueles outros que desenvolvan actividades neste reciban a información e as instrucións adecuadas, na forma e co contido e alcance establecidos na normativa de prevención de riscos laborais, sobre os riscos e as medidas de protección, prevención e emerxencia cando se trate de actividades regulamentariamente consideradas como perigosas ou con riscos especiais.

b) A falta de presenza dos recursos preventivos cando iso sexa preceptivo ou o incumprimento das obrigas derivadas da súa presenza, cando se trate de actividades regulamentariamente consideradas como perigosas ou con riscos especiais.

Inserimos este apartado 8 coa redacción establecida pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

9. As accións ou omisións que impidan o exercicio do dereito dos traballadores a paralizar a súa actividade nos casos de risco grave e inminente, nos termos previstos no artigo 21 da Lei de Prevención de Riscos Laborais.

10. Non adoptar calquera outras medidas preventivas aplicables ás condicións de traballo en execución da normativa sobre prevención de riscos laborais das que se derive un risco grave e inminente para a seguridade e saúde dos traballadores.

11. Exercer as súas actividades as entidades especializadas que actúen como servizos de prevención alleos ás empresas, as persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas ou as que desenvolvan e certifiquen a formación en materia de prevención de riscos laborais, sen contar coa preceptiva acreditación ou autorización, cando esta fose suspendida ou extinguida, cando caducase a autorización provisional, así como cando se excedan na súa actuación do seu alcance.

12. Manter as entidades especializadas que actúen como servizos de prevención alleos ás empresas ou as persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas, vinculacións comerciais, financeiras ou de calquera outro tipo, coas empresas auditar ou concertadas, distintas ás propias da súa actuación como tales, así como certificar, as entidades que desenvolvan ou certifiquen a formación preventiva, actividades non desenvolvidas na súa totalidade.

13. A alteración ou o falseamento, polas persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas, do contido do informe da empresa auditar.

Este apartado 13 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

14. A subscrición de pactos que teñan por obxecto a elusión, en fraude de lei, das responsabilidades establecidas no apartado 3 do artigo 42 desta lei.

Este apartado 14 foi engadido pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 13, I.L. 6090).

SANCIÓNS

As sancións que corresponden a cada infracción veñen determinadas na propia Lei, así como os criterios de graduación das sancións correspondentes.

Art. 39. Criterios de graduación das sancións

3. Nas sancións por infraccións en materia de prevención de riscos laborais, para os efectos da súa graduación, teranse en conta os seguintes criterios:

- a) A perigosidade das actividades desenvolvidas na empresa ou centro de traballo.
- b) O carácter permanente ou transitorio dos riscos inherentes ás devanditas actividades.
- c) A gravidade dos danos producidos ou que puidesen producirse pola ausencia ou deficiencia das medidas preventivas necesarias.
- d) O número de traballadores afectados.
- e) As medidas de protección individual ou colectiva adoptadas polo empresario e as instrucións impartidas por este en orde á prevención dos riscos.
- f) O incumprimento das advertencias ou requirimentos previos a que se refire o artigo 43 da Lei 31/1995, do 8 de novembro, de Prevención de Riscos Laborais.

Inserimos este parágrafo f) coa redacción establecida pola L. 54/2003, do 12 de decembro (BOE do 31, I.L. 6090).

g) A inobservancia das propostas realizadas polos servizos de prevención, os delegados de prevención ou o comité de seguridade e saúde da empresa para a corrección das deficiencias legais existentes.

h) A conduta xeral seguida polo empresario en orde á estrita observancia das normas en materia de prevención de riscos laborais.

