

Abogados del Estado

Año IX, Número 31, enero a marzo de 2011 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN



EL NUEVO CÓDIGO PENAL

XXXII Jornadas de Estudio de
la Abogacía General del Estado



La Abogacía del Estado: análisis y perspectivas de futuro

Joaquín de Fuentes, Abogado General del Estado y Edmundo Bal, Presidente de la Asociación, contestan a nuestras preguntas sobre la actual situación del Cuerpo.



Antonio Carro:
“La descolonización
del Sahara”

Pág. 28



Dos puntos de vista
sobre el directivo
público

Pág. 20



www.asoc-abogadosdelestado.es
www.abogadosdelestado.com.es
www.abogadosdelestado.com

Una página web al servicio del Cuerpo de Abogados del Estado y de todos los miembros de nuestra Asociación, donde podrán encontrar noticias, espacios de actualidad y entrevistas a personajes de interés, así como un área privada donde los miembros de la Asociación podemos consultar información específica, localizar a compañeros y descargar los ejemplares de nuestra revista.

- Actualidad y noticias.
- Cursos y eventos
- Prensa del día
- Enlaces a webs de carácter jurídico y de interés.
- Acceso a ejemplares de la revista de la Asociación.
- Datos de contacto de nuestros miembros.
- Información y noticias específicas de nuestra Asociación.

José de Yanguas y Messía fue Abogado del Estado y un gran experto en Derecho Internacional. Entre otras cosas se encargó de la negociación del concordato de 1953 con la Iglesia Católica y para ello fue nombrado Embajador ante la Santa Sede en la época del Papa Pío XII. En una recepción papal una de las personas presentes le recordó al Santo Padre que un amigo común había fallecido recientemente y de forma inesperada. El Papa, de manera sentida dijo: *“No somos nadie”*. Nuestro compañero apuntilló: *“Disculpe Santidad, yo soy Abogado del Estado”*.

Al margen de la anécdota, lo cierto es que es eso lo que somos, “abogados”, y en el digno ejercicio de nuestra profesión, nos regimos por nuestra norma, por la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Lo que somos y para lo que servimos es lo que nos dice la Ley emanada por los representantes del pueblo como soberano y a ella nos debemos ahora y siempre, porque eso implica hacer lo que los ciudadanos nos han encomendado.

Como dice el Código Deontológico de la C.C.B.E. (Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea), en una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de la Ley. En un Estado de Derecho el abogado es indispensable para la Justicia y para los justiciables, pues tiene la obligación de defender los derechos y las libertades; es tanto el asesor como el defensor de su cliente. Su misión le impone deberes y obligaciones múltiples, y algunas veces, con apariencia contradictoria.

A veces, caemos en el discurso sencillo y fácil de culpar de aquello que no compartimos a aquél que lo defiende como abogado, pese a que ninguna intervención haya tenido en generar el litigio. El abogado defiende el interés que le ha sido encomendado, lo hace con lealtad, diligencia y sigilo, y el hecho de que la Administración actúe con presunción de legalidad no la excepciona del derecho a ser defendida, al igual que esa misma presunción, de no ser cierta, debe ser descubierta por la misma Administración y en su defecto, por aquél a quien perjudica, ante un Tribunal de Justicia.

A todos, en nuestros ámbitos profesionales, nos gustaría tener la razón absoluta de nuestro lado –si existe–; que nuestras convicciones –que siempre son las correctas–, fueran la guía de actuación de aquél a quien servimos; que nuestro cliente –siempre bueno–, fuera la víctima de atropellos inasumibles; pero el abogado es parte, asesora a su cliente, defiende o acusa a quien se entiende vulnera el derecho de aquél al que se sirve, y ese es el oficio, la dignidad y la utilidad del abogado, nada más.

No obstante muchas veces esto no se entiende o por falta de interés en ello o por incapacidad de trasladar esta idea de una manera clara por parte de los propios abogados. Quizá es por eso por lo que: *“No somos nadie, sólo Abogados del Estado”*. ■



Staff

Edita

Asociación de Abogados del Estado

C/ Ayala, nº 5 – 28001 Madrid

Teléfonos: 913 904 717 – 915 780 173

Fax: 913 904 740

Consejo Editorial

Jorge Pipaón

Edmundo Bal

Julio Díez

Jesús López-Medel

Catalina Miñarro

José Ignacio Monedero

Alfredo Parra

Federico J. Ramos

Ignacio Ruiz

Tomás Suárez-Inclán

Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.

C/ Torquemada 16 4º. 28043 Madrid

www.artfactory.es

artfactory@artfactory.es

Fotografías

Iván Belastegui

Archivo Fotográfico del Consejo de la UE

Servicio Audiovisual de la Comisión

Europea

Coordinador técnico

Luis Soriano

fotocomposicion@iber.net.com

Imprenta y distribución

Gráficas Cañizares

C/ Pérez Herrera, nº 7. 28002 Madrid

Teléfonos: 914 156 886 / 914 151 864

composicion@canizares.com

Depósito Legal: M-21263-2003

Abogados del Estado. Revista de la Asociación es una publicación de distribución privada y gratuita entre los socios de la Asociación de Abogados del Estado y todas aquellas personas que su Consejo Editorial estime conveniente.

Esta revista no se hace responsable de las opiniones vertidas por sus colaboradores en las entrevistas y artículos publicados, ni se identifica necesariamente con las mismas.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de cualquier información gráfica o literaria, sin autorización previa del Consejo Editorial o el director.

Sumario

Entrevista

Joaquín de Fuentes Bardají y Edmundo Bal Francés..... 6

Noticias

Comida con los exdirectores 31

XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado..... 32

Cátedra José María Cervelló 40

Opinión

Dos puntos de vista sobre el directivo público 20

La descolonización del Sahara 28

Crónica

Un Abogado del Estado camino de los altares: Ángel Herrera Oria..... 42

Breves 44

Libros

Publicaciones destacadas..... 44

Cine

El cine en la formación del jurista IV..... 46

Cocina

Paella de la huerta valenciana 52

Cultura

Joseph Sudek o la luz vulnerada..... 54

Solidaridad

Haití: Un año después del terremoto 58

Cuadernillo jurídico

Francisco J. Barbancho Tovillas

La reforma laboral 2010 Modalidades contractuales

y extinción del contrato de trabajo (análisis del RD 10/2010 y Ley 35/2010)..... 2

Francisco Espinosa Fernández

Comentario de la Sentencia de la Sala de lo Social

de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010..... 22

Francisco Espinosa Fernández

Comentario del Auto de 28 de octubre de 2010

de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional..... 28

EL MISTERIOSO CASO DE LAS FACTURAS MENGUANTES

Tus facturas mensuales se reducen. Tu nómina parece que se estira.

NUEVA CUENTA NÓMINA EL ESTIRÓN

6% de descuento

en los recibos del hogar el primer año, para nuevos clientes¹. Beneficiate de una bonificación de **hasta 42 euros cada mes**.

Además, **sin comisiones** de administración y mantenimiento, con las tarjetas VISA y 4B MasterCard **gratis** y con un adelanto de la nómina de hasta 1.800 euros², **sin ningún gasto**.

¹ El resto de años te podrás beneficiar del 2% de descuento de los recibos del hogar (hasta 14 euros cada mes). Se consideran recibos del hogar; teléfono fijo, móvil, Internet, gas, luz y comunidad de propietarios.

² Sujeto a los análisis de riesgo de los clientes.

 BANCO POPULAR



grupobancopopular.es



grupobancopopular.mobi



902 301 000

Entrevista a Joaquín de Fuentes Bardají y Edmundo Bal Francés

ABOGACÍA DEL ESTADO

análisis y perspectivas de futuro

¿Cómo valoráis el tiempo que lleváis como Abogado General y como Presidente de la Asociación?

Joaquín de Fuentes Bardají. Dentro de pocos días cumpliré 7 años al frente de la Abogacía del Estado, Institución que tiene casi 130 años de existencia. Desde el punto de vista personal esos 7 años –en una carrera profesional de 35– han significado una ocasión inmejorable para estar en los foros y participar en los debates para la adopción de muchas decisiones importantes intentando aportar criterio y rigor jurídico y siempre con la tranquilidad de que esa aportación tenía el respaldo y conocimiento de un conjunto de profesionales del derecho –los Abogados del Estado– que son lo mejor que en el mundo de la abogacía existe en España.

Desde el punto de vista institucional creo que en estos años se ha mantenido el tradicional nivel de exigencia para ingresar en la Abogacía y, se ha robustecido *ad intra* (dentro de la Administración) y *ad extra* (fuera de ella) la imagen, el prestigio y el peso específico del bufete jurídico del Estado.

Edmundo Bal Francés. Hace ya ¡tres años!, ¡cómo pasa el tiempo! Lo valoro muy positivamente. Este cargo lleva consigo mucho trabajo y mucha dedica-

ción, pero, en primer lugar, no es admisible quejarse porque uno se presenta voluntariamente y, en segundo lugar, a mí me ha dado muchas satisfacciones.

Quizás éstas no vienen tanto por lo que consigamos de la Dirección, que es objetivamente poco porque nos hace muy poco caso en nuestras alegaciones y reivindicaciones. Lejos de la lógica frustración lo cierto es que en ningún momento ello me ha desanimado (ni a mí, ni me consta que a los miembros del Consejo Directivo). La satisfacción más importante viene de la mano del desempeño del propio cargo, donde te encuentras con personas magníficas, dentro y fuera del Consejo Directivo, con compañeros que merecen mucho la pena y a los que quizás ni siquiera hubiera llegado a conocer si no hubiera sido el Presidente de la Asociación. Muchas veces, a los Abogados del Estado se nos llena la boca cantando nuestras excelencias y un tercero podría pensar que somos unos exagerados. Sólo quiero decir una cosa: está plenamente justificado, los compañeros que he tenido ocasión de conocer estos años y con los que he compartido la dedicación al interés colectivo del Cuerpo, con poquísimas excepciones, son absolutamente excelentes, en lo humano y en lo profesional.

¿De qué logros os sentís más satisfechos?

J.F.B. I. De haber impulsado cambios en la forma de trabajar, fomentando los equipos, e imponiendo la coordinación, obligando a compartir la información y atacando atavismos e individualismos esterilizantes, que en parte subsisten, en las formas de trabajar de algunos –los menos– compañeros y de algunas organizaciones concretas de la Abogacía del Estado.

II. De haber creado condiciones para que los ingresos directos en el Tesoro Público generados por la actividad profesional del colectivo se hayan incrementado más de un 300% pasando de 4,9€ en 2003 a 15,4€ en 2010.

III. De haber contribuido a mantener un incremento significativo de las retribuciones tanto de los Abogados del Estado como del personal de oficina, a través de un sistema de productividad por objetivos anualmente evaluado y perfeccionado.

IV. De haber contribuido a expandir la actividad de la Abogacía del Estado, que abarca ya prácticamente la totalidad del sector público estatal (165 convenios de asesoramiento jurídico suscritos) sin merma de sus competencias profesionales clásicas, y de haber impulsado la presencia de la Abogacía del Estado en territorios hasta ahora casi prohibidos como



por ejemplo los grandes debates empresariales (AENA) o procesos de “privatización” (AENA; LOTERIAS).

V. De haber impulsado incrementos en la auctoritas –y también en la potestas– de la Dirección y de haber mutado la estructura tradicional del territorio.

VI. De haber contribuido a introducir el concepto de “cliente” en nuestra forma de trabajar e implantado las encuestas bi- anuales de calidad.

E.B.F. Como digo, no estoy demasiado satisfecho de los logros conseguidos ante la Dirección, pero es que no dependen solo de la Asociación, sino de que la otra parte acepte tus ideas. En mi carácter va además ser autocrítico y no autocomplaciente, porque creo que es la única actitud posible para seguir avanzando.

Estoy muy satisfecho de varias cosas. En primer lugar, del grado de interlocución y respeto recíprocos con la Dirección. Tienden siempre a decirnos que no, pero a alguna cosa parece que ya no pueden y nos la aceptan y, sobre todo, nos escuchan, nos dan trámite de alegaciones –a veces con plazos exigüos que hacen suponer que el trámite es meramente formal, otras veces, tocando los temas muy en profundidad– en todas las cosas importantes que afectan al Cuerpo, nos tie-

nen informados de estas cuestiones puntualmente, el Director se reúne con todo el Consejo Directivo, al menos, dos veces al año. Se agradece este clima, sin duda alguna, aunque existan, como es natural, discrepancias profundas respecto al modo de tratar y resolver algunos temas importantes. Y quede claro que entiendo la postura de la Dirección en muchos temas cuando nos quita la razón, aunque no la comparta.

En segundo lugar, del grado de consenso y magnífico clima de trabajo dentro del Consejo Directivo. Hemos llegado a acuerdos, partiendo de posturas enfrentadas, en todos los temas y en todos los casos. Con grandes discusiones, pero al final se ha impuesto el diálogo como no puede ser de otra forma entre compañeros, siempre en aras de los intereses de todos. No ha habido una sola pelea subida de tono en el Consejo en estos tres años y desde luego existen muy diversas sensibilidades, opiniones y concepciones sobre el Cuerpo. Además, de alguna forma hemos debido motivar a los compañeros, porque en las elecciones se ha presentado gente nueva, a menudo joven, reivindicativa, que ha trabajado y trabaja mucho y que entiende que el papel de la Asociación debe ser este, el de apoyar a la Dirección cuando sus acciones sean dignas de ese apoyo y oponerse a éstas, cuando no.

En tercer lugar, de haber realizado mi idea de siempre de tratar de ser lo menos presidencialista posible en una Asociación cuyos Estatutos establecen claramente el régimen presidencialista de gobierno. Como Presidente mantengo contacto directo con el Director en muchos temas y doy la cara en nombre de todos frente a terceros, pero, hacia dentro, propongo el orden del día de los Consejos y Asambleas y mi voto no es sino uno más. De hecho, es para mí motivo de orgullo haber propuesto al Consejo varias cosas que no han salido adelante, que el Consejo me ha votado en contra. Y no pasa nada, así debe ser, en mi opinión. En cuarto lugar, de la confianza que muchos compañeros me han demostrado, en situaciones a veces difíciles en las que he mediado para resolver sus problemas. A veces lo he conseguido, a veces, no, pero siempre lo he intentado con todas mis fuerzas.

¿Cuáles son los objetivos a alcanzar en los próximos años para el colectivo de los Abogados del Estado?

J.F.B. Creo que existen algunos objetivos estratégicos a corto plazo que se deberían perseguir. Los fundamentales a mi juicio, son:

I. Que se constituya la Agencia Estatal de la Abogacía del Estado, con el ob-

jetivo de dotar de mayor flexibilidad a la gestión de personas –tanto para los Abogados como para el personal de oficina– y a la gestión económica.

II. Seguir convenciendo a nuestros clientes –tanto Administración clásica como sector público– de la necesidad de cuidar y atender a un grupo de profesionales de alta cualificación que son fundamentales para una buena gestión de los intereses públicos, cualquiera que sea el régimen jurídico –público o privado– a que se someta esa gestión.

III. Estar en el debate, que se está abriendo de forma imparable, sobre las formas de acceso a la función pública.

IV. Diseñar e implantar, de una vez, un sistema informático del bufete que sea ágil, eficiente y fiable.

E.B.F. Primero, tener más influencia en la toma de las decisiones de la Dirección. Que nadie se confunda, no se ha pretendido en ningún caso un sistema de co-gestión al estilo sindical tradicional. La Dirección tiene que mandar, debe adoptar decisiones a veces difíciles y es lógico que no acoja algunas de nuestras propuestas, pero además de la voz, necesitamos también la aprobación de algunas de nuestras ideas, que son las de todos. Las alegaciones que vamos haciendo están subidas a nuestra web; pues bien, estoy seguro que con el grado que consenso que comportan y siendo criticables en puntos concretos por cualquier asociado (que lo son), en su esencia, las comparten la mayor parte de los compañeros.

Segundo, en concreto, conseguir una modificación del régimen de productividad por objetivos de acuerdo con todas o algunas de las alegaciones que todos los años presenta la Asociación. No voy a exponerlas aquí prolijamente, pues se pueden consultar en nuestra web.

No hace falta decir que en todas las gestiones que ha hecho y hace con éxito la Dirección para el mantenimiento y desarrollo del sistema, la Asociación no ha hecho más que apoyar. Nuestra pretensión, desde luego, es que el sistema se consolide y siga desarrollándose. También es esta, me consta, la pretensión de la Dirección en este sentido y los



**Joaquín de Fuentes:
La Administración y
la Abogacía del Estado
son arquitecturas
organizativas pesadas
y muy reticentes a
los cambios. A pesar
de ello, entiendo
que nosotros hemos
evolucionado en los
últimos años más y
mejor que el resto de
la Administración**

grandes éxitos conseguidos con mucho esfuerzo y tesón, que hay que agradecer.

Tercero, conseguir que, en la medida de las posibilidades de la Dirección, no se concentren los Consejos de Administración de las empresas públicas en las mismas personas cuando hay otros compañeros que no los tienen. Y respecto a los Convenios de Asistencia Jurídica, que sí están en su mano plenamente, repartirlos más igualitariamente. Hemos propuesto, respecto a estos últimos, un distinto régimen de retribución de los coordinadores, según una previa clasificación de los convenios y el trabajo que implican, que no ha sido aceptado.

Cuarto, seguir, ya respecto a todos los compañeros en cualquier situación,

manteniendo esta extraordinaria unión que nos caracteriza a los Abogados del Estado. Cuando uno empieza a conocer a compañeros de otros Cuerpos, sobre todo en el seno de FEDECA o en el desarrollo del trabajo, se da cuenta que esto que peyorativamente se llama el “corporativismo” es una bendición. Nos hace diferentes y constituye nuestra fuerza más importante. Me parece impresionante la imagen, en este sentido, que proyectamos. La Asociación, desde luego, quiere cumplir y cumple con esta función de hermanamiento entre los compañeros que se encuentran en distintas situaciones administrativas mediante la cena anual y el campeonato o los campeonatos de golf. Echo de menos potenciar estas actividades lúdicas, tan satisfactorias, pero es que me queda poco o nada de tiempo para más, por lo que aprovecho estas páginas para pedir voluntarios que organicen más cosas. Esta Asociación cumple con el milagro (que ya querríamos para la política) de que presentándose varios candidatos a la Presidencia, elegido uno, todos los compañeros le apoyan y le ayudan.

Comparando la estructura y la forma de trabajo que os encontrasteis al ingresar en el Cuerpo y la que existe ahora, ¿cuáles son vuestras impresiones?, ¿qué diferencias destacaríais?

J.F.B. La Administración y la Abogacía del Estado son arquitecturas organizativas pesadas y muy reticentes a los cambios. A pesar de ello, entiendo que nosotros hemos evolucionado en los últimos años más y mejor que el resto de la Administración.

Creo que hemos dado pasos significativos para pasar de una organización con algunas características taifeñas; compartimentada y con reticencias a compartir información dentro y fuera, a otra en donde el concepto de equipo o de bufete global empieza a ser mayoritario y en la que no es raro encontrar a diferentes Abogados del Estado integrados en distintas áreas formando equipo para afrontar, resolver y litigar sobre diferentes problemas.

Lo que era la Abogacía del Estado en 1984 y lo que es hoy, en 2011, tiene claves de continuidad (alta formación; exigencia de nivel de acceso; sentido de orgullo de pertenencia a un colectivo; prestigio profesional etc.), pero también de ruptura (atención al cliente; equipos multidisciplinarios; discriminación positiva del esfuerzo y dedicación; ampliación del ámbito objetivo y subjetivo al que se le presta asesoramiento jurídico, etc.). Yo, sin atisbo de duda, me quedo con la Abogacía del Estado actual.

E.B.F. El trabajo del Abogado del Estado, en cuanto a lo que hacemos, desde el año 1993 en el que yo ingresé, ha cambiado muy poco. Se han ido unas competencias a las Comunidades Autónomas y otras nuevas han surgido. Se ha incrementado la importancia de ciertos temas y jurisdicciones y otras cuestiones han pasado más a un segundo plano.

Pero el cambio estructural y la forma de trabajo han sido inmensos. Yo he visto nacer literalmente el trabajo en equipos formados por compañeros que antes trabajaban siempre individualmente, los sistemas de compartir el conocimiento,

el uso de aplicaciones informáticas para conocer los asuntos que se llevaban y la consulta de jurisprudencia y textos legales, etcétera. Yo entré en la Abogacía del Estado, por ejemplo, pasando largas horas en la biblioteca buscando jurisprudencia en los tomos de los Aranzadi y llevando mi propia lista a mano de sentencias importantes.

Se han incrementado enormemente las tareas de coordinación para homogeneizar la llevanza de asuntos iguales o semejantes y que no se trabaje varias veces en un asunto que un compañero ya se ha estudiado y ha resuelto estupendamente, economizando recursos.

Edmundo Bal:
Las Jefaturas de las CCAA me parecen útiles en muchos aspectos y acentúan las tareas de coordinación que siempre se habían ejercitado desde Madrid; bien entendidas y ejercidas dan seguridad al compañero que se encuentra en provincias

Ha habido además una cierta tendencia a la especialización de ciertas áreas de trabajo, cuando en 1993 la tendencia era casi la contraria. En fin, no valoro cada cambio, cada reforma concreta, ni positiva ni negativamente, porque algunas han llevado a indudables excesos, pero, en general, mi carácter optimista me impulsa a decir que estamos inmensamente mejor que en 1993 desde todos los puntos de vista.

La creación de las Jefaturas en las CCAA y la creación de los departamentos han sido dos hitos estructurales fundamentales de estos últimos años. ¿Cuál es vuestra valoración hasta el momento? ¿Se ha respondido a las expectativas?

J.F.B. La creación de las Jefaturas Autonómicas ha supuesto una adecuación de nuestra estructura provincial clásica —que no desaparece— al nuevo modelo territorial de España. Ha sido una adecuación tardía pero imprescindible que deberá evolucionar en el futuro hacia una cabecera autonómica más potente y la migración paulatina de la estructura territorial/periférica/provincial acomodada al nuevo modelo de los Tribunales de Instancia que se aprobará este año 2011 en el Congreso de los Diputados.

Creo que la configuración de los Departamentos (hasta ahora 4: Constitucional y Derechos Humanos; Social, Penal y Civil-Mercantil) es el germen de una nueva forma de estructurarse, que se aleja de la organización clásica que mimetizaba la de los órganos administrativos y Órganos Judiciales y que intenta combinar la especialización, la eficiencia y el mejor servicio al cliente. Lógicamente deberán aparecer más en el futuro próximo.

Los dos nuevos modelos de organización han dado buenos frutos hasta ahora y deben mejorarlos en el futuro.

E.B.F. Yo tenía una opinión contraria a las Jefaturas de las CCAA y reconozco públicamente que me equivoqué. Me parecen útiles en muchos aspectos y acentúan las tareas de coordinación que siempre se habían ejercitado desde Madrid, de tal modo que, bien entendidas y ejercidas estas tareas, arropan, dan seguridad



Joaquín de Fuentes:
Los resultados del estudio de clima laboral han servido para diseñar el Plan de Mejora que estamos ejecutando en este momento, en el que se intenta atacar los puntos débiles que puso de manifiesto la encuesta



al compañero que se encuentra en provincias, a veces “sólo ante el peligro”. También creo que la cuestión no es sólo “de estructura”, sino también resulta que los compañeros que ejercen estos puestos de trabajo, en general, los desempeñan muy bien, con una enorme dedicación. En un Cuerpo tan pequeño como el nuestro las estructuras no funcionan solas, funcionan porque hay compañeros que se dejan la piel en el trabajo.

En los Departamentos, soy parte interesada como Jefe del de Penal y no sé bien en qué condición responder. La idea a mí me pareció buena desde el principio, incluso sin saber si yo iba a ser el Jefe del de Penal. Economiza recursos humanos (aunque me repugna usar esta expresión tan de moda cuando me refiero a mis compañeros, que no son ni serán nunca “recursos”, sino personas) y tiene toda la lógica que se aproveche lo que uno conoce de un asunto para llevarlo en todas las instancias. Especializa a la gente y si consigues que trabajen a gusto, los compañeros se quedan y quieren venir porque al final es una oportunidad para compañeros jóvenes que quieren estar en Madrid en puestos que retributivamente están bien. En Penal, por ejemplo, los asuntos son de tramitación muy larga y conseguir que se lleven por un solo Abogado desde su inicio hasta su final es algo muy bueno.

Las ideas, sin embargo, se llevan a cabo con mucho esfuerzo y mucho trabajo. Con

mucha ilusión también, pero con mucho desgaste personal, sustrayendo horas a tu vida familiar y privada y trabajando hasta altas horas y los fines de semana. Así estamos en los Departamentos en la calle Ayala. O sea, que hay mucho más trabajo llevado por menos gente y hay veces que te deprimes un poco porque ves que no llegas. Al final, te reúnes con tus compañeros los viernes, cuentas las anécdotas de la semana, te ríes y sigues adelante sin pensarlo demasiado. Nos hace falta más gente, como en todas partes y estamos escasos de Oferta de Empleo Público. En mi opinión, los Departamentos deben seguir creciendo los que existen, para poder desarrollar con mayor perfección y extensión sus funciones y se puede crear alguno más. Eso sí, no sé si al final en nuestra organización todo deberían ser Departamentos, probablemente no.

Recientemente se ha realizado estudio de clima laboral que ha dado lugar a un Plan de Mejora. ¿Qué valoración merecen los resultados del estudio? ¿El Plan de Mejora es la respuesta a esa valoración?

J.F.B. El estudio de clima laboral que se realizó a finales de 2009 y cuyos resultados estuvieron disponibles en 2010, no es un instrumento habitual en la Administración. Si lo es en organizaciones –grandes– del sector privado.

La consultora multinacional que desarrolló el trabajo –con toda independencia

y garantía de confidencialidad– subrayó la participación (alta para los estándares habituales) y la transparencia de que hizo gala la organización.

Los resultados creo que dan una radiografía bastante aproximada a la realidad de lo que pensamos Abogados y personal de oficina sobre todos los aspectos de nuestro trabajo y han servido para diseñar el Plan de Mejora que estamos ejecutando en este momento, en el que se intenta atacar los puntos débiles que puso de manifiesto la encuesta.

En estos procesos hace falta una cierta perspectiva temporal para evaluar los resultados. Lo lógico sería que dentro de un par de años se repitiera el proceso, para ver si se ha acertado o nos hemos equivocado al adoptar medidas correctoras.

E.B.F. El estudio de clima laboral es la sustitución que se hace desde la Dirección a otra propuesta de la Asociación, que pone de manifiesto cada año al hacer las alegaciones a la Instrucción de Productividad, que es preciso que los Abogados del Estado valoren anónimamente a sus Jefes, para que la Dirección conozca mejor lo que pasa en cada sitio y no tienda (que lo hace, aunque lo niegue, incluso por escrito) a valorar estandarizadamente a los Jefes, poniéndoles con carácter general y salvo contadas excepciones, un 9 o un 10 de sus correspondientes Grupos. La Dirección no puede exigirnos a los que somos Jefes de algu-



Edmundo Bal:
El arco retributivo
es muy amplio entre
el compañero de
reciente ingreso y los
puestos más altos.
En opinión de la
Asociación, incluso,
excesivamente amplio

Laboral. Es lógico que cualquier compañero, según sus propios deseos, quiera progresar en el desempeño de su trabajo, tanto desde el punto de vista de las tareas que realiza, el grado de responsabilidad que asume y también desde el punto de vista económico.

Nosotros tenemos un arco de puestos quizás estrecho por lo que se refiere a los complementos de destinos, pero sin embargo el arco retributivo es muy amplio entre el compañero de reciente ingreso y los puestos más altos. En opinión de la Asociación, incluso, excesivamente amplio, como consecuencia sobre todo del diseño de la retribución por objetivos y el reparto de los Consejos de Administración de las empresas públicas y de los Convenios de Asistencia Jurídica. La promoción es por tanto perfectamente posible.

Otra cosa es que efectivamente queden pocos puestos de nivel superior libres para que sean ocupados por quienes se encuentran en otros de inferior nivel. De inferior nivel retributivo, quiero decir, puesto que a veces las competencias que se desarrollan son las mismas o muy parecidas e incluso a veces es más relevante, en mi opinión, ese trabajo “al pie del cañón” que el de los puestos más elevados, también a veces orientados, a mi juicio de una manera excesiva, a tareas de coordinación. Como solemos decir en Contencioso, un Abogado del Estado está para ganar pleitos y hay veces que entre REGES, memorias, reuniones con los auxiliares con su correspondiente acta, reuniones de coordinación con los compañeros, Juntas de Jefes, la avalancha de Circulares e Instrucciones, los cursos de formación, etcétera, podrías perder de vista el objetivo principal. Yo siempre he creído, además, que un Jefe, en Contencioso, no puede dejar de hacer pleitos, porque, aparte de lo satisfactorio que es y del gusto enorme que da ganar (ganar tú, pierde Administración, por supuesto), se acaba anquilosando y pierde la perspectiva de lo que están haciendo los compañeros que trabajan en su unidad. Esta es una opinión mía personal, que conste.

En cualquier caso, hay que decir que la inmovilidad en estos puestos se puede producir durante algunos meses, pero

na unidad que discriminemos obligatoriamente entre los compañeros a los que tenemos que valorar y después ella, en gran medida, no discrimine. Y es evidente que en un tema tan importante, una discriminación aleatoria, inmotivada o injustificada tampoco nos valdría. En esa línea, se propuso también que uno o varios Abogados Jefe de Comunidades Autónoma estuvieran presentes en la fijación concreta de la productividad semestral, pero tampoco se nos hizo caso y están sólo los Subdirectores.

¿Qué valoración merecen los resultados del estudio? Menos da una piedra, ¡qué voy a decir! El Plan de Mejora sí que creo que no atiende en absoluto a los resultados de la encuesta de clima. Hay algunas unidades que salen muy mal paradas en la valoración, se ponen de manifiesto déficits de comunicación entre la Dirección y el colectivo y en lugar de dar mayor participación a la Asociación, como indudable voz común de este colectivo, o replantearse qué está pasando con esas unidades mal valoradas, se nos mandan por correo electrónico circulares e instrucciones como signo de transparencia, se nos obliga a realizar una reunión periódica con los auxiliares levantando acta (aunque, como me sucede a mí, tenga la puerta siempre abierta para sus cuestiones y quejas y esté encantado absolutamente con todos los que trabajan en el Departamento de Penal) y se instala un buzón de quejas y sugerencias que a estas fechas aún no he probado, pero del

que dudo mucho de su éxito, cuando es así, insisto e insistiré hasta que me quede mudo, que para esto está la Asociación, que recoge las quejas y opiniones de los asociados (un 90% del Cuerpo a fecha de hoy) y que lo que hay que hacer es aceptar más sus propuestas, que son las de todos.

La aspiración a tener “carrera administrativa” es un deseo tradicional de los funcionarios del Grupo A. ¿Qué opinión os merece esta aspiración? ¿En el caso de un Cuerpo especial como el de los Abogados del Estado es viable? Y en caso de serlo, entra en esta idea de “carrera” la denominada “rotación de las jefaturas”?

J.F.B. Absolutamente normal y lícito. Es la postura lógica en cualquier ser humano que trabaja por cuenta ajena. En un Cuerpo Especial, como el nuestro, el recorrido profesional (niveles 28 a 30 y algunos niveles 24) es corto, pero la especialización por áreas; la mejor valoración, por su importancia, de algunas de ellas y la creación de Departamentos son medidas que van en la línea de premiar la excelencia, dando así una carrera administrativa ligada al desempeño profesional.

Es obvio que en la idea de carrera, debería insertarse la “rotación de jefaturas y direcciones” si alguna vez somos capaces de implantarla.

E.B.F. La carrera administrativa más que una aspiración, yo creo que un derecho de los funcionarios, del mismo modo que lo es la promoción profesional para los trabajadores en régimen de Derecho

al final, quedan puestos libres, bien sea por los compañeros que se van a la excedencia, a otros puestos de trabajo en el sector público dentro y fuera de nuestra organización, por ceses, por pase a servicios especiales, etcétera.

Si la rotación de Jefaturas supone que los que antes eran Jefes, después siguen siéndolo en otras áreas de trabajo, obviamente, el sistema no sirve para incentivar la carrera administrativa de nadie. De otro lado, hay que tener en cuenta que el ejercicio de la Abogacía tiene un componente de experiencia que hace que a lo mejor debamos considerar que el hecho de que un compañero permanezca en un mismo puesto de trabajo muchos años, sea algo bueno. Si lo que se quiere es simplemente que cada ciertos años la Dirección pueda elegir a otra persona para el desempeño de un puesto de trabajo, el sistema es inútil pues todos estos puestos son de libre designación (y libre cese) y el Director puede cesar cuando quiera a estas personas. No parece admisible que la implantación de un sistema así sirva simplemente para enmascarar la decisión, más traumática, del cese de un compañero, que siempre lleva un componente de pérdida de la confianza, de sanción. Tampoco podríamos admitir desde la Asociación que además ello llevara consigo una importante pérdida de retribuciones para un compañero, como consecuencia, repito, del amplísimo arco retributivo en el que nos movemos.

En fin, que al final a la Asociación le parece que este sistema tiene más inconvenientes que ventajas.

¿Las mejoras retributivas deben responder a esa denominada “carrera administrativa” o sólo debe atenderse al efectivo puesto que se ocupe en una idea horizontal de carrera?

J.F.B. Como se acaba de decir, la mejor retribución derivada de la aplicación de la productividad por objetivos, debe estar ligada al desempeño y, por lo tanto, a mejor trabajo debe responder una mayor retribución.

Me parece evidente que no todos los Abogados del Estado desempeñan un trabajo igualmente complejo, y que no

todos lo desempeñan con igual dedicación, calidad y éxito. Por ello, deberán tener mejor “carrera” los mejores profesionales y ello deberá reflejarse tanto en su promoción profesional, como en su retribución. El modelo retributivo de productividad por objetivos básicamente debe servir –y creo honradamente que así ha sido mayoritariamente– para premiar a los mejores y para penalizar e incentivar a los menos buenos o, simplemente, a los malos profesionales.

E.B.F. En este punto manifiesto mis ideas personales, porque es algo que en la Asociación tampoco se ha debatido con la suficiente intensidad.

En mi opinión, las retribuciones cumplen con una finalidad insustituible y primordial: son la compensación por la prestación de servicios de mayor cantidad y calidad. A más trabajo y/o de mayor calidad, existe el derecho a una mayor retribución. También he dicho muchas veces que el sueldo no se paga por haber aprobado la oposición y haber ingresado, se paga porque se desarrolla un trabajo. En este sentido, la oposición nos garantiza que el Abogado del Estado es un profesional de altísimo nivel que va a desarrollar un trabajo excelente. Pero eso no supone que, existiendo un reparto de trabajo desigual, todos debamos cobrar lo mismo por el sólo hecho de ser Abogados del Estado. También me parece, ya lo he dicho, que las actuales diferencias retributivas son absolutamente

excesivas y deberían acortarse, no por mantener un dogma sindical, sino porque en la realidad de nuestros trabajos, las diferencias entre nosotros no son tales que justifiquen tantas diferencias.

En este razonamiento creo que la retribución se debe corresponder estrictamente con el puesto de trabajo. Esto no significa que la política retributiva no pueda atender a otras finalidades, pero éstas siempre deben corresponderse con el ejercicio de la función. Por ejemplo, premiando la mayor experiencia de determinados compañeros, siempre que ocupen, claro, puestos donde esa experiencia sea ejercitada. Del mismo modo, tampoco es admisible que determinados puestos de trabajo se menosprecien, en sentido retributivo, porque los asuntos que lleven sean más reiterativos, cuando llevan consigo atender una carga de trabajo enorme. O que se presuma (en mi opinión, sin fundamento) que en determinadas provincias pequeñas el trabajo que se desarrolle sea menos importante cuando el compañero, en esa provincia, resulta que es un referente jurídico de toda la Administración periférica, dando una gran seguridad jurídica a los órganos que la integran, a veces, con tal de tenerlo ahí, a disposición para cualquier problema que pueda surgir.

En la situación actual del contexto económico y social, ¿qué reivindicaciones puede realizar nuestro colectivo para mejorar sus condiciones de trabajo?

**“Joaquín de Fuentes:
El modelo retributivo
de productividad
por objetivos
básicamente debe
servir para premiar
a los mejores y
para penalizar e
incentivar a los
menos buenos o,
simplemente, a los
malos profesionales”**



J.F.B. La crisis económica-financiera que se manifestó, con toda su crudeza, con la quiebra de Lehman Brothers en septiembre de 2008 ha supuesto en todo el mundo y, por supuesto, en España la adopción de políticas de contención del gasto y de reducción del déficit público que han ocasionado una minoración primero (Real Decreto Ley 8/2010) y congelación después de las retribuciones de todos los empleados públicos. La minoración y la congelación ha afectado a todos los empleados públicos y, evidentemente también, a los Abogados del Estado tanto en sus retribuciones ordinarias como en la productividad por objetivos que, por otro lado, ya había sido topada por el Ministerio de Economía y Hacienda. No es previsible que esta situación se modifique sustancialmente a corto plazo; por lo que el objetivo a conseguir en los meses que vienen será el mantenimiento del vigente sistema de productividad por objetivos y la modificación al alza del tope o techo impuesto por Economía y Hacienda.

E.B.F. Se ha mejorado en los últimos años mucho en muchas cosas, pero no debe perderse de vista que aún existen importantes déficits.

Uno es el de los medios materiales. La comparación con los despachos de abogados privados es tremenda en este sentido. Medios informáticos, teléfonos móviles, la posibilidad del teletrabajo, videoconferencias, etcétera.

En el capítulo de formación, también estamos muy por debajo. Quizás no tanto para los abogados pero sí y mucho para el personal auxiliar. En este capítulo queda mucho por recorrer y no sólo desde el punto de vista la formación, sino también y sobre todo desde el punto de vista salarial. Disponemos de un personal de apoyo que, cuando funciona bien y desarrolla un trabajo perfecto, termina concursando fuera del Ministerio de Justicia a puestos mejor retribuidos y, en muchas ocasiones, con un trabajo más relajado. El diseño de la retribución por objetivos de este personal es clarísimamente mejorable, para paliar las diferencias que existen entre personas en la misma oficina que realizan un trabajo semejante.

Desde el punto de vista de los Abogados, nuestra carga de trabajo, en los últimos tiempos, se ha visto fuertemente incrementada como consecuencia de los Convenios de Asistencia Jurídica de las entidades del sector público. El sistema supone un fuerte ahorro a las entidades públicas con la mejor asistencia jurídica y, por consiguiente, esto debería ser valorado por los protagonistas del sistema para consolidarlo y desarrollarlo, incentivándolo, incluso lanzándolo como modelo para otros Cuerpos de la Administración. Debe, por lo tanto, la Administración entender que no se puede permitir perder para el servicio público a profesionales de alto nivel, que trabajan a gusto en la función pública, pero que se acaban yendo, incluso en esta época de crisis econó-

mica, por la cuestión económica. De otro lado, me parecería injusto no reconocer los esfuerzos que en esta línea hace muy exitosamente la Dirección.

¿Cómo definiríais la relación entre el Abogado General y la Asociación?

J.F.B. Para mi la Asociación siempre ha sido un interlocutor abierto y franco. Los tres Presidentes (Catalina Miñarro Brugarolas, José Ignacio Monedero Montero de Espinosa y Edmundo Bal Francés) y los Consejos Directivos con los que he compartido debates estos años, siempre han colaborado en las discusiones; expresado opiniones y manifestado conformidades u oposiciones. Agradezco desde aquí esa colaboración que permite confrontar ideas, y ratificar o modificar pautas de actuación.

E.B.F. Magnífica. Nos reunimos con él en el Consejo Directivo dos veces al año. Nos da traslado de cuantas cuestiones importantes afectan al Cuerpo. Como ya he dicho quizás demasiadas veces a lo largo de esta entrevista, porque soy muy pesado, debería hacernos más caso, porque somos la voz del colectivo y la falta de comunicación que revela la encuesta de clima laboral pone de manifiesto que se deberían aceptar algunas de nuestras propuestas.

Pero la relación es permanente, fluida, cordial y en un clima de respeto mutuo que es muy de agradecer. Incluyo en lo



Edmundo Bal:
La Administración debe entender que no se puede permitir perder a profesionales de alto nivel, que trabajan a gusto en la función pública, pero que se acaban yendo por la cuestión económica

dicho no sólo al Director, sino a todos los compañeros del Comité de Dirección.

Una cuestión siempre polémica es la intervención de la Asociación ante la Abogacía General en los supuestos en los que los asociados pretenden que la Asociación medie en cuestiones conflictivas. ¿Cuál es vuestra impresión al respecto?

J.F.B. La Asociación representa a una gran mayoría de los Abogados del

Estado y, como he dicho antes, es un interlocutor privilegiado de la Dirección en las grandes decisiones de gestión. Me parece que ese mismo papel debe predicarse de los conflictos que pudieran existir, pocos afortunadamente, entre la Dirección y algún compañero o colectivo de compañeros.

Por el contrario, no veo a la Asociación con una función mediadora en los conflictos entre compañeros sobre todo, cuando estas discusiones se producen con las Jefaturas y con ocasión de la aplicación del sistema de productividad por objetivos. En estos casos entiendo que es la Dirección la que debe resolver el conflicto y no creo que la Asociación tenga papel que desempeñar en él.

E.B.F. En este tema, se ha evolucionado mucho. Al principio, con ciertas reticencias desde la Dirección, que no veía a la Asociación en ese papel. Ello motivó, sin embargo, en su día que el

Consejo Directivo fijara una postura favorable a este papel de mediación. En el momento actual, la Asociación se ofrece siempre a intervenir en los conflictos individuales que los compañeros puedan tener en los más diversos temas.

Se analiza el problema, se toman decisiones por el Consejo Directivo sobre lo acertado de la posición del compañero (si es urgente, incluso medio y directamente, sin que el tema se plantee al Consejo o cuando el compañero quiere la mayor discreción) y si el asunto es asumido por la Asociación, se realizan las gestiones oportunas, siempre cómo el compañero quiera, nos ponemos íntegramente a su disposición.

A veces, sólo se trasladan las quejas a la Asociación, “para conocimiento”. Otras, se realizan las gestiones que el compañero nos pida, bien manteniendo su ano-

nimato, bien revelando su nombre, asumiendo la Asociación el papel que él decida que debe asumir respecto a sus pretensiones.

De hecho, el sistema funciona, pues ya hemos recibido y se han realizado gestiones en nombre de varios compañeros a veces incluso con éxito.

¿Qué implica que actualmente la Abogacía general del Estado dependa estructuralmente de modo directo del Ministro de Justicia?

J.F.B. Desde que en el Ministerio de Justicia se creó la Secretaría de Estado de Justicia (1994) la Abogacía General del Estado ha dependido orgánicamente de ella, hasta que en la última reestructuración orgánica articulada mediante el Real Decreto 1203/2010, de 24 de septiembre, la Abogacía ha pasado a depender directamente del Ministro.

En lo personal para mí ha sido un placer trabajar con los Secretarios de Estado de Justicia, Luis López Guerra (2004-2007), Julio Pérez (2007-2009) y Juan Carlos Campo (2009-) y los tres han entendido bien la problemática de la Abogacía del Estado y han “empujado” siempre que se les ha pedido.

En lo institucional pasar a depender directamente de Ministro parece una señal de la importancia que el Gobierno y la Administración dan al trabajo que realiza el bufete jurídico del Estado.

E.B.F. La mayor parte de esas competencias se han delegado, por lo que realmente no he observado cambios significativos.

Sí parece lógico que siendo el Cuerpo de funcionarios más nutrido y relevante del Ministerio de Justicia (no del ámbito de la Administración de Justicia) la dependencia sea con el órgano jerárquicamente superior. Las importantes funciones que desempeñamos lo justifica.

La implicación de la Asociación por medio de FEDECA en la actividad sindical está suponiendo recorrer un camino nuevo en materia de reivindicación de mejoras en las condiciones de trabajo. ¿Nos corresponde seguir en este camino?



Joaquín de Fuentes:
La Asociación es un interlocutor privilegiado de la Dirección en las grandes decisiones de gestión. Ese mismo papel debe predicarse de los conflictos que pudieran existir, pocos afortunadamente, entre la Dirección y algún compañero

J.F.B. No me corresponde como Director –y como asociado “durmiente”– opinar sobre la actividad sindical que desempeñe y deba desempeñar la Asociación.

