Núm. 6

Enero 2011

Jurídi CCOO
cuadernos sanitarios

Revista trimestral de contenido jurídico de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios

ISSN: 2172-7589
www.sanidad.ccoo.es

isadora duncan

A FONDO

La reforma laboral y su repercusión en la negociación colectiva

EL LECTOR PREGUNTA

¿Podría aplazar en el SERGAS mi edad de jubilación?

LA BRÚJULA

El personal estatutario y jurisdicción competente

SENTENCIAS DE INTERÉS

Los nuevos requisitos de la pensión de viudedad

la revolución en la danza

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

sumario

Editorial

Pág.

Cumplimos un año 3

Actualidad normativa

Disposiciones normativas recientes 4 y 5

A fondo

Contrato de trabajo y condiciones de salud 6 7 8 y 9

La reforma laboral y su repercusión en la negociación colectiva 10 11 y 12

El lector pregunta

¿Podría aplazar en el SERGAS mi edad de jubilación? 13

La brújula

Asistencia sanitaria: un derecho casi universal gestionado por las CCAA 14 y 15

El personal estatutario y jurisdicción competente 16 y 17

Sentencias de Interés

Las nuevos requisitos de la pensión de viudedad 18 19 y 20

Sentencia sobre lactancia natural 21 22 y 23

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

Editorial

Cumplimos **un año**

Ana Ruiz.
Directora de la publicación.

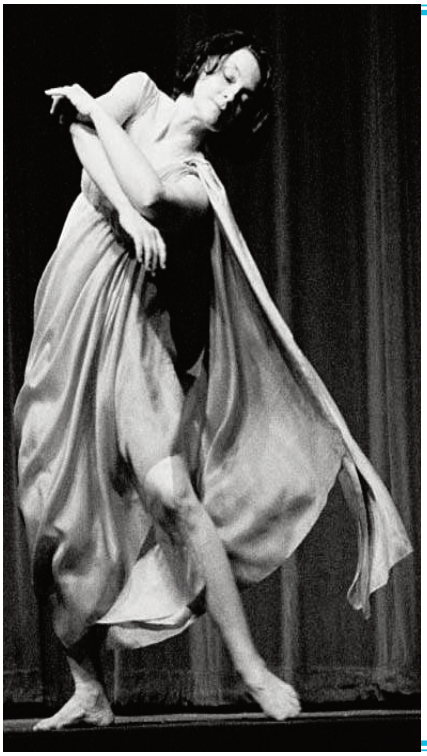
El aniversario de una publicación siempre constituye una buena noticia. Y cuando es el primero, se convierte en un acontecimiento aún más significativo, si cabe, para la organización en la que nace y para todas las personas que la hacen posible.

Porque además de significar su permanencia, brinda la oportunidad de evaluar su trayectoria, perspectivas futuras y, en definitiva, puede representar la oportunidad de avanzar en la consolidación de los principios y entusiasmo con los que nació. También porque suele venir acompañado de un mensaje de aceptación del público al que va dirigida; su seguimiento refleja que, de alguna forma, debe estar cumpliendo para él una buena función. Todo ello es indudable que representa un motivo de celebración.

'jurídiCCOO, cuadernos sanitarios' cumplió su primer año con el anterior número de octubre, y la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CCOO (FSS-CCOO) no quiso perder la ocasión de celebrar este acontecimiento, el pasado día 9 de diciembre de 2010, junto a todo el equipo que participa en la revista.

Además, no podía ser mejor momento para presentar públicamente la revista y a su equipo actual, y para anunciar su aspiración de crecer con nuevos miembros de comunidades que aún no participan y que podría permitirle extender la visión que ofrecen sus contenidos, así como la de ampliar su ámbito de difusión.

Como todo acto de celebración constituyó un momento grato, de encuentro de personas que gracias a las nuevas tecnologías pueden relacionarse y hacer posible cada número. Pero sobre todo, me atrevería a tildar este encuentro de emotivo, tal vez por la visualización del nexo común que une a estas personas: su compromiso, la confianza en el proyecto y, sobre todo, el buen hacer en el trabajo con el que contribuyen a afianzarlo.



'La ninfa', unión de revolución y danza

La danza es un arte que difiere de otros en que su creación y consumo coinciden en el tiempo y no puede ser diferido; reúne la música y el cuerpo en un punto del tiempo y el espacio, y hace del hecho artístico un momento único, irrepetible. La esencia no la pueden registrar medios audiovisuales o crónicas periodísticas, en todo caso, habría que rastrearla en la mirada privilegiada de quienes estuvieron presentes.

Por ello, ahora no podemos disfrutar del arte de Isadora Duncan (San Francisco, 1878 - Niza, 1927) como al contemplar una pintura, pero nos queda su legado y que fue una artista revolucionaria, autodidacta, de gran sensibilidad y profunda visión sobre el arte. Un arte nutrido de poesía, música, historia y filosofía que se cruzaba con ideas políticas, en su caso de corte revolucionario marxista-leninista e ideas sobre el lugar de la mujer en la sociedad moderna que, con la sensibilidad propia de los artistas, plasmaba en sus danzas. Apasionada, bellísima y maravillosa, ejercía un poder de seducción irresistible entre cuantos la rodeaban. Las más importantes ciudades europeas pudieron extasiarse ante la nueva estrella, a la que llamaron 'la ninfa'.

Enemiga del ballet, al que consideraba un género falso y absurdo, manifestó que la danza debe establecer una armonía calurosa entre los seres y la vida, y no ser tan sólo una diversión agradable y frívola. Danzaba descalza, con una simple túnica griega de seda transparente sobre su cuerpo desnudo, como una sacerdotisa pagana transportada por el ritmo. Hoy es considerada la iniciadora de la danza moderna y su figura es evocada con fervor en todos los escenarios del mundo.