Art. 40. Contía das sancións

2. As infraccións en materia de prevención de riscos laborais sancionaranse:

a) As leves, no seu grao mínimo, con multa de 5.000 a 50.000 pesetas (de 30,05 a 300,51 €); no seu grao medio de 50.001 a 100.000 pesetas (de 300,52 a 601,01 €); e no seu grao máximo, de 100.001 a 250.000 pesetas (de 601,02 a 1.502,53 €).

b) As graves, con multa, no seu grao mínimo de 250.001 a 1.000.000 de pesetas (de 1.502,54 a 6.010,12 €); no seu grao medio, de 1.000.001 a 2.500.000 pesetas (de 6.010,13 a 15.025,30 €); e no seu grao máximo, de 2.500.001 a 5.000.000 de pesetas (de 15.025,31 a 30.050,61 €).

c) As moi graves con multa, no seu grao mínimo, de 5.000.001 a 20.000.000 de pesetas (de 30.050,62 a 120.202,42 €); no seu grao medio de 20.000.001 a 50.000.000 de pesetas (de 120.202,43 a 300.506,05 €); e no seu grao máximo de 50.000.001 a 100.000.000 de pesetas (de 300.506,06 a 601.012,10 €).

As sancións impostas por infraccións moi graves, unha vez asines, faranse públicas na forma que se determine regulamentariamente.

As infraccións, por faltas graves e moi graves das entidades especializadas que actúen como servizos de prevención alleos ás empresas, das persoas ou entidades que desenvolvan a actividade de auditoría do sistema de prevención das empresas e das entidades acreditadas para desenvolver ou certificar a formación en materia de prevención de riscos laborais, poderán dar lugar, ademais de ás multas previstas neste artigo, á cancelación da acreditación outorgada por a autoridade laboral.

V. CONCORRENCIA COA ORDE XURISDICCIONAL PENAL

Un principio xeral do dereito sancionador é o “non bis in idem”, polo cal unha persoa non pode ser sancionada dúas veces por un mesmo feito.

Este principio remóntase ao dereito romano relacionándose coa cousa xulgada, no sentido de que o xa decidido mediante sentenza firme nun proceso anterior obriga o xuíz do segundo proceso.

O principio “non bis in idem” require unha tripla identidade de suxeitos, feito e fundamento. O principal problema fórmase na diversidade existente entre quen poida ser suxeito no ámbito administrativo e quen poida selo no ámbito penal. Cando unha conduta tipificada como infracción no ámbito administrativo e penal pode ser cometida por unha persoa física, parece clara a identidade do suxeito pasivo. Cando a infracción se comete por unha persoa xurídica non parece que poida establecerse tal identidade. A sanción penal non parece que poida impedir a administrativa baseándose no principio mencionado en tanto que, mesmo dándose todas as demais condicións para a súa aplicación falta unha dos seus elementos fundamentais como é o da identidade subxectiva.

Este principio aparece desenvolvido polo Texto Refundido da lei de Infraccións e Sancións na Orde Social no seu artigo 3 nos seguintes termos:

Concurrencia coa orde xurisdiccional penal

1. Non poderán sancionarse os feitos que fosen sancionados penal ou administrativamente, nos casos en que se aprecie identidade de suxeito, de feito e de fundamento.

2. Nos supostos en que as infraccións puidesen ser constitutivas de ilícito penal, a Administración pasará o tanto de culpa ao órgano xudicial competente ou ao Ministerio Fiscal e absterase de seguir o procedemento sancionador mentres a autoridade xudicial non dite sentenza firme ou resolución que poña fin ao procedemento ou mentres o Ministerio Fiscal non comunique a improcedencia de iniciar ou proseguir actuacións.

3. De non se considerar a existencia de ilícito penal, ou no caso de ditarse resolución doutro tipo que poña fin ao procedemento penal, a Administración continuará o expediente sancionador baseándose nos feitos que os Tribunais consideraran probados.

4. A comunicación do tanto de culpa ao órgano xudicial ou ao Ministerio Fiscal ou o inicio de actuacións por parte destes, non afectará ao inmediato cumprimento das medidas de paralización de traballos adoptadas nos casos de risco grave e inminente para a seguridade ou saúde do traballador, á efectividade dos requirimentos de subsanación formulados, nin aos expedientes sancionadores sen conexión directa cos que sexan obxecto das eventuais actuacións xurisdiccionais da orde penal.