E.B.F. En mi opinión, claramente sí. FEDECA ha puesto de manifiesto que existen una gran cantidad de intereses comunes entre los funcionarios del Grupo A1 de la Administración, todos ellos profesionales de altísimo nivel en sus distintos campos de actuación. Hemos descubierto lo obvio: que son muchas más las cosas que nos unen que las que nos separan y hemos creado en el seno de FEDECA un clima de cordialidad y cooperación inimaginable muy poco tiempo atrás.

El ideario respecto a la función pública de todos estos Cuerpos es absolutamente idéntico: mantener los estrictos sistemas de acceso a la función pública, garantizar nuestra independencia técnica frente a los criterios políticos, dignificar el ejercicio de nuestras funciones también desde el punto de vista de las retribuciones, dotación de medios, formación, personal de apoyo, carrera administrativa, etc.

En el terreno de la formación, FEDECA pretende constituirse en un referente del sector público concurriendo a subvenciones para poder desplegar tareas formativas interdisciplinares, aunque los actuales gestores públicos parece que no lo han entendido y nos deniegan dichos fondos. Tenemos que tener la voz principal en el desarrollo del Estatuto del Directivo por parte del Gobierno, para que se siga garantizando la independencia técnica de los profesionales de alto nivel, así como la mejor gestión de lo público.

Y hay que hacer ver al Gobierno que somos imprescindibles en la Administración española, que hay que contar con nosotros para la toma de decisiones importantes, como siempre, al lado del Gobierno de España, con lealtad, gobierne quien gobierne, en la consecución de los intereses generales.

FEDECA, en este sentido, está realizando una labor ingente, a veces incluso frenética, de la que forma parte de modo decisivo la Asociación de Abogados del Estado. Esperamos haber

transmitido correctamente esta actividad y que los funcionarios nos voten en las próximas elecciones sindicales para defender sus intereses profesionales, no sólo del Grupo A1, sino los de todos funcionarios.

Por último, cuando llegue el momento de abandonar vuestras actuales responsabilidades como Abogado General y como Presidente de la Asociación, ¿cuáles creéis que serán vuestras asignaturas pendientes?

J.F.B. Una vez cese como Director cerraré un ciclo de mi vida profesional que deberá ser juzgado, para mal y para bien, por los miembros de la Abogacía del Estado, por el personal de oficina y por todos aquellos que con ella se relacionan. A partir de ese momento ya no tendré asignaturas que aprobar. Hasta que el mismo llegue, mis asignaturas pendientes son las que antes enumeraba cuando hacía referencia a cuales son los objetivos a alcanzar en los próximos años.

E.B.F. Mis asignaturas pendientes serán sin lugar a dudas no haber podido convencer a la Dirección de una reforma del sistema de distribución de la retribución por objetivos, no igualitaria, sino más igualitaria. Y no haber conseguido convencer de la importancia de llevar a cabo una valoración de cargas de trabajo por unidades, racional y científica, que se pueda constituir en la piedra angular de la distribución de efectivos en las distintas Abogacías del Estado, además de poder servir para otros fines. La actual valoración de cargas de trabajo deja mucho que desear y así nos lo están manifestando los asociados de un modo prácticamente unánime. Ahora, precisamente, la Asociación está preparando unas alegaciones al informe que se ha realizado de nuevo con un consenso total en el Consejo Directivo.

Edmundo Bal:
FEDECA ha puesto de manifiesto que existen una gran cantidad de intereses comunes entre los funcionarios del Grupo A1 de la Administración, todos ellos profesionales de altísimo nivel



En todo caso, sí tengo claro que cuando deje este cargo, estaré muy feliz de haberlo desempeñado. Es un honor enorme para mí ser el representante de todos los magníficos compañeros con que cuento. Acertaré y me equivocaré porque no tengo el don de la infalibilidad (e incluso cuando tengo razón, a veces, quizá, no sé transmitirla acertada y convincentemente), pero desde luego me esfuerzo enormemente cada día en esta apasionante tarea. Lo que sí me queda claro es algo que ya sabía, pero que ahora percibo con mayor nitidez: que somos un colectivo excepcional, único, compuesto de grandes personas que se entregan a tareas (en lo público o en lo privado) con un nivel profesional difícil de encontrar en otros colectivos. ■

XXXII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado

El nuevo Código Penal

Pilar Cancer Minchot | Abogado del Estado

En noviembre de este año, con la colaboración del Centro de Estudios Jurídicos, se celebraron en el palacio de Parcent las Jornadas anuales de la Abogacía General del Estado. Fueron inauguradas por D. Juan Carlos Campo Moreno, Secretario de Estado de Justicia, en compañía del Abogado General del Estado, Joaquín de Fuentes Bardají y la Directora del Centro de Estudios Jurídicos, Dña. Sofía Puente Santiago, y versaron sobre un tema que el conferenciante inaugural, el propio Secretario de Estado, calificó de *“inminente y rabiosa actualidad”*, dada la cercana entrada en vigor de la importante modificación capitaneada por el Ministerio de Justicia y plasmada en la Ley Orgánica 5/2010.

El Secretario de Estado señaló que, aunque han sido muchas las reformas desde el año 95 que ha sufrido el llamado Código Penal de la democracia, ésta no es una más, sino la más importante, no solo cuantitativa, sino cualitativamente. El conferenciante la calificó como la primera gran reforma que intenta recobrar el espíritu y el nervio conductor que tuvo en el año 95, y que se había perdido en parte por sucesivas modificaciones nacidas del alto grado de emotividad y politización del debate sobre los asuntos penales, y hechas sin la necesaria reflexión. Se trata, dijo, de responder a los cambios de la realidad social, a las exigencias de armonización en el seno de la Unión Europea, a correcciones técnicas, pero recordando siempre las líneas o principios de política

criminal democrática que no dependen de una opción política de gobierno, pues están en la Constitución del 78. Por ello, la reforma corrige la exacerbación punitiva en asuntos llamativos pero de escasa trascendencia, y mejora la persecución de la delincuencia organizada, teniendo en cuenta su dimensión internacional, y la persecución de la delincuencia de los criminales “de cuello blanco”, tan perjudicial para la sociedad.

Seguidamente, el Secretario de Estado hizo un repaso de los hitos de la reforma: responsabilidad penal de las personas jurídicas ; delitos contra la libertad sexual,

con mayor protección cuando las víctimas son menores; trata de seres humanos; corrupción entre particulares; delitos informáticos; decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; delitos de terrorismo, cohecho, corrupción de funcionarios públicos extranjeros, delitos contra la comunidad internacional, delitos contra el medio ambiente y los delitos de tráfico de droga. Y, desde el punto de vista más general, reestructuración del período de seguridad, las medidas que pueden adoptarse para proteger la dignidad de las víctimas cuando ya se ha cumplido la pena...

En los dos días siguientes se ahondó en todos estos temas, comenzando por la novedosa regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, en que contamos con quien puede considerarse su promotor: D. José Miguel Zugaldía Espinar, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada. Muy simpáticamente, se refirió a los que, en los tempranos años 80, habían sido partidarios de esta institución, como *“los del taxi”*, pues *“cabíamos en un taxi”*. En su docta conferencia destacó cómo el principio *“societas delinquere potest”* es ya pacífico desde el punto de vista doctrinal; y, en todo caso, por razones puramente pragmáticas y por razones de necesidad político criminal, las legislaciones comparadas han procedido a derogar la fórmula tradicional contraria para poder luchar contra la criminalidad económica organizada: lo que hoy se discute son los

“El Secretario de Estado señaló que, aunque han sido muchas las reformas desde el año 95 que ha sufrido el llamado Código Penal de la democracia, ésta no es una más, sino la más importante, no solo cuantitativa, sino cualitativamente”



critérios normativos de imputación que van a permitir hacer responsable criminalmente de un delito a una persona jurídica, desarrollando ampliamente la cuestión en su intervención.

En la mesa redonda sobre esta importante novedad, coordinada por D. Manuel Rivero González, Subdirector General de los Servicios Contenciosos de la Abogacía General del Estado, contamos con la destacada presencia del Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, Magistrado de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo, que dedicó su ponencia a reflexionar sobre la necesidad de la reforma; el Excmo. Sr. D. Javier Alberto Zaragoza Aguado, Fiscal-Jefe de la Audiencia Nacional, que destacó los problemas prácticos que plantea esta figura, y D. Edmundo Bal Francés, Abogado del Estado-Jefe del Departamento de Penal de la Abogacía General del Estado, que analizó temas concretos, como la exclusión de las personas jurídicas públicas, el examen de la relación de penas a imponer, así como de las circunstancias modificativas de la culpabilidad.

Dado que la reforma obedece en parte a exigencias de armonización en la Unión Europea y, en general, a la dimensión internacional de algunos fenómenos delictivos, se analizó también desde esta perspectiva.

rídicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, intervinieron como ponentes el Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Castilla - La Mancha D. Adán Nieto Martín, que estudió la armonización del Derecho penal en la UE; D. Fernando Benito Pérez-Fajardo, Fiscal y asesor del Gabinete del Ministro de Justicia, que habló sobre una de las figuras destacadas de la reforma, la trata de seres humanos; y Dña. Ana Peyró Llopis, Profesora titular de Derecho Internacional Público y asesora del Gabinete del Secretario de Estado de Justicia, que analizó el novedoso tema de la influencia del Derecho penal español en el marco internacional.

“Dado que la reforma obedece en parte a exigencias de armonización en la Unión Europea y, en general, a la dimensión internacional de algunos fenómenos delictivos, se analizó también desde esta perspectiva”

Otro bloque destacado de la reforma es la potenciación de la protección de las víctimas, sin olvidar la reinserción social de los condenados. En una mesa redonda coordinada por el Abogado del Estado-Jefe en Igualdad, D. Fernando Arenas Escribano, se contó con las importantes opiniones del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, Magistrado de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo, que trató sobre las facultades judiciales en la individualización de la pena y en la reinserción del condenado introducidas por la reforma; el Excmo. Sr. D. Ignacio Espinosa Casares, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, y Presidente de la Comisión de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, que trató de la protección del menor y de la mujer; D. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Profesor de Derecho Penal y asesor del Gabinete del Ministro de Justicia, que analizó la novedosa institución de la libertad vigilada, exponiendo la inexistencia de motivos de polémica. Y cerró el estudio de esta materia Dña. María Viñuelas Limarquez, Abogada del Estado del Departamento Penal, con un completo análisis sobre el estatuto jurídico y mecanismos de protección de la víctima.

Siendo otra de las líneas maestras de la reforma la lucha contra la corrupción, contamos con un conferenciante muy versado en esta cuestión por su extensa dedicación en la materia, el Ilmo. Sr.

D. Javier Gómez Bermúdez, Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En una extensa y docta conferencia, y utilizando como hilo conductor las obligaciones internacionales contraídas por España, explicó por qué la reforma modifica sólo algunos aspectos de la corrupción o del cohecho en sentido clásico –la corrupción en el ámbito público–, y por qué afecta al tráfico de influencias, el blanqueo de capitales, el delito contable y por último, a la que llamó “*gran estrella*” de la reforma: la corrupción entre particulares o cohecho entre particulares. En todo caso, destacó que la corrupción pública y la corrupción privada son las dos caras de una misma moneda, y solo en la medida en que combatamos la corrupción en su esencia, sin distinción de ámbitos, podremos erradicarla o disminuir sensiblemente sus efectos sobre el sistema económico, la función pública y en general toda la sociedad.

A continuación, en esta materia, y coordinados por Dña. Lucía Pedreño Navarro, Abogada del Estado del Departamento Penal, intervinieron D. Abraham Castro Moreno, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III, que analizó el nuevo delito de corrupción privada; el Ilmo. Sr. D. Pedro Crespo Barquero, Teniente Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, que estudió el tratamiento de la corrupción como crimen organizado en el nuevo Código Penal; D. Ángel Núñez Sánchez, Fiscal y asesor del Gabinete del Secretario de Estado de Justicia, que analizó los delitos urbanísticos; y D. Javier Zuloaga González, Abogado del Estado en Barcelona, que estudió la reforma del cohecho y la corrupción privada en el deporte.

Por supuesto, no podía faltar el análisis de la modificación del Código Penal en relación con la Hacienda Pública. Coordinados por D. Maximino Linares Gil, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Trabajo e Inmigración y hasta hace muy poco Director del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria, trataron de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra la Hacienda Pública el Ilmo. Sr. D. Antonio del Moral García,



D. Francisco Caamaño destacó que estas Jornadas de estudio se han consolidado ya como una cita ineludible para juristas y aplicadores del Derecho

Fiscal del Tribunal Supremo; de la incidencia de la reforma del Código Penal en la penalidad de los delitos contra la Hacienda Pública, D. Miguel Ángel Gilabert Cervera, Abogado del Estado en Sevilla; del auxilio judicial de la Agencia Tributaria, D. Juan Cano García, Director del Departamento de Inspección de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria; y de la prejudicialidad penal en este contexto, el Abogado del Estado D. Juan Manuel Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros, Director del Servicio Jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Como clausura, otro conferenciante de excepción, el Excmo. Sr. D. Ángel Juanes Peces, Presidente de la Audiencia Nacional, abordó los efectos de la reforma del Código Penal en materia de terrorismo desde un punto de vista estrictamente técnico, analizando la pro-

blemática de los grupos criminales, para luego centrarse en los delitos de terrorismo. El conferenciante subrayó que la reforma obedece al cumplimiento de compromisos internacionales, ya que esta forma de criminalidad se caracteriza por su transnacionalidad. Destacó asimismo que el bien jurídico protegido en estos casos es siempre el mismo: la estabilidad social, como base misma de la democracia. El Presidente prosiguió con la distinción entre organización criminal, asociación ilícita y grupo criminal; señalando que, con la reforma, en materia de terrorismo se equiparan las organizaciones terroristas a los grupos criminales, y realizó un detalladísimo análisis de cada uno de los nuevos artículos reformados.

Concluyó y clausuró las Jornadas el Ministro de Justicia, D. Francisco Caamaño, recordando amablemente la ocasión en que intervino como ponente, y destacando que estas Jornadas de estudio, organizadas bajo la coordinación del Gabinete de Estudios de la Abogacía General del Estado, se han consolidado ya como una cita ineludible para juristas y aplicadores del Derecho de todas las disciplinas jurídicas, y han propiciado, sobre todo, la reunión de personalidades, de autoridades de primer nivel en las materias objeto de estudio.

El Ministro de Justicia defendió en su intervención la reinserción social y la proporcionalidad de las penas del nuevo Código Penal. Además, subrayó que “al

artículo 25 de la Constitución Española no le gustan los corredores de la muerte y sí la resocialización". Durante su intervención, el Ministro repasó algunas de las novedades aprobadas en la reforma, destacando que ésta se ha conseguido con un gran grado de consenso político en lo esencial, puesto que pasó del Senado al Boletín Oficial del Estado sin tener que volver al Congreso de los Diputados.

Destacó también que la reforma del Código Penal atiende a compromisos internacionales que unas veces han requerido la introducción de nuevos tipos de delitos, como la trata de seres humanos y la corrupción en el sector privado, y, otras veces, la suscripción de normas europeas ha hecho necesaria la adecuación de nuestro modelo normativo, como es el caso del terrorismo y su financiación, además de la colaboración con bandas terroristas para captación y adiestramiento.

Añadió que la Ley 5/2010 resulta oportuna puesto que da también respuesta a algunos problemas político criminales, que actualmente están presentes en la sociedad española, y a los que no daba, en su opinión, respuesta satisfactoria el anterior Código. Esta respuesta se ha articulado en tres frentes: en primer lugar, se han resuelto concretos problemas detectados en la praxis, acabando con la disparidad de criterios en la interpretación jurisprudencial de institutos tan fundamentales como la prescripción o el abo-

no de la prisión preventiva. En segundo lugar, se han mejorado también herramientas de las que disponemos para luchar contra ciertas realidades delictivas, y colmar así intolerables lagunas de punibilidad en el ámbito de los delitos económicos, sobre todo de lo que llamó "esa gran lacra", que es la corrupción. Para ello se han mejorado técnicamente los delitos ya existentes, con el objeto de facilitar su aplicación; se han elevado las penas de algunos delitos especialmente relevantes, como el fraude a las Haciendas Públicas, los delitos de urbanismo, el cohecho o el tráfico de influencias; se han tipificado nuevos supuestos, como la corrupción entre particulares o el fraude de inversores, y, finalmente, de modo muy especial, se ha introducido por primera vez en nuestro sistema pe-

La reforma produce una suerte de 'salto cultural', porque las novedades que introduce afectan no solo al ámbito del Derecho Penal sustantivo, sino a otros, como el Derecho procesal

nal la responsabilidad penal de las personas jurídicas: no se trata, con esta figura, de criminalizar la utilización de un instrumento tan decisivo para la actividad económica y para el tráfico jurídico en su conjunto, como es la personación jurídica de la empresa, sino de sancionar a quienes tras de ese instrumento se escudan para la comisión de ilícitos penales, perjudicando así las legítimas expectativas de quienes se mantienen leales al Derecho.

Señaló de modo destacado que era ineludible proceder a la racionalización de la presión punitiva del sistema penal español, y era preciso hacerlo, sin perjuicio de la necesaria atención a la seguridad. Recordó que las tasas delictivas en España están entre las más bajas de su entorno, mientras que las de encarcelamiento se encuentran entre las más altas; y por ello, se ha buscado el equilibrio entre el sentimiento de la ciudadanía y un espacio de razonabilidad en el que enmarcar las diversas normas punitivas. Con este fin, la Ley 5/2010 introduce en el Código Penal un conjunto de medidas que permiten ofrecer una respuesta más individualizada, distinguiendo los supuestos más graves de los que no lo son, y previendo medidas distintas para unos y otros casos.

También señaló, para concluir, que la reforma produce una suerte de "salto cultural", porque las novedades que introduce afectan no solo al ámbito del Derecho Penal sustantivo, sino a otros, como el Derecho procesal. Por ello, indicó, la tarea jurídica no ha acabado pues, aprobada la Ley Orgánica 5/2010, ha llegado el momento de que la doctrina y los aplicadores jurídicos, continúen con un "diálogo vivo, vibrante", entre el texto de la ley y el contexto social y el resto del ordenamiento jurídico, y para todo ello, dijo, reflexiones como las que han celebrado son fundamentales.

El texto de las diversas ponencias, así como comunicaciones, puede consultarse en la página web del Ministerio de Justicia, en la parte dedicada a Abogacía General del Estado, y serán además publicadas, como es habitual, a lo largo de este año. ■



Dos puntos de vista sobre el directivo público

Rafael Coloma | Portavoz de FEDECA

En este artículo pretendo tratar dos temas relativos al directivo público que considero importantes. En primer lugar, los que estimo atributos ideales de un directivo público, que deberían ser potenciados para mejorar el funcionamiento de la administración pública. En segundo lugar, la situación actual del directivo dentro de esa administración.

LOS ATRIBUTOS DEL DIRECTIVO PÚBLICO

Un directivo público debería tener muchas habilidades, pero éstas se pueden resumir en dos: autoridad y capacidad de gestionar equipos de personas. Cuando hablo de autoridad me refiero al concepto latino de *auctoritas* en contraposición al concepto de potestad. Es decir, se presupone que un directivo tiene potestad para realizar una serie de tareas (más tarde discutiremos esta suposición con más profundidad). Pero la potestad no es más que un poder, en el caso de un directivo público, otorgado. En el mundo actual hay mucha gente que tiene poder sin merecerlo. Esa es la diferencia con la autoridad, la legitimación social reconocida del saber de un individuo sobre una materia, que le confiere capacidad para tomar una decisión. El poder frente a la autoridad moral.

El directivo público debería tener un gran dominio de la materia que trata, de tal manera que pueda tomar las decisiones adecuadas. La autoridad nace del dominio de la materia, por lo que es imprescindible que el directivo tenga un perfil técnico. Sin ella, no se podrá convencer a los cargos políticos (ministros y secretarios de estado) de las bondades de la decisión o directamente se hará caso a las indicaciones de estos cargos sin ser capaz de vislumbrar las consecuencias de las órdenes. Por otro lado, decisiones de los directivos públicos que no estén respaldadas por un dominio de la materia, serán contestadas por el personal a su cargo. Cuando me refiero a contestadas no me refiero a que el personal se niegue a llevar a cabo las órdenes del directivo. El personal puede cumplir la orden del directivo sin creer en ella y sabiendo que es errónea. Si el directivo no domina la materia y toma decisiones equivocadas, perderá el respeto de sus subordinados y generará un desapego de éstos respecto a él e incluso a la institución en la que están encuadrados. El resultado es que la ineficiencia provocada por las decisiones del directivo se ve aumentada por la deserción de las responsabilidades del personal.

Las oposiciones a las que nos tenemos que enfrentar los funcionarios superio-

res nos dan una base magnífica de conocimientos de las materias que debemos tratar. Pero es necesario renovar esas bases con el conocimiento adquirido por la práctica del trabajo y por la formación continua. Y también es fundamental ampliar esas bases con conocimientos de otras áreas y conocimientos generales, además de que se debería potenciar el dominio del inglés y otras lenguas extranjeras, ya que la mayoría de los temas que llevamos los funcionarios superiores, y por supuesto los directivos, se tratan en Bruselas a nivel de la UE.

El otro punto fundamental para el directivo público es la capacidad de dirigir un equipo. Gestionar un equipo de personas, individual y colectivamente con todas las interacciones derivadas, es probablemente una de las tareas más complicadas de un directivo. Para ser un buen directivo no basta tener un dominio de la materia que se trata, eso otorga un estatus de experto. Es necesario además tener unas habilidades sociales que permitan al directivo encauzar el trabajo de las personas a su cargo en la consecución de un objetivo.

En primer lugar, el directivo debe ser capaz de delegar. Primero, porque nadie es capaz de tomar todas y cada una de las



decisiones a las que se enfrenta un departamento ni conocer hasta la última coma del último papel. Si un directivo pretende controlar absolutamente todo, las consecuencias serán funestas: no será capaz de hacerlo bien, de hacerlo a tiempo o de ninguna de las dos. Por otro, el personal debe poder responsabilizarse de su trabajo, debe ser capaz de reconocer su huella, de considerar como propias las labores que realiza, sobre todo a ciertos niveles. En general, a las personas no les gusta ser meras marionetas, les gusta poder imprimir su sello personal en su trabajo. Acaba siendo un incentivo.

Por supuesto, el directivo debe supervisar la labor que se realiza en su área, pero no realizar la labor en sí y mucho menos descendiendo al nivel de cada punto y cada coma. El directivo debe respetar el trabajo y la aportación de cada funcionario. La supervisión debe ser por objetivos y no por tareas. No se debería forzar a que cada funcionario pierda su individualidad por mimetizarse con los gustos del directivo. Se debe permitir una cierta iniciativa personal. Se debe encontrar el difícil equilibrio entre la supervisión y el control del trabajo que se realiza en el centro directivo y el respeto a la individualidad de cada funcionario.

Además, es necesario crear buen ambiente en el departamento. No cuesta nada pedir las cosas por favor ni dar las gracias, pero sorprendentemente, no siempre se hace así. No cuesta nada interesarse por los funcionarios adscritos al departamento, ni hacer una broma de vez en cuando. Y por supuesto, considerar las opiniones de los funcionarios adscritos. No siempre se pueden aplicar esas opiniones, pero simplemente con tomarlas en cuenta se ganan muchos puntos.

Todo ello, eso sí, con transparencia respecto a las ideas e intenciones del directivo. Y siendo firme cuando se debe ser. Ser amable no significa ceder cuando no sea posible ni recomendable.

Y es que estas labores sociales son imprescindibles en la administración pública, mucho más que en el sector privado. En la administración pública, el directivo no siempre puede elegir a los funcionarios adscritos a un centro y es francamente difícil despedirlos incluso por causas muy graves. Tampoco es fácil aplicar medidas disciplinarias. Respecto al sueldo, los directivos apenas tienen control sobre la remuneración de sus funcionarios, salvo la productividad y los funcionarios están organizados en niveles y clases (lo cual no discuto), lo que hace

imposible ascender a muchos de ellos. Es decir, las herramientas de gestión de personal a disposición del directivo público, grosso modo, son muy escasas.

Por eso es fundamental utilizar cualquier otro instrumento para gestionar el personal. Y el más eficaz es la lealtad y la responsabilidad. Porque al final, la mayoría de los funcionarios trabajan por responsabilidad respecto al trabajo y por lealtad respecto a sus superiores, sus compañeros y sus subordinados. El directivo debe ser capaz de generar esa responsabilidad y esa lealtad en base a su autoridad, a su ejemplo y a su capacidad de dirigir un equipo.

LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DIRECTIVO

Hace unos meses, hablando con un periodista sobre la posición de FEDECA respecto a la bajada de sueldo de los funcionarios, me detuve sobre el hecho de que la bajada fuera progresiva. Le planteé una pregunta: “¿se imagina usted a Emilio Botín bajando el sueldo a sus directivos más que a sus trabajadores?”.

Obviamente, la respuesta es no, porque el valor añadido del trabajo de los direc-

tivos es superior al de otros puestos en una organización (por eso precisamente es fundamental escoger correctamente a los directivos, porque pueden hacer mucho bien, pero también mucho mal a la organización). Los directivos diseñan la estrategia de la entidad a la que pertenecen y son los verdaderos gestores de la misma. Cuánto más los directivos públicos, que tienen una enorme responsabilidad, en términos de gestión y de personal, en muchos casos superior a la de directivos en el sector privado. Esta afir-

En consonancia con la situación anterior, pero desde mucho antes, se ha desplomado la valoración del trabajo del funcionario y, por lo tanto, del directivo público, tanto en términos de prestigio social como, por supuesto, en términos salariales.

A pesar de que el panorama descrito no es muy halagüeño, existe una cola muy larga de gente que quiere ser director general (como poco) sin cumplir los requisitos para ello o, precisamente, por no

cumplir estos requisitos, ya no de mérito y capacidad, sino de reserva funcional. Ya en los gobiernos del PP se comenzó a exceptuar la condición de funcionario en algunos nombramientos de altos cargos, pero hemos llegado a límites insospechados en estas dos últimas legislaturas. Hasta se ha nombrado a personas no funcionarias como directores generales en el Ministerio de Administraciones Públicas.

En teoría, los únicos cargos en la administración de perfil netamente político son los ministros y los secretarios de Estado. El resto de altos cargos tiene perfil técnico-político o sólo técnico, aunque la legislación española sólo obliga a que algunos de estos puestos sean ocupados por funcionarios, como director general, y aun así con excepciones (art. 18.2 de la LOFAGE). Como hemos dicho, en los últimos años, se está desvirtuando el carácter técnico de los puestos de altos cargos, primando el perfil político, incluso sin respetar la legislación.

FEDECA lleva años luchando porque se reconozcan los requisitos establecidos por ley, la reserva funcional para los directores generales. En este tiempo, FEDECA ha conseguido que se hayan declarado nulos varios nombramientos pues no se ha cumplido el requisito de reserva funcional y no existía una justificación adecuada para ello. Sin embargo, los diferentes gobiernos han evitado aplicar esas sentencias. Pero en los últimos meses, se han emitido dos sentencias por parte del Tribunal Supremo que suponen un endurecimiento de las condiciones en el nombramiento de altos cargos. Así, en la sentencia de 30 de Septiembre de 2010, el alto tribunal analiza las funciones y competencias del Director General de Atención a las Víctimas del Terrorismo y tras ello afirma en su fundamento jurídico cuarto:

“En el caso de esta concreta Dirección General, sus funciones no permiten considerar correctamente establecida la excepción a la norma general de la condición funcional de su titular porque, pese a su variedad, todas esas funciones, desde el punto de vista formal, exteriorizan cometidos encuadrables en actua-



mación es fácilmente aplicable a los funcionarios (porque en general deberían serlo; ya nos referiremos a esta problemática más adelante) encargados del litoral español, de las cárceles, las cuestiones relativas al cambio climático, los impuestos y tantas otras cosas.

A pesar de la importancia de las labores desempeñadas por los directivos públicos, y por los funcionarios superiores, nos encontramos que no son tratados como directivos, sobre todo los subdirectores, la verdadera columna vertebral de la administración. Los subdirectores cada vez tienen menos poder. Por un lado porque los gabinetes de corte político detentan cada vez más poder. Por otro, porque algunos directivos superiores pueden preferir ponerse de perfil. Las cuestiones técnicas deberían dominar los debates a los niveles a los que nos referimos, pero están siendo sustituidas por cuestiones políticas, de opinión pública y tácticas.

FEDECA ha conseguido que se hayan declarado nulos varios nombramientos pues no se ha cumplido el requisito de reserva funcional y no existía una justificación adecuada para ello. Sin embargo, los diferentes gobiernos han evitado aplicar esas sentencias

ciones propias del normal giro o tráfico administrativo, al traducirse principalmente en desempeños que está referidos a la tramitación de expedientes, la información a los interesados y la relación y colaboración con otros órganos administrativos u otras Administraciones públicas”.

En esta línea, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse en su sentencia de 11 de Noviembre de 2010 sobre este problema afirmando en su fundamento jurídico segundo, tras analizar las funciones de la Dirección General de Coordinación y Administración de los Servicios Periféricos:

“(...) no se alcanza a comprender cómo tales funciones no resultan justificadamente atribuibles a funcionarios de carrera de la propia Administración con títulos académicos que expresa el artículo 18.2 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, teniendo en cuenta, además, la existencia de funcionarios de carrera con suficiente conocimiento de toda la Administración Pública a los que encomendar aquellas funciones mencionadas por el artículo 17 del Real Decreto 1039/2009, relacionadas con las delegaciones y subdelegaciones de Gobierno”.

Es decir, para el Tribunal Supremo hay ciertos puestos en la Administración con carácter puramente administrativo, por lo que ni siquiera es posible encontrar una justificación para la excepción del requisito de funcionario. La definición y competencias del puesto determinan que quien lo detente deba ser funcionario.

Finalmente, quería tratar a otro problema del directivo, en relación a la primera parte de este artículo, la formación continua del directivo. El directivo público necesita asistir a cursos que garanticen una formación continua en la materia en la que trabaja, incluyendo idiomas, pero también en la gestión de equipos. Y esa formación apenas existe, sobre todo la segunda.

El panorama es bastante desalentador, salvo honrosas excepciones, especialmente en lo referido a la gestión de perso-

nal. Los cursos ofrecidos a los funcionarios son muy generalistas o muy básicos y normalmente diseñados para funcionarios que no sean superiores ni mucho menos directivos. Por cuestiones inexplicables, se ha excluido a los funcionarios superiores y a los directivos públicos de la formación continua, cuando es absolutamente necesaria para el buen funcionamiento de la Administración. Algunos órganos están haciendo un esfuerzo, pero con carácter individual. Falta una estrategia y, sobre todo, fondos que se usen ade-

cuadamente a las verdaderas necesidades de la administración. Para muestra un botón: hace unos años estaba destinado en un departamento encargado de relaciones internacionales y en nuestro ministerio se ofrecieron unos cursos de inglés. Tras realizar la prueba, los organizadores me señalaron que los cursos que se impartirían estaban destinados a niveles iniciales y no a otros. El resultado es que la persona que llevaba las relaciones internacionales no pudo recibir un curso de inglés, mientras los administrativos sí pudieron.



La aplicación de una política determinada no debe ir en contra del respeto a las cuestiones técnicas en cada área de la administración y a veces somos nosotros mismos los que ayudamos a difuminar una frontera entre ellas que debe existir

A pesar de la última parte tan pesimista de este artículo, los funcionarios superiores podemos ser optimistas, pero sólo si se cumplen unas condiciones. Es cierto que legalmente somos los llamados naturalmente a ocupar los puestos de directivo público, pero también debemos serlo en la práctica. Para ello, partiendo de la base de nuestras oposiciones, debemos reforzar nuestra formación (ya sea a cargo de la administración o por nuestra cuenta) en las materias de trabajo, en idiomas y en la gestión de equipos. A través de estas iniciativas potenciamos la valoración del mérito y la capacidad. Pero también debemos intentar mantener en todo momento el carácter técnico de nuestros puestos. La aplicación de una política determinada no debe ir en contra del respeto a las cuestiones técnicas en cada área de la administración y a veces somos nosotros mismos los que ayudamos a difuminar una frontera entre ellas que debe existir. ■

IE Law School

CÁTEDRA JOSÉ MARÍA CERVELLÓ

UNA APUESTA POR LA ÉTICA PROFESIONAL, LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA ABOGACÍA Y LA BÚSQUEDA DEL TALENTO

Juan José Torres-Fdez. Nieto, Adolfo Menéndez Menéndez y Carlos López Blanco | Abogados del Estado

La Cátedra José María Cervelló de IE Law School nace en 2004 para honrar la figura de José María Cervelló, profesor de dicha institución desde 1979 hasta su fallecimiento en 2008, miembro del Consejo Rector y Presidente del Consejo Asesor de los Master de Asesoría Jurídica y Fiscal del Instituto de Empresa.

José María Cervelló nació en Cádiz en 1947, se licenció en Derecho ingresando en 1975 en el cuerpo de Abogados del Estado. En 1985 dejó la jefatura de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones y se fue de socio al despacho Erns & Young, donde estuvo hasta 2002. Durante muchos años también fue preparador de oposiciones al cuerpo de Abogados del Estado. Igualmente, fue diputado de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde 2001 hasta 2004.

Además, José María era un apasionado del arte, por eso simultaneó su actividad profesional con el estudio del arte, licenciándose en Historia del Arte, y doctorándose con máxima calificación, en 2001 con la tesis doctoral: “Gaspar Gutiérrez de los Ríos y su noticia general para la estimación de las artes”, que fue presentada en el Museo del Prado, de cuya

Asociación de Amigos fue Patrono desde 1994. Bibliófilo, José María reunió una extensa colección de libros, documentos y grabados (más de 2000 piezas anteriores al siglo XIX), parte de los cuales pueden disfrutarse en la Biblioteca del Museo del Prado (<http://www.museodelprado.es/enciclopedia/enciclopedia-online/voz/cervello-grande-jose-maria/>).

“La Cátedra José María Cervelló fue fundada por él mismo con una finalidad clara: buscar y conseguir el talento allí donde se encontrase, procurando medios económicos a través de un sistema de becas, para independizar del dinero el acceso del talento a la abogacía”

En su actividad docente fue, sobre todo, creador y profesor de Política de Asesoría y Ética Profesional, que hoy forma parte de la actividad docente de la Cátedra. De José María puede decirse, en palabras de Diego del Álcazar Silvela (Presidente del Instituto de Empresa) que, fue un “hombre “universal” en el sentido renacentista de la palabra. Interesado no solo por el mundo del Derecho, sino también por la Filosofía, por la Arquitectura, por la Pintura, en definitiva, por el Arte en todas sus manifestaciones”.

La Cátedra José María Cervelló fue fundada por él mismo con una finalidad clara: buscar y conseguir el talento allí donde se encontrase, procurando medios económicos a través de un sistema de becas, para independizar del dinero el acceso del talento a la abogacía. A dicho fin se estableció un sistema de becas para cursar los distintos programas de formación que imparte el IE Law School. Asimismo, se busca también el fomento de la investigación en los distintos aspectos relacionados con el ejercicio de la abogacía, sobre la regulación de la misma y sobre los aspectos de su ética profesional.

Desde el inicio hasta ahora, al frente de la Cátedra, están tres Abogados del Estado, designados por José María que



son, Adolfo Menéndez Menéndez, Juan José Torres-Fdez. Nieto y Carlos López Blanco. En el pasado 2010, se ha incorporado a la Cátedra, con el objetivo claro de potenciar su presencia social, la Directora de la misma, Pilar Galeote.

En el ámbito de la investigación, una de las actividades más importantes llevadas a cabo por la Cátedra es la organización y el otorgamiento del premio anual José María Cervelló patrocinado por la Cátedra en colaboración con el despacho Ramón Hermosilla & Gutiérrez de la Roza. El objetivo del premio es el fomento de la investigación jurídica relacionada con la “abogacía de los negocios”. Como todas las actividades de la Cátedra están orientadas a ese fin principal y fundacional: servir a una igualdad real de oportunidades, becando el acceso a los programas jurídicos y fiscales de IE Law School para estudiantes brillantes que requieran esa ayuda. Las características de este premio anual son: una dotación de 30.000 euros de los que 10.000 euros se entregan al premiado y 20.000 euros se ceden a la cátedra José María Cervelló para destinarlo a su programa de becas para la realización de programas jurídicos y fiscales de IE Law School. En las cuatro ediciones anteriores del Premio, los temas elegidos han sido de derecho mercantil y derecho administrativo y

se ha contado con la Presidencia de los Catedráticos de Derecho Mercantil Juan Luis Iglesias y de Derecho Administrativo Tomás Ramón Fernández. En la quinta edición convocada en 2010 para el año 2001, el premio, cuenta con la presidencia del Magistrado del Tribunal Supremo D. Juan Ruíz Saavedra, Presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y tiene como tema: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: artículos 31, 31 bis y 33 del CP. Problemas y soluciones”.

“En aras a que la Cátedra siga fiel al objetivo marcado por su fundador, en la actualidad ha iniciado un programa de donaciones dirigido tanto a profesores, alumnos, antiguos alumnos como a cualquier interesado”

La Cátedra también organiza otras actividades de investigación y difusión del derecho (conferencias, seminarios, working papers, publicaciones etc), y se mantiene el contacto con todos sus becados, premiados, antiguos alumnos del IE Law School, y, en general, con todo aquel que se quiere acercar, ya sea a través de su web: <http://catedracervello.ie.edu> como a través de su blog: <http://cervello.blogs.ie.edu>.

En aras a que la Cátedra siga fiel al objetivo marcado por su fundador, en la actualidad ha iniciado un programa de donaciones dirigido tanto a profesores, alumnos, antiguos alumnos como a cualquier interesado. Toda la información sobre este programa se encuentra en <http://catedracervello.ie.edu>.

Desde aquí queremos invitar a todos los Abogados del Estado a participar con las actividades de la Cátedra en cualquiera de los aspectos comentados, siendo un honor para nosotros que la Revista de la Asociación de Abogados del Estado nos haya ofrecido este espacio, a cuyos efectos queremos dejar constancia de nuestro agradecimiento a dicha Asociación a través de su Presidente, Edmundo Bal y del miembro del Consejo, Antonio Botella. ■

Un Abogado del Estado camino de los altares Ángel Herrera Oria

José María Legorburu | Secretario de Comunicación de la ACdP y Profesor de la Universidad CEU San Pablo

Recientemente, el 14 de diciembre de 2010, el cardenal Rouco Varela daba por cerrada en el aula magna de la Universidad CEU San Pablo la fase diocesana de la Causa de Canonización del siervo de Dios Ángel Herrera Oria, Abogado del Estado, periodista y cardenal. Con el envío a la Santa Sede de la documentación, concluye la primera parte de un proceso abierto catorce años atrás por el arzobispo de Madrid y promovido por la Asociación Católica de Propagandistas (ACdP) y el CEU, el Obispado de Málaga y la Fundación Pablo VI.

A pesar de la trascendencia de su vida y obras, la figura de Herrera Oria (Santander, 1886 – Madrid, 1968) es muy poco conocida. Hoy en día es recordado, sobre todo, por sus etapas de obispo de Málaga y cardenal de la Iglesia, en las que llevo a cabo una destacada labor social en la diócesis malacitana. Puso en marcha doscientas cincuenta escuelas-capilla rurales con las que se redujo drásticamente el analfabetismo en la provincia y promovió la construcción de distintas barriadas para obreros y gente del campo. También contribuyó a la Ley de Prensa, fundó la Escuela de Periodismo de la Iglesia, la Escuela de Ciudadanía Cristiana, el Instituto Social León XIII, el Colegio Mayor Pío XII y contribuyó a la puesta en marcha de la Biblioteca de Autores Cristianos (BAC).

Previamente, había desarrollado una fructífera labor como seglar en distintos campos, desde que fue elegido presidente de la ACdP el 3 de diciembre de 1909: la política, el periodismo, la educación y la acción social. En la política,

promovió la Unión Patriótica durante la Dictadura de Primo de Rivera, presidió inicialmente la Acción Popular de la que surgió la CEDA en la II República y durante el régimen de Franco contribuyó a la formación de los futuros integrantes de la democracia cristiana. Toda esta acción la llevó a cabo siendo director del diario El Debate, primera piedra de lo que fue la Editorial Católica (EDICA), integrada por los periódicos Ya, La Verdad de Murcia, Ideal de Granada,

“El 21 de mayo de 1965, Con motivo de su elevación al cardenato, el Cuerpo de Abogados del Estado rindió un cariñoso homenaje a don Ángel en la sede del Instituto Social León XIII”

Hoy de Badajoz y El Ideal Gallego de A Coruña; la agencia Logos y la Escuela de Periodismo de El Debate (1926), la primera en la historia de España y precedente de las actuales facultades de Comunicación.

En lo referido a la Educación, en el año 1933 fundó el Centro de Estudios Universitarios (CEU), entidad promotora, en la actualidad, de tres universi-

dades privadas –San Pablo en Madrid, Cardenal Herrera en Valencia y Abat Oliba en Barcelona–, nueve colegios y otros centros de formación superior, profesional y de postgrado, en los que estudian cerca de 30.000 niños y jóvenes. La Acción Social también fue uno de sus campos de actuación, con la creación de la Confederación Nacional Católica Agraria (CNCA), la Juventud Católica Española (JCE) y el Instituto Social Obrero (ISO). También fue presidente de la Acción Católica Española.

UN CARDENAL “DOSVECES” ABOGADO DEL ESTADO

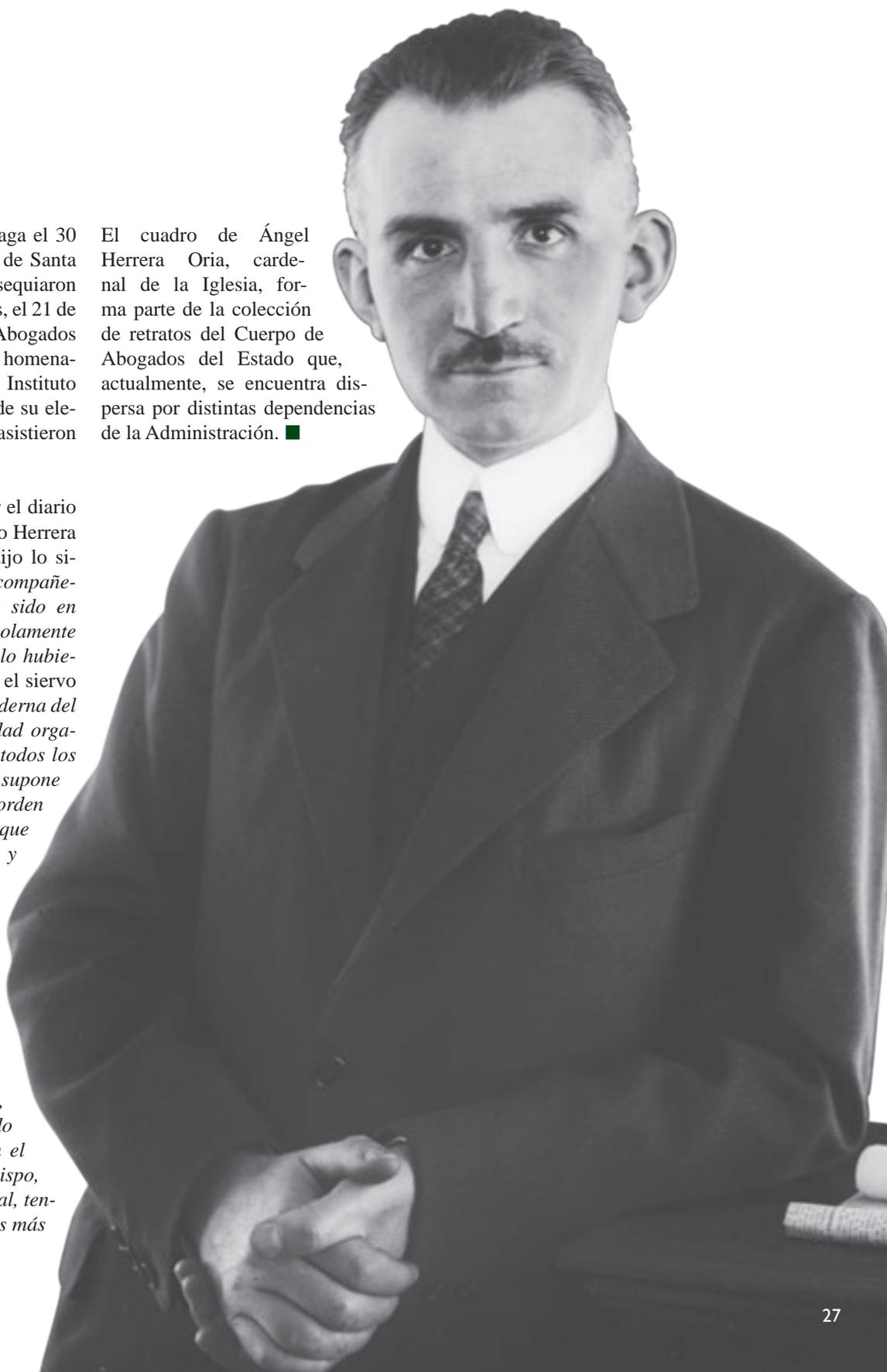
Sin duda, todo este enorme conjunto de obras y tareas fue fruto de su profunda espiritualidad y su vocación apostólica, pero también de su gran conciencia social y de una sólida formación jurídica. Tras estudiar Bachillerato en el Colegio de San José de Valladolid, comenzó la carrera de Derecho en la Universidad de esta ciudad y la terminó en la de Deusto, con excelentes calificaciones. Poco después, el 13 de febrero de 1908, ingresó con el número tres de su promoción en el Cuerpo de Abogados del Estado. Durante ocho meses estuvo destinado en la oficina de Burgos y, tras pedir una excedencia, se doctoró en Derecho por la Universidad Central de Madrid. Ya no volvería a ejercer, como explicó Jesualdo Domínguez-Alcahud en el número 3 de esta revista (octubre-diciembre de 2003).