Staff

Dirección: Ana Ruiz Pardo. **Coordinación:** Juan Carlos Álvarez Cortés. **Diseño y Maquetación:** Ana Ruiz Pardo y Rocío Ruiz Mendoza. **Tratamiento de imagen:** Javier Martín Pedroviejo. **Redacción:** Ana Ruiz Pardo, Rocío Ruiz Mendoza, Israel Roig Bartolomé, Juan Carlos Álvarez Cortés, José Gutiérrez Campoy, José Manuel Rodríguez Vázquez, Rosa Martín Cruzado, Sofía García, Ruth Pérez, Jorge Fontalba, Sixte Gargante y Gaspar Pérez. // Los artículos firmados son responsabilidad propia, aunque defenderemos su derecho de opinión ante las instancias necesarias. // 'jurídiCCOO- cuadernos sanitarios' es una publicación de la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de CCOO (FSS-CCOO), que se distribuye gratuitamente.

Jurídi cuadernos sanitarios

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

Actualidad normativa

Disposiciones **normativas** recientes

José Manuel Rodríguez Vázquez. Asesoría Jurídica FSS-CCOO

Ley 5/2010, de 24 de junio, de las Cortes de Castilla La Mancha, sobre derechos y deberes en materia de salud (BOE núm. 248, de 13 de octubre de 2010).

Compilación sistematizada de derechos y deberes tanto de los pacientes, como de los profesionales sanitarios que prestan servicios en el ámbito de la salud, de conformidad y en desarrollo de la normativa estatal sobre estos extremos.

En cuanto a los derechos de los ciudadanos y pacientes, se plasman y desarrollan los relativos a la intimidad y confidencialidad, a la información sanitaria, a la autonomía de la decisión sobre la salud, los relacionados con la documentación sanitaria y también con los servicios asistenciales.

Y en lo relativo a los derechos de los profesionales, se hace referencia a los que atañen al honor y prestigio profesional, seguridad e integridad física y moral, la propia protección de su salud, y la autonomía científica y técnica. Contiene también la ley un régimen sancionador aplicable a su contenido.

Ley 6/2010, de 24 de junio, de las Cortes de Castilla La Mancha, de creación de las categorías de personal estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones (BOE núm. 248, de 13 de octubre de 2010).

Disposición que, en el marco de las competencias autonómicas en materia de sanidad, crea las categorías profesionales estatutarias de Inspector/a Médico/a, Inspector/a Farmacéutico/a y Subinspector/a Enfermero/a de Servicios Sanitarios y Prestaciones, adoptando asimismo las disposiciones necesarias para adscribirlas a las plantillas y puestos de trabajo del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, a través de la correspondiente Gerencia de Inspección de Servicios Sanitarios y Prestaciones.

Integración de la seguridad alimentaria dentro del concepto de salud pública

Ley 10/2010, de 27 de septiembre, de las Cortes de Castilla y León, de salud pública y seguridad alimentaria (BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2010).

Extenso texto, complementario de la Ley de Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León, que presta especial atención, hasta el extremo de ubicarla en el propio título de la Ley, a la seguridad alimentaria, intensificando la integración de esta última dentro del concepto de salud pública.

Real Decreto 1739/2010, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 187/2008, de 8 de febrero, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del personal laboral de la Red Hospitalaria de la Defensa (BOE núm. 317, de 30 de diciembre de 2010).

Se limita a prorrogar temporalmente la duración total de tal procedimiento de integración hasta el 1 de enero de 2012, prórroga en la que ha influido el proceso de adaptación en que se encuentra inmersa en la actualidad la Red Sanitaria de la Defensa.

Ley 42/2010, de 30 de diciembre, por la que se modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010).

Se trata, evidentemente, de un paso más allá con respecto a la ley que modifica, con respecto a la cual viene a suponer una ampliación de la prohibición

de fumar en espacios públicos cerrados y colectivos; buscando reforzar con ello la protección de determinados grupos de población especialmente sensibles al humo del tabaco como son, de un lado, los menores, y de otro lado, los trabajadores y trabajadoras del sector de la hostelería.

Real Decreto 1794/2010, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011 (BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010).

Viene a establecer una revalorización del 1% de los complementos por mínimos de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, de las pensiones no contributivas de dicho sistema, así como de las pensiones no concurrentes del extinguido seguro obligatorio de vejez e invalidez.

Real Decreto 1795/2010, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2011 (BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010).

Establece las nuevas cuantías del salario mínimo interprofesional que rigen a partir del 1 de enero de 2011, tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así como para el personal al servicio del hogar familiar. Igualmente y por primera vez, se excluye el salario en especie de la cuantía del salario mínimo, de manera que la totalidad de éste deberá ser abonada siempre en dinero.

Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010).

Constituye un puntual desarrollo reglamentario de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, la cual venía a regular estas agencias privadas de intermediación laboral, incluidas las que tienen ánimo de lucro (que no estaban permitidas hasta ese momento), en cuanto complemento de los servicios públicos de empleo, a fin de intentar mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo.

Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de las Cortes de Castilla y León de servicios sociales (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011).

Se trata de una puesta al día del contenido de la Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales de Castilla y León, atendiendo al continuo proceso de envejecimiento, la cada vez más baja densidad demográfica y la acusada tendencia a la concentración en los núcleos urbanos que experimenta la demografía de esta comunidad autónoma.