Este artigo desenvólvese a nivel regulamentario polo Real Decreto 928/1998, que aproba o regulamento de procedemento para a imposición de sancións na Orde Social que no seu artigo 5 establece que:

1. Cando a Inspección actuante ou o órgano ao que corresponda resolver o expediente sancionador entenda que as infraccións poden ser constitutivas de delito, o comunicará ao Ministerio Fiscal e se absterá de seguir o procedemento administrativo sancionador a que se refire o capítulo III e que corresponda aos mesmos feitos, ata que o Ministerio Fiscal, no seu caso, resolva non interpoñer acción, ou sexa firme a sentenza ou auto de sobresemento que dite a autoridade xudicial e solicitará, do devandito órgano xudicial, a notificación do resultado, que se efectuará nos termos previstos no artigo 270 da Lei Orgánica do Poder Xudicial. Se se tivera iniciado procedemento sancionador, a decisión sobre a suspensión corresponderá ao órgano competente para resolver.

O Inspector ou Subinspector actuante, no suposto antes sinalado, comunicarao pola súa canle orgánica ao Xefe da Inspección Provincial de Traballo e Seguridade Social, con expresión dos feitos e circunstancias e dos suxeitos que puidesen resultar afectados. O devandito Xefe, se estimase a eventual concurrencia de ilícito penal, comunicarao ao Ministerio Fiscal, tendo en conta o disposto no parágrafo primeiro respecto á suspensión, e ao órgano ao que corresponda resolver.

Tamén se suspenderá o procedemento administrativo cando, non mediando a devandita comunicación, se vinga en coñecemento da existencia de actuacións penais polos mesmos feitos e fundamento en relación a o mesmo presunto responsable.

2. A comunicación do apartado anterior, non afectará ao inmediato cumprimento da paralización de traballos a que se refire o artigo 44 da Lei de Prevención de Riscos Laborais, nin á eficacia dos requirimentos formulados, o incumprimento dos cales se comunicará a través do órgano correspondente ao Xulgado competente, por se fose constitutivo de ilícito penal, nin tampouco afectará á esixencia de débedas que se apreciasen co Sistema de Seguridade Social.

3. A condena por delito en sentenza firme excluirá a imposición de sanción administrativa polos mesmos feitos que fosen considerados probados sempre que concorra, ademais, identidade de suxeito e fundamento, sen prexuízo da liquidación de cotas á Seguridade Social e demais conceptos de recadación conxunta, e da esixencia de reintegro das axudas, bonificacións ou das prestacións sociais indebidamente percibidas, se procedese.

Ante as elevadas cifras de sinestralidade formúlase constantemente por diversos colectivos, a necesidade de fomentar a actuación da xurisdición penal, especialmente pola vía do artigo 316 do Código Penal, é dicir a condena polo delito de risco, sen esperar a que a actuación penal se produza unha vez acaecido o resultado danoso para o traballador.

Ao meu modo de ver e defendendo as boas intencións da devandita petición, la mesma tropeza cunha realidade xudicial que non favorece a súa aplicación e que nestes momentos, incluso pode producir efectos perniciosos se se utiliza de forma indiscriminada. Dichos efectos son os derivados da paralización por tempo indeterminado do Expediente Administrativo mentres esta pendente a actuación en vía penal e a dificultade de obter sentenzas condenatorias o que unido á necesidade de respectar os Feitos declarados probados na resolucións Xudiciais poden provocar que as propostas de sanción administrativa queden sen efecto.

A experiencia dinos que é moi difícil non xa obter sentenzas condenatorias senón, incluso, que a Dilixencias Previas non arquivense e chegar ao acto do xuízo, o que provoca que se continúe o procedemento administrativo despois dun tempo que pode ser longo co que fai perder á sanción administrativa o efecto disuasorio que pretende ao quedar moi diluída no tempo a súa eficacia.