Pero el hecho de que dejase el Cuerpo tan pronto, no le alejó de sus compañeros Abogados del Estado. De hecho, cuando

fue consagrado obispo de Málaga el 30 de junio de 1947 en la Iglesia de Santa Lucía de Santander, estos le obsequiaron con su anillo episcopal. Además, el 21 de mayo de 1965 el Cuerpo de Abogados del Estado rindió un cariñoso homenaje a don Ángel en la sede del Instituto Social León XIII, con motivo de su elevación al Cardenalato, al que asistieron 160 compañeros.

Según la crónica publicada por el diario Ya, al término del acto intervino Herrera Oria, que, entre otras cosas, dijo lo siguiente: *“queridos amigos y compañeros, es curioso que habiendo sido en ejercicio Abogado del Estado solamente ocho meses, lo siento como si lo hubiera sido muchos años”*. Añadió el siervo de Dios que *“la concepción moderna del Estado es la de toda la sociedad organizada para el bien común de todos los ciudadanos. Bien común que supone tres aspectos: orden público, orden jurídico y un orden económico que eleve las condiciones de vida y redistribuya la renta nacional. En este último sentido, al velar los Abogados del Estado por que los ciudadanos cumplan con sus deberes sociales, son abogados de los pobres, pues la redistribución de la renta nacional ha de tener especial sensibilidad a favor de los más necesitados. Por eso, yo me siento dos veces Abogado del Estado; por mi ingreso en el Cuerpo y por mi calidad de obispo, ya que amando a todos por igual, tengo especial predilección por los más débiles”*.

El cuadro de Ángel Herrera Oria, cardenal de la Iglesia, forma parte de la colección de retratos del Cuerpo de Abogados del Estado que, actualmente, se encuentra dispersa por distintas dependencias de la Administración. ■



La descolonización del Sahara

Por Antonio Carro Martínez

Nota del Consejo Editorial: El texto que a continuación reproducimos con motivo del 35 Aniversario de los Acuerdos de Madrid, adquiere mayor relevancia con los sucesos ocurridos en El Aaiun durante el pasado mes de noviembre. Fue publicado originalmente en el nº 144 de la Revista de Política Internacional (marzo – abril 1976). Su autor, D. Antonio Carro, a quien agradecemos su autorización para la publicación de estas páginas, ha sido Letrado del Consejo de Estado, Ministro de la Presidencia del 3 de enero de 1974 al 12 de diciembre de 1975, diputado en la Legislatura Constituyente de España y en cuatro legislaturas por la provincia de Lugo. Durante su periodo como Ministro de la Presidencia jugó un importante papel en el desarrollo de los acontecimientos que significaron la culminación del proceso de descolonización y la retirada de España de los territorios del Sahara.

INTRODUCCIÓN

Hace algún tiempo –no demasiado– mi pensamiento y mi preocupación sería la intelectual propia de un hombre de estudio, que trataría de aportar sus investigaciones y sus conclusiones sobre la descolonización del Sahara.

Pero el azar ha querido que yo haya sido sujeto activo y con ciertas responsabilidades en el reciente proceso descolonizador del Sahara. Mi testimonio no va a ser, pues, el de un puro investigador, sino más bien el de un testigo que ha vivido intensamente el problema.

La tesis central de este trabajo es que la descolonización del Sahara se ha venido llevando a efecto en condiciones muy favorables para España; casi me atrevería a decir, en condiciones milagrosamente favorables.

Recordemos que la descolonización protagonizada por Alemania e Italia fue una

parte del coste de la derrota de dos guerras mundiales. La descolonización francesa –que se hizo inteligentemente– costó muchos muertos a Francia, y, en definitiva, la sustitución de la IV República por la V República de De Gaulle. La descolonización portuguesa –que se hizo en forma retardada y torpe– fue origen de la descomposición del ejército portugués y de las tremendas dificultades interiores que actualmente vive Portugal. Hasta la serenísima Inglaterra se ve azotada por una crisis económica y social que tiene su origen y explicación en la descolonización; que se llevó inteligentemente, pero que ha resultado a un coste social y político inmenso.

Excusado es decir que la descolonización a España (y ahora me estoy refiriendo a la gran descolonización de América y Filipinas) también nos resultó costosísima. Casi un siglo, el último siglo de la historia de España, es una frustración de todo orden, motivada por la descolonización.

Puede que resulte desproporcionado traer a colación los grandes procesos de descolonización y pretender obtener consecuencias referidas a la descolonización del Sahara, que es un problema minúsculo comparado con aquéllos.

Sin embargo, hay que convenir que toda descolonización es sumamente compleja, con independencia del territorio a descolonizar, y de que éste sea grande o chico. Es más, los riesgos que ha tenido que soportar España en estos últimos meses como consecuencia del proceso descolonizador del Sahara han sido inmensos. Desde la guerra abierta, pasando por todo tipo de enfrentamientos físicos, económicos y culturales; todo ello ha sido posible y, sin embargo, todo se ha salvado, y a estas alturas podemos afirmar que los riesgos más graves han desaparecido.

No quiere esto decir que todo haya sido satisfactorio. Es preocupante el porvenir de la población saharauí, su destino y hasta su integridad. Es preocupante la



Safi
Marrakech

Sidi Ifni

Fom e
Hasso

Tind

El Aaiún

(claimed by
Morocco)

Agmar

Zug

Atar

Merife

Merife
almas
anaria

ERN

khla

IARA

as

Dio

Es preocupante el porvenir de la población saharauí, su destino y hasta su integridad. Es preocupante la comunidad internacional y la manifiesta incapacidad de que ha dado muestras. Es preocupante el propio proceso descolonizador del Sahara, que aún no se puede considerar acabado



comunidad internacional y la manifiesta incapacidad de que ha dado muestras. Es preocupante el propio proceso descolonizador del Sahara, que aún no se puede considerar acabado.

Pero lo que ya no es preocupante –afortunadamente ha dejado de serlo para siempre– es que la descolonización del Sahara produzca en España efectos catastróficos (que pudo producir), ni siquiera efectos relevantes.

El peligro, el riesgo, una vez superado, se olvida fácilmente; pero quien lo ha vivido y conocido con tanta intensidad, no puede por menos que recordarlo en estos momentos para poner de relieve el resultado favorabilísimo que para España ha tenido el proceso descolonizador.

Hay que referirse en pasado al proceso descolonizador, porque para España dicho proceso ha terminado prácticamente con la salida del Gobernador español del territorio el 29 de febrero de 1976.

Es verdaderamente lamentable que no se pueda afirmar lo mismo a nivel internacional, porque es previsible que, desgraciadamente, el Sahara siga siendo tema polémico y zona de enfrentamientos. Y espero que el Sahara no pase a ser en el futuro un nuevo Vietnam, como al parecer pretenden algunas partes interesadas.

Pero no es mi cuestión tratar del futuro del Sahara. Muy al contrario, sólo se pretende dar una interpretación a los sucesos recientes que han protagonizado el proceso descolonizador del territorio.

Estos hechos han sido muchos y de muy diversa naturaleza; por eso resulta conveniente agruparlos con una cierta sistemática.

Creo que son tres los ángulos o puntos de vista desde los que pueden y deben ser examinados los hechos que han dado por resultado la descolonización del Sahara. Estas tres ópticas diferentes son:

la española, la saharauí y la de la comunidad internacional. A las tres nos vamos a referir seguidamente, y así podremos al final lograr un perfil de la descolonización que, desde luego, no será unilateral, aunque es evidente que los sentimientos y la información de este escrito son claramente españoles.

LA ETAPA COLONIAL

El Sahara ha vivido sucesivamente cinco etapas distintas en torno a su proceso descolonizador. Son: la etapa colonial, la asimilista, la autonomista, la independentista y, en fin, la retirada unilateral.

Estas etapas se suceden, y a veces se superponen, a través de los hechos y decisiones políticas que han servido de soporte a la tarea española en el Sahara.

La etapa colonial es la primera y más extensa en el tiempo. Dura desde finales del siglo XIX hasta la década de 1950-60. La gestión española en el Sahara estu-

vo encomendada a la Dirección General de Marruecos y Colonias. Este nombre (Dirección General de Marruecos y Colonias) demuestra claramente el espíritu colonial predominante en la época. El mando y la presencia española en el territorio era fundamentalmente militar, y su objetivo primordial era el prestigio colonial.

Hacia la segunda mitad de nuestro siglo arraiga fuertemente la idea descolonizadora en el mundo, y muy especialmente en las Naciones Unidas, de reciente aparición, después de finalizada la II Guerra Mundial. La gran descolonización británica se realiza por entonces. La otra gran potencia colonial, Francia, también descoloniza, y muy especialmente en África surgen, hacia 1960, toda una serie de nuevos Estados independientes, que eran fruto de la descolonización. España no podía vivir aisladamente y de espaldas a este fenómeno, máxime cuando nuestros destinos estaban ligados a los de Francia en el Protectorado marroquí.

ETAPA ASIMILISTA

España pudo entonces alinearse en las corrientes descolonizadoras predominantes, pero no lo hizo. Y no lo hizo porque los territorios que le quedaban en África eran lo suficientemente pequeños

y poco conflictivos como para dar excesivas preocupaciones. Es decir, la inercia predominó en el destino que se previó para Guinea, Ifni y Sahara. Quizá también se valoró la circunstancia de que estos territorios difícilmente tenían salida autodeterminista como Estados independientes. Tenía, pues, cierta lógica la adopción de un compás de prudente espera. Pero España no adoptó esta actitud. España no se limitó a dar tiempo al tiempo, sino que se comprometió en una aventura “asimilista” que, afortunadamente, tuvo mucho más efecto formal y legal que práctico y real.

Interesa recordar que en 1956 se produce la independencia de Marruecos. Por otra parte resultaba internacionalmente raro seguir considerando colonias al Sahara y demás territorios que dominábamos en África. Quizá lo más prudente hubiera sido considerarlos territorios simplemente o territorios no autónomos, de conformidad con la terminología usual en la ONU. Pero la decisión gubernamental fue muy comprometida. Siguiendo el equivocado ejemplo de Salazar en Portugal, patrocinamos las tesis asimilistas, y el Sahara recibió la consideración jurídica de provincia española.

Esta etapa está jalonada por las siguientes circunstancias. El Decreto de 21 de

agosto de 1956 sustituye a la Dirección General de Marruecos y Colonias, por la Dirección General de Plazas y Provincias Africanas. La provincia del Sahara es creada por Decreto de 10 de enero de 1958, y tres años más tarde se reafirma la tesis provincializadora o asimilista por la Ley de 19 de abril de 1961.

La idea provincializadora nunca tuvo gran solidez, a pesar de los instrumentos jurídicos de máximo rango que la reconocían. Esta afirmación se basa en los siguientes hechos:

El Ministerio español de Asuntos Exteriores nunca fue un convencido de la tesis asimilista. Más bien al contrario, nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores estuvo muy atento a los criterios y normativa internacional. Y como la Carta constitutiva de la ONU tipifica a los territorios no autónomos (art. 73), y la Resolución 1541 de la propia ONU (15 de diciembre de 1960) definió a dichos territorios como “los separados geográficamente del país que lo administra y étnica y culturalmente distinto del mismo”, resulta que nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores ha venido considerando al Sahara, desde el punto de vista internacional, no como una provincia, sino como un verdadero territorio no autónomo sobre el cual se ha venido infor-



“ España pudo alinearse en las corrientes descolonizadoras predominantes, pero no lo hizo. Y no lo hizo porque los territorios que le quedaban en África eran lo suficientemente pequeños y poco conflictivos como para dar excesivas preocupaciones ”

mando anualmente a la ONU en cumplimiento precisamente de los mandatos exteriores al respecto¹.

Por otra parte, nuestras Leyes Fundamentales determinan lógicamente la integridad y la intangibilidad del territorio nacional (IV de los Principios Fundamentales). Pero ninguna ley, ni siquiera la Ley de 19 de abril de 1961, que creó la provincia del Sahara, osó jamás incorporarla al territorio nacional, de manera que es preciso reconocer que el Sahara gozó ciertamente de un Estatuto provincial muy *sui generis*. Así lo reconoció expresamente el Consejo de Estado respecto a Guinea e Ifni (que gozaron de Estatuto similar al Sahara), al afirmar que la calificación legal de provincia a dichos territorios se trata de un mero medio instrumental de organización administrativa, pero que en forma alguna puede admitirse que las antiguas colonias españolas hayan formado jamás parte integrante del territorio nacional (dictámenes del Consejo de Estado de 20 de junio de 1968 y de 7 de noviembre de 1968, respectivamente).

“Pero ninguna ley, ni siquiera la Ley de 19 de abril de 1961, que creó la provincia del Sahara, osó jamás incorporarla al territorio nacional, de manera que es preciso reconocer que el Sahara gozó ciertamente de un Estatuto provincial muy ‘sui generis’”

Otro dato significativo es que los naturales del Sahara han tenido una cierta equiparación a la nacionalidad española; pero ellos nunca se han considerado de hecho españoles, y jurídicamente jamás se produjo una asimilación plena. Esto se prueba por el hecho de que los saharauis nunca gozaron de los derechos contenidos en el Fuero de los Españoles; ni se han considerado católicos; ni han tenido el derecho político de voto como los españoles; ni han aceptado plenamente el matrimonio monógamo. Sus leyes penales son distintas. En fin, el ordenamiento jurídico español rigió excepcionalmente en el Sahara; sólo en los raros casos en que el Boletín Oficial específicamente editado en el Sahara incluía alguna de las leyes o normas de la metrópoli peninsular.

Otras muchas consideraciones podrían ser añadidas. Tales como que en el Sahara el poder civil y el poder militar se mostraban confundidos, a diferencia de lo que ocurría en España; que la organización administrativa del Sahara diferiría radicalmente de la de cualquier provincia española; que el sistema tributario

y presupuestario era distinto; que siendo el Sahara mayor que la suma de 25 provincias españolas, no obstante, sólo tenía dos municipios: los de El Aaiún y de Villa Cisneros, etc.

Todos estos datos demuestran que, si bien la etapa asimilista o provincializadora existió, no pasó de ser un intento formulario y formalista, con escaso eco en la praxis, y con ninguna simpatía por parte de nuestros Organismos encargados de los negocios internacionales, que, al fin, lograron imponer el criterio autonomista, que en realidad nunca estuvo ausente de las concepciones políticas y jurídicas que España mantuvo siempre sobre el Sahara.

ETAPA AUTONOMISTA

La tesis autonomista se fue perfilando a lo largo de los últimos años a través de una serie de hitos de singular importancia. El Decreto de 11 de mayo de 1967 crea la Yemaá, que es una especie de Parlamento, o Asamblea General, integrada por un centenar de *chuijs* y nota-



bles del Sahara; alguien llegó a afirmar que esta novedad supuso una renuncia tácita a la calificación del Sahara como provincia española.

Buena prueba de ello, y sobre todo de que se habían superado los intentos asimilistas, es el Decreto de 5 de diciembre de 1969, que crea la Dirección General de Promoción del Sahara, dando una nueva orientación y alcance a lo que hasta entonces había sido la Dirección General de Plazas y *Provincias Africanas*.

Más recientemente la intención autonomista resulta evidente a través de una serie de documentos poco conocidos, pero que revelan una indubitada orientación hacia la independencia del Sahara.

A principios de 1973 (el 20 de febrero de 1973), la Yemaá eleva una respetuosa petición al Caudillo en sentido autonomista. Meses más tarde, Franco dirige a la Yemaá un mensaje (carta de 21 de septiembre de 1973) que es un documento histórico de notable importancia, y en el que se ofrece al pueblo saharauí un Estatuto de auto-

mía que debería ser elaborado con arreglo a ciertos principios por la Yemaá y que ulteriormente debería ser sancionado por ley. También afirmaba dicha carta que la referida etapa de autonomía era un paso hacia la autodeterminación, que sería reconocida cuando fuese solicitada libremente por el pueblo saharauí.

Este documento, verdaderamente clave y del que existe copia en la Secretaría de la ONU, fue aprobado por unanimidad en Sesión de la Yemaá de 13 de noviembre de 1973².

Seguidamente comenzó a elaborarse el proyecto de Estatuto, que en la primavera de 1974 queda ultimado. Se trataba de un texto de 24 artículos, una disposición transitoria y una final. En él se aceptaba la tesis del artículo 73 de la Carta de la ONU y se definía al Sahara no como un territorio de soberanía española, sino como un “territorio administrado” por España. Asimismo se aludía expresamente al principio de la autodeterminación como final obligado a la etapa de autonomía que se regulaba en dicho

Estatuto. Y, en fin, en el texto se perseguía un régimen diárquico entre autoridades españolas y saharauí, a través de un Gobernador General, una Asamblea General, un Consejo de Gobierno y una Justicia cheránica. Se trataba en el fondo de un verdadero texto constitucional³.

En el mes de mayo de 1974, Franco aprueba verbalmente el proyectado texto de autonomía. A mí me cupo el honor de despachar dicho asunto. Fue un despacho largo, en el que Franco, con un excepcional conocimiento de los hábitos del pueblo saharauí, introdujo personalmente varias modificaciones que, incluso jurídicamente, mejoraron el texto.

Este proyecto de Estatuto de autonomía es enviado al Sahara para que sea estudiado y aprobado por la Yemaá, lo que se realiza en sesión solemne el 4 de julio de 1974, a la vez que se acuerda su devolución a Madrid para la sanción del Jefe del Estado⁴. Repito que esto ocurría el 4 de julio y se recordará que cinco días más tarde, exactamente el 9 de julio de 1974, se produce la iniciación del proceso trombo-flebitico que padeció Franco y que le obligó a internarse en un hospital y a ceder temporalmente la Jefatura del Estado al Príncipe de España hasta el mes de septiembre.

Cito con todo rigor estos datos, que son la causa explicativa de por qué el Estatuto de autonomía nunca fue Ley. Aunque debo añadir que otras circunstancias concurrentes entorpecieron también el proceso. Estas circunstancias hay que personificarlas en Marruecos, que, conocedor e informado del proyectado Estatuto de autonomía, presentó en toda regla una ofensiva reivindicatoria de gran envergadura. Primero fue a nivel de Cancillerías. Después, de solidaridad de todo el mundo árabe. En fin, cuando se produjo la primera enfermedad de Franco en 1974, que se recordará fue muy grave y crítica, Marruecos promovió una movilización general que España no pudo ignorar y que, en ciertas fechas del verano de 1974, se presentó con riesgo cierto de intervención armada que obligó a la reconsideración total del tema.

La conclusión es que el Estatuto de autonomía quedó *non nato*, entre otras razo-

En él se aceptaba la tesis del artículo 73 de la Carta de la ONU y se definía al Sahara no como un territorio de soberanía española, sino como un “territorio administrado” por España. Asimismo se aludía expresamente al principio de la autodeterminación como final obligado a la etapa de autonomía que se regulaba en dicho Estatuto



nes, porque los sucesos se precipitaban y quemaban las etapas. El Estatuto de autonomía, que posiblemente hubiera sido útil unos meses o unos años antes, había envejecido antes de nacer. Concretamente el Gobierno, en su reunión de 30 de enero de 1975, acordó no proseguir en la tesis del proyectado Estatuto, a la vez que aplazaba el referéndum anunciado para el primer semestre de ese año, y todo ello a petición de la ONU.

Agotadas las etapas de colonialismo, la de asimilación y la de autonomía, sólo quedaban las alternativas de autodeterminación y la de la retirada unilateral.

ETAPA INDEPENDENTISTA

La tesis de la autodeterminación era la preconizada por las resoluciones de la ONU, que desde 1960, año tras año, venían insistiendo en lo mismo. Estas resoluciones habían tenido también el voto favorable de todo el mundo árabe, y muy especialmente el voto de los tres países limítrofes, Marruecos, Argelia y Mauritania.

Pronto se descubriría que estas votaciones no eran francas o, al menos, no revelaban cuanto había en el fondo del tema. Porque lo que quedó claro es que la votación del mundo árabe era unánime en lo que suponía actitud crítica hacia España. En definitiva, todos los árabes estaban de acuerdo en que el pueblo saharauí era uno de ellos, y que España no debía prolongar por más tiempo su dominio. Consiguientemente era sentimiento unánime que España saliese del territorio. El vicepresidente de Libia, Jalud, en la visita oficial que hizo a Madrid en la primavera de 1974, pidió nuestra retirada del Sahara con una rudeza tan simplista que pretendía materializarla en veinticuatro horas. Con menos urgencia, pero no con menos intensidad, hizo análoga petición el vicepresidente del Irak, y, en general, cuantos dirigentes del mundo árabe tuvieron relación directa con las autoridades españolas en los últimos dos años.

España quiso conjugar los intereses en juego, y pretendió que el mundo árabe resolviera precisamente las dificultades propiamente árabes. España intentó la mediación de varios dirigentes árabes.

“No me puedo recatar de decir que el mundo árabe ‘in genere’ no solamente no ayudó en nada a la solución del problema, sino que contribuyó más bien a enredarlo y dificultarlo con amenazas y provocaciones de todo orden”

A este respecto recuerdo curiosamente que cuando, hace un año, el general Arozamena descendía en el aeropuerto de Riad para tratar con el Rey de la Arabia Saudita, que se había ofrecido a esta tarea de mediación, se enteró de que el Rey acababa de ser asesinado esa misma mañana. En fin, España, a pesar de sus excelentes relaciones tradicionales con el mundo árabe, no pudo obtener de este sector más que apremios para abandonar el territorio, importándoles muy poco la fórmula ulterior que se aplicaría al mismo. España fue muy consciente de este frente común que formaba el mundo árabe, siendo curioso subrayar que en este frente estaban alineados también Marruecos y Argelia.

Realmente España tuvo que ponderar la amenaza que suponía la solidaridad de todas las fuerzas del mundo árabe, tanto desde el punto de vista económico, ante una prevista congelación de los envíos petrolíferos, como desde el punto de vista militar, ante un rápido trasvase de la aviación y demás fuerzas armadas a los

árabes de la zona. No me puedo recatar de decir que el mundo árabe *in genere* no solamente no ayudó en nada a la solución del problema, sino que contribuyó más bien a enredarlo y dificultarlo con amenazas y provocaciones de todo orden.

España tenía necesidad de romper este frente árabe solidario. Para ello optó decididamente por la tesis recomendada por la ONU de la autodeterminación, y, en efecto, España anunció solemnemente en el mes de agosto de 1974 la decisión de celebrar un referéndum de autodeterminación en el territorio del Sahara antes del 31 de mayo de 1975. Esta decisión rompió la solidaridad del frente árabe, puesto que si bien Argelia aplaudió la decisión española, muy al contrario Marruecos estimó dicha decisión contraria a sus deseos anexionistas.

Parecía que el tema era ya cosa resuelta y que a España le bastaba con que en la Asamblea General de la ONU se aprobase la decisión de autodeterminación y se fijase definitivamente la fecha del





“ España, a pesar de sus excelentes relaciones tradicionales con el mundo árabe, no pudo obtener de este sector más que apremios para abandonar el territorio, importándoles muy poco la fórmula ulterior que se aplicaría al mismo ”

referéndum en el Sahara. Pero la avisada imaginación del Rey Hassan provocó un incidente dilatorio de singular efecto. Fue su petición de dictamen consultivo al Tribunal Internacional de La Haya sobre cuestiones de dominio histórico en el Sahara⁵. Inexplicablemente, la Asamblea General de la ONU votó en favor de esta incidencia retardatoria y nos rogó a los españoles que aplazáramos el referéndum hasta que se pronunciase el Tribunal de La Haya⁶. Esta votación incidental va a dificultar, por no decir imposibilitar, la tesis de la autodeterminación, por la que la ONU venía trabajando desde hacía tantos años. Pero España aceptó la nueva situación con cierta tranquilidad, pues había logrado romper la solidaridad del mundo árabe. En efecto, Argelia y Marruecos jugarán desde entonces un papel de acusadísima divergencia en todo el problema.

Marruecos, por su parte, no ha cesado de intentar bilateralizar el problema con España. A este efecto se han encaminado todos sus esfuerzos con unas secuencias

de ofensivas diplomáticas internacionales a través de Cancillerías para obtener ciertas bazas de convencimiento. Asimismo ha infiltrado en el territorio a informadores, propagandistas y comandos de todo orden. Ha utilizado de todos los medios posibles para atraer a su causa sectores de población saharauí, a cuyo respecto conviene recordar los pasos dados hacia Marruecos por Halihenna (secretario del PUNS) y del Hatri (presidente de la Yemaá). Incluso concentró importantes fuerzas armadas en la frontera que en varias ocasiones España tuvo que interpretar como signo claramente amenazador.

Argelia mantuvo una apariencia de desinterés porque, en definitiva, la decisión española de ir al referéndum representaba el triunfo de su tesis y le daba la oportunidad de pensar en un Estado afín a través del F. Polisario. Incluso Argelia llegó a insinuar la facilidad con que su Gobierno reconocería la independencia unilateralmente acordada al territorio. Muy significativo fue el apoyo en formación y armas que prestaba al F. Polisario.

Interesa recordar al respecto que docena y media de soldados españoles y algún particular fueron mantenidos prisioneros por el F. Polisario durante muchas semanas en campamentos situados en territorio argelino. Realmente Argelia se mostró beligerante, aunque no jugó sus bazas tan a fondo como Marruecos, porque quizá tuvo la confianza excesiva de considerar la partida ganada.

Mauritania, que quizá podría alegar mayor interés y familiaridad con el Sahara que Argelia y Marruecos, se ha manifestado inicialmente en una actitud dubitativa y confusa, hasta que en el año 1975 se alineó decididamente al lado de Marruecos, en virtud de un pacto secreto entre ambos países que nunca nos fue dado a conocer a España.

Todas estas circunstancias motivaron que en el interior del Sahara se produjera tensión, inquietud, incertidumbre y hasta confusión. Los rumores, los temores y las desconfianzas eran cada día mayores. En definitiva, todos tomaban posiciones al lado de la situación que les parecía más probable, y el resultado fue un deterioro continuado de la situación. España se veía sumida en una actitud de espera y pasividad que entrañaba riesgos evidentes y gravísimos. ¿Cómo recuperar la iniciativa? Tres posibilidades había en la primavera de 1975 para España.

La primera era otorgar la independencia unilateral al Sahara. Pero era difícil, porque España no podía transferir una soberanía que no tenía, ya que sólo era potencia administradora. Por otra parte tengo fundados temores de que una decisión de ese tipo hubiera provocado una acción bélica por parte de Marruecos.

La segunda posibilidad consistía en pactar con Marruecos, que era una de las partes interesadas con las que la ONU nos había recomendado negociar. Pero Marruecos no admitía otra negociación que no se ciñese a la transferencia de la soberanía y consiguiente anexión del territorio por su parte, para lo cual España no tenía facultades y, además, Argelia y la mayoría de la ONU estaban en contra.

En fin, la tercera posibilidad era la transferencia de las responsabilidades admi-



nistradoras que sobre el Sahara tenía España, o a la ONU, o a alguno o algunos de los países vecinos. En cierta medida era la tesis de la retirada unilateral, que es la que prevaleció.

DECISIÓN DE RETIRADA UNILATERAL

En efecto, el Gobierno español venía considerando la posibilidad de renunciar unilateralmente a la administración del Sahara. De esta forma la ONU tendría que tomar un papel más activo en la cuestión. Entre otras ventajas, los riesgos para España decrecían, pues se pensaba en la posibilidad de que ante la tensión existente, pudieran ser enviados cascos azules, o incluso que las fuerzas armadas españolas pudieran tener una investidura legitimadora de la ONU ante las fricciones e incluso agresiones armadas que iban proliferando en el Sahara.

Con esta idea España invitó a una misión visitadora de la ONU, que, presidida por el Embajador Ake, se personó en el Sahara del 12 al 19 de mayo de 1975. Los sucesos fueron detalladamente narrados por la prensa. Sin embargo, es interesante destacar que en aquella oportunidad el F. Polisario dominó sorprendentemente la calle, produciéndose claras manifestaciones por la no continuación de la presencia española en el territorio.

La reacción del Gobierno español, que padeció la hostilidad de todos, incluso del pueblo saharauí, fue contundente en su reunión de 23 de mayo de 1975. En efecto, por una parte se acordó comuni-

“Para España era fundamental sacudirse la actitud de espera pasiva, porque se adivinaban riesgos y enfrentamientos armados, de cuyas incidencias y resultados se haría responsable a España”

car a la ONU la decisión española de poner término a su presencia en el Sahara, y que si la habilidad negociadora no facilitaba de cualquier forma ese resultado, España anunciaba su propósito de abandonar unilateralmente el territorio⁷. A este efecto se ordenó elaborar urgentemente un plan de evacuación que, con la denominación de “Operación Golondrina”, se preparó minuciosamente durante el verano de 1975. Además, se recordará que el Gobierno publicó en la prensa de 24 de mayo de 1975 su decisión de “precipitar” la transmisión de poderes que le correspondían en el Sahara⁸.

En fin, España había recuperado su iniciativa y volvía a dominar la situación. Para España era fundamental sacudirse la actitud de espera pasiva, porque se adivinaban riesgos y enfrentamientos armados, de cuyas incidencias y resultados

la opinión internacional, el mundo árabe y, sobre todo, el Tercer Mundo, harían responsable –como siempre– a la potencia colonial, o sea a España.

Por otra parte España tenía una parte importante de su Ejército en el Sahara. La calidad, aguerrimiento y disciplina de estas Fuerzas armadas mantuvieron la paz en el territorio. Además, ejercieron una misión disuasoria respecto de las actitudes agresivas y hostiles que por doquier afloraban cotidianamente en la zona. Pero esto resultaba un juego peligroso, porque, en caso de agresión, nuestro Ejército hubiera tenido que repelerla, y seguro que lo hubiera hecho con contundente eficacia. Ahora bien, ¿hasta qué punto puede mantenerse la moral de un ejército al que sólo cabe una misión defensiva? Nuestro Ejército no podía, no debía, rebasar la línea fronteriza. España no tenía ningún interés militar en Marruecos, Argelia ni Mauritania; consiguientemente, cualquier incursión triunfante de nuestras tropas siempre tendría que acabar en un repliegue sobre la frontera. En fin, cualquier acción bélica para nuestras fuerzas era muy probable que no terminara en derrota, pero lo que sí era seguro es que no existía ninguna posibilidad de que terminara en victoria. Por ello me vuelvo a preguntar: ¿con qué moral se puede mantener un ejército en pie de guerra sin la más mínima esperanza de poder conseguir una victoria? La retirada era la finalidad última de este ejército. Y siendo esto así, ¿cómo se podía convencer a la opinión pública y, sobre todo, a las madres españolas, de que sus hijos podían caer en un combate, todo lo glorioso que se quiera, pero sin victoria posible, y con una retirada prevista como etapa final?

Estoy seguro que nuestra opinión pública hubiera reprobado cualquier sacrificio estéril de soldados españoles en el Sahara. Y, sin embargo, allí estaba el Ejército, con una dignidad, potencia y gallardía de efectos disuasorios preservadores de la paz; pero, al propio tiempo, con el gran riesgo de tener que hacer frente a agresiones y operaciones de desgaste que no tenían otro fin razonable que la retirada.

Por algún tiempo ésta fue la preocupación clave del Gobierno español. Ante la

situación conflictiva creada por las ambiciones desatadas de unos y otros, era de todo punto necesario que el Ejército español no se convirtiera en responsable de la situación. Era también necesario que el Ejército español no pasara por el calvario de un desgaste innecesario e inútil ante la inminencia de la retirada final. En fin, resultaba indispensable culminar la difícilísima misión de reintegrar a la Patria al Ejército con toda su dignidad, su honor y su valor incólumes y sin necesidad de combatir.

Obsérvese que nada más grave podía haber ocurrido en las postrimerías de Franco, o en plena transición hacia la monarquía, que la reintegración a la Patria de un ejército desgastado, sin una victoria clara, y con la moral quebrantada. Precisamente ésta había sido la espoleta que fulminó al salazarismo y al caetanismo en Portugal el 25 de abril de 1974.

Con esta enseñanza tan próxima, España tenía que huir de la trampa existente. El Gobierno español tenía que tomar la iniciativa y no podía seguir a remolque de los acontecimientos con la actitud puritana y pasiva de no tomar decisiones en torno a todos los intereses en juego.

Y, en efecto, España tomó la iniciativa esforzándose en primer lugar en obtener un acuerdo entre las partes interesadas y afectadas, lo cual no fue posible. Intentó también España apoyarse en la ONU, y ya se vio en la última Asamblea General que lo único que se obtuvo fueron dos resoluciones simultáneas y contradictorias.

No quedaba otra alternativa que poner a salvo nuestros intereses, sin perjuicio de seguir protegiendo los intereses saharauis hasta el límite de nuestras posibilidades. Y esa fue la decisión de poner en marcha la “Operación Golondrina” a primeros de noviembre de 1975, que consistía en la retirada unilateral de nuestras fuerzas, para lo que previo un plazo de dos meses, que, con un margen de seguridad añadido, dio como fecha final de la presencia española en el Sahara el 29 de febrero de 1976.

La decisión descolonizadora unilateralmente acordada por España se ma-

terializa en el Proyecto de Ley de Descolonización del Sahara, que se remite por el Gobierno a las Cortes, y que me cupo el honor de defender ante el Pleno de dichas Cortes de 18 de noviembre de 1975; justo cuarenta y ocho horas antes del fallecimiento de Franco.

LA “MARCHA VERDE”

Un hecho singular se entremezcla en la ya, por sí, bastante confusa situación del Sahara. Fue el anuncio en un discurso del Rey Hassan II de la “Marcha Verde” marroquí sobre el territorio del Sahara. En honor del Rey Hassan debo confesar que fue una jugada magistral de riesgo e imaginación.

La decisión descolonizadora unilateralmente acordada por España se materializa en el Proyecto de Ley de Descolonización del Sahara, que se remite por el Gobierno a las Cortes, justo cuarenta y ocho horas antes del fallecimiento de Franco

Para España la “Marcha Verde” fue una sorpresa, y una gran amenaza. Por una parte, la “Marcha Verde” suponía el grave peligro de arropar o encubrir la invasión de un ejército regular. Por otra parte, y en el supuesto de que fuese una manifestación de paz, ¿quién controla una manifestación de cerca de medio millón de hombres en el desierto? Si se les dejaba pasar hasta El Aaiún, podían producir una operación envolvente sobre la retaguardia de nuestros destacamentos. En fin, que España tuvo que tomar el firme propósito de no dejarlos pasar, con el inconveniente de que el Ejército no dispararía con agrado sobre una masa de hombres teóricamente desarmados y también con la seguridad de que la opinión pública mundial se concitaría contra España si se producía una matanza de marroquíes en aparente marcha pacífica.

Debo reconocer el extraordinario despliegue de imaginación y de recursos tácticos que el mando operativo del Ejército español previo para disuadir a la “Marcha Verde”. Confieso que personalmente llegué a tener la convicción de que la “Marcha Verde” jamás llegaría a El Aaiún, y mucho más por el empleo de tácticas disuasorias que por el enfrentamiento armado.

Pero era preciso evitar en lo posible ese riesgo. El 7 de noviembre de 1975 el Embajador Filali, de Marruecos, visitó al Presidente Arias en un momento crítico. Era el momento en que la “Marcha Verde” había invadido el Sahara y se hallaba detenida ante los primeros campos de minas del Ejército español. De aque-



lla entrevista surge la utilidad de mi viaje a Agadir, que emprendo aquella misma tarde con el Embajador Filali. La entrevista con el Rey Hassan resulta fácil, quizá porque él mismo se encuentra en un callejón de difícil salida. Admite el Rey la retirada de la “Marcha Verde” si yo firmo un pacto favorable a los intereses marroquíes. Pero aquel pacto ni era posible ni yo tenía poderes para firmarlo.

Al fin llegamos a un acuerdo en el que las garantías se materializaban en una carta que yo dirigía al Rey Hassan, y él a su vez me entregaría una carta para el Príncipe de España. El Rey, por su parte, se comprometía a dar orden de retirada de la “Marcha Verde” en un discurso a la nación marroquí que transmitiría por radio al día siguiente, domingo, 9 de noviembre de 1975.

En mi carta rogaba al Rey que diera la orden de retirada de la “Marcha Verde”, que consideraba una presión inadmisiblemente para proseguir las negociaciones que veníamos manteniendo para la resolución definitiva del problema del Sahara⁹. Por su parte, el Rey Hassan acepta mis planteamientos, si bien añade en su carta al Príncipe de España que, a su juicio, el arreglo definitivo del problema del Sahara significa “la entrega por el Estado español a Marruecos y a Mauritania de todas las responsabilidades y la autoridad civil y militar que ejerce en el Sahara occidental”.

En realidad ninguno nos habíamos apeado de nuestras respectivas posiciones, pero se había alcanzado la distensión y la retirada de la “Marcha Verde”, que era lo deseable y deseado, yo creo que por todos, en aquel momento.

La única duda que me cabe es respecto a la actitud del pueblo saharauí. No sé si fue todo el pueblo saharauí o sólo los F. Polisarios; pero fácil es recordar que hacia el 11 de noviembre de 1975 fue preciso licenciar a la Policía Territorial saharauí (tres meses antes habían sido licenciadas las tropas nómadas); también fue preciso decretar el toque de queda en El Aaiún y separar los barrios árabes de los barrios europeos con alambradas. ¿Qué pasaba? Pues una información nos había llegado, relativa a que se es-

“Por una parte, la ‘Marcha Verde’ suponía el grave peligro de arropar o encubrir la invasión de un ejército regular. Por otra parte, y en el supuesto de que fuese una manifestación de paz, ¿quién controla una manifestación de cerca de medio millón de hombres en el desierto?”

ta preparando la gran matanza de los europeos (así llaman los saharauís a los españoles); en fin, que se preparaba una reedición de la noche de San Bartolomé contra los españoles, y que afortunadamente la serenidad, valentía y acierto de nuestras Fuerzas Armadas pudieron y supieron evitar.

LA DECLARACIÓN DE MADRID

Si a España le cupo en algún momento sentir dudas o vacilaciones, los acontecimientos le estimularon a reafirmarse en su decisión unilateral de descolonizar. Los pasos se dieron con eficacia y rapidez. Se negoció intensamente, y el 14 de noviembre de 1975 se firmó lo que se llamó El Acuerdo de Madrid, entre las Delegaciones española, marroquí y mauritana. El texto es conocido, y constituye un texto histórico¹⁰.

Importa resaltar que más que un Acuerdo se trata de una Declaración. La rúbrica del texto firmado dice muy expresivamente “Declaración de Principios”, y el punto primero es un significativo acto unilateral del Gobierno español. En efecto, dicho punto afirma que “España ratifica su resolución –reiteradamente manifestada ante la ONU– de descolonizar el territorio del Sahara Occidental, po-



niendo término a las responsabilidades y poderes que tiene sobre dicho territorio como potencia administradora”.

El resto del documento es una ratificación instrumental de la decisión española de poner fin a su presencia en el Sahara, haciendo de esta forma efectiva la amenaza que el Gobierno español había notificado a la ONU y toda la opinión pública mundial el 24 de mayo de 1975.

Quizá alguien pueda afirmar que estas son sutilezas de matiz, y sin embargo, entiendo que esta interpretación auténtica es de la máxima importancia. En efecto, España no ha cedido la soberanía del territorio que no poseía; simplemente se limitó a admitir una Administración tripartita durante el tiempo que necesitaba para retirar sus fuerzas armadas del territorio. Es más, el Ejército español no ha transmitido nada al Ejército marroquí. En ningún momento ha habido contacto formal entre los dos ejércitos. Simplemente los marroquíes ocuparon las plazas que el Ejército español iba abandonando y nunca el Ejército español entregó llaves, ni símbolos de ocupación al Ejército marroquí.

Esta operación de retirada unilateral por parte de España es lo que ha puesto fin a



la presencia española en el Sahara, aunque no haya resuelto totalmente el problema de la descolonización.

CONCLUSIÓN

Lo cierto es que para España sí ha terminado la descolonización del Sahara. Ha sido un final previsto. Por lo tanto, ha sido un final feliz para España, aunque también habría sido deseable que hubiera coincidido con un final más grato para toda la operación descolonizadora.

Pero cuando las ambiciones de los países justifican todas las conductas, y cuando la ONU acredita su incapacidad resolutoria, España no tenía otra alternativa inteligente que la adoptada.

Al retirarse España del territorio ha querido demostrar la ausencia de intereses egoístas por su parte, y también ha querido diluir o eliminar un factor que, según algunos sectores, constituía un obstáculo insalvable en el proceso descolonizador.

La decisión de España contribuye extraordinariamente a clarificar la situación. De un lado, ha dejado la vía libre y expedita a las otras partes interesadas y afectadas, que son la ONU y Marruecos,

La retirada unilateral por parte de España no ha alterado la condición jurídica internacional del Sahara, que sigue apegada al estatus colonial, y esta situación perdurará hasta que los propios saharauis no decidan libremente su futuro mediante su voto expresado a través de la Yemaá

Mauritania y Argelia. De otro lado, ha resuelto también el problema, de cara al interior, del pueblo español y de sus preocupaciones.

Se nos podrá decir que el pueblo saharauí, que es la parte más sustancialmente interesada en la cuestión, ha queda-

do desamparado. Y no es cierto. Hemos dejado en el territorio todo género de asistencia sanitaria, social y cultural. Sólo hemos retirado a nuestras Fuerzas Armadas, que es lo que el pueblo saharauí nos pidió en reiteradas ocasiones y de muy diversas formas.

Por lo demás, la decisión de retirada unilateral por parte de España no ha alterado en absoluto la condición jurídica internacional del Sahara, que sigue apegada al estatus colonial, y esta situación colonial perdurará hasta que los propios saharauis no decidan libremente su futuro mediante su voto expresado a través de la Yemaá, como afirma la Declaración de Madrid, y tal como al parecer se ha hecho hace tres días (el 26 de febrero de 1976), en el supuesto de que resulte lícitamente aceptado internacionalmente.

Sería ingenuo no reconocer en este momento que muchas incógnitas e incertidumbres quedan aleteando sobre el Sahara. La primera la produce la propia ONU al haber acordado dos resoluciones, enfrentadas y contradictorias, en la última Asamblea General del otoño pasado. La segunda estriba en la falta de entendimiento entre Argelia y Marruecos. El tercer punto incógnito a señalar es el aparente acuerdo marroquí-mauritano, que ha comenzado a manifestarse como verdadero desacuerdo en Villa Cisneros. Y queda, en fin, la incógnita de la decisión del pueblo saharauí, que posiblemente sea algo versátil, pero que es preciso reconocer que en estos momentos de presión exterior no se encuentra en las mejores condiciones para adoptar una decisión libre, clara y terminante sobre su futuro.