Jurídi CCOO cuadernos sanitarios

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

Contrato de trabajo y condiciones de **salud**

Sixte I Garganté Petit.
Gabinet Jurídic CCOO Catalunya

Ante una posible disminución o pérdida de capacidad para el trabajo por parte del trabajador o trabajadora, cada vez es más habitual que la empresa le presione - a través de los servicios médicos propios o externos - para que tramite una incapacidad permanente, y, por desgracia, es demasiado frecuente que si el INSS deniega al trabajador la incapacidad permanente, la empresa intente despedirle por ineptitud sobrevenida en base a una supuesta pérdida de capacidad para trabajar.

No se trata de situaciones que se produzcan muy de vez en cuando, es un problema que afecta cada vez a más trabajadores, para los que la causa de la posible pérdida de la capacidad para el trabajo es el propio trabajo o las condiciones en que se realiza, ya se trate de accidentes de trabajo, de enfermedades profesionales o de pérdidas de salud causadas por el trabajo. Sin perjuicio de que la capacidad para el trabajo también puede derivarse de causas ajenas al propio trabajo.

En definitiva, en estos casos, las empresas no quieren asumir sus responsabilidades y obligaciones para con su trabajador, y sólo pretenden reducir los costes económicos derivados de la disminución o pérdida parcial de la capacidad de trabajar de los trabajadores, por motivos de salud.

Esta situación obliga a preguntarse: ¿Cómo es posible que a pesar de que el INSS considere a un trabajador capacitado para trabajar, la empresa lo pueda despedir por ineptitud sobrevenida, es decir, por falta de capacidad para su trabajo?

La respuesta no es sencilla. Por una parte, es posible por una clara falta de coherencia entre la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y el Estatuto de los Trabajadores (ET) en el momento de definir cuándo se produce una disminución o pérdida de la capacidad para trabajar y en el momento de establecer cuales son las consecuencias para el trabajador o trabajadora. Pero, por otra parte, sólo es posible si las empresas no cumplen la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

Parece que para las empresas la seguridad y salud en el trabajo no formase parte del contrato, como si exclusivamente tuviera el carácter de coste económico que debe reducirse, como si se tratara de la factura de la luz o de cualquier materia prima. Es como si la LPRL no formase parte de la regulación legal del contrato de trabajo.

Primero hay que analizar la que se ha calificado como falta de coherencia entre la LGSS y el ET, y, después, el derecho al trabajo en condiciones de seguridad y salud y sus consecuencias, a tenor de lo dispuesto en la LPRL.

La pérdida de capacidad para trabajar, como situación en la que puede encontrarse un empleado, está regulada en la LGSS. En función del porcentaje de reducción de esa capacidad, la situación de invalidez permanente para el trabajo será de un determinado grado y al trabajador le corresponderá una determinada prestación económica compensatoria de la incapacidad -parcial, total o absoluta- para trabajar (artículo 136 y siguientes de la LGSS).

Cabe destacar que la pérdida de capacidad para realizar los trabajos propios de la profesión o del grupo profesional se califica de incapacidad permanente total para la profesión habitual y da derecho al cobro de una prestación económica, que se puede compatibilizar con el trabajo en profesión o grupo profesional distinto.

La regulación legal actual de la incapacidad permanente total supone que la Seguridad Social cubre, con una pensión pública -económicamente insuficiente para el trabajador-, la falta de responsabilidad social de la empresa en materia de salud de sus trabajadores.

Desde la perspectiva de la relación de trabajo entre trabajador y empresa, la anterior situación de incapacidad permanente total es, desde el texto del ET de 1980, causa de extinción automática y no indemnizada del contrato de trabajo (artículo 49 apartado 5).

Con anterioridad al ET del año 1980, nunca la incapacidad permanente total había sido causa automática de extinción de contrato de trabajo. Es importante remarcar esta circunstancia

porque el Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, que regula por primera vez el despido objetivo por ineptitud sobrevenida como facultad unilateral del empresario, tampoco regulaba la incapacidad permanente total como causa automática de extinción del contrato de trabajo.

En ese momento, con el Real Decreto Ley en vigor, la regulación sobre la perdida o disminución de la capacidad para trabajar era equilibrada desde la perspectiva del contrato de trabajo y coherente desde la perspectiva de la protección integral del trabajador, tanto desde la perspectiva del contrato de trabajo como desde la perspectiva de la protección de la Seguridad Social.

En la medida que la declaración de incapacidad permanente total no era causa de extinción automática del contrato de trabajo, la empresa debía adaptar al trabajador a otro puesto de trabajo adecuado a su capacidad o podía acudir al despido objetivo indemnizado por ineptitud; por su parte, el trabajador podía ser reubicado en otro puesto de trabajo y cobrar una prestación pública, aunque insuficiente, o ser despedido de forma indemnizada y cobrar esa misma prestación pública.

Este equilibrio se rompió con el ET del año 1980 de la siguiente forma:

• la declaración de incapacidad permanente total -sólo para la profesión habitual del trabajador- le da derecho a cobrar una prestación económica, ya se ha dicho que insuficiente en la medida que se considera que puede hacer otro trabajo, pero se convierte en causa de extinción automática y no indemnizada del contrato de trabajo.

• por otro lado, el ET continua otorgando a la empresa la posibilidad de despedir de forma objetiva al trabajador con ineptitud sobrevenida para trabajar por pérdida de la capacidad por razón de la su salud, como causa legal de extinción del contrato de trabajo que se regula como autónoma de la derivada de la declaración legal de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez.
Ante esta regulación legal, los tribunales de justicia del ámbito laboral responden de forma casi unánime: se puede despedir objetivamente a pesar de no estar incapacitado para trabajar desde la perspectiva de la Seguridad Social, y el resultado es evidente: falta de coherencia en la regulación legal en perjuicio del derecho del trabajador.