Por último, facer unha reflexión sobre este tema: se xa é difícil obter fallos condenatorios cando hai un dano ¿canto máis difícil será obtelos cando non se produciu ningún dano?

VI. OUTRAS MEDIDAS DERIVADAS DA ACTUACIÓN INSPECTORA

Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais

Art. 53. Suspensión ou peche do centro de traballo

O Goberno ou, no seu caso, os órganos de goberno das Comunidades Autónomas con competencias na materia, cando concorran circunstancias de excepcional gravidade nas infraccións en materia de seguridade e saúde no traballo, poderán acordar a suspensión das actividades laborais por un tempo determinado ou, en caso extremo, o peche do centro de traballo correspondente, sen prexuízo, en todo caso, do pagamento do salario ou das indemnizacións que procedan e das medidas que poidan arbitrarse para a súa garantía.

Trátase dunha medida de carácter excepcional e que, polo tanto, ten que aplicarse de forma restritiva, e tendo en conta que, de modo inmediato, a seguridade dos traballadores ante un incumprimento de normas de prevención que orixine unha situación de risco grave e inminente xa queda asegurada, se é o caso, coa orde de paralización do artigo 44 da Lei 31/1995, medida esta de carácter preventivo dirixida a tal finalidade.

Dada a importancia e transcendencia da medida requírese que a decisión o tome o Consello de Goberno da Comunidade Autónoma que corresponda ou en caso de falta de transferencia da competencia sancionadora o Consello de Ministros. O desenvolvemento regulamentario do artigo 53 da Lei 31/1995 esixe para a tramitación da medida

que a intervención das máximas autoridades da Inspección a nivel provincial e de Comunidade Autónoma para poñer en coñecemento do órgano correspondente da Comunidade Autónoma a medida proposta e sométase ao acordo do Consello de Goberno (artigo 26 do Real Decreto 928/1998, do 14 de maio)

Proposta de Recarga. Artigo 123 da Lei Xeral de Seguridade Social.

Trátase dunha medida que se pode derivar da actuación inspectora en caso de accidente de traballo e enfermidade profesional e que ten efectos en materia de responsabilidade para prestacións de seguridade social. Atópase regulada no artigo 123 da LGSS nos seguintes termos:

Art. 123. Recarga das prestacións económicas en caso de accidente de traballo e enfermidade profesional

1. Todas as prestacións económicas que teñan a súa causa en accidente de traballo ou enfermidade profesional se aumentarán, segundo a gravidade da falta, dun 30 a un 50 por cento, cando a lesión se produza por máquinas, artefactos ou en instalacións, centros ou lugares de traballo que carezan dos dispositivos de precaución regulamentarios, téñanos inutilizados ou en malas condicións, ou cando non se observen as medidas xerais ou particulares de seguridade e hixiene no traballo, ou as elementais de salubridade ou as de adecuación persoal a cada traballo, habida conta das súas características e da idade, sexo e demais condicións do traballador.

2. A responsabilidade do pagamento da recarga establecida no apartado anterior recaerá directamente sobre o empresario infractor e non poderá ser obxecto de seguro ningún, sendo nulo de pleno dereito calquera pacto ou contrato que se realice para cubrila, compensala ou transmitila.

3. A responsabilidade que regula este artigo é independente e compatible coas de toda orde, mesmo penal, que poidan derivarse da infracción.

Para que a Recarga poida recoñecerse hanse de cumprir tres requisitos:

1º. - que exista previamente un accidente ou enfermidade que teñan a súa orixe no traballo.

2º. - que tal accidente ou enfermidade de dereito a unha prestación económica da Seguridade Social.

3º. - Que o accidente ou enfermidade sexan causados por falta grave de medidas de seguridade e hixiene achacable ao empresario, que exista un nexo causal entre o incumprimento da norma de seguridade e o accidente ou a enfermidade. Neste sentido é abundante a xurisprudencia que establece que a recarga de prestacións debe de interpretarse restritivamente.