Y esto es todo. No deseo cansar más vuestra atención. Espero haberos interesado con este testimonio que, os aseguro, es una fe auténtica de la descolonización española del Sahara. A la vez deseo concluir con mi esperanzada fe de que el Sahara deje de ser un tema polémico y una zona de enfrentamientos en beneficio del pueblo saharauí; en beneficio de Marruecos, de Mauritania y de Argelia; en beneficio de nuestra tradicional amistad con el mundo árabe, y en beneficio, en definitiva, de la paz y de la seguridad internacionales. ■

NOTAS

1) Desde noviembre de 1960 España viene informando anualmente sobre el Sahara a la IV Comisión de la ONU, como si se tratase de un territorio no autónomo.

2) La importancia de este histórico documento hace conveniente su transcripción.

Dice así:

“A LA ASAMBLEA GENERAL DEL SAHARA:

El 6 de marzo del año en curso me dirigí a la anterior legislatura de esa Asamblea General respondiendo al escrito que la misma me elevó el 20 de febrero, escrito ratificado por la actual legislatura en su sesión constitutiva del 28 de julio último, comunicándole que había encargado a mi Gobierno el estudio de las peticiones contenidas en dicho mensaje.

El Gobierno, siguiendo mis instrucciones, ha estudiado las aspiraciones del pueblo saharauí, cuya representación legítima corresponde a esa Asamblea General y, en atención a las mismas y en cumplimiento de la misión de España de promoción del pueblo saharauí, ha elaborado la siguiente contestación, aprobada en Consejo de Ministros y que ha merecido mi sanción:

1. El Estado español reitera que el pueblo saharauí, cuya convivencia secular con el pueblo español es, desde sus inicios, absolutamente voluntaria, es el único dueño de su destino y nadie tiene derecho a violentar su voluntad. El Estado español defenderá la libertad y la voluntad de libre decisión del pueblo saharauí.

2. El Estado español garantiza la integridad territorial del Sahara.

3. El Estado español confirma su compromiso histórico de proseguir con el mayor impulso posible el desarrollo económico y social del territorio reconociendo al pueblo saharauí la propiedad de sus recursos naturales y los beneficios de su explotación, así como su voluntad de promover la cultura, las formas de vida de la personalidad saharauí y el florecimiento de su religión.

4. El Estado español reitera y garantiza solemnemente que la población del Sahara determinará libremente su futuro. Esta autodeterminación tendrá lugar cuando lo solicite libremente la población, de conformidad con lo expuesto por la Asamblea General en su escrito, ya citado, del 20 de febrero del corriente año.

5. Continuando el proceso de perfeccionamiento político del pueblo saharauí y como preparación de su futuro, se establecerá un régimen de progresiva participación del mismo en la gestión de sus propios asuntos. Dicho régimen entrará en vigor cuando se complete el proceso legislativo que se consigna a continuación.

6. El Estado español presenta a la Asamblea General las Bases siguientes como principios en que ha de inspirarse la Organización político-administrativa del Sahara:

a) El pueblo saharauí es propietario de sus riquezas y recursos naturales.

b) Durante el período de vigencia de este Estatuto, los saharauís gozarán de todos los derechos inherentes a la nacionalidad española.

c) El Jefe del Estado español encarna la comunidad existente entre España y el Sahara. Será representado en el Territorio por un Gobernador General.

d) El Estado español garantizará la integridad territorial del Sahara, lo representará en el ámbito internacional y asegurará su defensa. Los asuntos internos serán de competencia de los órganos propios del Territorio.

e) A la Asamblea General del Sahara, como supremo Órgano representativo del pueblo saharauí, le corresponderá elaborar las disposiciones de carácter general relativas a los asuntos internos del Territorio, sin perjuicio de la sanción que corresponderá al Gobernador General. Podrá igualmente proponer las iniciativas y medidas que estime convenientes sobre dichos asuntos.

f) Se confirmará e intensificará la promoción de los usos y costumbres tradicionales, así como de la justicia cheránica.

7. Si la Asamblea General se manifiesta de acuerdo con estas bases, las mismas serán desarrolladas en forma articulada en el correspondiente Estatuto, que será aprobado por Ley.

8. La aceptación por la Asamblea General del Sahara de estas Bases no sustituye ni menoscaba el derecho de la población saharauí a la autodeterminación sobre su futuro, del que esta nueva etapa es preparación necesaria.

Puesta la confianza en Dios, el pueblo saharauí y la nación española se encaminan hacia un futuro de alianza fraternal de paz y prosperidad.

Firmado: FRANCISCO FRANCO

En El Pardo, a veintiuno de septiembre de mil novecientos setenta y tres.”

3) El Proyecto de Estatuto del Territorio del Sahara se acompaña a este trabajo como anexo.

4) Efectivamente, el 4 de julio de 1974 existe un acta de la Yemaá firmada por ciento dos miembros (todos los asistentes), por la que elevan al Gobierno español la siguiente MOCIÓN: “Los representantes de la Asamblea general elegidos por el pueblo saharauí presentan al Gobierno español para su sanción por el excelentísimo señor Jefe del Estado, el adjunto Proyecto de Estatuto del Territorio del Sahara aprobado por unanimidad en la sesión celebrada por la Asamblea el día 4 de julio de 1974.”

5) Esta petición la realiza el rey el 17 de septiembre de 1974.

6) El 3 de diciembre de 1974 fue aprobada la resolución de la ONU, a propuesta de Marruecos, por la que se remitía el asunto a dictamen del Tribunal Internacional de La Haya.

7) El texto de la Comunicación del Gobierno español a la ONU es el siguiente:

“Señor Secretario General:

De acuerdo con las instrucciones recibidas tengo a bien poner en su conocimiento lo siguiente:

El Gobierno español comunica a V. E. que la presencia de la Misión Visitadora de esa Organización en el Sahara Occidental del 12 al 20 de mayo de 1975 ha dado ocasión a que la población saharauí haya exteriorizado en las diversas manifestaciones que han tenido lugar en las localidades visitadas su inequívoca voluntad de independencia, de lo cual —y sin prejuzgar el informe de esa Misión— la Potencia Administradora ha de deducir las pertinentes consecuencias. Esto se impone con tanta más urgencia cuanto que se han registrado últimamente varios incidentes entre los que descuellan la captura de dos patrullas de tropas nómadas, que se encuentran actualmente en uno de los países limítrofes, la entrada en el territorio de comandos —diez de los cuales han sido aprehendidos y la realización de diversos actos de violencia que vienen perturbando el proceso descolonizador.

En estas circunstancias el Gobierno español ha de llamar la atención de V. E. sobre el hecho de que el aplazamiento de la celebración del referéndum hasta después de que el Tribunal Internacional de Justicia evacuó su dictamen, aplazamiento que fue recomendado por la Asamblea General en su Resolución número 3.292 (XXIX), viene a añadir unas responsabilidades suplementarias a la Potencia Administradora debido a que esta dilación crea una incertidumbre sobre la efectividad de la descolonización. Ello constituye el motivo determinante de que los factores políticos que convergen en el Sahara Occidental, internos unos y externos otros, traten de hacerse presentes apremiantemente con serio riesgo de que degeneren en una situación violenta que parece anunciar la sucesión progresiva de las actividades señaladas, entre otras.

Ante esta realidad el Gobierno español se ve en la necesidad de llamar la atención de V. E. sobre la circunstancia de que el proceso de descolonización, que debería ser pacífico, si fuese respetado por todos el procedimiento acordado por esa Organización en las Resoluciones que ha tomado sobre el Sahara Occidental, se está transformando en una operación que por la actuación abierta o disimulada de los factores aludidos toma derivaciones inquietantes respecto a las que no pueden permanecer indiferentes las Naciones Unidas en el cumplimiento de su deber de mantener la paz internacional.

En consecuencia, el Gobierno español comunica a V. E. lo siguiente:

1) Consecuente con las aplicaciones de las Resoluciones de las Naciones Unidas sobre la descolonización del Sahara Occidental, el Gobierno español ha hecho la declaración pública de su decisión de poner término a su presencia en el territorio por entender que ha cumplido la misión que se había impuesto al establecerse en el mismo.

2) El Gobierno español desea que la terminación de su actuación pueda llevarse a efecto sin que se produzca un vacío de poder, transfiriéndolo a quienes hayan de asumir la responsabilidad de la administración del territorio como resultado de la descolonización.

3) A este efecto, con objeto de que no se agraven injustificadamente las responsa-

bilidades de la Potencia Administradora, el Gobierno español estima que es urgente responsabilizar a las partes interesadas en el proceso de descolonización, a cuyo fin se propone invitarlas a armonizar sus respectivas aspiraciones o, en su defecto de este intento directo, convocarlas con igual propósito a una Conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas para hacer posible el desenvolvimiento pacífico de ese proceso.

4) En el supuesto de que no sea posible llevar a cabo uno u otro intento por no avenirse a ello las partes interesadas o conseguir una solución equivalente que persiga parecidos fines, el Gobierno español se vería en la necesidad de poner término a su presencia y acción administradora, fijando la fecha en que las Autoridades españolas habrán de transferir sus poderes, sin que por ello deje de coadyuvar con las Naciones Unidas para arbitrar los medios apropiados que permitan llevar a buen fin, en los mejores términos, su propósito descolonizador.

5) El Gobierno español estima que es urgente el envío al Sahara Occidental de observadores de esa Secretaría General para que puedan comprobar sobre el terreno la evolución de la situación y estar en condiciones de informar oportunamente a V. E. de cuantos acontecimientos aconsejen la adopción de urgentes medidas para mantener la paz.

6) En todo caso, el Gobierno español, en cumplimiento de sus responsabilidades como Potencia Administradora, se reserva el derecho de informar al

Consejo de Seguridad si estima —a la vista de la evolución de la situación— que el mantenimiento de la paz en el territorio exige la convocatoria urgente del mismo a fin de que adopte, a tal efecto, las medidas pertinentes.

Madrid, 23 de mayo de 1975."

8) La nota textual de la referencia del Consejo de Ministros fue como sigue:

"El Gobierno recibió amplios informes de los ministros de la Presidencia del Gobierno, Asuntos Exteriores y Ejército sobre la situación en el territorio del Sahara, examinada en su conjunto y desde las distintas perspectivas específicas de tales Departamentos, y fue informado, también, sobre la visita realizada por una Comisión de las Naciones Unidas, que a su regreso a Madrid fue recibida en la tarde del miércoles 21 por el presidente del Gobierno.

A la vista de tales informes, y dentro de la línea de actuación tradicionalmente mantenida por España, el Gobierno desea reiterar ante la opinión pública lo siguiente:

1. España no pretende en modo alguno prolongar su permanencia en el Sahara, del que nunca pensó obtenerse provecho alguno de orden político o material y al que ha servido cumpliendo del mejor modo posible con sus deberes hacia dicho territorio y su población autóctona.

2. En esa línea unívoca de actuación ha aceptado las Resoluciones de las Naciones Unidas tendentes a aplicar al Sahara la política de autodeterminación, llegando incluso a señalarse un plazo para la celebración del correspondiente referéndum.

3. En tal situación, y reservándose sus puntos de vista respecto de cualquier reivindicación territorial sobre el Sahara por parte de otros Estados, España, en el mejor deseo de no dificultar cualquier intento de cooperación internacional, no se opuso a la petición aprobada por las Naciones Unidas de solicitar un dictamen de carácter consultivo al Tribunal de La Haya, aun siendo consciente de que la evacuación de dicho dictamen representaría un retraso notable en sus propios planes, con la consecuencia de prolongar más allá de lo previsto su presencia y responsabilidades en dicho territorio.

4. Entre tanto, la situación en el Sahara se ha ido deteriorando progresivamente como consecuencia de las tensiones, confusión e incertidumbre que, con muy diversos orígenes y motivaciones, se han ido produciendo en las últimas semanas, aflorando, en todo caso, estados de opinión en el territorio, que se muestran de un modo rotundo en favor de la independencia del mismo. Tal situación, que afecta a la población civil española, ha servido al propio tiempo para poner de relieve el alto espíritu de disciplina, la preparación y el patriotismo de nuestras Fuerzas Armadas allí estacionadas.

5. En consideración a todo lo anteriormente expuesto:

• El Gobierno confirma su deseo de cumplir con las Resoluciones aprobadas por las Naciones Unidas y al propio tiempo declara su propósito de transferir la soberanía del territorio del Sahara en el más breve plazo que sea posible, en la forma y modo que mejor convenga a sus habitantes y a la satisfacción, en su caso, de cualquier legítima aspiración de países interesados en aquella zona, sin perjuicio de defender sus intereses

en dicho territorio en el ámbito y por los cauces del Derecho Internacional. A este efecto se están iniciando los trámites pertinentes ante las Cortes Españolas.

• Al propio tiempo hace constar que si por circunstancias ajenas a su voluntad se demorase la posibilidad de realizar tal transferencia de soberanía en términos que comprometen gravemente la presencia española en el Sahara, se reserva el derecho, previa la oportuna advertencia a las Naciones Unidas, de precipitar la transmisión de poderes, poniendo fin definitivamente a su presencia en dicho territorio."

9) Esta carta manuscrita y dirigida al Rey Hassan, decía:

"Agadir, 8 del XI 1975. A Su Majestad Hassann. Rey de Marruecos. Majestad:

He venido a vuestro noble país enviado por el Presidente del Gobierno D. Carlos Arias Navarro con el alto honor de someter a la consideración de Vuestra Majestad, lo difícil que resulta a nuestro Gobierno continuar las negociaciones iniciadas como consecuencia del reciente viaje del Ministro Solís a Marrakech, bajo la presión de la 'Marcha Verde'.

Es esta la razón por la que, teniendo en cuenta el espíritu de los mutuos intereses de nuestros dos países, y la salvaguardia de la Paz internacional, ruego a Vuestra Majestad tenga a bien considerar la terminación de la 'Marcha Verde' con el restablecimiento del 'statu quo' anterior, habida cuenta que, de hecho, ya ha obtenido sus objetivos.

Una vez anunciada y cumplimentada la anterior resolución, os aseguro en nombre de mi Gobierno que España reemprenderá inmediatamente las negociaciones tripartitas (España-Marruecos-Mauritania) para la resolución definitiva del problema del Sahara.

Asimismo me permito someter a Vuestra Majestad la importancia de que la presentación ante la opinión pública de las intenciones contenidas en esta carta no debe hacerse en forma que pueda afectar a la dignidad y el prestigio de los valores que defendemos en nuestros respectivos países, por lo que le encarezco que toda publicidad de esta carta sea previamente consultada y negociada.

Ruego a Vuestra Majestad acepte la expresión de mi más alta consideración.

Antonio Carro Martínez (Ministro de la Presidencia de España)".

10) Dicho texto se titula "Declaración de Principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sahara Occidental" y su contenido dice lo siguiente:

"En Madrid, a 14 de noviembre de 1975 y reunidas las Delegaciones que legítimamente representan a los Gobiernos de España, Marruecos y Mauritania, se manifiestan de acuerdo en orden a los siguientes principios:

1.º España ratifica su resolución —reiteradamente manifestada ante la ONU— de descolonizar el territorio del Sahara Occidental poniendo término a las responsabilidades y poderes que tiene sobre dicho territorio como Potencia Administradora.

2.º De conformidad con la anterior determinación y de acuerdo con las negociaciones propugnadas por las Naciones Unidas con las partes afectadas, España procederá de inmediato a instituir una Administración temporal en el territorio en la que participarán Marruecos y Mauritania, en colaboración con la Yemáa, y a la cual serán transmitidas las responsabilidades y poderes a que se refiere el párrafo anterior. En su consecuencia, se acuerda designar a dos Gobernadores Adjuntos, a propuesta de Marruecos y Mauritania, a fin de que auxilien en sus funciones al Gobernador General del territorio. La terminación de la presencia española en el territorio se llevará a efecto definitivamente antes del 28 de febrero de 1976.

3.º Será respetada la opinión de la población saharauí, expresada a través de la Yemáa.

4.º Los tres países informarán al Secretario General de las Naciones Unidas de lo establecido en el presente Documento como resultado de las negociaciones celebradas de conformidad con el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

5.º Los tres países intervinientes declaran haber llegado a las anteriores conclusiones con el mejor espíritu de comprensión, hermandad y respeto a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y como la mejor contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

6.º Este Documento entrará en vigor el mismo día en que se publique en el 'Boletín Oficial del Estado' la 'Ley de Descolonización del Sahara' que autoriza al Gobierno español para adquirir los compromisos que condicionadamente se contienen en este Documento".

ANEXO: ESTATUTO DEL TERRITORIO DEL SAHARA

CAPÍTULO PRIMERO – *Del territorio del Sahara y del pueblo saharauí*

Artículo 1.º El Sahara atlántico, delimitado geográficamente en cuanto a su frontera terrestre por los Tratados de 27 de junio y 11 de diciembre de 1900 y 3 de octubre de 1904, es un Territorio administrado por España, que ejerce sus competencias de acuerdo con los principios contenidos en el artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas.

Art. 2.º España garantiza al pueblo saharauí la integridad de su territorio y el libre ejercicio de su derecho a la autodeterminación. Toda alteración en el Estatuto político del Sahara deberá ser decidida de conformidad con la voluntad del pueblo saharauí.

Art. 3.º España garantiza al pueblo saharauí la exclusiva propiedad de sus riquezas y recursos naturales y el disfrute de sus beneficios.

Art. 4.º La condición de saharauí corresponderá exclusivamente a los naturales del Territorio y se probará mediante la inscripción en el censo central de El Aaiún y la posesión del Documento Oficial de identidad. Una Ley determinará las formas de adquisición y pérdida de la condición de saharauí y organizará el censo.

Durante el período de vigencia de este Estatuto los saharauís gozarán de todos los derechos a la nacionalidad española, siempre que esto se ajuste a sus estructuras peculiares.

Art. 5.º El Estado español garantizará la integridad territorial del Sahara, lo representará en el ámbito internacional y asegurará su defensa. Los asuntos internos serán de competencia de los órganos propios del territorio.

CAPÍTULO II – *Del gobernador general*

Art. 6.º Las competencias reservadas a España por el artículo anterior se atribuyen a un Gobernador General nombrado por el Jefe del Estado español, a quien corresponderá el ejercicio de las competencias reservadas y la organización de los servicios requeridos al efecto, así como la tutela del régimen del Territorio y la defensa de las instituciones.

Art. 7.º Un Subgobernador, también nombrado por el Jefe del Estado, sustituirá al Gobernador General en casos de ausencia o incapacidad de éste.

Art. 8.º Cuando la seguridad exterior, la integridad del territorio o el sistema institucional del Sahara estén amenazados de modo grave e inmediato, el Gobernador General podrá adoptar las medidas excepcionales que estime convenientes, informando seguidamente de las mismas a la Asamblea General.

CAPÍTULO III – *De la Asamblea General*

Art. 9.º 1. La Asamblea General se compone de:

a) Cuarenta miembros elegidos en representación del pueblo saharauí.

b) Hasta doce miembros designados directamente por el Gobernador General entre aquellas personas que estime contribuirán a la mayor representatividad de la Asamblea y a la eficacia de sus trabajos en razón de su

jerarquía social, de los servicios eminentes prestados al Sahara o de su especial capacidad y competencia.

2. Todos los miembros de la Asamblea General deberán ser saharauís.

3. El mandato de la Asamblea General es de cuatro años.

Art. 10. La Asamblea General es competente para:

a) Elaborar y aprobar, dentro de los límites establecidos en el artículo 6.º del presente Estatuto, las Leyes del Territorio, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado, representado por el Gobernador General.

b) Promover ante el Consejo de Gobierno los asuntos que considere de interés general del Territorio y ser informada por aquél de su gestión política y administrativa.

c) Iniciar, cuando lo estime oportuno, el procedimiento previsto en el artículo 24, proponiendo las medidas necesarias para que el pueblo saharauí decida su futuro mediante la reforma de este Estatuto.

Art. 11. Se regularán por Ley del Territorio aquellas materias referentes a:

a) El presupuesto y el régimen tributario propios del Territorio.

b) Las bases de la ordenación de los recursos naturales y de su explotación.

c) Los principios fundamentales del Derecho civil, penal y social.

d) Las bases de la Administración local.

e) La organización de la justicia cheránica tradicional.

f) Los planes de enseñanza.

Las demás cuestiones se regularán mediante Reglamento del Consejo de Gobierno. Sin embargo, el Consejo de Gobierno podrá presentar a la Asamblea General proyectos de ley sobre materias objeto de la potestad reglamentaria. Cuando la Ley se limite a la fijación de unas bases cuya directa aplicación no resulte posible, corresponderá al Consejo de Gobierno el desarrollo de las mismas.

Art. 12. La iniciativa legislativa corresponde al Consejo de Gobierno y a los miembros de la Asamblea General.

Sin embargo, el presupuesto del Territorio y cualquier otra medida que suponga aumento de los gastos o disminución de los ingresos solamente podrá ser presentada a la Asamblea General por el Consejo de Gobierno.

Si la Asamblea General no aprobara los proyectos de presupuesto en su segunda sesión ordinaria, el Consejo Ejecutivo podrá decretar su aplicación provisional en tanto no se llega a su aprobación por la Asamblea General.

Art. 13. El presidente de la Asamblea General someterá al Gobernador General, para su sanción, los proyectos de ley aprobados por aquélla, que deberán ser promulgados en nombre del Jefe del Estado en el plazo de un mes, a contar del día de su recepción por el Gobernador General.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si el Gobernador General entendiese que el proyecto en cuestión afecta a las competencias reservadas a España por el artículo 5.º de este Estatuto o que supusiese una revi-

sión del mismo que debiera ajustarse al procedimiento previsto en el artículo 24, lo devolverá a la Asamblea General, exponiendo en un mensaje las razones para ello.

Aun cuando los proyectos aprobados por la Asamblea General no afectasen a las competencias reservadas a España, el Gobernador General, previo acuerdo del Consejo de Gobierno, podrá devolverlos para nueva deliberación, sugiriendo las modificaciones a introducir en ellos o exponiendo las razones que aconsejen no sancionarlos. En este caso, si la Asamblea General los aprobara de nuevo sin las modificaciones propuestas por el Gobernador General, será necesario que lo haga por mayoría de dos tercios de sus miembros para que proceda su promulgación.

Art. 14. La Asamblea General celebrará cada año dos sesiones ordinarias. La primera se iniciará en la primera quincena de octubre, y la segunda, en la primera quincena de abril. La duración de las mismas no podrá exceder de dos meses. La Asamblea General podrá reunirse en sesión extraordinaria cuando así lo decida el Gobernador General o el Consejo de Gobierno a propuesta de la mayoría de los miembros de la Asamblea.

Las sesiones de la Asamblea General serán convocadas y clausuradas por decreto del Gobernador General.

Art. 15. La Asamblea General elegirá su Presidente y Vicepresidente de entre sus miembros. A propuesta del Consejo de Gobierno designará un Secretario, que asistirá a sus sesiones sin voz ni voto y que será el jefe de los servicios de Secretaría.

Art. 16. La Asamblea General se entenderá constituida cuando, debidamente convocada, estén presentes al menos la mitad más uno de sus miembros. Las decisiones se tomarán siempre por mayoría de votos de los miembros presentes, salvo que en este Estatuto se prevea otra cosa.

CAPÍTULO IV – *Del Consejo de Gobierno*

Art. 17. El Consejo de Gobierno se compondrá:

a) Del Gobernador General.

b) De cuatro vocales elegidos por la Asamblea General de entre sus miembros mediante el sistema mayoritario de lista. El vocal que encabece la lista elegida será el Vicepresidente del Consejo de Gobierno.

c) Tres vocales designados por el Gobernador General.

Art. 18. La Asamblea General podrá en cualquier momento proceder a la revocación de los vocales a que se refiere la cláusula b) del artículo anterior mediante la elección, por el mismo sistema en ella previsto, de otra lista de cuatro vocales.

Las vacantes que se produzcan entre los vocales electos se cubrirán mediante elección por la propia Asamblea General.

Art. 19. Dentro de los límites señalados en el artículo 5.º, el Consejo de Gobierno dirige la política y la administración del territorio, asegura la aplicación de las leyes y ejerce la potestad reglamentaria.

El Gobernador General distribuirá entre los vocales la dirección de los diferentes Departamentos administrativos.

Art. 20. Los miembros del Consejo de Gobierno tendrán acceso a la Asamblea General y podrán tomar parte con voz, pero sin voto, en sus deliberaciones.

Art. 21. El Consejo de Gobierno será convocado y presidido por el Gobernador General o, previa delegación expresa de éste, por el vocal Vicepresidente. En todo caso, el orden del día al que necesariamente deberán ajustarse las deliberaciones y acuerdos del Consejo de Gobierno deberá ser aprobado por el Gobernador General.

Art. 22. El Consejo de Gobierno adoptará sus decisiones por mayoría de votos, y en caso de empate decidirá el voto de quien lo presida.

CAPÍTULO V – *De la administración de justicia*

Art. 23. La justicia se administrará en nombre del Jefe del Estado y del pueblo saharauí.

Una ley regulará su organización.

En todo caso se mantendrá en toda su integridad e independencia la jurisdicción cheránica tradicional.

CAPÍTULO VI – *De la revisión del Estatuto*

Art. 24. El Gobernador General, en representación del Jefe del Estado, podrá someter en todo momento a referéndum del pueblo saharauí la modificación de este Estatuto. También podrá someter a la Asamblea General proyectos de revisión.

Cuando a iniciativa propia, del Consejo de Gobierno o del Gobernador General la Asamblea apruebe por mayoría absoluta de sus miembros un proyecto de revisión del Estatuto, el Gobernador General procederá a su disolución, convocando nuevas elecciones en los treinta días siguientes.

La nueva Asamblea se reunirá de propio derecho diez días después de proclamados los resultados, y si aprobase, también por mayoría absoluta, el proyecto de revisión, elegirá de su seno una comisión que negocie con el Jefe del Estado español o con sus representantes las medidas necesarias para la entrada en vigor de la modificación aprobada. En todo caso, ésta no entrará

en vigor hasta su aprobación por el pueblo saharauí en referéndum convocado al efecto.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

El Jefe del Estado, previas consultas con la Yemaá, promulgará la legislación necesaria para la celebración de las elecciones previstas en el artículo 10. La Asamblea General será convocada inmediatamente después de proclamados los resultados y se procederá a la constitución de las demás instituciones previstas en este Estatuto.

I. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en el presente Estatuto.

II. En lo demás, en tanto no se disponga lo contrario, continuará en vigor la legislación actualmente vigente en el territorio del Sahara.

III. Las dudas que surjan con ocasión de la interpretación de este Estatuto serán elevadas por el Gobernador General al Jefe del Estado, que las resolverá previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.



Comida con los exdirectores

Tras diversos intentos fallidos, el pasado día 1 de febrero de 2011 los Directores nos sentamos a almorzar compartiendo mesa y mantel en el Restaurante “La Manduca de Azagra” de Madrid. Allí nos hicimos esta foto, en la que de izquierda a derecha figuramos: Arturo García-Tizón López (Mayo 00/Abril 04), Gonzalo Quintero Olivares (Noviembre 90/ Septiembre 92), Fernando Valdés Dal-Ré (Octubre 86/ Noviembre 90), José Luis Gómez Degano y Ceballos-Zúñiga (Mayo 74/Octubre 86), Joaquín de Fuentes Bardají (Abril 04), Emilio Jiménez Aparicio (Octubre 92/Mayo 96). Los Directores allí presentes representamos los últimos 37 años

del Cuerpo, con la única ausencia de José Javier Abad-Pérez Belenguer (1996-2000) que falleció el 1 de abril de 2003. Resulta curioso, por tardío, que esta haya sido la primera vez que todos los que hemos sido Directores nos hayamos emplazado para conversar sobre lo que fuimos y somos, para comentar y criticar, amablemente eso sí, con mezcla de nostalgia y alivio, nuestro paso por la Dirección. Fue una comida grata y afable de la que salió el compromiso de vernos al menos una vez al año, asumiendo nuestro decano, con el apoyo de la Dirección, el compromiso de volver a propiciar una comida en el año 2012.

En estos últimos meses...



TUVO LUGAR la Asamblea General de nuestra Asociación, con elecciones incluidas, aunque no fue necesario votar por ser menos los candidatos que las plazas a cubrir. Una calurosa bienvenida a los nuevos miembros del Consejo que se incorporan al éste por primera vez: Adolfo Díaz-Ambrona, Juan Alfonso Doménech, Iván Gayarre, Pilar Fernández Bozal, Vicente Fenellós y Pedro García Romera, primer compañero jubilado que se nos une tras la reforma de los Estatutos a tal efecto. Enhorabuena a Pilar Fernández por su reciente nombramiento como Consejera de Justicia de la Generalitat de Cataluña, cargo que compatibilizará con su condición de miembro de nuestro Consejo Directivo. Continúan en el Consejo con renovado mandato Manuel Rivero, David Mellado, Jorge Pipaón, Ernesto Benito y Fernando Bertrán. Cesa como Vicepresidente por decisión propia David Mellado, y le sustituye Jorge Pipaón. Gracias, David, por la inmensa labor que has desempeñado como Vicepresidente.



EL NUEVO CONSEJO invitó a comer en Teatriz a los miembros salientes del Consejo, Sara Izquierdo, Laura de Rivera, Alfredo Parra, Antonio Botella y Miguel Orozco. Un pequeño gesto sin duda insuficiente para agradecerles todo lo que han hecho por la Asociación. Desde estas páginas, nuestro más sincero agradecimiento a todos ellos.



EN EL CONSEJO DIRECTIVO de la Asociación se han tratado como temas más relevantes las alegaciones de la Asociación sobre la Instrucción de Productividad y, sobre todo, la nueva reforma que introduce relativa a la valoración "en rejilla" que afecta sólo a determinadas unidades y el estudio del informe de cargas de trabajo, sobre el que la Asociación va a presentar un escrito al Director.



EL 13 DE DICIEMBRE tuvo lugar, a su vez, la Asamblea General de FEDECA. En la misma se informó ampliamente del estado de tramitación de los recursos promovidos desde FEDECA contra el recorte en las nóminas y, sobre todo, de los preparativos para las próximas elecciones sindicales. FEDECA se presentará nuevamente, por eso desde aquí os animo para os presentéis como candidatos en las listas de FEDECA.



TUVO LUGAR un encuentro organizado por ISDE, seguido de una agradable cena, para tratar de la Ley de Acceso a la Abogacía y a la Procuraduría, encuentro al que asistió como invitado Edmundo Bal, nuestro Presidente.



SE HAN RECIBIDO varias ofertas corporativas de diversas entidades de crédito (Deutsche Bank y Banesto), ofertas de cuyos contenidos se os informará puntualmente.



HA FALLECIDO el hermano de nuestra compañera M^a José Sánchez-Andrade. Desde aquí, nuestro más sentido pésame a todos sus familiares.

Las Instituciones del Derecho Administrativo en la jurisprudencia

Autores: Pascual Sala, J.A. Xiol y Rafael Fernández

Editorial: Bosch

ISBN: 9788497902953



La idea que inspira esta obra, a cargo de Abogados del Estado, es la de presentar de forma sistemática, la elaboración efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de las principales instituciones del Derecho Administrativo, dando de ellas la visión que proporciona una interpretación del ordenamiento al servicio de la seguridad jurídica. Entre otras instituciones, se analizan: La Administración Pública; El acto administrativo; El Reglamento; El Decreto Legislativo y su impugnación jurisprudencial; Los contratos administrativos; El procedimiento administrativo; Los recursos administrativos y los procedimientos de revisión; La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; La expropiación forzosa; El urbanismo; El régimen jurídico de los bienes: las propiedades públicas; Propiedades especiales: minas, costas y aguas y la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas.

Estamos, en definitiva, ante un verdadero Tratado de Derecho Administrativo en el que se aborda –a lo largo de cuatro tomos– el análisis jurisprudencial de las instituciones más importantes del Derecho Administrativo. ■

Noticias de la Unión Europea

Editorial: Wolters Kluwer

ISSN: 1133-8660

Saludamos la publicación del número 313 de la revista *Noticias de la Unión Europea* en la que participan numerosos Abogados del Estado.



Bajo la dirección de Antonio Martínez Lafuente, su Consejo Asesor se encuentra presidido por Rosario Silva Lapuerta y de él forman parte, con otras personalidades del mundo jurídico, Fernando Díez Moreno, Rafael García-Valdecasas Fernández, Enrique Piñel López y Jesús Rodrigo Fernández.

Escriben sobre el Derecho de las Telecomunicaciones europeo y nacional, entre otros, nuestros compañeros Pablo Carvajal González, José Giménez Cervantes, Ignacio Redondo Andreu y Juan Manuel Rodríguez Cárcamo. ■



Reflexiones Zombis

Autora: Carmen Sanabria Pérez
Editorial: EOI **ISBN:** 9788415061069

Lejos de la tradicional versión administrativa de los asuntos públicos, la obra se acerca a la encrucijada actual de las organizaciones públicas: forzadas a actuar de forma diferente en un mundo nuevo,

no renuncian a preservar los principios y valores que legitiman su existencia en un Estado Democrático.

De la mano de una experiencia de transformación concreta –la elaboración y puesta en marcha de un plan estratégico en un organismo público– este cuento de gestión se sumerge en las vicisitudes y contradicciones que acechan la labor de los directivos y gestores públicos, muchas veces convertidos en verdaderos zombis del siglo XXI. Al mismo tiempo, la historia identifica los as-

pectos clave que permiten abordar con éxito procesos de cambio en las Administraciones Públicas y, especialmente, aquellos valores (liderazgo, visión estratégica, trabajo en equipo) que facilitan la innovación, la adaptación tecnológica y científica y una nueva forma de gestionar personas de alta cualificación en entornos globalizados y de creciente incertidumbre.

Con el aval de la EOI como institución veterana en la dirección y gestión empresarial, el libro pretende contribuir activamente al debate abierto sobre la creación de una función directiva profesional en las Administraciones Públicas.

La presentación del Libro tuvo lugar en la EOI el día 8 de febrero, a las 18.00h, en un acto presidido por su Director, Alfonso González Hermoso de Mendoza, y que contará con la presencia, además de la autora, Carmen Sanabria Pérez, con la Directora General de la Función Pública, Cristina Pérez-Prat Durbán, que introducirá una obra de plena actualidad para el sector público y su papel en la sociedad. ■

Código Comentado de la Energía

Autores: Fernando Calancha y Eduardo Soler Tappa
Editorial: Civitas
ISBN: 9788447035588

El presente Código, nace con la vocación de convertirse en un manual de referencia para el Derecho de la Energía y de consulta para el profesional inmerso en el mismo, al codificar con comentarios y jurisprudencia relacionada las principales normas del ordenamiento jurídico en la materia.

La obra da a conocer los aspectos más relevantes, fundamentalmente para su comprensión, estudio y correcta aplicación, de las principales normas y preceptos que presiden y conforman el panorama legislativo español del sector energético (electricidad, gas y petróleo, principalmente). El constante nacimiento de normas jurídicas y económicas, la no muy abundante presencia de pronunciamientos jurisdiccionales, y la complejidad y particularidad del sector, lo convierten en un referente imprescindible de la interpretación del Derecho en un ámbito fuertemente regulado y especializado.

La estructura que sigue la obra permite la consulta íntegra de las normas, ya sea de rango legal, reglamentario, o incluso inferior de que se trate, en la cual precepto por precepto se insertan los comentarios y las referencias (legislativas y jurisp-

denciales) más importantes. La estructura del Libro distingue tres grandes partes: la primera es la relativa a normas comunes, esto es, Constitución española, Estatutos de Autonomía o Directivas. En la segunda, relativa a energía eléctrica, se diferencia la normativa general; actividades liberalizadas (generación y comercialización); actividades reguladas; tarifas, peajes y gestión económica del sistema; energías renovables y eficiencia energética. En la tercera parte, dedicada a hidrocarburos, se distingue además del comentario a la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, la parte dedicada a exploración e investigación; gas natural, petróleo y biocarburantes.

El presente libro, prologado por Luis Atienza, Presidente de Red Eléctrica de España, alumbrada y pone a disposición de empresas, Abogados y el mundo jurídico en general, las principales normas del sector energético comentadas por dos compañeros, que recientemente han desempeñado el cargo de Abogado del Estado-Jefe en la Secretaría de Estado de Energía, y que en la actualidad están en la excedencia. ■



El daño no patrimonial en el Derecho del Medio Ambiente

Autor: Guillermina Yanguas Montero
Editorial: Thompson/Civitas
ISBN: 9788447025695

A lo largo de este trabajo el lector podrá encontrar un análisis exhaustivo y completo de que lo que ya apunta su título: la práctica en materia de daños no patrimoniales en el ámbito del medio ambiente, a partir del dato principal que debe tenerse en cuenta, que no es otro que las decisiones judiciales que al respecto se han dado. Se analizan para ello no sólo la jurisprudencia en sentido propio, procedente de nuestro Tribunal Supremo, sino también de otros tribunales, dentro y fuera de nuestras fronteras. La autora recoge con detalle la jurisprudencia más relevante sobre la materia, y la analiza en todos los aspectos que puedan ser de interés, tanto desde el punto de vista del medio ambiente como desde el punto de vista del propio Derecho civil. ■



To kill a Mockingbird

starring
GREGORY PECK



The most
beloved Pulitzer
Prize book now
comes vividly
alive on the
screen!



WITH MARY BADHAM · PHILLIP ALFORD · JOHN MEGNA · RUTH WHITE · PAUL FIX · BROCK PETERS · FRANK OVERTON · ROSEMARY MURPHY · COLLIN WILCOX
Screenplay by HORTON FOOTE · Based upon Harper Lee's novel "To Kill a Mockingbird" · Music by ELMER BERNSTEIN · Directed by ROBERT MULLIGAN · Produced by ALAN FAULA · A Pkote-Mulligan, Brentwood Productions Picture · A UNIVERSAL PICTURE

Comentario de la película "Matar a un Ruiseñor" EL CINE EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA (IV)

Ignacio del Cuvillo Contreras | Abogado del Estado

Matar a un Ruiseñor es una de esas pocas películas en que todo está en su sitio: un guión perfecto, un reparto adecuado y un director de cabeza clara. Ha sido reconocida universalmente como un clásico. Está basada en la novela del mismo título de la escritora Harper Lee, premio Pulitzer de 1960, que no volvió a publicar ningún otro libro.

La acción se desarrolla en Maycomb, una pequeña ciudad del estado de Alabama, al sur de los Estados Unidos, en los años de la Depresión. Era una vieja y cansada ciudad, dividida racialmente, donde solía hacer mucho calor. Los días parecían tener más de veinticuatro horas. Nadie te-

nía prisa porque no había donde ir y nada que comprar, ni dinero con qué pagar.

Los principales personajes son Atticus Finch, abogado, viudo y padre de dos hijos, una niña, Scout, de seis años, y un niño, Jem, de diez. Atticus está encarnado por Gregory Peck, actor polifacético con más de 30 películas en su haber, que cultivó la comedia (*Vacaciones en Roma*), el cine bélico (*Los Cañones de Navarone*), el del oeste (*Duelo al Sol* y *El Pistolero*), el cine negro (*Recuerda y Proceso Paradine*, ambas de Hitchcock). Scout y Jem están interpretados por dos actores noveles originarios de Alabama, Mary Bradham y Philip Alford, que no

hicieron carrera en el cine. Mary conservó siempre muy buenas relaciones con Gregory Peck. Robert Duvall hace su debut en el corto pero difícil papel del solitario Boo Radley y fue uno de los actores favoritos de Coppola (*El Padrino* y *Apocalypse Now*).

Comienza la proyección y, desde la posición del espectador, se adivina a una niña que dibuja un pájaro. La acción nos transmite una sensación de paz mientras se oye canturrear a la artista. De pronto, una fuerza desconocida rompe el papel por la mitad y el pájaro desaparece. Esta introducción –paz y violencia– es como un esquema de la película. La historia se

cuenta desde el punto de vista de los niños, concretamente de Scout, que la desarrolla como un recuerdo de su infancia. La narradora habla de sus hazañas cotidianas junto a su hermano Jem, y su amigo Didí y de las primeras incidencias de su vida escolar.

Atticus Finch ejerce la profesión de abogado en Maycomb. Es viudo y hombre de principios y educa a sus hijos de una manera natural y con nobleza, dejándolos vivir a su aire aunque aprovechando cualquier oportunidad para enseñarles el buen camino. No es fácil separar en la figura de Atticus los oficios de padre y de jurista. Sus hijos son unos niños típicos que invierten su tiempo en ir a la escuela y jugar al aire libre. Sienten fascinación por la casa de los Radley donde vive Boo, un joven solitario tenido en la ciudad por perturbado e incluso peligroso, por el que los niños sienten una invencible atracción y él por ellos, hasta el punto de dejarles regalos en el hueco de un árbol.

Las relaciones de Atticus con sus hijos presentan escenas que no tienen precio. Una noche le da una lección a Scout sobre cómo aceptar las diferencias de opinión entre los seres humanos:

“Si consigues aprender una sola cosa, te llevarás mucho mejor con todos tus semejantes. Nunca llegarás a entender a una persona hasta que veas las cosas desde su punto de vista, hasta que logres meterte en su piel y andes un poco por ahí.”

Cuando la niña le dice que no quiere ir más a la escuela, le razona de esta manera:

Atticus: *¿Sabes lo que es transigir?*
Scout: *¿No hacer caso de la ley?*
Atticus: *No, es un acuerdo al que se llega voluntariamente entre dos personas, por ejemplo tú y yo. Funciona así. Tú me aceptas que es necesario ir a la escuela y yo te acepto que cada noche seguiré leyéndote el mismo cuento. ¿Conforme?*

Otra vez cuenta a sus hijos que su padre le había regalado una escopeta y que le dio permiso *“para disparar a todos los pájaros que quisiera, pero que era un*



La situación social reflejada en la película se reprodujo al comenzar la década de los 60, años que hirvieron de intolerancia y odio racial

grave pecado matar un ruiseñor porque no hacen nada más que cantar para regalarnos el oído. No picotean los sembrados ni entran en los graneros a comerse el trigo. No hacen más que cantar para alegrarnos.”

Hasta ese momento la acción discurre plácidamente pero, de pronto, la calma de la ciudad se rompe. El juez Taylor informa a Atticus de que el Gran Jurado va a admitir una acusación contra un hombre de raza negra, Tom Robinson, por haber violado a una chica blanca, Mayela

Ewell Aunque anda muy escaso de tiempo, siendo hombre de sólidos principios accede a llevar el caso. Muchos intentan convencerlo de que lo rechace pero decide seguir adelante. Bob Ewell, el padre de la chica, le amenaza recordándole que también tiene hijos.

La situación social reflejada en la película se reprodujo al comenzar la década de los 60, años que hirvieron de intolerancia y odio racial. Fue entonces cuando llegó a la cumbre en los Estados Unidos el movimiento en pro de los derechos civiles. El guión vuelve al mundo infantil y nos presenta a Scout, Jem y su amigo Didí entrando en el Tribunal. Un aspecto a tener en cuenta es la diferente percepción del peligro que tienen adultos y niños y la naturalidad con que éstos enfocan ciertos sucesos importantes. Suben a la segunda planta, donde se encuentra la sala y, con ayuda de los hermanos, Didí trepa hasta alcanzar un ventanal que le permite ver lo que ocurre: *“No pasa gran cosa. El juez tiene cara de aburrido. Veo a vuestro padre y a un negro. Me parece que está llorando, ¿qué habrá hecho? Hay un grupo de hombres sentados a un lado.*



La figura de Atticus Finch es la del abogado ideal, dotado de principios morales bien arraigados y de sólida y profunda formación que incorpora a su actuar diario como ciudadano y como padre de familia

Ahora se llevan al negro. Un hombre se ha levantado y se ha puesto a gritar”.

Atticus se queda asombrado al ver allí a sus hijos y, con energía y sin descomponer su actitud, los manda a casa.

Los niños ven cómo su padre se enfrenta a la intolerancia general. Nadie cree en la inocencia del acusado. Atticus les explica con paciencia las razones que tiene para defender a una persona odiada y despreciada por la sociedad pese a las posibles consecuencias.