Esta situación de falta de coherencia entre la regulación de la LGSS y el ET se ha mantenido hasta la actualidad.

Ahora, es el turno de analizar el incumplimiento empresarial de la LPRL.

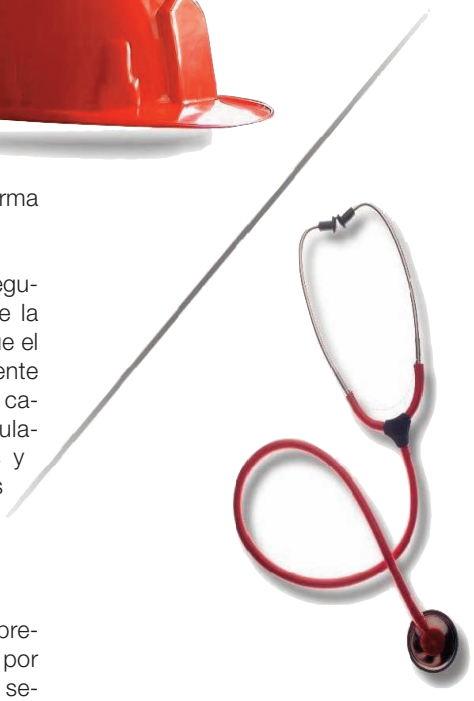
En 1995, entra en vigor la LPRL que modifica sustancialmente el derecho a la seguridad y salud del trabajador hasta el extremo que el Tribunal Constitucional la califica como la concreción del derecho fundamental a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE) en el marco del contrato de trabajo (Sentencia del TC de 27 de marzo de 2007).

La LPRL tiene por objeto la protección integral del derecho a la salud del trabajador en el contrato de trabajo e incide de forma clara en el tema que nos ocupa.

La regulación legal específica de seguridad y salud en el trabajo, desde la perspectiva de la posibilidad de que el trabajador pierda total o parcialmente su capacidad para trabajar, puede caracterizarse como una buena regulación legal de principios preventivos y como una loable delimitación de las obligaciones y derechos, aunque, quizás, excesivamente genéricos.

Desde la perspectiva de la acción preventiva, la empresa está obligada por la LPRL a garantizar –sin límites- la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo (artículo 14.2 de la LPRL) , a adaptar el trabajo a la persona y a tomar en consideración la capacidad profesional del trabajador en el momento de encargarle la realización de un trabajo (artículo 25.1. de la LPRL); de forma que la mejora de la seguridad y salud no se puede subordinar a consideraciones meramente económicas (Directiva UE sobre seguridad y salud).

Estas nuevas previsiones legales comportan derechos para los trabajadores y obligaciones para las empresas, y como tales, dan una nueva configuración al derecho al trabajo; se trata de un derecho al trabajo en condiciones de salud que necesariamente debe ser tenido en cuenta a la hora de abordar la situación que se produce cuando una empresa considera que un trabajador ha perdido capacidad para trabajar y, en base a ello, pretende despedirle objetivamente.



Jurídicos cuadernos sanitarios

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

El derecho al trabajo en condiciones de salud incide, necesariamente, en los distintos aspectos que han sido analizados sobre una posible disminución y pérdida de capacidad para el trabajo.

Primero. El derecho a la seguridad y salud en el trabajo comporta que no es posible que existan parámetros distintos de valoración de la disminución o pérdida de la capacidad de trabajar en perjuicio de la necesaria protección del trabajador.

Los parámetros 'públicos' de evaluación de la capacidad para el trabajo deben ser los únicos que puedan determinar el grado y las consecuencias de esa capacidad. En aplicación estricta de la LPRL no debería ser posible que el trabajador esté capacitado para trabajar a juicio de la Seguridad Social, pero este incapacitado para trabajar a criterio de la empresa.

De la misma forma que el sistema de protección de la Seguridad Social no permite que se declare a un trabajador en situación de incapacidad temporal si no tiene derecho a percibir una prestación económica por carencia de las cotizaciones requeridas para acceder al derecho, el sistema de protección integral de la salud establecido en la LPRL no permite que se pueda extinguir el contrato a un trabajador si no es declarado en situación de incapacidad permanente absoluta por el sistema de Seguridad Social.

Segundo. El derecho a la seguridad y salud en el trabajo comporta que los parámetros de referencia para la evaluación de esa capacidad también deben ser los mismos. No es posible que para la evaluación de la capacidad para trabajar realizada por la Seguridad Social, a efectos de determinar si existe una incapacidad permanente en grado de total, se tome como elemento de referencia la profesión y el grupo profesional, y cuando se trata de evaluar la ineptitud para trabajar como causa de despido objetivo se tome como referencia el concreto puesto de trabajo para el que el trabajador fue contratado.

No se pueden desconocer los cambios que se han producido en el mundo del trabajo y las modificaciones que, como consecuencia de ello, se han producido en el derecho del trabajo; en este sentido, hay que destacar la sustitución de las categorías profesionales por los grupos profesionales, la movilidad funcional y las facultades empresariales para adaptar al trabajador a las necesidades de la empresa.

Los parámetros de referencia para la evaluación de la capacidad para el trabajo deberían ser los mismos en la evaluación que se realice por los servicios públicos de la Seguridad Social y en el ámbito de la empresa.

Tercero. El derecho a la seguridad y salud en el trabajo comporta una modulación de las obligaciones y de las facultades empresariales al servicio del derecho a la protección del trabajo en condiciones de seguridad y salud, y no sólo desde la vertiente preventiva sino también desde la vertiente reparadora.