Trátase dunha medida de grande transcendencia económica tanto para o empresario como para o traballador no seu caso, beneficiarios deste; toda vez que vai supoñer unha obriga de capitalizar o importe deste que en función do tipo de prestación ou da idade do traballador pode alcanzar cifras moi importantes, que poden alterar a situación económica do empresario e que, en sentido contrario, vai modificar á alza o importe da prestación a recibir polo traballador beneficiario.

Esta transcendencia a vai agravada pola terminante declaración do artigo 123 citado que prohibe o aseguramento da recarga así como a expresa compatibilidade coa responsabilidade civil, penal e administrativa.

Suxeito responsable da recarga será o empresario ao que se lle impute o incumprimento da normativa, que non ten porque ser necesariamente o empresario titular da relación laboral co traballador accidentado. Por exemplo o caso dunha empresa usuaria que utiliza os servizos de traballadores postos a disposición por unha ETT, ou os supostos do artigo 24 da Lei 31/1995 de comparación de centros de traballo por traballadores de varios empresarios e sen prexuízo, da posibilidade da responsabilidade solidaria prevista no artigo 42.3 do Texto Refundido da Lei de Infraccións e Sancións na Orde Social.

VII. TÉCNICOS HABILITADOS DAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Non quero rematar este artigo sen referirme ao reforzamento da actuación inspectora que supuxo a posibilidade de que os Técnicos habilitados da Comunidades Autónomas actúen como colaboradores da Inspección de Traballo e Seguridade Social que estableceu a Lei 54/2003, do 12 de decembro, de reforma do Marco Normativo de Prevención de Riscos Laborais.

O desenvolvemento regulamentario realizouse polo Real Decreto 684/2005, do 10 de xuño, que regula as condicións de habilitación e actuación dos Técnicos das Comunidades Autónomas. Os devanditos funcionarios deberán contar coa habilitación correspondente que conceden as correspondentes Autoridades da Comunidades Autónomas, que a levarán a cabo de acordo co procedemento e as condicións establecidos na súa propia normativa e que expedirán o documento oficial que acredite a súa habilitación. Para conceder a habilitación será requisito que os Técnicos sexan funcionarios dos Grupos A ou B e conten con titulación universitaria e a formación mínima prevista no artigo 37.2 e 3 do Regulamento dos Servizos de Prevención, Real Decreto 39/1997 do 17 de xaneiro. É dicir quedan excluídos da posibilidade de habilitación o persoal laboral e en cambio inclúese os funcionarios interinos.

As funcións dos Técnicos habilitados circunscríbese á comprobación e control nas empresas e centros de traballo das condicións materiais ou técnicas de seguridade e saúde conforme ao artigo 9.3 da Lei 31/1995, e sempre dentro das accións programadas pola correspondente Comisión Territorial da Inspección de Traballo e Seguridade Social.

As facultades dos Técnicos habilitados están establecidas no artigos 62 do Real Decreto 138/2000, de organización e funcionamento da Inspección de Traballo e Seguridade Social e é similares ás dos Inspectores dereito de entrada, solicitar información, practicar comprobacións, etc)

A consecuencia das súas actuacións comprobatorias poderán realizar Requirimentos para a subsanación de deficiencias cun prazo para a corrección, que no caso de que non se emenden se porá en coñecemento da Inspección de Traballo, tendo a devandita comunicación presunción legal de certeza respecto dos feitos reflectidos nesta e procedendo o Inspector designado a levantar a correspondente Acta de infracción que iniciase o procedemento sancionador correspondente.

No caso de que se aprecie unha situación de risco grave e inminente deberán practicar un Requirimento para o seu cumprimento inmediato e, no caso de incumprimento comunicarse urxentemente á Inspección de Traballo para que o Inspector designado adopte as medidas que corresponda, podendo solicitar a presenza do Técnico que efectuou o Requirimento previo para acompañalo na visita ao centro de traballo.