Atticus: *Hay cosas que aún sois muy pequeños para entender. Dicen por ahí que yo no debería defender a este hombre.*

Scout: *¿Y por qué lo haces?*

Atticus: *Por muchas razones. La principal es que, si no lo defendiera, no podría ir con la cabeza alta, no sería nadie. Ni siquiera podría deciros a vosotros lo que debéis hacer. Vais a oír en la escuela cosas muy feas de mí y me vais a prometer algo, que no volveréis a pelearos con nadie por eso, digan lo que digan.*

En adelante, los niños se alinean con su padre y le ayudan sin él quererlo. Incluso acuden al Tribunal a presenciar el juicio entre el público de raza negra. El juicio se desarrolló como era previsible. Los testigos declararon en contra del acusado. Atticus consiguió que la ofendida incurriera en contradicciones y se pusiera

en evidencia lo infundado de la acusación. Estas fueron, en síntesis, las alegaciones finales dirigidas al Jurado:

“Este caso nunca debió someterse a juicio. El fiscal no ha presentado una sola prueba pericial que demuestre que el delito se ha cometido. La acusación solo se apoya en las declaraciones de los dos perjudicados, cuya veracidad no sólo ha sido puesta en serias dudas en el interrogatorio sino que han sido desmentidas por el acusado. Existen pruebas circunstanciales que llevan a creer que Mayella Ewell fue salvajemente golpeada por una persona que usaba la mano izquierda, y recuerden que Tom Robinson, para prestar el juramento, ha tenido que usar la derecha, que es su única mano útil.

Siento compasión por la afectada, pero mi compasión no puede llegar hasta el extremo de consentirle que ponga en juego la vida de un hombre para ocultar su propia culpabilidad, porque ha sido el hecho de sentirse culpable lo que la impulsó. No ha cometido ningún crimen. Solo ha infringido un antiguo y rígido código de honor que aún subsiste, tan severo que a todo el que lo infrinja se le da de lado como persona indigna. Por eso debía destruir la prueba de su grave falta, o sea a Tom Robinson, que es un recuerdo constante de lo que ha hecho... tentarlo. Hizo algo imperdonable en nuestra sociedad, besar a un hombre

de raza negra, no a uno viejo, sino a uno joven y fuerte.

Los testigos de la acusación, con excepción del comisario, se han presentado ante ustedes con la plena confianza de que su testimonio no se pondría en duda. Por ello, un hombre de raza negra, humilde y respetable, se ve enfrentado a dos personas de nuestra raza. El acusado no es culpable. En cambio, hay una persona en esta sala que lo es.

Señores, en este país los Tribunales tienen que actuar con equidad. Ante ellos todos los hombres han nacido iguales. Confío en que ustedes examinen, sin prejuicios de ninguna clase, los testimonios que han oído, lleguen a una decisión y devuelvan a este hombre al seno de su familia. En nombre de Dios, cumplan con su deber y crean a Tom Robinson”.

Se puede leer y oír el alegato completo en inglés en la siguiente dirección: <http://www.americanrhetoric.com/MovieSpeeches/moviespeecktokillamockingbird.html>.

No obstante la perfección de la defensa, la condena se produce. Atticus ha perdido el caso pero ha luchado con valor. Mientras recoge sus papeles y abandona la sala, el público de arriba se levanta y lo saluda en silencio y con emoción.

Después, la acción se precipita. Durante el traslado a la cárcel, Robinson se escapa, le disparan y muere. Atticus va a informar a la familia y allí lo alcanza Bob Ewell para increparlo hasta el punto de escupirle en la cara. Tiempo después, sus hijos, camino de su casa, son asaltados por Ewell, que a su vez muere apuñalado por su propio cuchillo. Atticus cree por un momento que el homicida había sido su propio hijo. El comisario lo saca de su error. No había sido el niño, sino el extraño Boo Radley, el joven que vivía encerrado en su casa. Boo, por su timidez enfermiza, no aguantaría la publicidad de un juicio. El comisario, para compensar su error en el caso, se propone proteger al inofensivo Boo y urde la historia de que Ewell estaba borracho, se cayó y se clavó el cuchillo. Teme, sin embargo, que Atticus, por su integridad, no quiera aceptarlo, aunque en realidad Boo había salvado con su acción la vida de sus hijos.

Scout se acerca a su padre y le dice esta frase llena de increíble madurez: “*El comisario tiene razón, (acusar a Boo) sería como matar a un ruiseñor*”. Atticus estrecha agradecido la mano de Boo, mostrando su acuerdo con la iniciativa del comisario.

“**La belleza de *Matar a un Ruiseñor* reside en el modelo contenido, sobrio y prudente de abogacía que usa Atticus. Yendo más a favor de corriente y no provocando un enfrentamiento directo, consiguió influir en sus hijos, en el comisario y probablemente en la comunidad**”

La película deja una serie de sensaciones, agradables y desagradables, y expone problemas fundamentales, de interés actual. No pensemos que las situaciones que se presentan están superadas, ni que el director y el guionista nos ponen frente a historias de buenos y malos, solo útiles para entretener. En mi opinión se plantean, como mínimo, las siguientes cuestiones para el análisis jurídico:

I. LA CONDICIÓN DEL ABOGADO

La figura de Atticus Finch es la del abogado ideal, dotado de principios morales bien arraigados y de sólida y profunda formación que incorpora a su actuar diario como ciudadano y como padre de familia. Obsérvese la forma en que aplicaba a la educación de sus hijos sus conocimientos jurídicos, como hemos visto cuando les encargaba a tener en cuenta

el punto de vista de los demás y cuando les enseñaba a resolver un problema mediante la fórmula de la transacción. Los que me leéis podréis responder a la duda que tengo de si no separamos hoy excesivamente los planos familiar y profesional.

Como abogado, Atticus no vaciló ante la petición de defensa de un acusado que, legalmente, era una persona con los mismos derechos que las demás pero que, prácticamente, era un marginado, como todos los de su raza. Por eso, el juez pidió a Atticus que se hiciera cargo de la defensa de Tom Robinson. Sabía que solo un abogado como él se haría cargo de una misión, obligada para que el proceso fuera legal, pero misión imposible.

La belleza de *Matar a un Ruiseñor* reside en el modelo contenido, sobrio y pru-





dente de abogacía que usa Atticus. Yendo más a favor de corriente y no provocando un enfrentamiento directo, consiguió influir en sus hijos, en el comisario y probablemente en la comunidad. Actos como los suyos, aparentemente ineficaces, ayudaron a cambiar poco a poco los usos sociales.

2. LA APLICACIÓN Y LA EFICACIA DE LAS LEYES

Aunque ante la Ley todas las personas tuvieran los mismos derechos (*all men were created equal*, comenzaba la Declaración de Independencia de los Estados Unidos), los usos sociales en los estados del Sur consideraban al colectivo de raza negra como ciudadanos de segunda clase con mínimos derechos y vida separada,

La película analiza lo que pasó cuando Mayella Ewell rompió las normas y fue que la familia Ewell acusó en falso a un inocente solo porque para ellos era más importante la observancia de esas normas que el respeto a la Ley.

Un principio constitucional de tanta importancia como el que declaraba la igualdad de las personas ante la Ley quedó sin efecto porque la sociedad se regía por otra norma muy diferente basada en la discriminación racial.

La lección que nos da *Matar a un Ruiseñor* es que una ley tan básica como la que proclamaba la igualdad de las personas precisó del transcurso de mucho tiempo para ser asimilada y que a ello contribuyó el esfuerzo de miles de luchadores pacíficos como Atticus Finch

La flagrante infracción de la jerarquía normativa, desarrollada en la película, nos abre la puerta para introducir como tema de reflexión actual el de la relación entre la ley y los usos sociales y, en definitiva, el de la aplicación y eficacia de las leyes con escasa o nula fuerza social.

La promulgación de una nueva ley viene demandada a veces por el cuerpo social por una variada serie de razones. En estos

casos, la ley nace a impulsos de sus destinatarios, su aplicación no tendrá mayores problemas y el grado de cumplimiento será alto. En otros, la nueva ley no viene claramente exigida por la ciudadanía y con ella se trata de dar satisfacción solo a una parte de los destinatarios. En estos casos, es muy probable que el proceso de aplicación sea difícil, sobre todo cuando el objeto de la ley afecte a ideas, creencias o hábitos prácticos muy arraigados. A la vez habrá satisfacción e insatisfacción social, y cuanto más afecte la ley a los usos sociales, tanta mayor oposición encontrará, y más trabajo tendrán el poder judicial y el ejecutivo para imponerla.

Las sociedades no suelen aceptar bien las modificaciones drásticas, no debidamente justificadas por la necesidad de proteger bienes esenciales y derechos y libertades fundamentales. La lección que nos da *Matar a un Ruiseñor* es que una ley tan básica como la que proclamaba la igualdad de las personas precisó del transcurso de mucho tiempo para ser asimilada y que a ello contribuyó el esfuerzo de miles de luchadores pacíficos como Atticus Finch.

3. EL PAPEL DE LOS MENORES EN LA SOCIEDAD

Una de las cosas que más llama la atención de la película es la manera de com-

portarse de los personajes infantiles. En gran medida, la acción se observa desde el punto de vista de los niños, para acentuar el contraste con la forma de valorar los hechos de los adultos. Jem y Scout viven en apariencia con una gran libertad, llevan sus juegos e investigaciones a casi todos los rincones de la ciudad, van a la escuela, piensan, opinan, discuten, crecen y maduran. Sorprende la forma en que plantean los problemas a su padre y la forma sosegada en que actúan. Hay una escena llamativa, ya expuesta, aquélla en que los dos hermanos y su amigo Dídí contemplan, dentro del propio edificio del Tribunal, el final de la vista previa de la causa contra Tom Robinson. Y hay algo más increíble, la asistencia de Jem y Scout al juicio oral, habida cuenta de la escabrosa índole de la acusación y del fundamento racial. No cabe duda de que los niños participaban en la vida de su ciudad y compartían sus acontecimientos. Desconozco si en los años 30 del pasado siglo todos los niños americanos actuaban de forma semejante o si son meros arquetipos que la película ofrece.

De ninguna manera voy a plantear una cuestión de política ni de práctica educativa, pero podríamos preguntarnos por el papel de los menores en nuestros tiempos y en nuestro país. Se trata de un colectivo muy numeroso, pero su voz –me

parece– apenas se oye a nivel de sociedad, ni siquiera la de aquéllos situados entre los 15 y 18 años.

Sin embargo, en España está en vigor una ley, no muy conocida, la Ley Orgánica 1/2003, de Protección del Menor, cuyo contenido refleja en esencia el de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1996, ratificada por España. Sus artículos 4 a 9 reconocen el derecho de los menores de 18

Podríamos preguntarnos por el papel de los menores en nuestros tiempos y en nuestro país. Se trata de un colectivo muy numeroso, pero su voz –me parece– apenas se oye a nivel de sociedad, ni siquiera la de aquéllos situados entre los 15 y 18 años

años al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo, la libertad de ideología, conciencia y religión, el derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, y a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

De estos derechos me permito destacar, en consonancia con lo que se ve en *Matar a un Ruiseñor*, el derecho a participar en la vida social y a la incorporación a la vida ciudadana. ¿Qué os parece? ¿Se fomenta de verdad que nuestros menores ejerciten estos derechos? Pensemos si nos preocupa la adecuada y progresiva integración activa de los menores, no sólo a nivel profesional, en una sociedad de adultos a la que pertenecerán de pleno derecho al cumplir los dieciocho años. Pensemos, en una reflexión final, si las leyes educativas dan cauce a esos derechos del menor y si no habría que revisar al efecto algunos conceptos de nuestro actuar familiar y social. ■





Paella de la huerta valenciana

Por Magda Casañ Gisbert

Desde pequeña he comido paella en mi casa, la mejor paella del mundo. Es así, todos los valencianos tenemos una madre que hace *la mejor paella del mundo* en nuestra casa, porque fuera de ella, en el campo, en las fiestas de los pueblos en la calle, suelen ser los hombres los que se ocupan de hacerla. Así que he crecido, y sigo creciendo, comiendo la paella que hace mi madre, una paella con pollo, conejo, pato, garrofón (una judía blanca aplastada), judías verdes y, algunas veces, alcachofas y caracoles. Y esa es la paella originaria de la huerta valenciana, la que se hacía con los ingredientes y animales que se tenían a mano en las casas de labranza, pero no la única. Es absurdo afirmar que sólo hay una paella, ya que, dependiendo de la zona, más o menos alejada del mar, y de las posibilidades que ofrecen los productos locales, han ido apareciendo otras variedades, algunas muy alejadas de la paella tradicional, como son la paella de marisco, la de anguilas, la de verduras, la de bacalao y coliflor, típica de Torrente, la paella de rata de Catarroja o la paella

de hígado de ternera de Alboraya; otras no se llaman paella, aunque se cocinen en el mismo recipiente: el arroz a banda, el arroz negro, el arroz con bogavante, el de rape, cigalas y ajos tiernos o el arroz del *senyoret* de la zona de Calpe, un arroz de marisco con todo pelado

para que el *señorito* no se manchara las manos. Todos arroces buenísimos que he ido probando en distintos restaurantes que os podría recomendar si llega el caso. Pero, sin duda, en cuestión de paellas, me quedo con la mejor del mundo, la de mi madre. ■



PREPARACIÓN

- Se sala y se fríe bien la carne en la paella con abundante aceite hasta que quede bien dorada. Después se añaden el tomate rallado y las judías verdes a trocitos.
- Se añade una cucharadita de pimentón rojo dulce (¡cuidado que no se queme!) y en seguida el agua. Añadir sal y colorante.
- Se deja hirviendo 1/2 hora (al principio fuerte, luego a fuego bajo) para que el agua coja el sabor de los ingredientes. A los 15 minutos se añade el garrañón. Si tenemos a mano una ramita de romero fresco es el momento de echarla en el caldo durante unos 5 minutos y luego retirarla.
- Se sube el fuego y cuando hierva el caldo (corregir de sal) se añade el arroz, que deberá estar entre 17 y 20 minutos (depende de la clase de agua), 10 minutos con el fuego fuerte y 10 con el fuego bajo. Al final se puede subir el fuego al máximo durante unos minutos para conseguir el 'socarrat'. Dejar reposar el arroz unos 5 minutos.

INGREDIENTES PARA CUATRO PERSONAS

- 1/2 kg de arroz (120 g por persona)
- Media conejo troceado
- Media pollo troceado (admitiría un trozo de pata)
- 250 g. Judías verdes
- 200 g. Garrañón (será más fácil conseguirla congelado)
- Un tomate natural
- Colorante alimentario
- Pimentón rojo dulce en polvo
- Ramita de romero fresco
- Sal y aceite



RECOMENDACIONES

¿Cómo calculo la cantidad de agua y arroz?

Si la paella es para el número exacto de personas que van a comer, el nivel del agua tiene que superar las marcas de las asas cuando echemos el arroz. En cuanto al arroz, los expertos en paellas no lo pesan, sino que calculan la medida haciendo dos montones en forma de cruz que sobresalgan un dedo del caldo, tal y como vemos en la fotografía, y luego lo reparten.

Jugar con el fuego

Si pasados los 20 minutos de cocción el arroz quedara un poco duro, se apaga el fuego y se cubre con papel de periódico, echando unas gotas de agua encima. Si, por el contrario, el arroz se estuviera haciendo demasiado y todavía quedara caldo, subir el fuego al máximo. No se puede añadir caldo ni agua una vez echado el arroz ni removerlo durante la cocción.

Unos buenos amigos

Una buena botella de vino o una buena sangría serán acompañantes perfectos para la paella, además, como decía mi hermano, de unos buenos amigos que se coman tus primeras paellas. ¡Suerte!





Joseph Sudek

o la luz vulnerada

“Pues la oscuridad restaura lo que la luz no puede reparar” Joseph Brodsky

Alfonso Brezmes | Abogado del Estado

EL CAZADOR, ANIMAL SUTIL

Una figura cubierta por un ancho capote negro, con un extraño bulto a la espalda, avanza con dificultad por las calles de la Mala Strana, en una Praga mortecina que aún no ha visto amanecer. El frío y la humedad se cuelan por las botas, por los guantes, no hay modo de aplacarlos. Bien mirado, esa figura podría ser un viajero extraviado, un pordiosero, tal vez un viejo monje o un asesino de regreso a su guarida con su presa. Su andar es decidido pero nostálgico, pues a cada tanto se detiene para mirar el aire. Pareciera que sopesase la textura de la luz, su densidad. Si giramos la cámara lúcida con la que miramos a través del túnel del tiempo, podremos ver su rostro, absolutamente normal, con barba de tres días, salvo por la mirada un tanto alucinada. Tras un largo deambular, y una sucesión de paradas, montajes y desmontajes de su extraño equipo, de intentos acaso fallidos, la figura retorna a su estudio en Ujezd. Hoy no ha sido un buen día para la caza, piensa, mientras escupe su desilusión y su fatiga sobre el suelo adoquinado que la llovizna se encarga de mantener limpio. Al abrir la verja que da paso a su morada entramos con él, sin que se dé cuenta. Los goznes chirrían despacio, como si saludaran a su amo, dando paso a un jardincito humilde y oscuro. El viejo deposita con amor su vieja Kodak panorámica bajo el pequeño por-

che. Luego, como si de un truco de magia de tratara, la figura desaparece en la penumbra de su estudio, donde los sueños se revelan y el haluro de plata materializa los paisajes y las cosas.

“Sudek clavaba su trípode en la arena del sendero, se quedaba un instante mirando alrededor y luego trasladaba hasta dos y tres veces el aparato de sitio. Todo ello con la mano izquierda. En el costado derecho de su abrigo ondeaba una manga vacía. La Primera Guerra Mundial le llevó un trozo de hombro y el brazo derecho. No hablaba de eso nunca. Cuando se alistó en el ejército era bibliotecario diplomado. Cuando regresó no era nada. Para salir del apuro estudió fotografía y se enamoró de aquel oficio. Para disponer del aparato se ayudaba de los dientes. Sostenía con la boca un trozo de tela oscura y con su melena despeinada parecía un león llevándose un trozo de carne a la boca. Solía decir que el mundo era un gigantesco baile de máscaras y que él, indolente, paseaba por él disfrazado de mendigo”. (Jaroslav Seifert. *Toda la belleza del mundo*).

El caminador de Praga ha vuelto cansado a casa. Ya no es un muchacho, no, ni siquiera un hombre maduro: el paso del tiempo ha obrado en él la natural devastación de los cuerpos; pero su pasión, su ilusión, su ingenuidad y amor hacia la ciudad de sus sueños y hacia los obje-

tos y el paisaje interior en que se mueve siguen intactas. Pasión intacta, y un mismo sueño por soñar: el de apresar el misterio que rodea las cosas. No las cosas en sí, sino su vida secreta, su esencia. No las calles, sino su atmósfera. No poseer nada; tan sólo rozar. El viejo se acerca y roza. Sabe mirar; en realidad ya no sabe hacer otra cosa que mirar y devolvernos la realidad transformada por su caricia intensa y letal. *“No se trata de buscar sino de esperar”* (Corot). Y, como sólo un anacoreta o un asceta sabría hacerlo, Sudek espera. Se aposta y espera. En cierto modo, es un cazador avezado que sabe que la presa, más tarde o más temprano, acabará acercándose y caerá en su cepo; que la presa se acerca más cuanto menos atención se la presta. Y, así, vasos, flores, ventanas, la lluvia, calles, peatones, el aire... Uno a uno, todos ellos van cayendo en esa red insaciable que los fija en el negativo y luego en el papel preservándolos así para el ojo futuro. Ese ojo que al descubrir el mundo íntimo de Sudek apenas puede ocultar una íntima lágrima de reconocimiento. En realidad, todo esto siempre ha existido: este cristal empañado, esa desusada luz nunca han dejado de existir, porque preexistieron al fotógrafo y le sobreviven, pero sólo él supo hacérselo ver o, mejor dicho, imaginar. Porque aquí no se contemplan realidades, sino que se intuyen, porque esta fotografía no es demostración, sino realidad revelada.



“La fotografía es rara, no debe desvelar mucho, tiene que dar pistas. No sé cómo es en otras artes, pero en la fotografía es así, ella debe aludir y los que la miran deben imaginarse algo detrás de ella”. (Sudek).

LA CIUDAD REVELADA

Mucho se ha escrito sobre la Praga de Sudek. Lo más inteligente, tal vez, aquella ironía de Henry James acerca de que son las imágenes de Sudek las que en realidad inventan Praga, y no a la inversa. A Borges le gustaría este juego especular. Y es que, en cierto modo, es así: nada –ni siquiera acaso el suceso mágico de volver a Praga y perderse por sus callejuelas o aparecer de nuevo frente al viejo puente de piedra– puede sustituir al goce de perderse en la ciudad soñada a través del ojo del anciano del capote negro. Es como si hubiese dos ciudades: la real, y la inventada por Sudek. Y ésta última tan bella, tan libre del tráfico diario, del paso inexorable del tiempo, tan pura, que aquélla –la real, la tangible, la inabarcable, la maltratada por el mal gusto– es de algún modo absorbida por la imaginaria y, una vez superpuestas, es ésta última la que permanece en el imaginario colectivo, impidiendo a la memoria cumplir su cometido fiel.

En realidad, todo esto siempre ha existido: este cristal empañado, esa desusada luz nunca han dejado de existir, porque preexistieron al fotógrafo y le sobreviven, pero sólo él supo hacérselo ver o, mejor dicho, imaginar

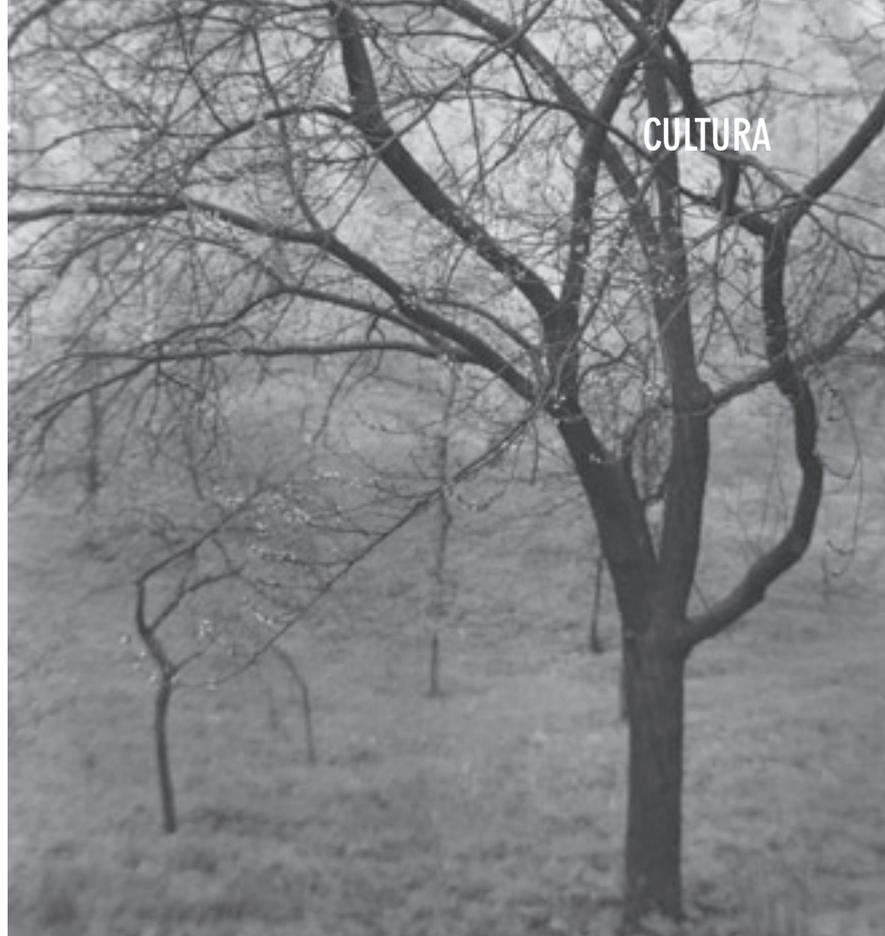
“¿Dónde está hoy aquel hielo? –se pregunta Jaroslav Seifert al hablar de la ciudad retratada por el fotógrafo– ¿Dónde estará aquella dulce chica con sus botines de piel de conejo? ¿Dónde está también aquel espléndido puente que se alzaba sobre el río y en su mitad se balanceaba ligeramente, como una muchacha que se dispone a bailar?”.

El *ubi sunt* clásico se esconde tras las preguntas del escritor checo. Y es que

la mirada en Sudek se vuelve nostalgia. Este *flâneur* solitario –un paseante romántico, según a él mismo le gustaba definirse– tiene el don de abolir el tiempo, algo que va más allá –mucho más allá– del instante decisivo de Cartier-Bresson, para lograr captar, no la anécdota, sino la categoría; no el hallazgo, sino lo que permanece. Me atrevería a insinuar que, por oposición al instante decisivo del archifamoso fotógrafo francés, Sudek eleva a categoría lo pequeño, lo que permanece inadvertido, la magia del tiempo detenido.

LA HABITACIÓN DEL ARTISTA

Como si de un sueño se tratara, las fotografías del checo nos conducen sin solución de continuidad de una ciudad semidormida en la bruma del recuerdo, a un entorno doméstico e íntimo de una densidad pasmosa. Seifert describía así aquella casa-estudio en la que Sudek vivía recluso con su hermana: *“La casa estaba llena a rebosar de una multitud de trastos. Por la noche, cuando abrían las dos camas plegables, el cuarto se transformaba en un dormitorio que era como para ponerse a llorar. La hermana de Sudek miraba todo aquello con una calma envidiable. Era consciente de que cualquier intervención en nombre del or-*



den y la limpieza habría estropeado la armonía. Sudek, por su parte, se orientaba con precisión en medio de aquel desorden singular, de todos aquellos chismes y trastos. El singular desorden de las cosas era tan pintoresco, tan insuperablemente insuperable, que se aproximaba a una obra artística extremadamente refinada. La ventana del estudio daba a un diminuto huerto en el que no había nada; un par de arbustos y un árbol retorcido. Pero en la ventana que daba a aquel lastimero trozo de naturaleza surgieron algunas de las más hermosas fotografías de Sudek. Imágenes de una luminosidad excepcional, llenas de embrujo poético y de una belleza cautivadora”.

No hablamos aquí de estudios clásicos y de encuadres perfectos, sino de visiones humildes que sólo alcanzan grandeza en cuanto que fijadas en la retina de la imagen fotografiada. En cierto modo, se trata de una especie de perversión de lo real, una mirada que satura y que condensa, sin necesidad de convulsionar al espectador. No nos preguntemos cómo o por qué; simplemente sucede. Son terremotos invisibles los que sacuden al que mira, porque lo pequeño nos concierne, atañe a nuestras vidas minúsculas y nos sentimos más cerca del jarrón, de la rosa a punto de comenzar su ocaso, del men-

“No hablamos aquí de estudios clásicos y de encuadres perfectos, sino de visiones humildes que sólo alcanzan grandeza en cuanto que fijadas en la retina de la imagen fotografiada”

drugo de pan, del plato mellado, que de las escenas impactantes y cargadas de épica grandilocuente. “*Ninguna de esas fotografías es espectacular, no son ninguna proeza, simplemente son una especie de —cómo decirlo— evidencia mágica cercana a la exactitud de los sentimientos en Balzac. Josef Sudek es la fotografía.*” (Bernard Plossu).

EL JARDÍN INTERIOR

¿Y qué decir luego de esas imágenes modestas, pequeñas, que radiografían el jardincito mágico del artista? Nada. Creo que nada se puede añadir que aporte algo a su contemplación callada. Solamente

dejarse traspasar por su melancolía, sentirse vulnerados por su minúsculo veneno, dulcemente perderse en la química del papel que antes fue material sensible y ahora es ventana directa a los sueños. Ventanas empañadas, invierno afuera. Árboles pelados, luz adentro. La mirada viaja desde el taller al jardín, siempre a través del cristal, que obra de filtro intermedio, y luego de vuelta, desde el exterior húmedo y frío al interior cálidamente iluminado. Un interior espectral donde se adivinan la cabeza de una mujer o la figura diminuta de una niña que se lleva las manos al rostro. Hay algo aquí de viaje iniciático; un recorrido por un círculo secreto en que el alma, aterida de frío, se adentra y se pierde, irremediadamente. Sudek nos invita primero a mirar afuera de nosotros mismos, para luego volver la mirada hacia dentro, al hogar que abandonamos, y al que siempre se torna agradecido. Ahí —en ese viaje iniciático que supone adentrarse en el mundo visual y casi tangible de Sudek— está todo: la vida y la muerte, la luz y su pérdida. El frío mundo ahí afuera y el refugio íntimo al que siempre se puede volver, porque es uno mismo. Ahí está ese “*oscuro borde de la luz, donde ya nada reaparece*” (Valente) y esa luz que no alcanzaba a Goethe en su lecho de muerte. La luz secretamente vulnerada. ■



Haití: Un año después del terremoto **AVANCES GRACIAS A LA SOLIDARIDAD DE TODOS**

El 12 de enero de 2010, el pueblo haitiano sufrió uno de los mayores desastres naturales de los tiempos modernos con un terremoto en 35 segundos, de una magnitud 7,3 en la escala de Richter en un radio de 50 km seguido por numerosas y violentas réplicas. Este terremoto dejó al mundo con el corazón encogido pero provocó una respuesta casi inmediata nacida de la solidaridad internacional.

La cifra fue alta en todos los departamentos del Oeste y del Sudeste, en particular para el área metropolitana. Las cifras de aproximadamente 300.000 muertes; más de 300.000 personas heridas, y más de 1.300.000 personas sin hogar, muchas de las cuales aún hoy siguen viviendo en los campamentos de emergencia, sufriendo el mal tiempo, y expuestas a enfermedades diversas. Además de los daños directos causados por el terremoto del 12 de enero de 2010, existen otros muchos efectos inmediatos y secundarios, algunos más obvios: el desplazamiento precipitado, sin ninguna documentación académica y sin perspectiva de vuelta, de gran número de alumnos y de estudiantes hacia países de acogida susceptibles de ofrecerles más oportunidades y seguridad; la invasión masiva de haitianos que llegan de las capitales de provincia, que ya carecen de estructu-

ras y recursos; la crisis socio-económica crucial; la emergencia de una población traumatizada, que tiene que partir de cero para seguir adelante.

Ante esta situación y en medio de ella están nuestras comunidades redentoristas que han sufrido, como casi todas las congregaciones, grandes pérdidas a nivel personal y estructural: recordemos los casi 200 niños y varios profesores muertos en la escuela de San Gerardo. La Congregación de Misioneros Redentorista se ha volcado con sus hermanos y con el pueblo de Haití y nosotros como ONGD Redentorista hemos querido aportar nuestro esfuerzo y nuestra ayuda humanitaria para los momentos de emergencia y los nuevos proyectos que se han ido proponiendo para cubrir las necesidades más básicas de la población afectada.

Agradeciéndoos a todos y todas los que habéis hecho posible que se canalice la ayuda a Haití, queremos hacer llegar un breve informe de lo recaudado y una pequeña evaluación de lo hecho hasta ahora y lo que queda por hacer. En este primer año de trabajo, la comunidad redentorista de Haití, con la ayuda de la Asociación para la Solidaridad ha podido a tender y ayudar a más de 4.000 personas.

PRIMEROS AVANCES

En un primer momento se comenzó en el apoyo a las labores de emergencia y ayuda humanitaria básica a más de 50 familias relacionadas con el entorno de la parroquia redentorista y el colegio de San Gerardo. La ayuda, en este caso, consistió en facilitar elementos de primera necesidad como alimentos, medicinas y material higiénico y sanitario, así como alojamiento temporal en algunas ocasiones.

OBJETIVOS DE LA AYUDA

Durante todo este año, la población infantil ha sido el principal objetivo de nuestro trabajo a la que se le entregaron diversas ayudas alimentarias y de otra índole en colaboración con la ONG Mano a Mano. Estas Navidades Asociación para la Solidaridad hemos entregado a muchos de estos niños juguetes para paliar los efectos psicológicos de la tragedia.

Posteriormente se ha trabajado en la reconstrucción de las infraestructuras básicas de la comunidad, tanto de la parroquia como de los centros educativos para seguir con el proceso formativo de los menores y los jóvenes haitianos, intentando que cuanto antes, se retome la relativa normalidad de su día a día. Los



profesores que sobrevivieron al derrumbe del Colegio de S. Gerardo también han recibido ayuda para recomponer sus vidas y sus pérdidas. Todo esto se traduce en las siguientes cifras:

ETAPA	CONCEPTO	CANTIDAD
EMERGENCIA Y AYUDA HUMANITARIA	Desescombro para búsqueda de personas	2.942,49 €
	Alimentos, agua y materiales de primera necesidad para la primera emergencia	15.699,47 €
	Subsidio para las familias de hermanos	11.565,00 €
	Subvención a familias víctimas	5.055,00 €
	Ayudas a familias de la Parroquia de S. Gerardo	7.710,00 €
	Ayudas a las familias de los profesores del Colegio San Gerardo	19.275,00 €
	Ayuda niños de Leogane (juguetes)	3.084,00 €
RECONSTRUCCIÓN DE LA COMUNIDAD	Gastos de la demolición en San Clemente	2.207,31 €
	Gastos de la demolición en San Gerardo	1.471,54 €
	Compra de una planta eléctrica (San Clemente)	4.414,36 €
	Comunicaciones y acceso a Internet para la emergencia	8.593,29 €
RECONSTRUCCIÓN CENTROS EDUCATIVOS	Proyecto Construcción de dos aulas del Nuevo Colegio Universitario de la Parroquia de S. Gerardo (NCUPSG)	20.000,00 €

Por todos estos avances, ¡gracias! Todo esto ha sido gracias a ti, a tu ayuda, a tu gesto y aportación nacida seguramente de la conciencia solidaria que debe mover a todo ser humano. Y esto es sólo parte del trabajo que vamos a realizar.

BALANCE ECONÓMICO	
Total recaudado a 31 de diciembre de 2010	464.610,86 €
Enviado a Haití en 2010	102.017,29 €
Pendiente de enviar a proyectos en 2011	362.593,57 €

Aunque Haití haya desaparecido de las portadas de los medios de comunicación todavía queda mucho por hacer. La etapa de emergencia ha terminado, pero siguen siendo muchas las necesidades que hay que cubrir y va a ser un trabajo lento, por

lo que la Asociación para la Solidaridad seguirá trabajando codo con codo con la población haitiana para recuperar sus derechos básicos. La reconstrucción del país va a ser lenta (todos vemos las noticias y las imágenes del país aún son dantescas), por ello, los siguientes proyectos del 2011 donde invertiremos vuestras aportaciones serán precisamente en concepto de reconstrucción.

Algunos de los siguientes Proyectos en los que Asociación para la Solidaridad colaborará gracias a vosotr@s serán:

- ▶ Construir la casa de formación en Bois Patate
- ▶ Construir el Colegio San Gerardo
- ▶ Reconstruir la Iglesia San Gerardo

Gracias de nuevo por compartir con la Asociación para la Solidaridad el sueño de un mundo nuevo, un mundo mejor, un mundo con menos injusticias y desigualdades, gracias por seguir contando con nosotros para canalizar tu solidaridad. Gracias desde Haití, gracias por Haití. ■



**Asociación
para la Solidaridad**

Cuenta corriente
0049 5102 23 2616088070



Asociación de Abogados del Estado

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

La reforma laboral 2010

Modalidades contractuales y extinción del contrato de trabajo (análisis del RD 10/2010 y Ley 35/2010)¹

Francisco J. Barbancho Tovillas

Doctor en Derecho, Magistrado de lo Contencioso Administrativo,
Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Barcelona

“El preámbulo de la Ley deja claro que su objetivo esencial es contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española sin dejar de identificar los dos principales problemas en los que pretende incidir, la corrección de la dualidad del mercado de trabajo promoviendo la estabilidad en el empleo y la necesidad de incrementar la flexibilidad interna de las empresas”

1. INTRODUCCIÓN

El BOE de 17 de junio publicó el relevante RDL 10/2010, 16 de junio, sobre Medidas Urgentes para la reforma del Mercado de Trabajo, poco después convalidado sin perjuicio de su tramitación parlamentaria como proyecto de ley. Posteriormente, el BOE de 18 de septiembre publicaba la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

El preámbulo de la Ley deja claro que su objetivo esencial es contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española sin dejar de identificar los dos principales problemas en los que pretende incidir, la corrección de la dualidad del mercado de trabajo promoviendo la estabilidad en el empleo y la necesidad de incrementar la flexibilidad interna de las empresas. De hecho se nos dice que las medidas incluidas en esta norma se dirige a lograr tres objetivos fundamentales: a) reducir la dualidad de nuestro mercado de trabajo, impulsando la creación de empleo estable y de calidad, en línea con los requerimientos de un crecimiento equilibrado y sostenible; b) reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas; c) elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación laboral.

La reforma laboral viene precedida de un indudable, aunque indirecto, reconocimiento del fracaso de anteriores

reformas que destinadas a los mismos propósitos no habían corregido los desequilibrios y disfunciones del mercado de trabajo, entre ellos, el dualismo del contrato de trabajo que ha dotado de una extraordinaria flexibilidad al mercado de trabajo y ha facilitado de forma extraordinaria la reestructuración del empleo en situación de crisis económica². No podemos olvidar que el RDL 2-2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas ya establecía que eran necesarias medidas rápidas y eficaces para hacer frente a la crisis económica internacional y que en España se agrava al convertirse en uno de los países con mayor nivel de destrucción de empleo.

Respecto a la dualidad del mercado de trabajo el Preámbulo de la Ley señala que se incorpora un conjunto coherente y equilibrado de medidas que persiguen, por un lado, restringir el uso injustificado de la contratación laboral y, por otro, favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida. Entre las medidas destinadas a restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratación la Ley destaca las dirigidas a establecer un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado, asimismo introduciendo algunos ajustes en el encadenamiento de contratos temporales y, por último, se incrementa hasta doce días la indemnización por finalización de los contratos. Lo anterior se complementa con el reforzamiento de una modalidad contractual ya conocida como es el contrato para el fomento de la contratación indefinida (introducido por la disposición adicional primera de la Ley 12/2001, 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad) que en la actualidad se amplía a mayores colectivos (es significativa la ampliación que propicia la Ley en relación con el RDL) con los que se puede suscribir esta modalidad contractual.

Por otra parte, y en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo, se reduce la cantidad que debe abonar la empresa en concepto de indemnización pues el FOGASA asume, de forma transitoria y para las extinciones previstas en el artículo 51 y 52 del ET, parte de la misma. Medida de carácter coyuntural pues se anticipa la asunción del conocido modelo austriaco, modelo de capitalización individual mantenido a lo largo de la vida laboral, para lo que se anuncia la aprobación de un Proyecto de Ley.

Por último, se da nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. El Preámbulo reconoce, y es bueno que así lo realice, que concurren deficiencias en el funcionamiento de extinción previstas en los artículos 51 y 52 ET y la patente consecuencia de desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente o exprés (reconocimiento de la improcedencia con limitación de los salarios de tramitación). Advertido el problema la Ley pretende ofrecer una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a los trabajadores y a empresarios como a los propios órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial. Se persigue, pues, reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación.

2. LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN LA CONTRATACIÓN

De todos es conocido que la legislación laboral ha venido permitiendo un variado elenco de modalidades de contrato de trabajo, en concreto, permitir los contratos de duración indefinida (contrato de trabajo ordinario, de fomento a la contratación indefinida y contrato de trabajo fijo-discontinuo) y, por otra parte, los contratos de duración determinada (contratos *estructurales*, art. 15 ET, con-

tratos *formativos*, art. 11 ET, contratos temporales con unas finalidades concretas: contrato de relevo, art. 12,6 ET, contrato de fomento de empleo para personas con discapacidad, Ley 43/2006 disposición adicional 1ª).

La reforma incide directamente en la regulación de las modalidades contractuales. En concreto, en los siguientes términos:

a) Contrato de obra o servicio. La duración del contrato era con anterioridad a la reforma la necesaria para la realización de la obra o el servicio. Es más, como recuerda la STS de 28 diciembre 1993, si en el contrato se fijaba una duración (término) lo era exclusivamente con criterio puramente orientativo. No obstante, concurrían diferentes supuestos concretos. Veamos:

1) En contratos suscritos en el marco de programas temporales de actuación administrativa sujetos a ayudas o subvenciones públicas se venía manteniendo (así la STS de 30 noviembre 1992) que su duración vendrá determinada por la actividad o servicio que deba realizarse. Es más, se constataba que la duración del contrato viene determinada por el mantenimiento de la financiación pública del programa público en el que se inserta el contrato de trabajo. Como recoge la STS de 17 julio 1994 (unificación de doctrina), STS de 10 diciembre 1999 (unificación de doctrina), STS de 30 marzo 2001 (unificación de doctrina), STS de 19 febrero 2002 (unificación de doctrina), la subvención o la ayuda pública es el factor determinante de la temporalidad del contrato por lo que la falta de dotación presupuestaria es causa de extinción procedente del contrato.

2) En los contratos suscritos en las contrata y subcontratas y en las concesiones administrativas. En estos supuestos era posible condicionar la vigencia del contrato a la subsistencia de la contrata (por todas, la STS de 22 octubre 2003, unificación de doctrina; STS de 4 mayo 2006, unificación de doctrina; STS de 2 abril 2007, unificación de doctrina). Es más, en los supuestos en los

“En el ámbito de la extinción del contrato de trabajo, se reduce la cantidad que debe abonar la empresa en concepto de indemnización pues el FOGASA asume, de forma transitoria y para las extinciones previstas en el artículo 51 y 52 del ET, parte de la misma”

“Era una constante el establecer que se prohibía que, para el mismo puesto de trabajo y misma empresa, se pudieran concertar dos o más contratos temporales. El art. 15, 5 ET establecía que un mismo trabajador, durante un arco temporal de treinta meses, sólo puede estar contratado para un mismo puesto de trabajo mediante dos o más contratos temporales durante un máximo de veinticuatro meses de forma que si se sobrepasa el plazo anterior se adquirirá la condición de fijo”

que si al finalizar la contrata el contratista suscribía una nueva contrata con el mismo empresario principal y, además, con la misma finalidad, nada impediría suscribir un nuevo contrato de obra o servicio (STS de 26 junio 2001, unificación de doctrina; STS de 22 octubre 2003, unificación de doctrina; STS de 4 mayo 2006, unificación de doctrina) sin perjuicio de aplicar el límite de encadenamientos de contratos que establecía el art. 15,5 ET.

Pues bien, el RD 10/2010 establece una duración máxima de 3 años si bien prorrogables por negociación colectiva sectorial a 12 meses más. Criterio que ha sido mantenido por la Ley 35/2010 si bien cabe destacar el régimen transitorio pues los contratos concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se siguen rigiendo por la norma legal o convencional vigente en la fecha de su celebración.

b) Encadenamientos de contratos temporales. Era una constante el establecer que se prohibía que, para el mismo puesto de trabajo y misma empresa, se pudieran concertar dos o más contratos temporales. El art. 15, 5 ET establecía que un mismo trabajador, durante un arco temporal de treinta meses, sólo puede estar contratado para un mismo puesto de trabajo mediante dos o más contratos temporales durante un máximo de veinticuatro meses de forma que si se sobrepasa el plazo anterior se adquirirá la condición de fijo.

El RD 10/2010 mantiene la prohibición si bien para el mismo o distinto puesto de trabajo y ya lo sea para la misma empresa o grupo de empresas. Aún más, se prohíbe en casos de sucesión o subrogación empresarial, sin perjuicio de la excepción respecto a los contratos de relevo y de interinidad. Regulación que ha sido mantenida, en lo esencial, por la Ley 35/2010 si bien se añade a la prohibición de encadenamiento que los contratos sean celebrados directamente o través de ETT y, por otra parte, las excepciones se amplían a los contratos de relevo, temporales celebrados en el

marco de programas públicos de empleo o temporales celebrados por empresas de inserción.