Los derechos y obligaciones en el marco del contrato de trabajo comportan que la empresa, en consonancia con la obligación de buena fe recíproca (artículo 20.2. de l' ET), debe actuar de manera que le cause al trabajador el menor sacrificio. En este sentido, la empresa debe ocupar al trabajador en cualquier tarea de su grupo profesional o categoría equivalente, o en un puesto de trabajo distinto, en el ejercicio de la potestad directiva de movilidad funcional, siempre que sea compatible con las lesiones que padece el trabajador; y esta obligación empresarial es previa a la utilización del despido objetivo.

El trabajador tiene derecho a la adaptación de su puesto de trabajo, tiene derecho a la reubicación en otro puesto de trabajo en la misma empresa y la dirección de la empresa debería tomar las decisiones necesarias con amparo en su facultad de movilidad funcional.

La empresa no puede despedir objetivamente por ineptitud sobrevenida si el trabajador no es acreedor de una incapacidad permanente absoluta.

Cuarto. La prohibición del artículo 25.1. de la LPRL de emplear al trabajador en puestos de trabajo que puedan perjudicar su estado de salud no tiene por objeto despojar a los trabajadores de su fuente de ingresos, sino de proporcionarles un puesto de trabajo adaptado a sus características. La LPRL prima el derecho al trabajo en condiciones de seguridad y salud, de forma que la empresa no está facultada para instrumentalizar una causa de extinción del contrato de trabajo; de hacerlo así, la empresa está actuando en fraude de ley en la medida que acude al despido objetivo para impedir la aplicación de la LPRL.

La decisión de la empresa de despedir al trabajador por ineptitud sobrevenida debería considerarse como vulneradora del derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el artículo 15 de la CE, en la medida que las acciones u omisiones del empresario pueden generar situaciones

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

de riesgos o producir daños para la salud del trabajador; la lesión de este derecho fundamental no requiere que la lesión se haya consumado, porque de exigirse convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz.

Quinto. El derecho de los trabajadores a la vigilancia de su salud y la correspondiente obligación de las empresas de garantizarla debe adquirir su verdadera razón legal de ser: la protección de la salud. Debe dejar de ser una espada de Damocles para el mantenimiento del contrato de trabajo, y debe dejar de ser utilizado en ese sentido por la dirección de las empresas.

La vigilancia de la salud regulada en el artículo 22 de la LPRL es un derecho instrumental para garantizar la salud de los trabajadores, para que puedan trabajar en condiciones adecuadas para su salud; la utilización empresarial de este derecho de los trabajadores para extinguir el contrato de trabajo también es un acto contrario al derecho fundamental a la integridad física y moral.

En conclusión, sólo debería ser posible la extinción del contrato de trabajo por pérdida de la capacidad de trabajar cuando el trabajador tuviera derecho a una prestación pública de la Seguridad Social por incapacidad permanente absoluta; pero mientras que legalmente no se vuelva a regular de forma coherente la determinación de la incapacidad permanente para el trabajo, se debe aplicar, con todas sus consecuencias, la LPRL y garantizar al trabajador o la adaptación de su puesto de trabajo o el cambio de puesto de trabajo distinto pero siempre adecuado a su estado de salud.

Para ello, es necesario que, en aplicación de la LPRL, el trabajador y sus representantes legales soliciten, cuando se produzca una afectación a la salud del trabajador como consecuencia del trabajo, un cambio a un puesto de trabajo adecuado a las condiciones de salud del trabajador o una adaptación del mismo puesto de trabajo. Este derecho debe ejercerse y exigirse en las empresas.

Jurídico cuadernos sanitarios

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

La reforma laboral y su repercusión en la **negociación colectiva**

José Manuel Rodríguez.
Asesoría Jurídica de la FSS-CCOO

Atendiendo a lo establecido en la disposición adicional vigésima primera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado del trabajo, parecería como si la reforma laboral introducida por dicha ley no afectase, de momento y desde ya, a la actual regulación de la negociación colectiva.

Se dice esto porque tal precepto viene a encomendar al Gobierno la promoción de la iniciativa legislativa en materia de reforma del actual marco normativo regulador de la negociación colectiva en el país, otorgándole en este sentido un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley para adoptar tal iniciativa en defecto de acuerdo al respecto con los interlocutores sociales. Evidentemente, si se prevé de futuro en la Ley 35/2010 la ulterior reforma de la negociación colectiva es porque se da por hecho que la misma resulta intacta tras la entrada en vigor de la misma.

Sin embargo, ello dista de ser así. Es más, cabría decir que la negociación colectiva, con todo lo que la misma supone, ha resultado sustancialmente tocada tras la ya vigente reforma laboral, a la espera del golpe definitivo augurado por la disposición adicional antes aludida. Y ello, desde dos frentes: tanto en cuanto a la ampliación –cuantitativa y cualitativa– de las posibilidades de obviar lo pactado en convenio colectivo, como en cuanto a la imposibilidad de pactar en convenio colectivo determinadas materias cuya regulación a partir de ahora queda reservada a la ley.

Aunque convendría resaltar antes que nada que el primer ámbito que queda sustraído a la negociación colectiva –si se dan mal las cosas– es la propia reforma de la negociación colectiva. Curioso, cuando menos, al tiempo que ilustrativo y ciertamente testimonial. Además de que supone obviar limpiamente previos pactos colectivos, como el propio Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2010, 2011 y 2012, registrado y publicado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 11 de febrero de 2010.