Respecto a la adquisición de fijeza el RD 10/2010 obliga al empresario a facilitar un documento acreditativo de dicha condición. Obligación que se mantiene en la Ley 35/2010 si bien se añade la posibilidad que tiene el trabajador de solicitar certificado de los contratos temporales suscritos al Servicio Público de Empleo.

c) Encadenamiento de contratos temporales en la Administración. Como sabemos, para las Administraciones Públicas rige la misma regla, es decir, la limitación del encadenamiento de contratos temporales. En el supuesto de incumplirse esta regla el trabajador, veíamos, adquiere la condición de fijo³, si bien la Disposición adicional decimoquinta del ET señalaba que la conversión se producía sin perjuicio de la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público que implicaba la obligación de las administraciones públicas de cubrir los puestos de trabajo a través de los procedimientos ordinarios.

El RD 10/2010 no había modificado este régimen, empero la Ley 35/2010 establece importantes precisiones: a) no se tendrán en cuenta los contratos celebrados por organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público; b) no se aplicará la regla de duración máxima a los contratos previstos en la Ley de Universidades o en otras con rango de ley cuando estén vinculados a proyectos superiores a tres años.

d) Indemnización por finalización del contrato temporal. Tanto el RD 10/2010 como la Ley 35/2010 han aumentado la indemnización por finalización del contrato pues de los 8 días que se preveía hemos pasado a los 12 días de salario por año de servicio si bien se alcanzará dicha cantidad de forma gradual (hasta el 2015).

e) Contratos de fomento de la contratación indefinida. El ET preveía esta modalidad contractual para unos colec-

tivos concretos con expresas prohibiciones. Así, los colectivos eran los jóvenes de 16 a 30 años, las mujeres en ocupaciones con menor incidencia de empleo femenino, parados que lleven, al menos, 6 meses inscritos y los minusválidos. Respecto a las prohibiciones cabe destacar que las empresas que en los 6 meses anteriores hubieran extinguido contratos por causas objetivas declaradas improcedentes o hubieran realizado despidos colectivos tenían vedado el acceso a esta modalidad contractual. Por último, se preveía una indemnización por extinción, declarada improcedente, de 33 días por año de servicio. La reforma ha supuesto una ampliación de los colectivos. En la actualidad la Ley 35/2010 lo permite para:

- Parados que lleven, al menos 3 meses inscritos.
- Trabajadores sólo con contratos temporales en los últimos 24 meses.
- Trabajadores despedidos en los 24 meses anteriores de un contrato indefinido.
- Personas con discapacidad.
- Conversión del contrato temporal en fijo si bien antes del 31 diciembre de 2011.
- (supuestos ya contemplados en el RD 10/2010).
- Parados que lleven, al menos, 1 año inscrito.
- Trabajadores sólo con contratos temporales en los últimos 24 meses.
- Trabajadores despedidos en los 24 meses anteriores de un contrato indefinido.
- Personas con discapacidad.
- Conversión del temporal en fijo antes del 21 diciembre de 2010.
- Conversión de contrato temporal celebrado después de la entrada en vigor del RDLey transformado en contrato de fomento de la contratación indefinida antes del 31 diciembre 2011.
- Mujeres en los dos años posteriores al parto o adopción.
- Mujeres víctimas de violencia de género o trata de seres humanos.
- Mujeres desempleadas que se rein-

corporen al mercado laboral tras inactividad de 5 años.

Respecto a las prohibiciones la Ley 35/2010 la concreta en las empresas que, en los 6 meses anteriores, hubieran extinguido contratos indefinidos ordinarios (el RDL 10/2010 no especificaba la modalidad contractual) por causas objetivas declaradas o reconocidas improcedentes o hubieran realizado despidos colectivos. Se prevé la excepción en el supuesto de que los despidos se hayan producido antes de la entrada en vigor del RDL o haya concurrido acuerdo en el periodo de consultas si se trata de un despido colectivo.

Por último, respecto a la indemnización por extinción se mantienen los 33 días por año de servicio.

2. Extinción del contrato de trabajo.

La reforma se destina a la regulación de los despidos colectivos y despidos objetivos.

a) Despido colectivo. El ET (así lo recogía el art. 51 ET con remisión a la Directiva 98/59/CE, 20 julio 1998, como al RD 43/1996, de 19 enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos) preveía diferentes causas para acceder a esta modalidad de despido⁴, en concreto, las llamadas **causas económicas, técnicas, organizativas y de producción**. La falta de concreción del concepto causa económica había generado importantes inconvenientes. Una prueba de esta falta de concreción ha sido la nutrida jurisprudencia, no siempre uniforme, respecto a la citada causa. Tampoco puede desconocerse que la dualidad del orden jurisdiccional (orden de lo Contencioso – Administrativo y de lo Social) también ha sido un problema añadido⁵. A modo de ejemplo señalar que el Tribunal Supremo (por todas la STS, Contencioso Administrativo, de 23 julio 2003; STS, Contencioso Administrativo, de 8 febrero 2002; STS, social, de 24 abril 1996;

“Tanto el RD 10/2010 como la Ley 35/2010 han aumentado la indemnización por finalización del contrato temporal pues de los 8 días que se preveía hemos pasado a los 12 días de salario por año de servicio si bien se alcanzará dicha cantidad de forma gradual (hasta el 2015)”

“La reforma intenta redefinir la causa económica en el sentido de establecer que concurre cuando ‘de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo.’”

STS, social, de 14 junio 1996) ha venido entendiendo que concurre la causa económica cuando:

1º. Existencia de una situación económica negativa en la empresa.

2º. Medida adoptada sea razonable y proporcional a la situación de la empresa⁶.

En palabras de la STS, Contencioso Administrativo de 23 de julio de 2003 *“la autorización por la autoridad laboral de la extinción de las relaciones laborales se condiciona a una doble exigencia: la concurrencia de la causa económica o productiva que constituye un hecho no previsto ni buscado intencionalmente por el empresario, y que la medida propuesta des despido colectivo sirva instrumentalmente a superar o atenuar dicha crisis económica o de productividad, lo que, por otra parte también beneficia a los trabajadores en la medida en que repercute en la viabilidad o continuidad de la actividad empresarial”*.

Con todo, la jurisprudencia era constante en entender que la causa económica era aquella que actúa sobre el ámbito de los resultados de la explotación en tanto que concurren pérdidas de entidad suficiente (por todas STSJ, social, de Cataluña de 23 febrero 1996 y 30 mayo 1996; STS, social, de 14 junio 1996, 6 abril 2000), sin que la situación negativa deba ser entendida como irreversible pues lo más propio de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir, recuperables y que precisamente con la adopción de la medida extintiva (colectiva) se busca y pretende superar una situación deficitaria de la empresa (así la STS, social, de 24 abril 1996). Y aún más, la reciente STS, social, de 16 febrero 2009 concluiría con un debate jurisprudencial consistente en la necesidad o no de una prueba de la existencia de conexión entre causa y consecuencia entre la extinción de los contratos y la superación de la crisis económica de la empresa. La citada sentencia señala que *“dicho precepto no exige que la medida adoptada de amortizar plazas por causas econó-*

micas dependa de forma exclusiva la viabilidad de la empresa sino que basta con que la rescisión contractual contribuya a la mejoría de la empresa, en el sentido de que ayude o favorezca su consecución”. En suma, podríamos llegar a la conclusión de que las causas económicas son las que determinan una producción a pérdidas de la explotación empresarial, si bien se puede encajar en las causas económicas un amplia gama de estados de perturbación económica que afectan a las empresas como consecuencia no sólo de la inflexión de los ciclos macroeconómicos, sino también de situaciones deficitarias por las que atraviesa la empresa. Es decir, y como señala la STSJ de Cataluña, Contencioso Administrativo, de 7 octubre 2005, la causa económica exige la existencia de una situación económica negativa, lo que es un hecho pretérito y presente y como tal susceptible de prueba plena y su carga incumbe al empresario cuando la medida es cuestionada judicialmente⁷.

La reforma intenta redefinir la causa económica en el sentido de establecer que concurre cuando *“de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”*. Concreción que va acompañada con la carga de la prueba por parte del empresario de justificar que la decisión extintiva es razonable para favorecer o preservar su posición competitiva en el mercado.

No es el momento de valorar si la concreción es o no acertada pero si que me permito anticipar que la redacción ofrecida será generadora de indudables conflictos. Pero aún más, la falta de una más precisa y, si se me permite, objetiva concreción de la causa económica no enervará sino que perpetuará la crítica que merece la regulación de las causas económicas como causa de extinción de

los contratos de trabajo. Y es que ya he venido señalando que uno de los fallos más relevantes en nuestro sistema jurídico laboral es la deficiente regulación de los despidos por causas económicas. Se podría decir, y no faltan voces que así lo recuerdan, que no hay manera de abordar de forma razonable el ajuste de plantillas y ello tanto por la definición de las causas como por la inadecuación de los procedimientos. Se puede decir que el ERE se encuentra en *crisis* o, cuanto menos, *es tanto como entrar en un túnel del tiempo por la sucesión de periodos de consultas, procedimientos administrativos, impugnaciones laborales colaterales, recursos administrativos e impugnaciones finales*. Todo lo anterior implica que la tramitación de un ERE no sea inferior a 6 años y puede llegar hasta los 12 años (y no se dude de la dilatada duración pues basta con analizar la reciente STS, Contencioso Administrativo, de 18 febrero 2009). Pero si lo anterior implica un claro coste del procedimiento, lo peor es el coste de la inseguridad que pesa sobre las decisiones extintivas. Y ya podemos intuir a que conduce lo anterior; bloqueo de los despidos económicos, el recurso sistemático a los ceses sin renovación de los contratos temporales y/o al despido *exprés* cargando la crisis sobre las capas más débiles, los trabajadores precarios y los trabajadores con menor antigüedad. Y, además, un efecto adicional, que no se trata de justificar o no la concurrencia de la causa pues en todo caso hay que pagar los 45 días de indemnización si se quiere salir airoso pues aún pagando la cuantía fijada por la Ley (20 días) se corre el riesgo de que se impugne todo el proceso, el ERE, generando todo un proceso al que ya he hecho referencia. No puede extrañar que se describa el ERE como un auténtico *cepo*. ¿Es la reforma la solución? Sin duda no tengo una varita mágica pero sí, en cambio, pueden ofrecerse algunas soluciones que el legislador tenía que haber asumido. La primera medida que parece razonable es la propia desaparición del ERE y reconducir

los despidos colectivos al mismo esquema de los artículos 40 y 41 ET y artículo 138 LPL. Es decir, se trataría de eliminar la autorización administrativa sin perjuicio de mantener la consulta sindical por expresa aplicación de la Directiva 98/59/CE. Tras el periodo de consultas habrá acuerdo o decisión empresarial y, en su caso, impugnación que debería producirse en el orden de la jurisdicción social (no se olvide que el Anteproyecto de reforma de la LPL prevé, por fin, ubicar los despidos colectivos en ese orden de la jurisdicción. No se olvide que el art. 3 de la LPL, según redacción ofrecida por la Disposición Adicional 5ª de la LJCA, Ley 29/1998, que posteriormente fue modificada por la Disposición Adicional 24ª de la Ley 50/1998, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, preveía que en el plazo de 9 meses se dictarían las reformas necesarias en la LPL para que fuera el orden social quien conociera, entre otras cuestiones, de las resoluciones administrativas relativas a la regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos). De esta manera el coste del procedimiento y tiempo se reduciría de manera drástica eliminando uno de los problemas más importantes como es la ya aludida excesiva duración de los ERE/s. Pero no acabarían aquí las soluciones que se requieren y que la reforma, creo, no resuelve de forma eficiente. Debe abundarse sobre el análisis de las causas pues deben aclararse, simplificarse y eliminar las diferencias entre los art. 51 y 52 del ET y evitar las proyecciones de futuro como “*Superar situaciones negativas o garantizar la viabilidad futura de la empresa*”. Y es que lo que debe enjuiciarse es si una decisión extintiva se justifica por razones económicas vinculadas a cambios técnicos, organizativos o económicos, dejando claro que lo económico no es sólo lo que afecta a la empresa (crisis de empresa) sino al propio contrato de trabajo (crisis del contrato), en el sentido de que pueden existir excedentes de plantilla aunque la empresa no se encuentre en crisis (p.e. situación

“La primera medida que parece razonable es la propia desaparición del ERE y reconducir los despidos colectivos al mismo esquema de los artículos 40 y 41 ET y artículo 138 LPL. Es decir, se trataría de eliminar la autorización administrativa sin perjuicio de mantener la consulta sindical por expresa aplicación de la Directiva 98/59/CE”

“El empresario que pretenda solicitar autorización para extinguir los contratos debe solicitarlo a la Autoridad Laboral con el inicio de un procedimiento administrativo que podemos calificarlo de una actividad reglada y no discrecional de la Administración (autorización)”

preconcurso). Y no puede dejarse de lado la regulación de la indemnización. La Ley prevé una indemnización para los despidos declarados procedentes de 20 días lo que genera dudas respecto al derecho de reparación pues la pérdida del empleo no deriva de una actuación ilícita de la empresa. ¿Estamos ante una responsabilidad objetiva del empleador? Pero aún más, y sigo la excelente exposición de DESDENTADO BONETE, la indemnización actúa con carácter general, es decir, sin ponderar la situación económica de la empresa. Problema que se agrava si reconocemos, y las máximas de la experiencia lo acreditan, que el periodo de consultas se destina esencialmente a mejorar la indemnización legalmente prevista⁸.

En suma, las cuestiones anteriores pretenden ofrecer, significar, que el sistema recupere la lógica de su funcionamiento, porque si se puede abordar los cauces legales con una certeza, seguridad jurídica, rapidez y con un coste razonable, no sería necesario recurrir a una contratación temporal masiva o al despido *express* que sin duda están deteriorando los principios de nuestro régimen legal del despido y perturbando el cumplimiento de sus finalidades institucionales.

Respecto al **procedimiento** la reforma no hace especiales modificaciones salvado el inicio del mismo de forma simultánea a la apertura del periodo de consultas o la reducción de los plazos en cuanto que pasamos de 15 días para dictar la Resolución administrativa cuando hay acuerdo entre las partes a los 7 días o en cuanto a que el preaviso se concreta en 15 días y no ya los 30 días anteriores. El empresario que pretenda solicitar autorización para extinguir los contratos debe solicitarlo a la Autoridad Laboral con el inicio de un procedimiento administrativo que podemos calificarlo de una actividad reglada y no discrecional de la Administración (autorización).

Con la solicitud debe aportarse la documentación necesaria para justificar la causa. Entre el contenido mínimo está

la **memoria explicativa de las causas o motivos y, para la económica, estado y situación contable, financiera de los 3 últimos años. Si es de tipo organizativa, técnica o de producción, los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa alegada.** Igualmente se debe indicar el **número de trabajadores en el último año, así como los que serán afectados, criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores y el periodo en el que se prevé realizar la extinción.**

En las empresas de más de **50 trabajadores** se debe acompañar el **PLAN SOCIAL** que contemple las medidas adoptadas o previstas por la empresa para evitar o reducir los efectos del despido (readaptación, reconversión), o la propia redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza (art. 6,1 RD).

Debe acompañarse el **escrito solicitando informe a los representantes de los trabajadores. No hay que olvidar que al estar en una actividad de AUTORIZACIÓN la Administración debe interesar de SUBSANACIÓN (10 días).**

Cuando el ERE afecte a más del 50% de los trabajadores el empresario debe tener en cuenta la obligación de informar respecto a la venta de bienes de la empresa salvo que se trate del tráfico normal de la misma.

Una vez iniciado el ERE queda enervado el derecho de los trabajadores para realizar acciones individuales resolutorias de los contratos de trabajo al amparo del 50 ET.

Recibida la solicitud, requerido de subsanación en su caso, se inicia el procedimiento administrativo que tiene los siguientes actos de instrucción: a) dará traslado de la misma (con documentación) a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo a efectos de un informe; b) recabar informe de la Inspección de Trabajo en el plazo de 10 días para empresas de 50 o más trabajadores; 5 días para el resto.

El informe debe ser comprensivo de las causas motivadoras del expediente y de cuantos otros extremos resulten necesarios para resolver. Estos informes no gozan de carácter vinculante pero sí de la **presunción de certeza** por lo que a falta de prueba en contrario puede darse por ciertas afirmaciones en el contenido (STS de 26 junio 2008), máxime teniendo en cuenta el carácter imparcial, especialización y objetividad del funcionario que lo expide (STSJ de Cataluña 24 abril 2007); c) posibilidad de adoptar medidas cautelares para hacer eficaz el resultado del procedimiento cuando el empresario esté realizando actos que puedan hacer ineficaz el resultado del procedimiento. No debe omitirse a posibilidad de que el empresario incurra en algún tipo delictivo como alzamiento de bienes (art. 257 CP).

En el procedimiento se prevé la posibilidad de la **audiencia de las partes** para los casos en los que en el procedimiento puedan ser tenidos en cuenta otros hechos, pruebas distintos de los aducidos por las partes (art. 84 LRJPAC).

Resolución con acuerdo. Cuando el periodo de consultas concluya con acuerdo la autoridad laboral procede a dictar Resolución autorizando la extinción. Si no se dicta la misma en el plazo de 10 días cabe entender que concurre un silencio positivo (en realidad la Administración únicamente homologa el acuerdo STS de 14 febrero 2007 sin que pueda enjuiciar las causas. Su intervención se limita a constatar que no concurre dolo, coacción o abuso de derecho).

Resolución sin acuerdo. En este caso la Administración dictará resolución estimando o desestimando la solicitud empresarial. Igualmente, para el caso de que no concorra resolución en el plazo de 15 días se entiende que concurre el silencio positivo.

Pretendo destacar la actividad de la Administración en el ERE. Estamos, como señala la jurisprudencia C-Adm, ante una autorización administrativa como acto de naturaleza reglada que implica, al menos, dos consecuencias:

la actividad de la Adm se limita a constatar las causas y la adecuación entre las mismas y el proyecto reestructurador presentado y, por otro, la intervención administrativa no puede ser concebida como solucionadora del conflicto subyacente. Como pone de manifiesto la STS de 12 septiembre 2008; a) la intervención administrativa tiene por objeto evitar que los despidos colectivos se produzcan sin un mecanismo de control previo en defensa de los intereses generales afectados (trabajadores, la propia competencia de la empresa, costes económicos de la reestructuración); b) la actividad de la Administración no es otra que confrontar la solicitud empresarial con las causas legales (causalidad); c) la concurrencia efectiva de las causas legales de los despidos colectivos y su adecuación a los objetivos señalados por el legislador se sujeta a un procedimiento de verificación sin que le permitan oponerse a los despidos ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos.

Pero interesa también destacar la **actividad posterior a la Resolución –la ejecución de la Resolución–**. Aquí concurre una clara falta de regulación que ha generado indudables problemas, especialmente cuando la Resolución no contiene una lista concreta de trabajadores afectados (ejemplo SEAT). ¿Debe realizarse un posterior despido justificado o basta con remisión a la Resolución administrativa?, es decir, concurre la causa extintiva por la Resolución o debe probarse individualmente. Todo parece indicar, así lo recoge la STS de 30 junio 2006, al decir que concurriendo una Resolución que reconoce la existencia de una causa económica el empresario no tiene que justificar individualmente su concurrencia para el caso en el que no hay una lista concreta de trabajadores afectados. Esta conclusión tiene especial trascendencia pues en modo alguno puede afirmarse, en la impugnación del despido (la competencia corresponde al orden social), que no concorra causa en el despido y que éste sea calificado como improcedente.

“Todo parece indicar, así lo recoge la STS de 30 junio 2006, al decir que concurriendo una Resolución que reconoce la existencia de una causa económica el empresario no tiene que justificar individualmente su concurrencia para el caso en el que no hay una lista concreta de trabajadores afectados”

“¿Procede una indemnización a favor del trabajador por el periodo comprendido entre la autorización administrativa y la revocación? La reciente STS de 31 mayo 2006 mantiene que no, pues el art. 51, 8 ET contempla una única indemnización o compensación tasada en función de los años de servicio”

Por último, y con independencia de lo que diré respecto a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración, el principal problema que plantea la **anulación de la resolución administrativa por sentencia judicial** es que no se aclara la ejecución de este tipo de sentencias por parte de la LJCA. Caben hacer algunas consideraciones: a) el artº 15 RD 43/1996 establece que las resoluciones administrativas se presumen válidas y producen efectos desde la fecha en que se dicten (ejecutabilidad de los actos administrativos); b) en cuanto a los salarios de tramitación es cierto que el RD guarda silencio (me refiero para el caso en que los trabajadores impugnan la Resolución) por lo que plantea el indudable problema de su concurrencia pues el anterior RD decía expresamente que estos no se devengaban; c) la jurisdicción social ha mantenido que la anulación de la Resolución administrativa implica el restablecimiento de la relación contractual volviendo *ex tunc* a la situación anterior (STS de 17 enero 2002); d) tampoco resulta fácil la posibilidad de que la impugnación de la Resolución administrativa sea llevada a cabo por impugnación de los representantes colectivos (sindicatos legitimados) o, en su caso, cuando se trata de una impugnación por un trabajador concreto. Me refiero a la extensión de la sentencia, sus efectos. La STS de 10 octubre 2006; STS de 29 noviembre 2006 han zanjado el tema al señalar que la sentencia afecta a todos los trabajadores; e) respecto a la devolución de las cantidades percibidas por los trabajadores en concepto de indemnización ex art 51, 8 ET, la STS de 31 mayo 2006 (sala general) –tiene voto particular– señala que no hay obligación de devolución, lo diferencia del despido objetivo, pues estaríamos ante la compensación del coste para el trabajador de la readaptación profesional o inserción en el mercado de trabajo.

Pero los problemas no son solo los señalados. Me refiero a la **reincorporación del trabajador**. Como quiera que la sentencia en el orden C-Adm se limita a declarar la nulidad de la Resolución, el trabajador no tiene otra solución que acudir al orden social para hacer efectiva se reincorporación (entender que hay despido para el caso de una falta de reincorporación). Pero aún más. El trabajador tendría dos posibilidades: a) entender y ejercitar una acción declarativa encaminada directamente al reconocimiento del derecho a la ocupación efectiva y a la obtención del reingreso (como si fuera una excedencia) a lo que unirá la indemnización por daños y perjuicios equivalente a los salarios que debieron devengarse desde la firmeza de la anulación de la resolución; b) entender que estamos ante un nuevo despido a partir de la negativa a la readmisión o, en su caso, entender que se reacciona ante el primer despido. La distinción no es baladí pues en el primer caso la sentencia conduce a la readmisión, en el segundo caso la sentencia declara la improcedencia del despido y con ello a la opción a favor del empresario entre la readmisión o la indemnización.

Pero, ¿procede una indemnización a favor del trabajador por el periodo comprendido entre la autorización administrativa y la revocación? La reciente STS de 31 mayo 2006 mantiene que no, pues el artº 51, 8 ET contempla una única indemnización o compensación tasada en función de los años de servicio. Es patente su diferencia con el despido objetivo del artº 52 ET. Además, abonaría la propia legislación administrativa que establece que la anulación de las resoluciones administrativas tienen efecto desde la fecha de la revocación y no efectos retroactivos (no estamos ante la nulidad de la Resolución).

La revisión de la Resolución administrativa. Contra las resoluciones de

los ERE podrá interponerse el recurso de alzada (art. 16 RD 43/1996). Ahora bien, cuando el recurso se interponga contra la resolución que declare la improcedencia del procedimiento este recurso debe versar exclusivamente sobre la inadmisión o no de procedimiento. En la tramitación del procedimiento debe estarse a lo establecido en los art. 114 y 115 LRJPAC, por lo que el plazo para resolver es de 3 meses, entendiéndose que concurre silencio negativo (art. 115 LRJPAC). Estas resoluciones son recurribles ante el orden contencioso administrativo con los límites que ya expuse⁹.

Por último, y respecto a la **indemnización** la reforma continua fijando que cuando es declarado improcedente es de 33 días si bien se introduce la novedad de que el FOGASA abona los 8 días de indemnización en los casos de despidos objetivos o colectivos posteriores a la entrada en vigor del RD 10/2010 y siempre que el contrato ha durado un mínimo de un año. Previsión que queda condicionada a la entrada en vigor del Fondo de Capitalización que no es más que la introducción del llamado **sistema/modelo austriaco**. En efecto, conviene precisar que el sistema/modelo austriaco no solo establece una forma de financiación de la indemnización por despido, sino que configura una nueva prestación para todos los trabajadores con independencia de que sean o no despedidos y cualquiera que sea el origen de la iniciativa para el cese en la relación laboral (despido o la posibilidad resolutoria a favor del trabajador, ex art. 50 ET). Pero a lo que aquí interesa el sistema/modelo actúa en el supuesto de despido del trabajador en el sentido de que el abono de la indemnización no se efectúa directamente por el empresario/empleador sino que lo realiza un Fondo que es financiado con cotizaciones empresariales y que el trabajador puede solicitarlo en cualquier momento posterior al des-

pido. Aún más, en el supuesto de que la iniciativa es del trabajador también se genera el derecho a la indemnización si bien el momento de percibirlo no es inmediato sino que se delega a la jubilación. Pero, y aquí reside la especialidad del sistema y que lo separa de una mera indemnización, todo trabajador va acumulando un derecho a lo largo de su vida laboral que puede ser percibido en el momento de la jubilación aunque no sea despedido y/o desista o resuelva el contrato de trabajo¹⁰.

Sin duda la reforma abre la vía para profundizar en este sistema/modelo que requerirá una importante aportación empresarial que algunos han concretado, partiendo de una cobertura del Fondo a los 8 días que prevé la reforma, en 0,3 – 0,5 puntos de cotización sobre la masa salarial. Recordar que en el año 2008 la encuesta del INE recogía la cuantía total de 4.500 millones de euros el gasto total en concepto de indemnizaciones por despido.

b) Despido objetivo. La reforma mantiene la remisión al artículo 51, 1 ET, esto es, a la causas del despido colectivo, si bien cuando afecte a un número inferior de trabajadores. Lo relevante es que entre las causas se modifica la **falta de asistencia al trabajo** (absentismo) pues del índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo que supere el 5 % que recogía el RD 10/2010 se pasa al 2,5 %¹¹. Pero aún más, es sobresaliente la reforma respecto a la **nulidad formal**. En efecto, el art. 53, 1 ET preveía la nulidad del despido, con la consabida readmisión, cuando no se cumplían los requisitos formales del art. 53 1º ET. Con la reforma la sanción por los defectos formales se sanciona con la **improcedencia** y, además, la falta de preaviso (que ahora es de 15 días y no de 30), como el error excusable en el cálculo de la indemnización, no generan la declaración de improcedencia del despido¹². ■

“Sin duda la reforma abre la vía para profundizar en este sistema/modelo que requerirá una importante aportación empresarial que algunos han concretado, partiendo de una cobertura del Fondo a los 8 días que prevé la reforma, en 0,3-0,5 puntos de cotización sobre la masa salarial”

NOTAS

1) El presente artículo se corresponde, en lo esencial, con la conferencia ofrecida en el Colegio de Abogados de Tarragona.

2) De especial relevancia son las reflexiones de MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER. “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-Ley 10/2010” en Relaciones Laborales nº 15/2010; ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO y RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ. “La reforma del Mercado de Trabajo mediante RDL 10/2010” en Aranzadi Social nº 7-8/2010.

3) De especial interés es la STS de 20 enero de 1998. En la misma, que contiene un voto particular, se establece lo que sigue a los efectos de diferenciar las consecuencias en la contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas. Me refiero a la polémica entre calificación de fijeza o de contrato indefinido. La sentencia afirma:

PRIMERO.- Existe la contradicción que se invoca en el recurso, porque la sentencia recurrida, apreciando la existencia de irregularidades relevantes en la contratación temporal de los actores por la entidad pública demandada, niega sin embargo la declaración de fijeza solicitada en la demanda, por considerar que, al tener que cumplir la Administración demandada las normas sobre cobertura de las plazas, los efectos de la contratación irregular quedan limitados a mantener la situación contractual hasta la fecha de la indicada cobertura. Por el contrario, la sentencia de contraste (AS 1995\2608) en un caso en que también se habían apreciado irregularidades relevantes en la contratación de un organismo público, declara la existencia de un vínculo laboral fijo.

SEGUNDO.- El recurso alega la infracción de los artículos 8.2 y 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980\607 y ApNDL 3006), inaplicación de la disposición adicional 4.ª de la Ley 30/1984 (RCL 1984\2000, 2317, 2427 y ApNDL 6595), en relación con los artículos 1 y 2 del Real Decreto 1465/1985 (RCL 1985\2096 y ApNDL 6615), inaplicación del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 7.2 y 1256 del Código Civil, para sostener que la sentencia recurrida debía haber reconocido a los actores la condición de trabajadores fijos. Se vuelve así a plantear ante la Sala el problema de la contratación laboral de las Administraciones Públicas, en el que se ha producido una evolución significativa de la doctrina en los últimos años. Una primera línea doctrinal valoró la especial posición de las Administraciones Públicas en la contratación laboral de carácter temporal para concluir que como regla general y salvo supuestos especialmente cualificados “las irregularidades que puedan cometer

las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido”, que debe proveerse de acuerdo con los principios de publicidad y mérito (Sentencia de 27 noviembre 1989 [RJ 1989\8262] y las que en ella se citan). Este criterio se aclara posteriormente por las Sentencias de 7 febrero 1990 (RJ 1990\838), 24 abril 1990 (RJ 1990\3490) y 18 julio 1990 (RJ 1990\6424), en las que se precisa que la irregularidad en la modalidad contractual temporal aplicada no debe determinar la transformación del contrato en indefinido, pero que esa contratación irregular pone normalmente de relieve que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal, el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva, en lo que puede calificarse como interinidad de hecho. Sin embargo, a partir de la Sentencia de 18 marzo 1991 (RJ 1991\1875) la doctrina de la Sala se orienta a considerar que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza. Pero el alcance de esta posición ha sido de nuevo matizado a partir de la Sentencia de 7 octubre 1996 (RJ 1996\7492), en la que se establece que “la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”.

TERCERO.- Es necesario ahora precisar el alcance de esta doctrina, que ha sido posteriormente reiterada en las Sentencias de 10 y 30 diciembre 1996 (RJ 1996\9139 y RJ 1996\9864) y 14 marzo y 24 abril 1997 (RJ 1997\2471 y RJ 1997\3498). Y para ello hay que partir del artículo 19 de la Ley 30/1984, que establece que “las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”. Este precepto, que se califica en el artículo 1.3 de la citada Ley como una de las bases

del régimen estatutario de la función pública, resulta aplicable, por tanto, a todas las Administraciones, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Se impone en él la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (artículos 14 y 23 de la Constitución [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]), entendida aquélla en sentido amplio –como empleo público– y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 de la Constitución). Por su parte, el art. 15.1, c) de la Ley 30/1984, en la redacción de la Ley 23/1988 (RCL 1988\1643), establece que con carácter general los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas han de desempeñarse por funcionarios con las únicas excepciones que menciona el párrafo segundo de este precepto (puestos no permanentes, actividades propias de oficios y de vigilancia y custodia, puestos de carácter instrumental en áreas específicas, los correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de funcionarios con preparación específica y los puestos de trabajo en el extranjero).

El artículo 19 de la Ley 30/1984 fue desarrollado en el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo, aprobado por el Real Decreto 2223/1984 (RCL 1984\2873; RCL 1985\117 y ApNDL 6598), que dedica su Título III a la selección de personal laboral fijo y que, en su artículo 32, autoriza la contratación temporal de personal laboral para realizar trabajos que no puedan ser atendidos por personal fijo, si bien hay que precisar que dado el carácter temporal del vínculo y la urgencia de la contratación se aplican en estos casos procedimientos de selección más flexibles que han de determinarse por el Ministerio competente. Las mismas reglas se contienen en el Título II del Reglamento vigente aprobado por el Real Decreto 364/1995 (RCL 1995\1133).

Estas disposiciones sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público. En este sentido la

Sentencia de 24 abril 1990 ya señaló que en esta materia juegan normas de distintos ordenamientos –el laboral y el administrativo– que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios. El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan.

Con ello no se consagra la arbitrariedad, ni se incurre en ningún tratamiento privilegiado a favor de la Administración, pues es la propia ley la que establece esta consideración especial en atención a las razones a que se ha hecho referencia. Así lo apreció también el Tribunal Constitucional en el Auto 858/1988, de 4 julio, que afirma que “es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capa-

cidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración”.

CUARTO.- A partir de estas consideraciones hay que examinar la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla a que se refiere la doctrina de la Sala a la que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico segundo. El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

Por todo ello no pueden apreciarse las infracciones que denuncia el recurso. Las irregularidades existentes en la contratación no pueden determinar la declaración de fijeza en la plantilla que es lo que se solicita en la demanda. El reconocimiento de las irregularidades de la sentencia recurrida no llevaría en este caso a consecuencias prácticas distintas a las que se derivan de la situación derivada del último contrato, pues, como señala la sentencia recurrida, los actores ya han alcanzado, a través del contrato de interinidad, la garantía de su empleo hasta la cobertura del puesto que desempeñase.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en relación con la Sentencia de dicha Sala de 20 enero 1998, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 317/1997, en Sala General constituida al amparo del art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375). Voto particular al que se adhieren los Magistrados Excmos. Señores D. Arturo Fernández López, D. Fernando Salinas Molina, D. Miguel Ángel Campos Alonso y D. Leonardo Bris Montes.

Mediante el presente voto particular expreso, con total respeto, mi discrepancia del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para ello me baso en los siguientes fundamentos:

PRIMERO.- En el segundo razonamiento jurídico de la sentencia a que este voto particular se refiere,

se hace una interesante exposición de la evolución experimentada por la doctrina de la Sala en los últimos lustros, en lo que atañe al problema de la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas, distinguiendo cuatro fases diferentes por las que, en este lapso de tiempo, ha pasado dicha doctrina. Y en relación a la tercera de esas fases o posiciones se dice: “sin embargo, a partir de la Sentencia de 18 marzo 1991 la doctrina de la Sala se orienta a considerar que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza”.

Pues bien, a la vista de estas manifestaciones, se estima necesario recordar que la doctrina que se contiene en la citada Sentencia de 18 marzo 1991, que fue dictada en Sala General constituida al amparo del art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se asentó y consolidó firmemente en los años posteriores, siendo seguida por la Sala sin titubeos ni vacilaciones. Entre las sentencias que siguieron esta línea doctrinal, podemos consignar las de 27 enero, 6 y 18 mayo, y 23 y 26 octubre 1992 (RJ 1992\75, RJ 1992\3516, RJ 1992\3564, RJ 1992\7676 y RJ 1992\7842), 22 septiembre y 3 noviembre 1993 (RJ 1993\7026 y RJ 1993\8539), 2 febrero 1994 (RJ 1994\782), 8 junio, 17 y 20 julio, 25 septiembre y 6 octubre 1995 (RJ 1995\4774, RJ 1995\6268, RJ 1995\6319, RJ 1995\7582, RJ 1995\7197, RJ 1995\7200 y RJ 1996\3248) y 26 octubre, 30 noviembre y 5 diciembre 1996 (RJ 1996\7796, RJ 1996\9459, RJ 1996\9615 y RJ 1996\9640).

Es más, en la Sentencia de 7 octubre 1996 y las que la siguieron, que constituyen la cuarta fase de la exposición a que venimos aludiendo, en ningún momento se afirma que las mismas rectifiquen o cambien la doctrina sentada por la referida Sentencia de 18 marzo 1991; antes al contrario, en aquéllas se mantiene que sus decisiones se basan y apoyan en los criterios establecidos por esta última. En mi opinión, la Sentencia de 7 octubre 1996, y las posteriores que reiteraron sus tesis y soluciones, modificaron de forma relevante la doctrina anterior; pero lo cierto es que en ellas no se habla de rectificación ni de ruptura con los planteamientos precedentes, sino de continuidad de los mismos.

SEGUNDO.- En el fundamento de derecho tercero de la sentencia mayoritaria se recogen los razonamientos básicos o esenciales de la misma, los cuales están asentados en los arts. 19 y 15.1, c) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, reformada por la Ley 23/1988, de 28 julio, y arts. 103, 14 y 23

de la Constitución, así como en el Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre (en especial, su art. 32), derogado luego por el Real Decreto 365/1995, de 10 marzo, actualmente vigente. Y en base a estas normas se declara que las mismas "sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público"; explicando luego que las normas sobre el acceso al empleo público tienen "carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquella se tutelan".

En mi opinión, estos razonamientos no concuerdan con la consolidada doctrina de esta Sala que se contiene en la Sentencia de 18 marzo 1991 y las posteriores que han mantenido sus criterios. Según estas sentencias las normas en que se asientan los razonamientos de la sentencia mayoritaria que se han dejado expresados, hacen que "las irregularidades formales en que puedan incurrir las Administraciones Públicas en la contratación temporal no transforman la relación laboral en indefinida, en aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad que han de respetarse", pero esto "no quiere decir que las Administraciones Públicas cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales, estén exentas de atenerse y no tengan que respetar la normativa general, coyuntural y sectorial, que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, lo cual chocaría frontalmente con el principio constitucional de legalidad"; de lo que deduce que en estos casos "en definitiva no es posible eludir el art. 15 del ET y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal".

Lo que se ha expuesto en los párrafos precedentes pone de manifiesto, con nitidez, la divergencia existente entre la doctrina de la Sentencia mayoritaria y la jurisprudencia sentada por la Sentencia de 18 marzo 1991 y las que aceptaron sus criterios. Pero para eliminar cualquier duda al respecto, se estima necesario consignar las siguientes puntualizaciones:

1) Es obvio que, según la línea jurisprudencial mencionada, los arts. 19 de la Ley 30/1984 y 103.2

de la Constitución, no impiden la aplicación a las Administraciones públicas de las normas específicas del Derecho del Trabajo que regulan la contratación temporal; mientras que, según la sentencia de la que este voto particular discrepa, aquellos preceptos deben prevalecer sobre estas normas especiales, lo que implica que éstas no pueden ser aplicadas.

2) Y así resulta, con toda evidencia, que la tan repetida Sentencia de 18 marzo 1991 llegó a la conclusión de que "los trabajadores adquirieron, sin duda, la condición de fijos", y por ello acogió favorablemente las demandas (criterio que reiteran explícita o implícitamente las sentencias que asumen la doctrina de aquélla); mientras que la sentencia recaída en la presente litis niega la condición de personal fijo a los actores y desestima sus pretensiones.

3) Tan es así, que en el tercer fundamento de derecho de la sentencia de la que se discrepa, que como se ha dicho es donde se exponen los razonamientos esenciales de la misma, tan sólo se cita, en apoyo de la tesis que en él se sostiene, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 abril 1990, cuando precisamente los criterios defendidos por esa sentencia fueron rectificados en determinados puntos clave por la jurisprudencia sentada por la de 18 marzo 1991 y las que la siguieron.

4) Ciertamente es que la sentencia aprobada por la mayoría de la Sala mantiene que el vínculo de los actores es de carácter indefinido, aunque no fijo; pero en relación a esta específica distinción me remito a lo que se expone en los fundamentos tercero y cuarto de este voto particular, en donde se consignan las razones que, según mi parecer, hacen inviable esa diferenciación.

Creo, por consiguiente, que la sentencia que expresa el parecer mayoritario de la Sala, se aparta de forma clara de los criterios jurisprudenciales consolidados en este Tribunal desde la Sentencia de 18 marzo 1991, sin que aparezca ninguna razón convincente que justifique tan importante cambio de postura. Entiendo, por el contrario, que se deben seguir y aplicar aquí las reglas y pautas contenidas en la línea jurisprudencial mencionada, a cuyos argumentos y razones me atengo, si bien es conveniente destacar que:

a) Como explica la tan citada Sentencia de 18 marzo 1991, el art. 103 de la Constitución no impide, en virtud del principio de legalidad que proclama el art. 9.3 de la misma, que la Administración Pública quede sometida a las normas propias del Derecho del Trabajo cuando actúa como empresario laboral.

b) El art. 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, no obstaculiza, limita ni merma la plena aplicación a las relaciones laborales que se produzcan en el ámbito de las Administraciones Públicas, de las normas del Derecho del Trabajo. Los mandatos que contiene este art. 19.1 se dirigen a los órganos de tales Administraciones, fijándoles los requisitos que han de cumplir para llevar a cabo la selección de su personal. Pero este precepto no ordena, ni se deduce de ninguno de sus puntos o extremos, que la contrata-

ción laboral de la Administración quede al margen de las disposiciones que en el Derecho del Trabajo regulan la duración y extinción de los contratos.

c) Tan es así, que en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en el artículo de las mismas que se refiere a la "contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones", se dispone que tal contratación se ha de sujetar a lo que ordenan los arts. 15 y 17 del Estatuto de los Trabajadores y tendrá que cumplir los requisitos y formalidades "que impone la legislación sobre contratos laborales, eventuales o temporales", añadiendo que "los Departamentos, Organismos o Entidades habrán de evitar el incumplimiento de las citadas obligaciones formales, así como la asignación de personal contratado a funciones distintas de las determinadas en los contratos, de los que pudieran derivarse derechos de permanencia para el personal contratado, actuaciones que, en su caso, podrán dar lugar a la exigencia de responsabilidades de conformidad con el artículo 140 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria (RCL 1988\1966 y 2287)". Han reproducido este precepto, por sólo citar algunas normas como exponente, el art. 33.2 de la Ley 65/1997, de 30 diciembre (RCL 1997\3105); art. 31.2 de la Ley 12/1996, de 30 diciembre (RCL 1996\3181 y RCL 1997\396); art. 32.2 de la Ley 41/1994, de 30 diciembre (RCL 1994\3563 y RCL 1995\467); art. 35.2 de la Ley 21/1993, de 29 diciembre (RCL 1993\3567); art. 37.2 de la Ley 39/1992, de 29 diciembre (RCL 1992\2801 y RCL 1993\483); art. 38. 2 de la Ley 31/1991, de 30 diciembre (RCL 1991\3025); y el art. 36. 2 de la Ley 31/1990, de 30 diciembre (RCL 1990\2687 y RCL 1991\408), así como los preceptos equivalentes de las Leyes de Presupuestos de años anteriores a las mencionadas. De lo que se dispone en estos artículos se infiere, con toda claridad, que el legislador español admite totalmente la posibilidad de que los contratos laborales concertados por las Administraciones públicas como temporales, se conviertan en permanentes o fijos, por incumplimiento de los mandatos que con respecto a esa contratación temporal impone el Derecho del Trabajo. Si el legislador entendiérase, como lo hace la sentencia mayoritaria, que en ningún caso esos contratos temporales determinan la adquisición de fijeza, pues en ellos existe siempre "una causa lícita" para su extinción, no hablaría de los "derechos de permanencia" de ese personal contratado, ni habría razón para exigir las responsabilidades a que aluden los preceptos mencionados.

Por ello, al haberse aceptado y no ser discutido en este recurso que la contratación temporal de los actores adolece de graves irregularidades, la decisión que tenía que haberse adoptado era la de estimar íntegramente las pretensiones de la demanda como dispuso la sentencia de instancia.

TERCERO.- Es verdad que la diferenciación entre personal fijo y contratado por tiempo indefinido fue establecida por vez primera en la Sentencia de

este Tribunal de 7 octubre 1996, siendo asumida luego por varias sentencias posteriores, entre las que se encuentra la recaída en las presentes actuaciones a que se refiere este voto particular. Pero, en mi criterio, entre esas dos situaciones no existe ninguna diferencia digna de ser tenida en cuenta, como ponen de manifiesto las siguientes consideraciones:

1) En el Derecho del Trabajo, tradicionalmente y desde mucho tiempo atrás, los términos de trabajador fijo o fijo de plantilla y trabajador contratado por tiempo indefinido han venido siendo utilizados como equivalentes, designando ambos a aquellos empleados cuyo nexo contractual con la entidad empleadora no era de carácter temporal, sino que se había constituido "ab initio" con vocación de permanencia; generalmente se vino admitiendo que "trabajador fijo" o "trabajador fijo de plantilla" era el vinculado a la empresa con contrato indefinido.

Téngase en cuenta que cuando se habla de trabajador "fijo", se está indicando la "fijeza" o firmeza de su relación con la empresa, es decir su permanencia o carácter indefinido; en absoluto se alude con este término a la particular conexión del empleado con el puesto de trabajo que ocupa. En esta expresión la fijeza se refiere al vínculo o nexo contractual, no a la plaza que se desempeña. Y así un trabajador fijo puede cambiar perfectamente de puesto de trabajo a lo largo de su vida laboral, sin que por ello se altere su condición ni el carácter de su contrato; siendo evidente que a dicho trabajador le son totalmente aplicables las disposiciones de los arts. 39 y 40 del Estatuto de los Trabajadores sobre movilidad funcional y geográfica, sin que las mismas sufran merma alguna por el hecho de que tal empleado sea fijo de plantilla.