Con todo, es la negociación colectiva sectorial la que sale peor parada de la reforma laboral introducida por la Ley 35/2010. Algo especialmente grave en la medida en que son precisamente los convenios colectivos sectoriales, ya de ámbito estatal, autonómico o incluso provincial, los que hasta ahora garantizaban a los trabajadores unas determinadas condiciones laborales en muy diversas materias, entre las que sobresale, como una de las más relevantes, el propio salario.

Condiciones que, ciertamente, en determinados casos, podían ser exceptuadas mediante el cumplimiento de los requisitos y procedimiento pactados por las partes en los propios convenios.

Nos estamos refiriendo en especial a las tradicionalmente conocidas como **cláusulas de descuelgue salarial**, típicas y muy generalizadas en la negociación colectiva sectorial, pero que, tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010, quedan sustraídas a la negociación colectiva, tras haber pasado a constituir una materia regulada, en sus requisitos y aplicación, por la propia ley. Es decir, ya no resulta posible que sean las partes negociadoras de un convenio colectivo sectorial quienes establezcan, en su caso, la posibilidad y los requisitos de aplicación de ese descuelgue salarial por parte de alguna de las empresas del sector de que se trate, sino que es la ley la que, en cualquier caso y para todos los sectores, determina siempre esa posibilidad y establece las condiciones de ejercicio de la misma; comenzando por otorgar la competencia en este sentido al 'acuerdo de empresa'.

En detalle

Hasta la reforma, el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores atribuía en primer y preferente lugar a los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, es decir, a los convenios sectoriales, la competencia para establecer las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas, cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación. Y sólo en el caso de que el respectivo convenio sectorial no contuviese una cláusula

de descuelgue salarial, se atribuía al 'acuerdo de empresa' la posibilidad de concertar esta materia. Pero incluso en este segundo caso, la comisión paritaria del convenio conservaba un fundamental papel, dado que era la encargada de solventar las discrepancias en caso de que no se llegase a un acuerdo al respecto entre empresario y representantes de los trabajadores.

Pero, en la actualidad, y tras la reforma de dicho precepto por la Ley 35/2010, se atribuye en primera y única instancia al 'acuerdo de empresa' la competencia para decidir sobre la inaplicación del régimen salarial convencional, negando de este modo a los convenios sectoriales la posibilidad de regular esta materia al margen de lo que dispone la propia ley.

Además, el pretexto para la implantación del descuelgue ya no será sólo el daño a la estabilidad económica actual de la empresa, sino incluso la perspectiva de daño futuro; es decir, se abre la posibilidad al 'descuelgue cautelar o preventivo', con toda la subjetividad, e incluso arbitrariedad, que el mismo podría conllevar. Y por si lo anterior fuera poco, se establece una presunción indestructible de concurrencia de causas justificativas por el mero hecho de haberse producido tal acuerdo, de suerte que, acaecido éste, ni siquiera cabría un control judicial sobre los motivos de la medida adoptada, salvo casos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Ya por último, se despoja de toda facultad de control en este proceso a la comisión paritaria del convenio sectorial, que ya no dirimirá ninguna discrepancia, sino que se limitará a recibir la notificación del 'acuerdo de empresa' adoptado, sin más. Intervención, por tanto, meramente protocolaria.

Hasta aquí, la nueva regulación del descuelgue salarial introducida por la reforma, quizá el más claro ejemplo de reducción de la importancia de la negociación colectiva tras la misma. Pero se pueden detectar más casos, en la misma línea de prevalencia del 'acuerdo de empresa' por encima de lo pactado en convenio colectivo sectorial, abriéndose de este modo la posibilidad de sortear con limpieza, por parte de los empresarios, aquellas condiciones laborales mínimas (y no sólo salariales) fijadas en este último. Esto se refiere, en concreto, a la nueva regulación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, a la que el Estatuto de los Trabajadores dedica su artículo 41.

Condiciones de trabajo

Con anterioridad a la reforma, ya existía la posibilidad de modificar, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y trabajadoras, aquellas condiciones laborales establecidas por los convenios colectivos estatutarios (tanto sectoriales como de empresa o centro de trabajo) relativos a las siguientes materias: horario, régimen de trabajo a turnos,

Jurídicos cuadernos sanitarios

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

sistema de remuneración, y sistema de trabajo y rendimiento. Quedando vedada la posibilidad de introducir modificaciones (a peor, lógicamente) tanto en materia de jornada de trabajo como en materia de funciones más allá de los límites de la movilidad funcional regulada en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

Pero con la reforma, tal posibilidad ha sido ampliada en varias líneas o facetas.

En primer lugar, se distingue a estos efectos entre convenios colectivos sectoriales o de empresa, proclamándose que las condiciones de ambos se podrán modificar sustancialmente en todo momento por acuerdo.

Y en cuanto a las materias o conceptos modificables, en el caso de los convenios sectoriales, aunque sigue vedada la posibilidad de modificar la jornada de trabajo en ellos establecida, se introduce la opción de modificar no sólo el horario, sino también la distribución del tiempo de trabajo, con lo que la inmodificabilidad de la jornada convencionalmente pactada queda reducida en la práctica al número de horas de la jornada máxima anual y poco más.