No existe, por tanto, diferencia relevante de significado entre una y otra expresión.

2) Ni en la Sentencia de 7 octubre 1996 ni en las que mantienen la diferenciación comentada se explica cual es la razón o causa generadora de esa divergencia o separación; tampoco lo explica la sentencia de la que este voto particular discrepa, toda vez que aun cuando en ella se trata de las consecuencias que se derivan de los supuestos en que un trabajador es calificado como contratado indefinido pero no fijo, no se dice cual sea la razón determinante de la comentada disparidad.

De la lectura de esas sentencias parece inferirse, aunque en ellas no se afirma de forma explícita, que el punto clave de esa diferencia, que las mismas proclaman, se encuentra en que el trabajador fijo está formalmente adscrito a una plaza de plantilla del organismo empleador, cosa que no acontece con el trabajador indefinido; lo cual, al ser empleadora la Administración Pública, determina la necesidad de aplicar tratamientos jurídicos separados a una y otra situación.

Pero, considero que no es, en absoluto, acertado este planteamiento o punto de partida. El hecho de que un determinado trabajador esté o no formal-

mente adscrito a una plaza concreta, no altera ni puede alterar la naturaleza de su contrato laboral, ni tampoco puede impedir que, si en tal contrato se incumplen gravemente las normas reguladoras de la temporalidad, la relación adquiera la condición de fija. Es más, todo empleado desempeña un puesto de trabajo, y el hecho de que pueda existir una especial adscripción formal al mismo es algo absolutamente inocuo, de lo que no cabe deducir especiales consecuencias en cuanto a la naturaleza del vínculo ni a su duración.

Lo importante, en la materia discutida, es si el contrato tiene, desde su inicio, consignada válidamente una causa de extinción del mismo en los términos legalmente autorizados, o si no la tiene. La adscripción formal del empleado a una concreta plaza carece por completo de trascendencia a estos fines, y no añade ningún derecho más en favor de ese trabajador. Esto es obvio, por cuanto que, si en el contrato se estipuló una determinada causa de temporalidad y el hecho constitutivo de esa causa se produce, la relación laboral puede ser extinguida con plena licitud; y ello aunque dicho trabajador estuviese formalmente adscrito a un determinado puesto. Y, por el contrario, si no se expresó en el contrato causa válida de temporalidad, o la expresada no concurre, la relación no puede ser extinguida válidamente por el empresario, a no ser que se produzca alguno de los supuestos que se prevén en los arts. 51, 52 y 54 del Estatuto de los Trabajadores; y ello tanto si existe adscripción formal al puesto desempeñado, como si no existe. Y el hecho de que la entidad empleadora sea la Administración pública, no altera ni modifica, en forma alguna, la realidad y certeza de estas aseveraciones.

3) Ni en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, norma básica en materia de duración del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico español, ni en los arts. 11 y 12 de ese mismo texto legal, ni en ningún otro precepto actualmente vigente se encuentra ninguna afirmación, dato o elemento que permita deducir que en nuestro Derecho existe la diferencia entre trabajadores fijos y trabajadores contratados por tiempo indefinido que proclama la línea jurisprudencial iniciada por la referida Sentencia de 7 octubre 1996. Y lo mismo cabe decir en relación con la regulación de tales materias existente en nuestro país antes de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, como se aprecia claramente a la vista de lo que se expresaba en los arts. 14, 15, 7 y 8 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 abril 1976 (RCL 1976\766 y NDL 29181), y en los arts. 21, 26 y 27 de la Ley de Contrato de Trabajo (RCL 1944\274 y NDL 7232).

4) Es más, los términos y expresiones de diversos textos legales que regulan la duración de los contratos de trabajo y las modalidades de los mismos que la ley permite en función de su temporalidad, y también otras cuestiones relativas a estos contratos, hacen lucir con nitidez que para el legislador español no hay diferencia entre los trabajadores

fijos y los contratados por tiempo indefinido. A este respecto se recuerda que el art. 15.2 del Estatuto de los Trabajadores manifiesta que "adquirirán la condición de trabajadores fijos..."; el art. 43.3 del mismo texto legal establece que "los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos..."; el art. 72 de dicho Estatuto se refiere a "los trabajadores fijos de plantilla" y califica de "trabajadores no fijos" a los que están vinculados a la empresa por contrato de duración determinada; el art. 17.2 del Real Decreto 2317/1993, de 29 diciembre (RCL 1993\3611), dispone que "adquirirán la condición de trabajadores fijos los contratados en prácticas o en aprendizaje, cuando..."; y lo mismo decía el art. 15 del Real Decreto 1992/1984, de 31 octubre (RCL 1984\2605 y ApNDL 3020), vigente hasta la puesta en observancia del Real Decreto 2317/1993 que se acaba de mencionar; y también el art. 4.2 del Real Decreto 1989/1984, de 17 octubre (RCL 1984\2602, 2710 y ApNDL 3018), norma ésta que como es sabido reguló durante muchos años la contratación para fomento del empleo, indicaba que "adquirirán la condición de trabajadores fijos quienes...". Y es indiscutible que la expresión "trabajadores fijos" es empleada por todas estas disposiciones legales como sinónima de trabajadores contratados por tiempo indefinido.

5) Y lo mismo cabe decir con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo anteriores a Octubre de 1996, para las que, como se constata en muchas de ellas, los términos a que venimos aludiendo tienen igual significado. Así la mencionada Sentencia de 18 marzo 1991, que marcó un hito importante en la jurisprudencia de la Sala, utiliza indistintamente ambas expresiones a lo largo de su texto, dándoles el mismo significado y afirma como conclusión "que los trabajadores accionantes habían alcanzado la condición de fijos" Sentencia de 27 enero 1992 después de sostener que la relación en ella analizada es de carácter indefinido, dice que la participación posterior del interesado en un concurso no implica "válida renuncia a su condición de fijeza ya alcanzada"; la Sentencia de 6 mayo 1992 acoge el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por las trabajadoras, y confirma íntegramente la sentencia de instancia en la que se había declarado el derecho de las mismas "a que se les considere fijas en plantilla"; y una solución similar se aplica por la Sentencia de 20 junio 1992 (RJ 1992\4602); y la Sentencia de 8 junio 1995 habla de "la conversión de la temporalidad en fijeza", añadiendo que la conclusión a que en ella se llega, "no queda desvirtuada por la celebración final de un contrato de eventualidad, pues... ya entonces se había generado fijeza". Incluso la Sentencia de 26 octubre 1996 confirmó, sin ningún tipo de restricción ni distinción, la sentencia de instancia que había declarado "el derecho de la actora a ser considerada como personal fijo de plantilla".

En conclusión, por consiguiente, en mi opinión no es posible aceptar la referida separación o divergencia entre trabajadores fijos y trabajadores con-

tratados por tiempo indefinido, ni en las relaciones laborales con las empresas privadas ni en las concertadas con las Administraciones Públicas, pues dichos términos en el Derecho del Trabajo español expresan la misma idea. Por ello, quiebra, según mi parecer, uno de los pilares básicos en que se asienta la sentencia de la que este voto particular discrepa.

CUARTO.- *La sentencia mayoritaria considera que la relación jurídica de autos, aunque no es fija, sí es de carácter indefinido; pero a su vez sostiene que el organismo público empleador “está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular” del correspondiente puesto de trabajo, lo cual significa que dicho organismo tiene la obligación de llevar a cabo la cobertura reglamentaria de esa plaza vacante; y luego añade que esta cobertura reglamentaria, esta “provisión en la forma legalmente procedente” de la referida plaza, determina la existencia de “causa lícita para extinguir el contrato”.*

Pues bien, siendo esto así, es decir tratándose de una relación de trabajo en la que se tiene prevista una causa válida de extinción, consistente en que tal extinción se producirá en el momento en que la plaza que ocupa el interesado sea cubierta reglamentariamente, es obvio que en ese nexo contractual concurren los requisitos y elementos esenciales que configuran el contrato temporal de interinidad por vacante, el cual, si bien fue de construcción jurisprudencial, hoy en día está reconocido y regulado en el art. 4 del Real Decreto 2546/1994, de 29 diciembre (RCL 1995\226), estructurándose como una de las modalidades de los contratos temporales o de duración determinada.

Por ello, no se alcanza a comprender como se puede calificar de indefinido a un vínculo laboral que responde a tales características.

QUINTO.- *Todo cuanto se deja expresado produce la consecuencia de que, en opinión de quien emite el presente voto particular, el pronunciamiento que debiera de haber dispuesto la sentencia recaída en estas actuaciones, era el de acoger el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por los demandantes y estimar íntegramente las pretensiones de la demanda, al ser un hecho que no se discute que la contratación de los referidos trabajadores adolece de irregularidades graves.*

Al hilo de lo anterior es destacable los problemas que se han planteado en el ámbito de RTVE. Como he señalado en algunas sentencias en que me enfrentaba a la petición de fijeza en la plantilla o, en lo acertado, relación indefinida, el motivo debe estimarse, de conformidad con doctrina de la Sala plasmada en la Sentencia citada por el recurrente y en otras como la de 21-12-01 (recurso 5305/01 [AS 2002\485]), que viene a aplicar al Ente Público RTVE y a sus sociedades la jurisprudencia relativa a la distinción entre fijeza en plantilla y relación indefinida en la Administración Pública.

Por lo que se refiere al Ente Público RTVE, no es dudosa su calificación como Administración Pública.

Se trata de una Entidad Pública Empresarial que se rige por su legislación específica y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley 6/97 de 14 de abril (RCL 1997\879), de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado –LOFAGE– (disposición adicional 10ª de la propia ley). Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia tienen la consideración de Administración Pública (art. 2.2 LRJ-PAC, Ley 30/92 de 26-11 [RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246]). Las Entidades Públicas Empresariales son organismos públicos, junto con los organismos autónomos (art. 43.1.b) y 3 LOFAGE) y se rigen por el derecho privado, excepto en los aspectos específicamente previstos en esta ley o en sus propios estatutos (art. 53.1 y 2 LOFAGE). Su personal se rige por el derecho laboral, con las especificaciones previstas en el propio precepto, y concretamente se dispone que el personal no directivo será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad [art. 55.2.b) LOFAGE].

De acuerdo con la normativa específica del Ente Público RTVE (ley 4/80 de 10 enero), esta entidad es la encargada de la gestión de las funciones que corresponden al Estado como titular de los servicios públicos de radiodifusión y televisión (art. 5). En lugar de adscribirlo a un departamento ministerial como sucede con otras entidades públicas empresariales, se diseña un régimen específico en el que destaca su vinculación con el Parlamento mediante la designación de los componentes de su Consejo de Administración (art. 7.1) y con el Gobierno que nombra al Director General del Ente (art. 10.1), así como el establecimiento de un control parlamentario directo mediante una comisión del Congreso de los Diputados (art. 26).

Las sociedades estatales, sin embargo, no constituyen en sentido jurídico Administración Pública (disposición adicional 12ª LOFAGE) aunque en sentido económico se las pueda considerar como tales al ser su capital público, en todo o en parte. La gestión del servicio público de radiodifusión y televisión, encomendado al Ente Público RTVE, se realiza por las Sociedades estatales RNE SA, y TVE SA, cuyo capital pertenece íntegramente al Ente (arts. 17 y 18 ley 4/80).

Tanto del Ente como de las sociedades estatales se dispone que se regirán por el Derecho Privado, pero siempre con las excepciones previstas en el propio Estatuto (arts. 5.2 y 19.1) y por lo que aquí interesa, el art. 35.4 de la misma ley 4/80 establece que el ingreso en situación de fijo en RTVE y en las sociedades estatales que se creen sólo podrá realizarse mediante las correspondientes pruebas de admisión establecidas y convocadas por el Director General de RTVE, de acuerdo con el Consejo de Administración. Hay que relacionar este precepto específico con el de general aplicación a todas las Entidades Públicas Empresariales ya citado [art. 55.2.b) LOFAGE], que exige convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En definitiva, se dispone tanto para el Ente Público, que jurídicamente es Administración Pública, como para las sociedades estatales, que jurídicamente no lo son (aunque su capital pertenece a aquél, por lo que dependen absolutamente de él), que la selección del personal debe obedecer a los mismos principios que rigen en general en el empleo público, como singularidad frente a la regla de actuación en régimen de derecho privado del Ente y las sociedades. Se enlaza así con la previsión contenida en parecidos términos en el art. 19 de la Ley 30/84 (RCL 1984\2000, 2317, 2427), el cual a su vez se relaciona con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso al empleo público (arts. 14 y 23 de la Constitución [RCL 1978\2836]) y con la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad.

Se ha de aplicar, por tanto, conforme solicita el recurrente, la línea jurisprudencial desarrollada en la Sentencia de 20-1-98 (RJ 1998\1000) de la Sala 4ª del TS, dictada en Sala General (coincidente con las anteriores de 7-10-96 [RJ 1996\7492], 10-12-96 [RJ 1996\9139], 30-12-96 [RJ 1996\9864], 14-3-97, 24-4-97, y con las posteriores de 21-1-98, 28-4-98, 7-5-98, 12-6-98, 22-9-98, 5-10-98 [RJ 1998\8659], 13-10-98, 18-11-98 [RJ 1998\10000], 21-12-98 [RJ 1999\313] y 19-1-99 [RJ 1999\2474], todas ellas del Tribunal Supremo) en las que se llega a una integración de la normativa laboral con la administrativa que establece determinadas exigencias en el acceso al empleo público, concluyendo que “(...) *El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.*”

De otro lado, esta Sala ya ha considerado en otros supuestos de cesión ilegal que afectaban a la Administración, que el efecto de la integración en ella no puede producirse con la condición de fijo de plantilla, sino mediante una relación laboral indefinida (Sentencias de esta misma sección 6ª de 5-3-98 [AS 1998\787], 16-4-98, 18-6-98 [AS 1998\2595], 13-7-98, 20-5-99 y 31-10-01 [AS 2001\4471] entre otras).

La argumentación del Tribunal Supremo sobre la armonización de la normativa laboral con la constitucional y administrativa, que ha llevado a la solución de no atribuir la fijeza en plantilla en los casos de contrataciones temporales irregulares o fraudulentas, es igualmente trasladable al supuesto de inte-

gración en la Administración debida a la comisión de otra ilegalidad como es la cesión de trabajadores. En este caso también se trata de trabajadores que no han accedido a la Administración mediante la superación de pruebas selectivas sujetas a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y por ello la consecuencia debe ser la misma que en los casos de infracción de las normas sobre contratación temporal, pues existe identidad de razón entre ambos supuestos.

Se imponía, en consecuencia, la estimación del motivo, para precisar que la integración del trabajador en TVE SA. será con el carácter de relación indefinida como se ha razonado.

4) Recordar que se prevé la necesidad de concurrencia de un número de trabajadores afectados en un periodo temporal. Como sabemos, la delimitación del ámbito de aplicación de los despidos colectivos se construye, de conformidad con las directivas comunitarias, en función del número de trabajadores afectados en un espacio temporal determinado. Este es el criterio mantenido en el art. 51, 1 ET y que plantea, al menos, cuatro cuestiones: a) número de trabajadores en la empresa sobre el cual se proyecta el número de trabajadores afectados; b) delimitación del espacio físico y material donde hay que realizar los cómputos; c) extinciones contractuales computables; d) el periodo temporal dentro del cual deben llevarse a cabo los cómputos.

Pero tampoco puede desconocerse lo que hemos conocido como vaciamiento de los ERE/s. Me estoy refiriendo a la posible extinción de los contratos temporales que pueden responder implícitamente a causas económicas sin que estos trabajadores entren dentro del cómputo del despido colectivo. En la delimitación de los umbrales del art. 51 ET se excluyen las extinciones de contratos temporales del art. 49, 1 c) ET, en una solución acorde con la Directiva 98/59. Los habituales contratos temporales por obra y eventualidad canalizan buena parte de las extinciones por causas empresariales sin ERE siendo indiferente el número de trabajadores afectados. Se cumple con la extinción de los contratos temporales una función de reestructuración empresarial sin negociación ni trámites administrativos. Pero aún más, los acuerdos mutuos individuales extintivos que puedan afectar, de manera latente, a causas económicas, tampoco entran dentro del cómputo del despido colectivo. En la delimitación de los umbrales el art. 51, 1 ET solo incluye otras extinciones derivadas de motivos no inherentes a la persona del trabajador salvo los mencionados contratos temporales quedando, por tanto, excluidos los mutuos acuerdos del art. 49, 1º a) ET. Y, por último, los despidos por causas económicas en los procedimientos concursales que se canalizan a través de un procedimiento distinto al ERE. El vaciamiento es ahora por vía judicial.

Por último, de especial relevancia es la STS, social, de 22 enero 2008 y de 4 mayo 2008 que admiten la ausencia de cómputo de los despidos co-

lectivos improcedentes en los umbrales del art. 51, 1º ET dando paso a un cuarto vía de elusión de los procedimientos por despido colectivo.

Me remito a IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ. “*ERE y ratio afectados/efectivos: una nueva propuesta interpretativa para una vieja discusión*” en Aranzadi Social nº 6/2010.

5) Conviene recordar que la reciente STS (social) de 3 febrero de 2009 ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incompetencia del orden de lo Social para conocer de un pleito en el que se pretendía el reconocimiento de vulneración del derecho a la libertad sindical por haberse excluido a un Sindicato de la mesa de negociación de un ERE. Pero lo relevante de la sentencia es la reseña doctrinal que efectúa respecto a criterios generales. Así, es competencia del orden social: 1º. Impugnación de despidos efectuados como consecuencia del ERE que no había designado a los trabajadores afectados (STS, social, de 17 marzo 1999; STS, social, de 5 octubre 1999); 2º. Procedimiento de oficio relativo a los acuerdos colectivos de suspensión y/o extinción (STS, social, 15 julio 1994).

La sentencia cita igualmente los supuestos en los que debe ser competente el orden de lo Contencioso Administrativo: 1º. Discrepancias en orden a la indemnización fijada (STS, social, de 23 enero 2006); 2º. La indemnización discriminatoria o inferior a la legal (STS, social, de 15 julio 2006); 3º. Preferencia de los representantes sindicales frente a otros trabajadores para permanecer en la empresa (STS, social, de 6 mayo 2003; 4 mayo 2004; 23 de octubre de 2008); 4º. Impugnación por parte del trabajador de su inclusión en la lista aprobada por la autoridad laboral en un ERE (STS de 18 enero 1999); 5º. Impugnación directa de un acuerdo recaído en el ERE y homologación por la autoridad laboral.

6) Me permito recordar, y compendiar, las consideraciones que generalmente han sido planteadas en la doctrina respecto a la concurrencia de las causas en los despidos colectivos.

Todos los instrumentos de reorganización productiva que el Estatuto de los Trabajadores pone a disposición del empresario para la gestión de los recursos humanos de la empresa, requieren, para su activación, del presupuesto de la concurrencia de razones o causas “*económicas, técnicas, organizativas o productivas*”. En efecto, tanto para proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), al desplazamiento o traslado de trabajadores (art. 40 ET), a la suspensión del contrato en los términos del art. 47 ET, a la extinción del mismo –sea por la vía del art. 52.c) ET o por la del art. 51, en función del número de los trabajadores afectados por la medida–, o, en fin, a la cesación total de la actividad empresarial (art. 51.1, *in fine* ET), la ley exige machaconamente la concurrencia de razones o causas, esto es, de modificaciones sobrevenidas de las circunstancias –externas o internas– en las

que la empresa desarrolla su actividad, de idéntica naturaleza: “*económicas, técnicas, organizativas o productivas*”. El que la naturaleza de las causas sea la misma no significa, obviamente, que la entidad, la gravedad requerida en los diferentes preceptos legales sea también similar. Por el contrario, la ley ha establecido una clara relación de proporcionalidad entre la gravedad de las medidas a ejecutar y la de las causas que las justifican, de modo que sólo para las causas “*económicas, técnicas, organizativas o productivas*” más graves se prevén las medidas más graves, esto es, los despidos.

Sin embargo, el hecho de que las causas que justifican las medidas de reorganización productiva previstas por la ley tengan idéntica naturaleza no está desprovisto de consecuencias: si todas las medidas de reorganización productiva obedecen a causas de la misma naturaleza, queda establecida una relación de continuidad entre la gravedad de las causas y las diferentes medidas, de suerte que, en principio, concurrentes las causas de dimensión más grave previstas por la ley, esto es, las que justificarían el despido, habría que entender concurrentes las causas justificadoras de una medida menor, como puede ser la suspensión del contrato o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, correspondiente al arbitrio del empresario la elección entre una u otra medida. Tal conclusión no podría desde luego deducirse caso de que la naturaleza de las causas justificadoras de los distintos instrumentos de reorganización productiva previstos en la ley fuese dispar.

Este dato debe, además, tener consecuencias metodológicas a la hora de aproximarse al estudio de las mismas. En efecto, si la aplicación de una u otra de las medidas legalmente previstas depende no de causas dispares, sino de la dispar gravedad de causas de igual naturaleza, la inteligencia de las causas exigidas en cada caso se va a entender mejor desde el estudio del conjunto del dispositivo causal perfeñado por el legislador, es decir, analizando toda la secuencia causal prevista en la ley y no una parte de ella. Este es el planteamiento que viene siguiendo la doctrina al abordar la cuestión, y éste será también el que estructure este análisis.

La homogeneización de la naturaleza de las causas justificadoras de las medidas empresariales de reorganización productiva es fruto de la reforma del Estatuto de los Trabajadores del año 94, que en este punto quiebra con nuestra tradición histórica y no puede, en principio, ser considerada como casual o inocente. El Estatuto del 80, en efecto, aunque no se supo o quiso extraer de ello mayores consecuencias, mantenía la tradicional diversidad causal: mientras que los arts. 40 y 41, referidos a la movilidad geográfica y a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, hablaban de “*razones técnicas, organizativas y productivas*”, los arts. 45.1.j) y 47.1 y 49.9 y 51, que se referían respectivamente a las suspensiones y extinciones del contrato, hablaban de las “*causas tecnológicas y económicas*”,

de las "causas económicas o motivos tecnológicos". Pues bien, con esta disparidad terminológica rompe la reforma del 94, que si, de una parte, añade a las razones justificadoras de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de los traslados las razones económicas, novedad de escasa relevancia por cuanto las razones económicas encajaban sin dificultad en las técnicas, organizativas o productivas, de otra, amplía las causas justificadoras de las suspensiones y extinciones del contrato derivadas de una reorganización productiva, al consagrar junto a las ya tradicionales causas "económicas o tecnológicas", las "organizativas o productivas", novedad no desdeñable porque decisiones empresariales estratégicas desprovistas de repercusión directa sobre la cuenta de resultados de la empresa o su estructura tecnológica, que antes no justificaban el despido, podrán hacerlo en adelante.

La similar naturaleza de las causas de reorganización productiva previstas en la ley ("económicas, técnicas, organizativas o productivas") invita a aproximarse a las mismas procediendo, en primera instancia, a una lectura unitaria; la jurisprudencia, de hecho, está operando así. La diversidad interpretativa, en efecto, se produce luego, al ponderar los efectos de las mismas en relación con las medidas propuestas por el empresario. Es, en efecto, entonces, como consecuencia de esta ponderación finalista, que el juez concluirá si causas exigidas y en la medida exigida por la ley concurren y si la medida decidida por el empresario tiene carácter justificado o injustificado, procedente o improcedente. La referencia a las causas es, en efecto, en primera instancia, unitaria y genérica, y se hace mediante conceptos jurídico-indeterminados, que remiten para su inteligencia al ámbito de la esfera económico-empresarial:

Causas económicas. Por causas económicas se entiende las que inciden desfavorablemente sobre el resultado de la gestión empresarial y producen, atendiendo a los ingresos y gastos y teniendo en cuenta los aspectos financieros, productivos y comerciales, el desequilibrio de su cuenta de resultados.

Tradicionalmente el concepto de causa económica se ha identificado con el de pérdidas. La interpretación consolidada de la "causa económica", contemplada en el viejo tenor del art. 51, asimilaba, en efecto, el concepto de causa económica con el de pérdidas, esto es, con la situación en la que los "costes de producción de los bienes y servicios que constituyen (el) objeto (de la actividad empresarial) son superiores a los ingresos que obtiene (el empresario) de lanzar esos mismos bienes y servicios al mercado". La verdad es que tanto la filosofía que anima la reforma toda del Estatuto de los Trabajadores del 94, como precisos argumentos textuales (Vid. infra), podían haber propiciado una lectura parcialmente innovadora del inciso legal, menos simplista, más adecuada a las exigencias de un mercado fluctuante y diversificado como el postindustrial, que exige de las empresas su permanente

adaptabilidad, pero cuando de operadores jurídicos se trata la inercia es, entre las razones, la de mayor peso y la interpretación tradicional de las causas económicas es, de nuevo, interpretación consolidada. Se está ante una causa económica –repite la jurisprudencia, fundamentalmente al enjuiciar supuestos de despido, pero también de modificación sustancial– cuando se han producido pérdidas, pérdidas numerosas que denotan la existencia de una situación de crisis.

Dos son los principales argumentos de los que se han servido doctrina y jurisprudencia para mantener la vieja interpretación con la nueva regulación. El primero es la inalterada dicción de la ley en este punto, que sigue hablando en el nuevo art. 51 de "causa económica". Si el legislador sigue hablando de causa económica es porque hace suya la interpretación tradicional que se ha hecho del término. El segundo es la alusión, al ponderar la gravedad de la causa económica de despido, a la situación "negativa" de la empresa, alusión que se asimila, de acuerdo con la tradición a la existencia de pérdidas. La disminución del beneficio empresarial –se dice– constituye una situación económica negativa a efectos de lo previsto en el art. 51 justificadora del despido. Los argumentos son mistificatorios. En primer lugar porque, contrariamente a lo que se dice, el tenor de la ley sí ha cambiado: el Estatuto de los Trabajadores del 94 ha procedido a una homogeneización de la naturaleza de las causas justificadoras de las distintas medidas de reorganización productiva. La "causa económica" es, con el texto del 94 en la mano, causa de modificación sustancial de condiciones de trabajo, causa de desplazamiento y de traslado, contextos en los que de ningún modo cabe la asimilación causa económica-pérdidas. Pero es que, además, las causas justificadoras de la suspensión y extinción del contrato son, en adelante, las "causas económicas, técnicas, organizativas o productivas", lo que, dado el tradicional solapamiento de lo organizativo, lo productivo y lo técnico con lo económico postula en favor de una interpretación menos estricta de la hasta ahora consolidada. En segundo lugar porque el término "negativo" que califica a la situación económica a superar en el contexto del art. 51 y que no aparece en los arts. 40 y 41, es en sí mismo inexpressivo. En puridad, toda causa económica que determine la adopción de una medida de reorganización productiva, se trate ésta de una modificación de las condiciones de trabajo, una suspensión o un despido, debe ser una situación económica negativa: una situación económica positiva o inocua no parece pueda, en efecto, por sí misma fundamentar medida alguna. En el contexto de los arts. 40, 41, 47, 51 y 52.c), por causa económica hay que entender no sólo la situación de pérdidas, sino también las situaciones de desequilibrio con reflejo en la cuenta de resultados de la empresa. Una notoria disminución del beneficio empresarial, una drástica mengua en las ventas, o, incluso, aun obteniéndose ganancias, si concurren

otras circunstancias, tales como que la empresa tenga un pasivo superior al activo, en efecto, pudieran ser perfectamente consideradas situaciones económicas negativas a efectos de justificar una medida de reorganización productiva. Repárese en que es justamente cuando se advierten los primeros síntomas de una situación de crisis cuando la adopción diligente de decisiones de reorganización productiva puede atajar el problema y evitar males mayores. Condicionar la adopción de todas o alguna de las medidas de reorganización productiva a la cumplida acreditación de cuantiosas pérdidas, no es sino dilatar y agravar el problema. Decir, como se dice, para justificar esta interpretación, que la normativa laboral no tutela el lucro empresarial es desconocer que la cuenta de resultados de una empresa es la manifestación más elocuente de su nivel de competitividad, competitividad que, no en balde, es uno de los objetivos obsesivos del legislador del 94.

La asimilación de la "causa económica" con las pérdidas es, además, especialmente grave dada la incontestable "vis atractiva" de dicha causa en el conjunto de las de reorganización productiva. Habida cuenta de los inevitables solapamientos entre las causas legales y de la dificultad de conceptualización de las causas organizativas y productivas, la consolidación del criterio causa económica-pérdidas como eje de la definición legal, va a restar virtualidad a las restantes causas legales. De hecho, ésta es una tendencia ya apreciable en alguna jurisprudencia, que, por ejemplo, entiende que las únicas medidas susceptibles de adopción "en el marco de resultados económicos positivos, aun cuando pueda afirmarse de ellas que objetivamente mejoren o refuerzan las expectativas futuras de viabilidad", son las contempladas en el art. 41 ET.

Causas técnicas. Por causas técnicas se entiende la obsolescencia parcial o total del sistema tecnológico utilizado por la empresa que aconseja la renovación de su aparato productivo, esto es, de sus bienes de equipo. Causas técnicas serían, por ejemplo, la automatización de la maquinaria y utillaje industrial de la empresa, la instalación de un sistema informatizado de gestión de audio y publicidad, la supresión del sistema informático autónomo de una sección y su sustitución por un sistema instalado en la sede central de la empresa, la introducción de métodos de fotocomposición informatizada, la modernización del sistema de comunicaciones de un buque, etc.

Causas organizativas. Por causas organizativas se entiende las decisiones empresariales tendentes a ajustar la estructura de la empresa, así como los medios personales y materiales de que dispone, a las líneas de producción que desarrolla, de forma que se produzca una organización más racional de los recursos productivos. La generalización de la causa organizativa como causa de reorganización productiva es indicio de que el legislador considere la organización de los recursos de la empresa, materiales y humanos, un factor de competitividad

estratégico merecedor de tutela directa. Causas organizativas son, por ejemplo, la introducción de nuevos métodos de trabajo, la agrupación de instalaciones o de personal, la reorganización de los servicios centrales y provinciales de la empresa, la supresión de una sección en cumplimiento de un plan de viabilidad, la descentralización productiva mediante el recurso a contrata y subcontrata –aunque la primera jurisprudencia parece rechazarlo–, la homogeneización de la jornada de trabajo del personal adscrito a diversas conexas dependencias de la empresa, la falta de contenido del puesto de trabajo, etc.

Causas productivas. Por causas de producción hay que entender las que inciden sobre la capacidad productiva de la empresa, exigiendo la transformación o reducción de su producción para adecuarla a las exigencias del mercado. Causas productivas serían tanto los eventos externos que perjudican el aparato productivo, entre los que habría que situar la drástica mengua de la demanda, la disminución de la producción por entrar en vigor en un país consumidor una legislación restrictiva para los productos de la empresa, la pérdida de una concesión administrativa o de la autorización requerida para realizar determinada actividad, como la adopción de decisiones empresariales sobre modificaciones en la producción, el lanzamiento de nuevos productos, perfeccionamiento de los que se venían produciendo, etc.

Sobre la gravedad de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas:

Pero el que la naturaleza de las causas justificadoras de las distintas medidas de reorganización productiva contempladas por la ley sea la misma, no significa, obviamente, que las causas que fundamentan la adopción de unas u otras pueda ser la misma. El legislador, en efecto, ha establecido una clara graduación entre la gravedad de las causas concurrentes y la de las medidas a adoptar, forzando, primero al empresario y luego al juez que controlará la medida en cuestión, a hacer una ponderación medios-fines de la que dependerá en última instancia el carácter justificado o injustificado de la medida. En efecto, constatada la existencia de una *“causa económica, técnica, organizativa o productiva”* el empresario tiene que ponderar la medida a adoptar a la luz de su gravedad, sirviéndose al efecto de los muy confusos términos legales, pues, caso de que se impugne su decisión, será sobre este juicio ponderado que recaerá el control judicial.

La técnica jurídica utilizada por el legislador para determinar la gravedad de las causas justificadoras de las distintas medidas de reorganización productiva es siempre la misma: se codifican elementos teleológicos, de suerte que habrá efectivamente causa cuando la medida adoptada se ajuste a la finalidad tutelada por la ley. Se opera, pues, una confusión causa-fines con el resultado de hacer de la finalidad componente de la propia definición de la causa. Los términos utilizados por el legislador para ponderar

la gravedad de las diferentes causas de reorganización productiva son, a mayor abundamiento, prolijos y equívocos. Lejos de los redactores de la reforma laboral la sobria elegancia del jurista clásico, el legislador del 94 se mueve como pez en el agua en la viscosidad verbal y no hace ascos, sino todo lo contrario, a los preceptos semielaborados. Porque semielaborados son los preceptos que en los arts. 40, 41 y 51 vinculan la interpretación de las *“causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”* atendiendo a elementos teleológicos. Como ha puesto de relieve la jurisprudencia, el legislador se sirve en los mismos de términos contradictorios cuya imposible síntesis remite, en última instancia, a los jueces.

Una cosa, con todo, parece clara: el legislador, aun sirviéndose de términos prolijos y equívocos, ha establecido una neta graduación entre causas y medidas, cuyo examen resulta indispensable para comprender el juego del entero mecanismo legal. Vayamos por partes:

En el caso de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y de los traslados, la gravedad de las *“causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”* se pondera afirmando que dichas causas existirán *“cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”*.

Acreditada la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o productiva, el *“test”* de gravedad que el legislador impone al empresario, del que va a depender el carácter justificado o injustificado de la medida, es el de demostrar que la medida *“contribuye a mejorar la situación de la empresa”* mejorando la organización de sus recursos y con ello su competitividad y eficiencia. El empresario, por tanto, caso de que se impugne su decisión modificatoria, no puede limitarse a demostrar la existencia de la causa alegada sino que debe justificar la adecuación de la medida adoptada al *“interés de la empresa”*, que es, en sentido lato, el fin tutelado por la ley. Si concurrente la causa, la medida adoptada *“contribuye a mejorar”* la situación de la empresa, el empresario habrá hecho un uso legítimo del poder modificador que le confiere la Ley (arts. 40 y 41 ET).

Adviértase que la ley no impone una rotunda relación de causa efecto entre la aplicación de la medida y la mejora de la empresa y de su posición en el mercado. Concluyente al respecto es la utilización del término *“contribuya”*; que es el eje de la ponderación finalista prevista tanto en los arts. 40 y 41 ET, como en el 51 ET. Lo que del empresario exige la ley es que la medida adoptada ayude en el objetivo tutelado, no que tenga efectos taumatúrgicos.

La descripción de los fines a cuya consecución se entiende instrumentada la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el traslado en los arts.

40 y 41 ET, en los que no aparece alusión alguna a la situación negativa de la empresa y a la garantía de su viabilidad, a diferencia de lo que ocurre en el art. 51, ha llevado a la doctrina a destacar la dimensión fundamentalmente fisiológica de las modificaciones sustanciales, desplazamientos y traslados en el nuevo ET. La modificación, el desplazamiento y el traslado son, en efecto, vicisitudes absolutamente normales en el normal desenvolvimiento de la empresa y, desde luego, no es necesario que concurra patología alguna para decidirlos. La situación de la empresa, el que ésta se encuentre en fase recesiva o expansiva, en situación de crisis o de crecimiento, es, en principio, irrelevante, lo importante es que la modificación o el traslado contribuya a mejorar su situación y perspectivas. Mas este dato, unánimemente compartido, no puede, sin embargo, llevar a la errónea conclusión de que la dimensión causal de las medidas contempladas en los arts. 40 y 41 es menor que la prevista para los despidos y suspensiones en los arts. 47 y 51 ET y de que el control judicial es, por tanto, en el primer caso, liviano. La naturaleza del control es, y basta una lectura superficial de la norma para percibirlo, en todo caso la misma: es un control de razonabilidad sobre la adecuación de las medidas propuestas a las causas que las provocan. Acreditada la concurrencia de las causas, hay que argumentar la adecuación a las mismas de las medidas propuestas, de acuerdo con las finalidades tuteladas por la Ley. La gravedad exigida por la ley en las causas es proporcional a la de la medida a adoptar, mas la ponderación a realizar, en primera instancia por el empresario y en última por el juez, es la misma.

La dimensión causal de las modificaciones y traslados y el alcance del control judicial previsto por la ley ha sido perfectamente percibido por la escasa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el alcance de los nuevos arts. 40 y 41 del Estatuto. Jurisprudencia que ha convalidado decisiones empresariales tales como la supresión del tiempo de aseo y su compensación económica ante una situación de crisis económica y pérdidas constantes, la modificación del horario de un grupo de trabajadores para homogeneizar el de distintas secciones conexas de la empresa o para acomodarlo al horario de la generalidad de la actividad comercial, el cambio de turno de algunos trabajadores derivado de la supresión de una sección de la empresa, la instauración de nuevos turnos de trabajo para cubrir las incidencias urgentes en cualquier hora del día, la reducción de la jornada de trabajo habida cuenta de la pérdida de una contrata concertada por la empresa o de la disminución del número de alumnos matriculados y de los grupos ofertados, la supresión de la jornada intensiva en período estival para superar la situación desfavorable de la empresa frente a la competencia.

7) De la extensa jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo me remito a las siguientes: STS de 18 febrero 2009,

25 noviembre 2008, 23 de octubre 2008, 21 octubre 2008, 20 octubre 2008, 23 septiembre 2008, 17 julio 2008, 1 julio 2008, 25 junio 2008, 27 febrero 2008, 5 junio 2007, 14 febrero 2007, 21 noviembre 2006, 25 octubre 2006, 17 octubre 2005, 21 abril 2005, 3 diciembre 2004, 20 octubre 2004, 27 septiembre 2004, 12 mayo 2004, 4 mayo 2004, 25 febrero 2004, 26 enero 2004, 16 diciembre 2003, 22 septiembre 2003, 14 julio 2003, 25 junio 2003, 23 junio 2003, 16 junio 2003, 26 mayo 2003, 7 mayo 2003, 6 mayo 2003, 12 febrero 2003, 23 enero 2003, 4 diciembre 2002, 11 noviembre 2002, 24 octubre 2002, 22 mayo 2002, 7 mayo 2002, 26 abril 2002, 9 abril 2002, 25 marzo 2002, 15 marzo 2002, 11 febrero 2002, 8 febrero 2002, 31 octubre 2001, 22 octubre 2001, 8 octubre 2001, 1 octubre 2001, 16 julio 2001, 11 junio 2001, 20 febrero 2001, 14 febrero 2001, 3 enero 2001, 15 noviembre 2000, 10 julio 2000, 12 junio 2000, 22 febrero 2000.

Respecto al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña destacar la de 15 diciembre 2003, 30 diciembre 2002, 18 noviembre 2002, 28 junio 2002, 8 mayo 2002, 26 noviembre 2001, 9 noviembre 2001, 29 octubre 2001, 10 octubre 2001, 30 julio 2001.

8) Señalar que la situación que comento lejos de ser pacífica ha llegado, incluso, al ámbito de los Juzgados de lo Mercantil. Me refiero a la posibilidad o no de la facultad del Juez del concurso para fijar una indemnización diferente a la legal en caso de conclusión SIN ACUERDO el periodo de consultas. El problema ha aparecido en sendos autos del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (de 19 mayo 2008) y el nº 7 de Madrid (de 7 diciembre 2009). De todos es conocido que tras la promulgación de la Ley Concursal se generó un debate doctrinal acerca si resultaba admisible en un ERE que la administración concursal y la representación de los trabajadores acordasen una indemnización superior a la establecida legalmente en el art. 51, 8 ET. La práctica concursal nos condujo, creo que con claro error e infracción del principio de *par conditio creditorum*, a un resultado positivo. Ahora bien, la cuestión que nunca se había admitido es que sin acuerdo la indemnización acordada por el Juez de lo Mercantil alcanzara la cuantía de los 45 días.

No de menor importancia, y era algo que sin duda se esperaba, es el caso de la STS de Asturias de 16 abril 2010 en la que, por primera vez (no tengo otra noticia) la Sala de lo Social ante la impugnación de la aprobación de un ERE por el Juez del concurso accede al recurso de suplicación y declara la denegación de la autorización para la extinción de los contratos de trabajo (autorización del Juez). Se trataba lógicamente de un ERE concursal (art.

64 Ley concursal) tramitado sin acuerdo tras el periodo de consultas. La cuestión no es en modo alguno baladí pues aparece una clara antinomia en tanto que cabe cuestionarse si la declaración de concurso por sí misma constituye causa suficiente para cumplir con la exigencia del art. 51 ET pues no olvidemos que presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor (art. 2,1 LC), es decir, que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles (art. 2,2 LC). ¿Puede concurrir la insolvencia para declarar el concurso y, en cambio, no justificarse la causa económica del art. 51 ET? Sin comentarios.

9) Respecto a la amplísima bibliografía me permito destacar algunas importantes referencias. BARBANCHO TOVILLAS, F.J.; BARBANCHO TOVILLAS, F.; “*Compendio de Derecho Administrativo Laboral*” (en prensa); BLASCO PELLICER, “*El paradigma de la reestructuración empresarial*”; *el expediente de regulación de empleo*” en Crisis de Empresa y Derecho del Trabajo (IV Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Tirant lo Blanc. Valencia 2010; NAVARRO NIETO. “*Los despidos colectivos*”. Civitas. Madrid 1996; DESDENTADO DAROCA. “*La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento*” en RL, Tomo I, 1996 pág 527 y ss; CASAS BAAMONDE, “*Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*”, en RL nº 19, 1996 pág 7 y ss; MONEREO. “*Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*”. Civitas. Madrid 1994; MARTÍNEZ GIRÓN. “*Despidos colectivos; libertad de empresa y acción administrativa en España*”, en La reforma del mercado de trabajo. Actualidad Editorial. Madrid 1993 (BORRAJO, director); MONEREO- FERNÁNDEZ AVILÉS. “*El despido colectivo en el derecho español. Estudio de su régimen jurídico*”. Aranzadi. Pamplona 1997; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. “*Expedientes de regulación de empleo*”. Trotta. Madrid 1993; VALDÉS DAL-RE. “*Los despidos por causas económicas*” en AAVV. “*La reforma del mercado laboral*” (dirección F. VALDÉS). Lex Nova. Valladolid 1994; GARCÍA FERNÁNDEZ, M. “*La extinción de la relación laboral en la Ley 11/94*”, AL nº 30, 1994; LLOMPART BENNÀSSAR. “*El despido objetivo: la acreditación de la situación económica negativa*” en AL nº 7-2010; TOVILLAS ZORZANO. “*Reflexiones sobre el despido objetivo por circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción*”, en RL, Tomo II, 1995; RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. “*Despido colectivo y extinción del contrato de trabajo por muerte del empresario*” en RL, Tomo I, 2010; DESDENTADO BONETE, “*Ideas para la reforma del despido*” en La Ley nº 7368, 24 marzo 2010; LA-

HERA FORTEZA, “*El vaciamiento de los expedientes de regulación de empleo*” en RL nº 4, Tomo I, 2010; RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. “*Despidos colectivos y autorización administrativa*” en RL nº 2, Tomo I, 2010; “*MEMENTO Experto. Crisis. Medidas y Soluciones laborales*”. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid 2009; “*Medidas laborales para empresas en crisis*” (Director ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO). Aranzadi. Pamplona (2ª ed). 2009.

10) Son destacables los trabajos de VALERIANO GÓMEZ. “*¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco?*”, RL nº 12/2010; Mª TERESA VELASCO PORTERO y MARTIN FRÖHLICH. “*Los sistemas alemán y austriaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España*” en AL nº 14/2010.

11) Por lo tanto seguirá vigente el criterio mantenido por la relevante STS de 18 de septiembre de 2007 respecto a la forma de fijar los índices de absentismo del puesto de trabajo.

12) Recordar que el error de cálculo excusable ha sido concretado por la STS, social, de 1 octubre 2007 al decir que “*La justificación de esta doctrina jurisprudencial se apoya en razones diversas, como ha señalado el TS en numerosas resoluciones (entre otras muchas, Sentencias del TS de 19 de junio de 2003 y de 7 febrero de 2006, con cita de precedentes). Una es la complejidad de la estructura del salario, integrado frecuentemente por conceptos diversos, cuya percepción puede producirse o no, o puede depender de su cuantía o en su periodicidad, de circunstancias variables. Otra razón es la propia complejidad de las regulaciones jurídicas de la retribución del trabajo, donde la línea divisoria entre las percepciones salariales y extrasalariales no siempre está nitidamente trazada, y de la indemnización básica de despido, que plantea el problema no siempre fácil de cómo se ha de computar el tiempo de servicios. Una tercera razón se apoya en la doctrina del error excusable es la eventualidad de padecer algún error aritmético en el cálculo de la indemnización por despido, no descartable incluso cuando se ha aplicado la diligencia que cabe exigir al empleador, tanto en el caso de que la lleve a cabo personalmente, como en los supuestos en que la encargue a un empleado o a un profesional de su elección...”. Destacar la STS de 17 junio de 2007 que admite, al caso concreto, la concurrencia de un error excusable dada la compleja estructura del salario. En sentido contrario se pronunció la STS de 11 octubre 2006 que manifestó que era inexcusable no haber computado como antigüedad el periodo de servicios prestados con contratos en prácticas.*

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

Comentario de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2010

Francisco Espinosa Fernández

Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional
(no interviniente en el litigio)

“El Sindicato USCA interpuso demanda contra el Real Decreto Ley (RDL) 1/2010, de 5 de febrero, ampliada contra la Ley 9/2010, de 14 de abril, que regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, establece las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y fija determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, y sustituyó al RDL”

Identificación de la Sentencia

De la Audiencia Nacional en 10 de mayo de 2010, Procedimiento 41/2010, Referencia T-Aranzadi: AS 2010\1095; Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín; Sala: Ilmos. D. Manuel Poves Rojas y Doña María Paz Vives Usano. Desestima la demanda de Conflicto Colectivo en petición de tutela de Derechos Fundamentales, interpuesta por el Sindicato USCA (Unión Sindical de Controladores Aéreos) contra la Entidad Pública Empresarial AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea) y contra Ministerio de Fomento y Obras Públicas, defendidos por el Abogado del Estado, con intervención del Ministerio Fiscal.

Argumentos de las partes

El Sindicato USCA interpuso demanda contra el Real Decreto Ley (RDL) 1/2010, de 5 de febrero, ampliada contra la Ley 9/2010, de 14 de abril, que regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, establece las obligaciones de los proveedores civiles de dichos servicios y fija determinadas condiciones laborales para los controladores civiles de tránsito aéreo, y sustituyó al RDL. Solicitaban:

– Que se declarase que las modificaciones de condiciones de trabajo operadas por el RDL 10/2010 y luego por la Ley 9/2010, no se ajustaron a derecho, pidiendo que se repusiera íntegramente a los controladores de tráfico aéreo en el I Convenio Colectivo suscrito por AENA y USCA el 9 de marzo de 1999.

– La declaración de nulidad de concretos preceptos de la Ley 9/2010 por vulneración de los artículos 7 y 28 de la Constitución Española (CE) en relación con 28-2 y 37-1, ya que habría restringido injustificadamente dichos derechos fundamentales, desbordando ampliamente su contenido esencial y vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 53-1 CE.

– El RDL 10/2010 no habría respetado las exigencias del artículo 86-1 CE al no existir extraordinaria ni urgente necesidad. Habría afectado sustancialmente el contenido esencial del derecho a la

negociación colectiva, dejando sin efecto la eficacia de un convenio colectivo negociado legalmente y en prórroga.

– Se habría vulnerado el derecho de los trabajadores a ser indemnizados (artículo 33.3 CE) por expropiación de derechos reconocidos en convenio colectivo.

– Vulneración de presunción de inocencia del 24.2 CE al permitir la Ley 9/2010 la suspensión preventiva de empleo y sueldo en los expedientes disciplinarios.

– No respetar el procedimiento del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para modificar sustancialmente condiciones de convenio colectivo estatutario.

– La Ley 9/2010 vulneraría el artículo 53.1 CE, al restringir el contenido esencial del derecho a la libertad sindical de los artículos 7 y 28-1 CE, en relación con los derechos a la negociación colectiva y huelga, de los artículos 37-1 y 28-2 CE, vaciando de contenido los derechos reconocidos legítimamente en convenio colectivo mediante la Ley 9/2010 cuyo objetivo era quebrar la autonomía colectiva de los negociadores y la fuerza vinculante de los convenios, impidiendo además el ejercicio del derecho de huelga al no ser posible convocar huelgas frente a normas legales.

La representación procesal de los demandados, AENA y Ministerio de Fomento (Abogado del Estado) se opuso a la demanda, alegando que:

– Existe una fuerte conflictividad laboral del Sindicato USCA y del colectivo de controladores aéreos contra AENA.

– No cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad del RDL 1/2010, por haber sido derogado y sustituido por la Ley 9/2010.

– La Ley 9/2010 no vulnera en absoluto el derecho de libertad sindical, ni el de negociación colectiva, ni el de huelga.

– La Ley liberaliza el sector, de acuerdo con la normativa comunitaria europea, posibilitando la entrada de nuevos proveedores civiles de servicio de tránsito aéreo. Se introducen novedades que inciden en el I Convenio Colectivo de AENA, para garantizar la prestación de

los servicios de tránsito aéreo, servicio público esencial para los intereses generales del país, conectado directamente con el derecho fundamental a la libre circulación del artículo 19 CE, al haberse acreditado importantes deficiencias orgánicas y económicas

El Ministerio Fiscal expuso que sólo efectuaría alegaciones si se planteaba cuestión de inconstitucionalidad.

Hechos y antecedentes

Figuran en los extensos hechos probados de la sentencia.

El Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, constituido en 7 agosto 1991, con personalidad propia y adjunto al Ministerio de Obras Públicas (Fomento), se relaciona con su personal laboral con arreglo al Estatuto de los Trabajadores, Convenios Colectivos y Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007).

La relación laboral con los controladores aéreos, se rige básicamente por el I Convenio Colectivo, BOE 18 marzo 1999, prorrogado desde 31 diciembre 2004. Los incrementos retributivos desde 1999 no se autorizaron por la Comisión Interministerial CECIR.

Las relaciones laborales de los controladores aéreos con sus empleadores han sido "extremadamente" conflictivas desde 1976 y en particular con AENA desde 1992. La Dirección General de Aviación Civil informa que la situación de AENA es de virtual incumplimiento del Reglamento CE 2096/2005, debido a su incapacidad para garantizar la continuidad del servicio y de explotar esos servicios de manera sostenible, por lo que se exponen una serie de medidas de reorganización, mejora del servicio y reducción de costes, propuestas por AENA, partiendo de los informes de EUROCONTROL (Organización para la Seguridad de la Navegación Aérea).

Fundamentos jurídicos de la sentencia

La Sala considera legitimado activamente al Sindicato USCA y a su Presidente

aunque, por otra parte, considera no legitimado pasivamente al Ministerio de Fomento por no ser el empleador. Considera, asimismo, que el Sindicato no tiene "acción" para pedir que se planteen cuestiones de inconstitucionalidad frente al RDL 1/2010 al estar derogado (sustituido por la Ley 9/2010) y ser una norma no determinante para el resultado del litigio (con mención de la STC 225/2004). La derogación de una norma no impedirá su control de constitucionalidad pero siempre que tenga incidencia concreta sobre el litigio y sea relevante para el fallo, lo que aquí entiende la Sala que no sucede porque el Sindicato no ha incluido petición expresa referida al tiempo de vigencia, dos meses, del RDL 1/2010. En los fundamentos octavo y undécimo la Sala fija la delimitación jurídica de los problemas a resolver:

a) El convenio colectivo es norma que sólo tiene fuerza vinculante y eficacia "en el campo de juego que la Ley señala". STS, Sala 3ª, 21-3-2002, RJ 4319: la Administración no está vinculada a los convenios suscritos que contradigan la ley. STS, Sala 4ª, 18-1-2000, RJ 950, 27-10-2004, RJ 2005, 737; 20-12-2007, RJ 1897, "el artículo 37-1 de la Constitución no se vulnera mecánicamente por la entrada en vigor de una ley que repercute sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes...". "La intervención del legislador en los contenidos de la negociación colectiva no comporta, de ningún modo, una vulneración del principio de autonomía colectiva consagrado en el artículo 37-1 CE, especialmente cuando el empleador es una Administración Pública, que se rige por el principio de legalidad, el cual debe primar sobre la autonomía colectiva...". Además: el TS (STS 22-12-2008, RJ 8526), ha afirmado la nulidad de pleno derecho del acuerdo colectivo, si falta el informe favorable de la CECIR (Hacienda y Presidencia), según dispone cada ley de presupuestos generales del Estado y el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria del año 2003.

b) El artículo 53-1 CE dispone que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución "vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley, que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a (Recurso de inconstitucionalidad)". La Sala se plantea si la Ley 9/2010 respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales.

El contenido esencial de los derechos fundamentales puede determinarse (STC 11/1981) acudiendo a la naturaleza jurídica del derecho o a los intereses jurídicamente protegidos por el derecho

“La Dirección General de Aviación Civil informa que la situación de AENA es de virtual incumplimiento del Reglamento CE 2096/2005, debido a su incapacidad para garantizar la continuidad del servicio y de explotar esos servicios de manera sostenible, por lo que se exponen una serie de medidas de reorganización, mejora del servicio y reducción de costes”

fundamental y se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Todos los derechos fundamentales son limitados por la compatibilidad con los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por la Constitución. La regulación legislativa obliga a la búsqueda de soluciones para ponderar con proporcionalidad la colisión entre derechos y bienes jurídicos de rango constitucional.

c) El derecho a la negociación colectiva (artículo 37-1 CE) no es un derecho fundamental tutelable en amparo, pero sí cuando se integra en el de libertad sindical (artículos 7 y 28 CE). El derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial del derecho

“La intervención del legislador es, en fin, proporcionada aunque se hayan restringido derechos reconocidos mediante convenio colectivo estatutario prorrogado, puesto que el sacrificio impuesto a los controladores ha sido el mínimo posible para garantizar la seguridad y continuidad del servicio”

a la libertad sindical en su vertiente funcional, porque la negociación colectiva es un medio necesario para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los artículos 7 y 28-1. La libertad sindical comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción sindical (entre ellos la negociación colectiva) que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado por la Constitución, por todas: STC 121/2001. Fundamento décimo.

d) El ejercicio de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga y cualquier otro derecho fundamental, especialmente el de igualdad ante la ley, debe ejercitarse en la legalidad (Auto TC 423/2004) y no existe un derecho a la igualdad en la ilegalidad. Aquel a quien se aplica la Ley no puede considerarse discriminado “por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido”. Por lo demás, la doctrina constitucional ha admitido la regulación específica de leyes que afecten a sectores concretos, con restricciones de derechos que respeten en todo caso su contenido esencial, cuando concurren circunstancias excepcionales, que pongan en peligro otros bienes y derechos protegidos constitucionalmente (por todas STC 166/1986).

A partir del fundamento doce, la Sala aplica este análisis jurídico al Caso:

– La prestación de servicios de tránsito aéreo constituye un servicio público esencial de prestación al público, y su interrupción puede ocasionar graves perjuicios sobre bienes constitucionalmente protegibles (derecho a la libre circulación), que se conectan estratégicamente con los intereses nacionales. En virtud de los informes en autos considera probado que la sostenibilidad y la eficiencia del sistema español de Gestión del Tráfico Aéreo (esencialmente por AENA), están fuertemente afectados por importantes diferencias que nos separan de la media europea, imposibilitando alcanzar los objetivos de la red europea de gestión del tránsito aéreo e incumpliendo con ello los Reglamentos Comunidad

Europea 550/2004 y 1070/2009, lo que ha hecho imperioso adoptar urgentemente medidas que hagan alcanzar al modelo español los objetivos europeos.

– Destaca la Sala que “Aena tiene los costes anuales por empleado de control más altos de los proveedores europeos con 343.000 euros, seguidos de los 231.000 euros de NavPortugal” y que “las ineficiencias esenciales de AENA se deben” al “elevado déficit crónico de la jornada obligatoria de los controladores que se ha mantenido en las 12.00 horas; la voluntariedad de la jornada adicional, así como de su elevado coste dado que la hora adicional es 2, 65 veces la hora ordinaria, siendo inevitable su utilización por el incremento del tráfico aéreo”.

– “Identificadas las líneas generales en las que se encontraba el tráfico aéreo español, debe concluirse razonablemente, que la intervención del legislador no solo era obligada, sino que era imprescindible para corregir en el plazo más breve posible de tiempo una situación tan calamitosa”, “no estamos propiamente ante una ley de caso único, como denuncia USCA, sino ante una ley reguladora de la prestación de servicios del tránsito aéreo, cuyo acometimiento era inexcusable... para garantizar la continuidad de un servicio, cuya esencialidad es notoria, que se había puesto precisamente en claro peligro como consecuencia de la negociación colectiva”.

– Hay un “fracaso evidente de la negociación colectiva, cuya garantía institucional, contemplada en el artículo 37-1 CE, no sirve solamente para multiplicar geométricamente los derechos de un colectivo de trabajadores con gran poder de contratación, sino que debe contribuir necesariamente también a la competitividad de nuestras empresas, así como a su adaptación a los requerimientos del mercado”, la negociación colectiva “ha dejado de cumplir su función constitucional”; “el poder de dirección y el control de la actividad laboral, encomendado a la dirección de las empresas, por el artículo 20-1 del Estatuto de los Trabajadores, se ha desplazado

desde la dirección de AENA” a unas Comisiones Permanentes “cuyas competencias alcanzan a los aspectos esenciales y estratégicos de la gestión de la empresa, lo que ha tenido influencia decisiva para producir los resultados calamitosos en el servicio”. La mejor regulación conocida de las condiciones de trabajo para una categoría de trabajadores “no merecería reproche alguno, si la contrapartida no hubiera sido la pérdida de la viabilidad económica del sistema de tránsito aéreo”. Los acuerdos de negociación colectiva anteriores y, sobre todo, posteriores al I Convenio Colectivo no tuvieron nunca la autorización de la Comisión Interministerial de Retribuciones (CECIR, Ministerios con competencias en Hacienda y Función Pública), “careciendo, por tanto, de un requisito constitutivo para su validez, dado que las leyes de presupuestos dejan perfectamente claro que los acuerdos que no cuenten con dicha autorización serán nulos de pleno derecho” (por ejemplo: artículos 25 y 37 de la Ley 26/2009, de 23 diciembre).

– La doble circunstancia de escasez de controladores y jornada oficial en Convenio de 1200 horas ha supuesto que la mayoría de los controladores hayan realizado aproximadamente 600 horas extraordinarias anuales, retribuidas a un precio 2,6 superior a la hora ordinaria, originando unas retribuciones medias de 304.874 euros por controlador en el año 2007 y excediendo en 210.316 euros anuales el incremento del IPC desde el año 1999. Basta con que el trabajador decida prestar jornada ordinaria o caiga en baja médica para provocar un verdadero “caos aéreo” sin necesidad de convocar huelga. La Ley 9/2010 pretende modificar esta situación.

La sentencia valora si “la intervención del legislador era necesaria, adecuada y proporcionada con carácter general”, y concluye que sí porque la prolongación durante más de veinte años de esta situación, utilizándose la negociación colectiva en fraude de ley, pactándose

formalmente una jornada ordinaria insuficiente para negociar colectivamente, al tiempo, unas prolongaciones de jornada que ocasionaban centenares de horas extraordinarias por controlador, vulnerando los límites de horas extraordinarias previstas en el 35-2 del Estatuto de los Trabajadores es “un estado de excepción permanente, que ninguna Administración responsable puede tolerar, porque está sometida al principio de legalidad (proclamado en artículo 103.1 CE), máxime si éstos acuerdos no obtuvieron nunca la autorización de la CECIR por lo que eran “nulos de pleno derecho”. La intervención del legislador era idónea ya que no había otro remedio para asegurar la libertad de circulación en el tráfico aéreo (la impugnación judicial del convenio dejaría sin regulación propia un servicio público enormemente importante y, durante el litigio habría riesgo de “caos aéreo”). La intervención del legislador es, en fin, proporcionada aunque se hayan restringido derechos reconocidos mediante convenio colectivo estatutario prorrogado, puesto que el sacrificio impuesto a los controladores ha sido el mínimo posible para garantizar la seguridad y continuidad del servicio, analizando a continuación la Sala las diferentes modificaciones articuladas por la Ley 9/2010 sobre el I Convenio Colectivo para concluir que son modificaciones aceptables, que no le presentan dudas razonables de constitucionalidad (aunque sólo lo dice la sentencia al final del fundamento catorce).

La proclamación principal de la sentencia no se incluye hasta el fundamento decimoquinto, al desestimar las peticiones de declaración de nulidad de preceptos concretos de la Ley 9/2010. A la Sala “no corresponde enjuiciar sobre la constitucionalidad o la legalidad de dicha norma legal, correspondiéndole únicamente plantear cuestión de constitucionalidad de las mismas, en tanto que son decisivas para el resultado del litigio” (con cita de los artículos 163 CE, 5 LOPJ y 35 LOTC). Esta proclamación hubiera debido decirse en la sentencia

antes y con más contundencia por su trascendencia ya que la Sala se detiene a analizar si las medidas legales concretamente impugnadas son o no “adecuadas”, cuando el enfoque más correcto es la constatación de si concurren o no motivos para plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad del 163 CE en relación con los preceptos legales impugnados. Los Tribunales de Justicia no pueden valorar si las normas legales son adecuadas, tan sólo si hay motivo suficiente para elevar (plantear) cuestión de inconstitucionalidad y que el Tribunal Constitucional decida acerca de si “una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución” (163 CE).

La Sala no se plantea elevar cuestión de inconstitucionalidad alguna frente a la Ley 9/2010 (no la considera contraria a la Constitución pero no lo afirma tajantemente). Considera, eso sí, que no se vulnera la presunción de inocencia del 24-2 CE con la medida cautelar de suspensión provisional de empleo y sueldo del trabajador al incoarse expediente disciplinario, además de que la “presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal” y no en el proceso laboral.

Desestima la invocación de vulneración del derecho de huelga, precisamente por no haber convocada ninguna huelga. Desestima también la pretensión de indemnización expropiatoria al amparo del 33-3 CE ya que los derechos invocados se obtuvieron por acuerdos colectivos que no respetaron los límites de las Leyes de Presupuestos ni obtuvieron la autorización preceptiva de la CECIR, siendo derechos no adquiridos legítimamente. Concluye que no puede reponerse a los controladores aéreos en los derechos que tenían por Convenio ya que la Ley 9/2010 lo ha modificado y la Sala no duda de la constitucionalidad de la Ley. Fallo de la sentencia:

– El Sindicato sí estaba legitimado para demandar (desestima la excepción).

– El Ministerio de Fomento no tenía legitimación pasiva para ser demandado (estima la excepción) (Aunque creemos que sí debió ser llamado a juicio)

– El Sindicato no tiene “acción” para pedir que la Sala plantee cuestión de inconstitucionalidad frente al RDL 1/2010

– No entra en si ha habido incumplimiento del 41 ET (las partes, con buen sentido, desistieron de este tema ya que la Ley 9/2010 es tan Ley como el E.T.).

– Desestima la demanda de Conflicto Colectivo (hubiera sido deseable que dijera que no ve motivo para cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley 9/2010).

– Posibilita recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. No consta, por ahora, que esta sentencia de la AN sea firme.

Glosario de la sentencia y su importancia

La sentencia de la Audiencia Nacional desestima la pretensión de Conflicto Colectivo que alegaba violación de derechos fundamentales de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, contra el RDL 1/2010 y Ley 9/2010 que modificaron el I Convenio Colectivo prorrogado, para recuperar la eficiencia y sostenibilidad del tráfico aéreo español.

Lo importante de esta sentencia que versa sobre un sector de servicio público enormemente trascendente (tráfico aéreo) y de colectivo de empleados públicos cualificado y peculiar (controladores aéreos), es que la Sala, tras analizar si la Ley 9/2010 ha vulnerado el contenido esencial de los derechos fundamentales invocados (en el RDL 1/2010 la Sala no entra por estar derogado y nada concre-

to haberse pedido por el demandante), concluye que no ha habido tal vulneración porque la negociación colectiva habida (en un dilatado periodo de tiempo, entre un ente público, AENA, y un Sindicato de empleados públicos en régimen jurídico laboral) ha sido en fraude de ley (sin autorización CECIR y con infracción del Estatuto de los Trabajadores y de los límites de las leyes de presupuestos generales del Estado) y no ha cumplido su finalidad constitucional. No ha habido por otra parte violación del derecho fundamental de huelga porque ninguna está convocada.

La sentencia considera que la Ley/2010 es idónea y proporcionada porque las necesidades del servicio del tráfico aéreo requerían la intervención del legislador, para evitar la quiebra de la entidad pública AENA y asegurar el tránsito aéreo, bien constitucionalmente protegible. La sentencia viene a decir (no claramente) que no encuentra motivos para plantear cuestión de inconstitucionalidad frente a preceptos de la Ley 9/2010. Proclama, con menos contundencia de la deseable, que los Tribunales Jurisdiccionales (la Audiencia Nacional lo es) no pueden enjuiciar ni la oportunidad, ni la validez ni la constitucionalidad de Ley emanada de las Cortes Españolas, ni de norma con rango de Ley, como es un Real Decreto Ley, sin perjuicio de que sí pueden plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (lo que aquí la Sala no plantea aunque tampoco diga en el fallo que no la plantea).

Es la primera vez que, palmariamente, el Gobierno por RDL tramitado y aprobado por las Cortes como Ley, modifi-

can y sustituyen un Convenio Colectivo vigente (prorrogado) y aplicable, siendo así que la Empresa es un ente público (AENA, entidad pública empresarial), que los trabajadores son empleados públicos laborales y que la negociación del II Convenio estaba iniciada (65 sesiones celebradas desde 2004 a 2010). La Sala desestima la pretensión actora, si bien debió enfatizar desde el principio que no podía enjuiciar Leyes ni Reales Decretos Leyes, tan sólo plantear cuestión de inconstitucionalidad en el supuesto del 163 CE (lo que no hace pero tampoco dice en el fallo que no lo hace).

La sentencia afecta a un importante colectivo de empleados públicos (Controladores aéreos) con un régimen laboral que la Sala califica de privilegiado. El conflicto laboral ha dado lugar en un nuevo giro de la situación de gran repercusión ciudadana, a la declaración por el Gobierno del primer estado de alarma (116-2 CE) de nuestra democracia, prorrogado por el Congreso hasta 15 enero 2011. El conflicto sólo es entendible desde el conocimiento de la presente sentencia que estudia la capacidad de negociación colectiva laboral, regulada por el Estatuto de los Trabajadores (RDLvo 1/1995) y por la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, y la supedita a la Ley y al interés público, cuyos razonamientos deben completarse con los del importante Auto, también de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 28 octubre 2010, que comentamos a continuación y en el que la Sala sí ha decidido plantear cuestión de inconstitucionalidad pero respecto al RDL 8/2010. ■

“La sentencia de la Audiencia Nacional desestima la pretensión de Conflicto Colectivo que alegaba violación de derechos fundamentales de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, contra el RDL 1/2010 y Ley 9/2010 que modificaron el I Convenio Colectivo prorrogado, para recuperar la eficiencia y sostenibilidad del tráfico aéreo español”

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

Comentario del Auto de 28 de octubre de 2010 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

Francisco Espinosa Fernández

Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional
(no interviniente en el litigio)

“Los demandantes pretenden se declare que, en función de lo prevenido en el XI Convenio Colectivo de la FNMT, las retribuciones a percibir por los trabajadores en los meses de junio de 2010 y sucesivos, han de ser las mismas que venían percibiendo hasta entonces, dejando sin efecto las reducciones retributivas efectuadas por la empresa”

Identificación de la Resolución judicial

Auto 28 octubre 2010, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, Procedimiento 128/2010, T-Aranzadi: JUR 2010\382573, planteamiento de Cuestión de Inconstitucionalidad respecto del Real Decreto Ley 8/2010. Ponente: Excmo. Sr. Enrique de No Alonso-Misol, D. Ricardo Bodas Martín, presidente, y D. Manuel Poves Rojas, lmos. Sres.

Antecedentes del Caso

En “hechos probados” del Auto Destacamos:

– En la Entidad Pública empresarial Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT) las relaciones de su personal (empleados públicos en régimen laboral) se regían por el Convenio Colectivo número XI, publicado en BOE de 2 febrero 2010 y aplicable desde octubre de 2009 hasta diciembre del 2010, estando los incrementos retributivos debidamente autorizados por la CECIR en 24 septiembre de 2009. En BOE de 26 octubre de 2009 se publicó el Acuerdo de 25 septiembre Gobierno Sindicatos para la función pública en el marco del llamado diálogo social negociado 2010-2012 (artículo 38 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), de incremento de masa salarial de los empleados públicos del 0,3% para el año 2010.

– El Gobierno de España se vio obligado a acelerar el Programa de Estabilidad para el periodo 2009-2013. La crisis de la economía de Grecia y los ataques especulativos llevaron a los Jefes de Estado y Gobierno de los países Zona Euro a acordar, en 7 mayo 2010, la creación de un Fondo Especial de Ayuda y un programa ambicioso de austeridad. El Gobierno aprobó el RDL 8/2010, de 20 de mayo, de Medidas extraordinarias para reducir el déficit público (BOE de 24 mayo) que incorporaba una reducción retributiva de los empleados públicos, funcionarios y laborales,

siendo para el personal laboral del sector público “de una minoración del 5% de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos”. Modificó la Ley de Presupuestos 2010 y suspendió el Acuerdo Gobierno-Sindicatos de 25 septiembre.

Pretensión de los demandantes

(Los Sindicatos con presencia en FNMT: CCOO, UGT, CSI-CSIF, Sindicato Autónomo Nueva Plataforma, promueven el Conflicto colectivo): Los demandantes pretenden se declare que, en función de lo prevenido en el XI Convenio Colectivo de la FNMT, las retribuciones a percibir por los trabajadores en los meses de junio de 2010 y sucesivos, han de ser las mismas que venían percibiendo hasta entonces, dejando sin efecto las reducciones retributivas efectuadas por la empresa. Subsidiariamente, las mismas que venían percibiendo hasta 31 de diciembre de 2009. Consideran los demandantes que el RDL 8/2010 ha afectado a sus derechos de libertad sindical y negociación colectiva al vaciar su Convenio colectivo, y consideran afectado el principio de igualdad ante la Ley por la Disposición Adicional 9ª del RDL.

El Abogado del Estado, en defensa de la FNMT, opuso que el RDL 8/2010 no afectó derechos fundamentales porque no se ha vaciado la capacidad negociadora de los sindicatos y porque el derecho de negociación colectiva es de configuración legal y es posible graduar o modular los derechos del Título I CE cuando concurren graves razones como ahora, además de que el artículo 38 de la Ley 7/2007 autoriza al Gobierno a suspender o modificar acuerdos cuando existen causas excepcionales, siendo la Ley 7/2007, de 12 de abril, la norma de preferente aplicación a los trabajadores de la entidad pública empresarial. El RDL supera los controles de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El Ministerio Fiscal abundó en ello.

Fundamentos de Derecho de la sentencia

– La Sala constata que la regulación dada a los artículos de la Ley de Presupuestos Generales para 2010 es el obstáculo que “impide el mantenimiento de las retribuciones pactadas en el XII Convenio de la FNMT” y analiza la posibilidad de plantear cuestiones de constitucionalidad de preceptos del RDL 8/2010.

– No le ofrece dudas el llamado requisito positivo del artículo 86 CE (“En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes”) y lo valora en el extenso fundamento sexto. “No corresponde a este Tribunal, juzgar sobre los criterios de oportunidad de las políticas practicadas por el Gobierno, aunque si estamos obligados a valorar si concurrían o no las razones de extraordinaria y urgente necesidad y nuestra respuesta es necesariamente positiva, urgentemente medidas orientadas a la reducción radical del déficit público (...)”.

– Sí le plantea duda el requisito negativo del 86-1 CE (“y que no podrán afectar (...), a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I (...)”). Admite, desde luego, que la ley pueda modificar un convenio colectivo vigente, puesto que el convenio está sometido a la ley, por aplicación del principio de jerarquía normativa, ex artículo 9. 3 CE y, por supuesto, que las retribuciones de todos los empleados públicos (laborales inclusive) se condicionan por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (con remisión a su importante sentencia de 10-5-2010).

– “La Sala defiende, que la ley puede modificar, siempre que respete el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, un convenio colectivo vigente, lo que le obligará a razonar pormenorizadamente la concurrencia del triple control de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, (...), siendo esta la causa por la que creemos que

no es posible, sin vulnerar lo establecido en los arts. 7, 28, 1 y 37, 1 CE, modificar lo pactado en convenio colectivo estatutario durante su vigencia mediante Decreto Ley, puesto que dicha modificación, al afectar a la intangibilidad del convenio colectivo estatutario durante su vigencia, que forma parte del contenido esencial del derecho, incide directamente en la afectación de dichos derechos fundamentales, siendo irrelevante, a nuestro juicio, que el RDL 8/2010, de 20 de mayo, haya modificado la LGPE 2010, porque dicha modificación no convierte al Decreto-Ley en Ley” (del fundamento décimo).

Considera la Sala que, contrariamente a lo alegado por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, para el personal laboral estatal en materia de negociación colectiva la norma prioritaria no es la Ley 7/2007 (EBEP) sino el Estatuto de los Trabajadores y ello por el propio artículo 32 de la Ley 7/2007. Prima el efecto vinculante de los convenios colectivos (83 del Estatuto de los Trabajadores). Se estaría ante dos regímenes de negociación colectiva diferentes: el de los funcionarios, sometido a la Ley 7/2007, y el de los laborales sujeto a los efectos propios de los convenios colectivos de los trabajadores (artículo 83 E. T.), sin perjuicio de que ambos estén sometidos a los incrementos de la masa salarial establecida anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. La suspensión parcial del Acuerdo Gobierno-sindicatos de incremento retributivo para la función pública sólo tiene relevancia para los funcionarios públicos, pero no para el personal laboral que suscribió convenios colectivos regulados en el Estatuto de los Trabajadores y autorizados por la CECIR (Comisión Interministerial Hacienda- Presidencia de Retribuciones).

– Analiza la Sala la eficacia vinculante de los Convenios: Aunque la negociación colectiva (37-1 CE) no constituye por sí un derecho fundamental de los protegibles por recurso de amparo (los del

53-2 CE) dada su sede sistemática en la Constitución (no está incluido en los arts. 14 a 38 CE, cuando se ejerce dicho derecho por los Sindicatos se integra en la vertiente funcional del núcleo duro del derecho de libertad sindical (por todas STC 222/2005) y, además, el artículo 86-1 CE se refiere a todos los derechos del Título I CE. La negociación colectiva es un medio necesario para el ejercicio de la acción sindical que reconocen

“Considera la Sala que, contrariamente a lo alegado por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, para el personal laboral estatal en materia de negociación colectiva la norma prioritaria no es la Ley 7/2007 (EBEP) sino el Estatuto de los Trabajadores y ello por el propio artículo 32 de la Ley 7/2007. Prima el efecto vinculante de los convenios colectivos (83 del Estatuto de los Trabajadores)”

los artículos 7 y 28-CE (STC 121/2001 entre otras muchas). La facultad negociadora está sometida lógicamente a la Constitución y a la regulación que el Estado establezca, lo que implica que el Convenio colectivo ha de adecuarse a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico (STC 171/1989).

– El contenido esencial propio de la negociación colectiva integra propiamente cinco facultades: la de negociación; la de elección del nivel de negociación; la de selección de los contenidos

negociables; la de fuerza vinculante del convenio y la de administración de lo pactado, este conjunto de facultades define el espacio constitucional de la negociación colectiva y debe ser inmune a las injerencias e intromisiones públicas frente a la autonomía colectiva. La fuerza vinculante de los convenios forma parte de su contenido esencial y no se puede hablar propiamente de negociación colectiva si su producto, el convenio colectivo, no tiene fuerza vinculante. La normatividad del convenio colectivo depende de la intangibilidad de su contenido durante su vigencia.

– Ciertamente, dice la Sala, que el convenio puede ser modificado durante su vigencia mediante otro convenio colectivo, siendo la negociación el procedimiento adecuado cuando concurren circunstancias no previstas por los negociadores del convenio que producen un desequilibrio radical en el mismo, pero es posible (dice la Sala) “su suspensión, modificación e, incluso, supresión durante su vigencia mediante ley, que deberá respetar su contenido esencial, de conformidad con la reserva de ley dispuesta en el artículo 53-1 CE, cuando concurren circunstancias de urgente y extraordinaria necesidad, debiendo someterse, por consiguiente, a la técnica de la ponderación del triple control de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de modo que (...)”

– Cierra la Sala el razonamiento: “Estas son las razones por las que no creemos constitucionalmente posible que se pueda suspender, modificar o suprimir un convenio colectivo durante su vigencia mediante un Decreto-Ley, aunque concorra la nota positiva, exigida por el Art. 86, 1 CE, puesto que la suspensión, modificación o supresión del convenio colectivo negociado conforme al Título III ET afecta, al contenido esencial de dichos derechos, lo cual está vedado por la Constitución, (...) dicha limitación podría haberse salvado constitucionalmente, si se hubiera activado el procedimiento previsto en el Art. 86, 3 CE, según el cual ‘durante el

plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia’, que es exactamente lo que se hizo con el RDL 1/2010, de 5 de febrero, que dio pie después a la Ley 9/2010, de 13 de abril, o el RDL 10/2010, de 16 de junio, que dio lugar posteriormente a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, por la que se aprobaron las medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, no correspondiendo a esta Sala ponderar las razones de oportunidad, así como las estrategias parlamentarias que dieron lugar a dicha decisión parlamentaria”.

– Y lo aplica: “Así pues, constatado que el RDL 8/2010 modificó lo pactado en el Capítulo XII del XI Convenio de la Fábrica de Moneda y Timbre, donde se convino el máximo incremento de las retribuciones establecidas en la LGPE, que ascendió al 0,3%, reduciendo en un 5% las retribuciones del personal laboral, creemos que dicha actuación supuso una clara afectación de los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva, puesto que se dejó sin efecto lo pactado en convenio estatutario, vaciando de contenido, la fuerza vinculante de los convenios, regulada en el Art. 37, 1 CE, aunque no se haya visto afectado en su regulación general, pero si en uno de sus elementos esenciales, como lo es la fuerza vinculante de los convenios, como subrayó la STC 189/2005, por lo que nos vemos obligados, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 163 CE a plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para que el alto Tribunal decida si el RDL 8/2010 vulneró el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva de los sindicatos demandantes, al dejar sin efecto el convenio colectivo (...), reduciendo las retribuciones pactadas en un 5% durante el año 2010, siendo irrelevante, a nuestro juicio, que sea posible negociar colectivamente la distribución definitiva de la reducción retributiva antes dicha, ya que dicha negociación es totalmente ac-

“El Abogado del Estado opuso que había ausencia de juicio de relevancia porque la previsión legal no sería aplicable a los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo, con lo que estaría de más el valorar si procedía o no plantear la cuestión de inconstitucionalidad al faltar el presupuesto inexcusable para su planteamiento”

cesoria, ya que no podrá afectar, de ningún modo, a la masa salarial reducida”.

– Seguidamente trata la Sala la alegada por los demandantes violación del principio de igualdad y no discriminación contra la Disposición Adicional Novena del RDL 8/2010, denominada “Normas especiales en relación con determinadas entidades del sector público”, del siguiente tenor: “Lo dispuesto en lo relativo a la reducción salarial, no será de aplicación al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles a que se refiere el apartado Uno.g) del Art. 22 de la citada Ley ni al personal laboral no directivo de las Entidades Públicas Empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación”.

– El Abogado del Estado opuso (el Ministerio Fiscal igual) que había ausencia de juicio de relevancia porque la previsión legal no sería aplicable a los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo, con lo que estaría de más el valorar si procedía o no plantear la cuestión de inconstitucionalidad al faltar el presupuesto inexcusable para su planteamiento y que, de todas formas, concurrían criterios objetivos de diferenciación para este personal cuales son: plantillas de grandes dimensiones de personal, presencia en gran parte del territorio nacional y que las tres entidades se encuentran en proceso de regulación de empleo como ADIF (Gestor de Infraestructuras Ferroviarias) o RENFE, o afrontan una reducción de costes de personal por Ministerio de la Ley como es el caso de AENA con alta conflictividad.

El artículo 14 CE consagra tanto la igualdad en el contenido de la ley como la igualdad en la aplicación de la ley, el legislador no puede dar un trato distinto a personas que se hallen en la misma situación, aunque este principio haya de matizarse para el ámbito de las relaciones laborales, pues el principio de autonomía de la voluntad deja margen a que por acuerdo privado o por decisión del empresario pueda libremente disponer la retribución del trabajador imputan-

do los mínimos legales o convencionales. Sin embargo han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho de igualdad y no discriminación (por todas, STS 17-11-2009, RJ 200/5927). Para que la diferencia sea constitucionalmente lícita, debe serlo el fin que con ella se persigue y las consecuencias jurídicas deberán ser adecuadas y proporcionadas a dicho fin. El presupuesto, para que una diferenciación normativa sea legítima, es que sea objetiva y razonable, de modo que, si la diferenciación es arbitraria o injustificada debería tacharse de discriminatoria por irrazonable, por todas, STC 209/1988. En todo caso se necesita un término comparativo de contraste para verificación de si existe o no desigualdad.

– La Sala se plantea si es posible restablecer la igualdad porque las soluciones en abstracto son tres: supresión de la norma discriminatoria, extensión al colectivo discriminado de la norma privilegiadora o dictar sentencia meramente declarativa y deferir al legislador la resolución sobre supresión o extensión. La Sala opta por seguir la doctrina de la STS 21-12-2007, RJ 2008\2271, de “equiparación en lo favorable”, aplicando el tratamiento más beneficioso también al colectivo discriminado y ello aunque pueda afectar al “equilibrio interno del convenio” (en este caso del RDL). Considera planteable cuestión sobre la posible vulneración del derecho de igualdad del artículo 14 CE respecto de la D.A. 9ª del RDL 8/2010, de 20 de mayo, puesto que, si dicho precepto se declarara inconstitucional, por tratar peor a los trabajadores de la FNMT respecto de los trabajadores de RENFE, ADIF y AENA, la consecuencia jurídica, sería necesariamente la extensión del derecho.

– ¿Es razonable la D.A. 9ª? La Sala considera que no lo puede saber porque no figura explicación alguna ni en el RDL ni en las intervenciones del Gobierno. Las explicaciones ofrecidas por el Abogado del Estado son extemporáneas por no alegadas en el acto

del juicio y, de todas formas, no permiten concluir la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del trato diferenciado denunciado porque entidades públicas de grandes plantillas, extendidas por el territorio nacional y si están en fases económicas delicadas son particularmente aptas para las medidas de reducción retributiva previstas en el RDL. “Así pues, constatado que la DA 9ª del RDL 8/2010, de 20 de mayo, establece que no será de aplicación a las Entidades Públicas Empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes acuerden su aplicación, habiéndose probado que la FNMT es también una Entidad pública empresarial, al igual que las favorecidas por la exclusión, debemos concluir, que dicho trato diferenciado, al carecer de la más mínima justificación, ha podido vulnerar el derecho de igualdad, contenido en el Art. 14 CE, por lo que mantenemos las dudas de constitucionalidad de

“La Sala opta por seguir la doctrina de la STS 21-12-2007, RJ 2008\2271, de ‘equiparación en lo favorable’, aplicando el tratamiento más beneficioso también al colectivo discriminado y ello aunque pueda afectar al ‘equilibrio interno del convenio’ (en este caso del RDL)”

dicho precepto y nos vemos obligados, a plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, (...) para que decida también si la D.A. 9ª del RDL 8/2010 vulnera el derecho de igualdad denunciado por los sindicatos demandantes”.

La Sala acuerda elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que resuelva si la redacción de los artículos 22, 4 y 25 de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, promovida por el artículo 1 del RDL 8/2010, de 20 de mayo... ha vulnerado o no al contenido esencial del derecho de libertad sindical, regulado en los artículos 7 y 28, 1 CE, en relación con el derecho de negociación colectiva, regulado en el artículo 37, 1 CE, puesto que entendemos que dichos preceptos son apli-

“El presente Auto es la primera reacción judicial en el tiempo frente al controvertido (como lo califica la propia Sala) RDL 8/2010, de 20 de mayo, de Medidas extraordinarias para reducir el déficit público que reduce de forma significativa la retribución de los empleados públicos en un abanico de aplicación progresiva desde el 5%”

cables al caso y el fallo depende de su validez. Asimismo solicita que resuelva si la Disposición Adicional 9ª del RDL 8/2010, de 20 de mayo, ha vulnerado o no el derecho de igualdad, contenido en el artículo 14 CE.

Glosa de la sentencia y su importancia

Los Autos de cuestiones incidentales son objeto de particular estudio doctrinal solo cuando alcanzan los niveles de importancia del presente. El presente Auto es la primera reacción judicial en el tiempo frente al controvertido (como lo califica la propia Sala) RDL 8/2010, de 20 de mayo, de Medidas extraordinarias para reducir el déficit público y que, entre otras medidas, reduce de forma significativa la retribución de los empleados públicos en un abanico de aplicación progresiva desde el 5%. Siendo la Jurisdicción Social la más eficaz por su celeridad, resulta lógico que se produzca aquí el primer debate judicial frente a esta medida gubernativa adoptada por el deseo de reducir el elevado déficit público desde el 11, 2% hasta el 3% en el año 2013. El proceso de Conflicto Colectivo lo promueven los diferentes Sindicatos de la entidad pública empresarial Fabrica Nacional de Moneda y Timbre solicitando que no se les aplique la reducción retributiva y se respete su Convenio colectivo, por considerar que se afecta el contenido esencial del derecho de libertad sindical en su aplicación de negociación colectiva. Presentado el Conflicto en julio 2010, celebrado el juicio oral el 30 de septiembre, y siendo éste Auto de 28 octubre, es muy alabable la celeridad y eficacia judicial de esta Sala, que debiera ser modelo inspirador de la reforma del sistema judicial español. La resolución final sobre el fondo corresponderá a los Tribunales Superiores: Supremo y Constitucional, cada uno en su ámbito.

La Sala plantea una doble cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional contra el RDL 8/2010 en cuanto modificador de la Ley de

Presupuestos Generales del Estado para 2010, por considerar que pudiera afectarse el derecho a la negociación colectiva, y también el derecho de igualdad porque la Disposición Adicional 9ª establece un trato retributivo privilegiado no justificado ni explicado para otras entidades públicas empresariales, trato no justificado ni explicado. El ámbito es el personal laboral de una particular entidad pública (la FNMT) pero lo que el T.C. resuelva será de gran interés para las numerosísimas reclamaciones que están presentando los empleados públicos, funcionarios y laborales, de las diferentes Administraciones Públicas (el RDL 8/2010 afecta a legislación básica) ante los Tribunales de Justicia de toda España. Ciertamente que la Sala de lo Social A. N., al no promover cuestión de inconstitucionalidad frente a ciertas cuestiones, entendemos que las entiende plenamente constitucionales, así:

– No cuestiona el presupuesto habilitante del RDL (la urgente necesidad).

– Declara que el Convenio colectivo sí puede ser modificado por la Ley (duda respecto a si por RDL). Podría entenderse que la Ley de Presupuestos Generales para el año 2011 que mantiene las reducciones ha saneado esta problemática que quedará en litigio sólo para la reducción retributiva operada en el año 2010.

– Queda abierta la cuestión de la posible desigualdad de trato de la DA 9ª del RDL, pero ya apunta la Sala que podría ser justificable si se explicara, explicación que deberá provenir de Ley de las Cortes Generales justificando el trato diferenciador (y que podría ser la Ley de Presupuestos para el año 2011).

El Auto contiene abundantísima mención de jurisprudencia constitucional y del T.S. y expone extensa y razonadamente sus dudas de constitucionalidad. Sería de desear que el T.C. resolviera sobre esta cuestión de inconstitucionalidad con prontitud para introducir seguridad jurídica en esta materia particularmente sensible para todos los empleados públicos, funcionarios y laborales. ■