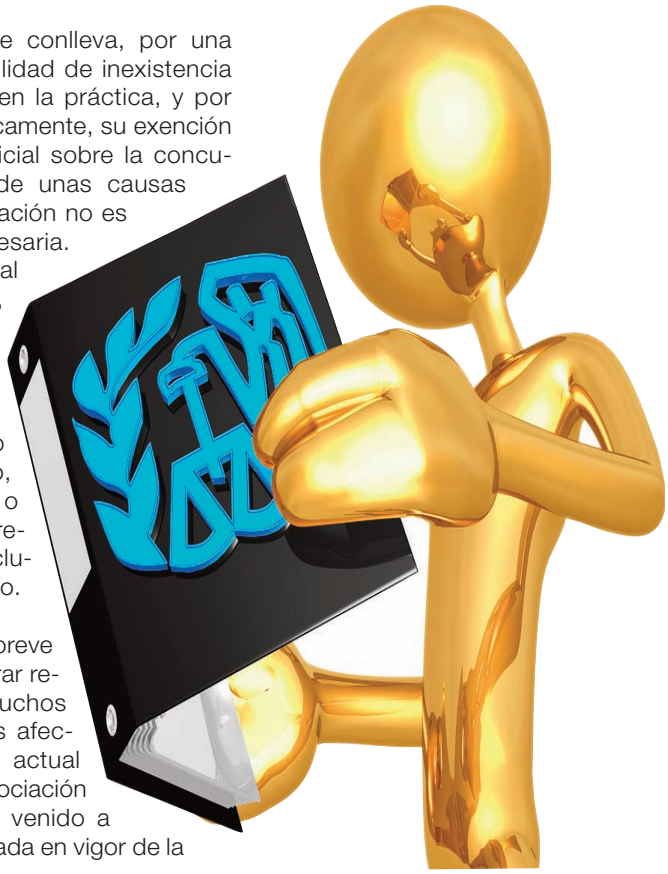
Se añade asimismo la posibilidad de modificar también las funciones de los trabajadores (más allá de los límites de la movilidad funcional regulada en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores), algo que antes tampoco estaba permitido. Teniendo en cuenta, además, que en cuanto a las causas justificativas, se echa mano nuevamente del concepto de medida preventiva de cara a afrontar una hipotética y en todo caso futura evolución negativa de la empresa, en orden a mejorar no sólo su situación actual, sino también sus perspectivas (igualmente futuras, por tanto).

Todo ello, por lo que se refiere a los convenios colectivos sectoriales. Pero en lo relativo a los convenios colectivos de empresa, vale todo, definitivamente: mismas materias modificables que en los supuestos en que no existe regulación convencional de las mismas o que en los supuestos de modificaciones de carácter individual (por tanto, incluida también en este caso hasta la propia jornada de trabajo), y además, presunción de la concurrencia de causa justificativa en caso de acuerdo de las partes a la finalización del escueto –quince días como máximo– período de consultas.

Presunción que conlleva, por una parte, la posibilidad de inexistencia de causa real en la práctica, y por otra parte, lógicamente, su exención del control judicial sobre la concurrencia o no de unas causas cuya argumentación no es siquiera necesaria. Control judicial que se limitará, como en el caso del descuelgue salarial, a la existencia o no de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo.

Hasta aquí un breve repaso, sin entrar realmente en muchos detalles, de las afecciones que al actual sistema de negociación colectiva le ha venido a suponer la entrada en vigor de la reforma laboral instaurada por la Ley 35/2010. Y ello, a expensas de lo que ocurra en la verdadera reforma de la negociación colectiva, que todavía está por llegar.

Pero entre tanto, la línea de trabajo y la pretensión del legislador muestra claramente hacia dónde pretende dirigirse: se trata de un paulatino regreso hacia la individualización de las relaciones laborales, hacia la excepción que ya no confirma la regla sino que se impone como sistema, y en definitiva, **hacia la desprotección de los trabajadores como colectivo social y económico.**



Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

Trabajo como fisioterapeuta en un centro del Servicio Gallego de Salud. Por la tarde ejerzo por lo privado, para lo que tengo autorización de compatibilidad y estoy dado de alta por cuenta propia. Se acerca mi edad de jubilación, tengo más de 35 años cotizados en el Régimen General, pero sólo 14 años en el de autónomos.

¿Podría aplazar mi jubilación en el Sergas hasta completar 15 años como autónomo? ¿Podría jubilarme en el Régimen General y seguir cotizando como autónomo? Si nada de esto es posible, ¿**perdería mis cotizaciones** en este régimen?

Sección coordinada por José Gutiérrez Campoy

Responder esta consulta en la situación actual de negociación de aspectos relacionados con la jubilación es arriesgado, por lo que queremos dejar claro que la respuesta a esta consulta se hace, como no podría ser de otra manera, con la normativa vigente en la materia.

El artículo 26 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, establece la jubilación forzosa al cumplir la persona interesada la edad de 65 años.

No obstante, la persona podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en el servicio activo hasta cumplir, cómo máximo, los 70 años, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de organización, articuladas en el marco de los planes de Recursos Humanos.

En algunos servicios de salud autonómicos se ha prolongado la edad de jubilación de determinado personal (facultativos), como en Cataluña y Andalucía. No tenemos constancia que en Galicia se haya legislado en esta materia, por lo que le será de aplicación lo establecido en el Estatuto Marco.

No obstante, existen algunas sentencias que reconocen el derecho a continuar en el servicio activo más allá de los 65 años, en el caso de que sea solicitado voluntariamente por la persona demandante, cumpla el requisito de capacidad funcional necesaria, y que su servicio de salud no haya elaborado y aprobado un plan de ordenación de Recursos Humanos. En este caso y de diferente óptica se pronuncian el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia núm. 64/2008 de 30 enero; del mismo modo, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Baleares, sentencia de 23 de mayo de 2007, en este caso añadiendo la falta de motivación de la resolución denegatoria de la prolongación de la edad de jubilación.

En relación a la segunda consulta, si se jubila a los 65 años en el Régimen General por la actividad que desarrolla como personal del SERGAS, no podría seguir estando de alta y cotizando en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, pues el percibo de la pensión de jubilación es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, con algunas excepciones.

Su situación a efectos de seguridad social es de pluriactividad. Esta figura se da cuando una persona está cotizando a la vez a dos regímenes distintos, en su caso, régimen general y autónomo.

Al llegar la edad de jubilación, ésta se ha de producir en los dos regímenes y se pueden dar los siguientes supuestos:

1. Que en ambos regímenes reúna todos los requisitos para causar derecho a pensión de jubilación. En este caso tendría dos pensiones de jubilación, pero la suma de ambas no podrá superar la cantidad para la pensión máxima establecida (2.497,91 euros mensuales, sin perjuicio de las pagas extras que pudieran corresponderle).
2. Que en uno de ellos no reúna el requisito para causar derecho a pensión de jubilación, como puede ser su caso. En este supuesto, el importe de las cotizaciones que tuviera en este régimen se le sumaría a las del otro, calculándose, con la suma de las dos cotizaciones, su única pensión de jubilación.

En ninguno de los supuestos anteriores perdería las cotizaciones que haya efectuados a estos dos regímenes de la Seguridad Social.

el lector pregunta

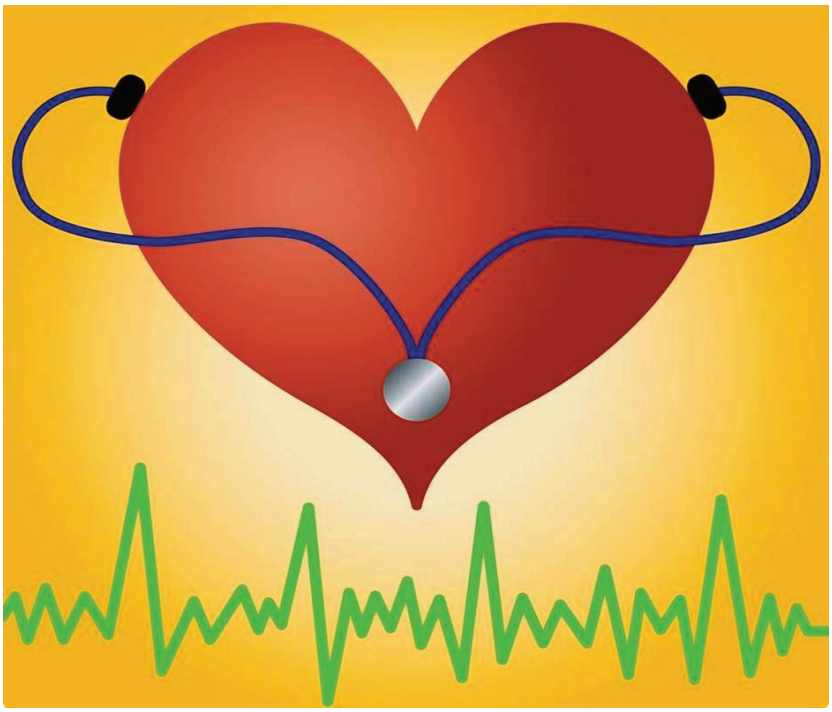
Los interesados pueden enviar sus consultas jurídicas a la siguiente dirección: 'el-lectorpregunta@sanidad.ccoo.es'. La redacción se reserva el derecho de publicar las consultas que considere de mayor interés general y de modificar parte del contenido de las mismas.

La Dirección

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

Asistencia sanitaria: un derecho casi universal gestionado por las CCAA

Nieves Rico.
Diplomada en Relaciones Laborales



El derecho a la asistencia sanitaria viene reconocido en primer lugar en el **artículo 43 de la Constitución,** donde se establecen dos cuestiones fundamentales. La primera de ellas es que se reconoce el derecho a la protección de la salud, y la segunda es que serán los poderes públicos los que garanticen ese derecho. No obstante, este precepto se encuentra dentro de los principios rectores de la política social y económica y, por tanto, necesitará normas que lo desarrollen para su aplicación directa a los ciudadanos.

Desde antiguo, de forma preconstitucional, las distintas leyes de Seguridad Social, como lo hace el art. 38 de la LGSS vigente, reconocían dentro del catálogo de prestaciones del sistema a la asistencia sanitaria. Dicho derecho era uno de los que se reconocía al trabajador, pero irradiaba hacia sus familiares, por lo que la población protegida en casos de alteración de la salud, no sólo era la trabajadora sino también las personas que dependías de los mismos.

Casi ocho años después de la Constitución, apareció la Ley de Sanidad (14/1986, de 25 de abril), que estableció el objeto, las funciones, la financiación y la organización de la asistencia sanitaria. Y en cuyo art. 3.2 establecía como principio que la "asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española". Tres años más tarde, el RD 1088/1989 estableció el derecho a la asistencia sanitaria para las personas sin recursos económicos suficientes. Quedaba claro que el sistema se dirigía a la universalización de la asistencia sanitaria. Más aún, con el Pacto de Toledo, y la reforma del sistema de pensiones de 1997, se traslada la financiación de las prestaciones sanitarias al ámbito de los impuestos, aunque de forma progresiva, pero dejando financiar únicamente con cotizaciones las alteraciones de la salud producidas por contingencias profesionales.

Más tarde, el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, establece quienes son los sujetos protegidos, reconociendo tal derecho a todos los españoles, los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea conforme al derecho comunitario, los nacionales no pertenecientes a la Unión Europea que tendrán los derechos que así les reconozca las leyes, los tratados o los convenios que España haya ratificado.

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

Aún así, respecto de los españoles, el sistema está diseñado para cubrir a muchos y distintos grupos de ciudadanos por distintos criterios (trabajadores y sus familiares, beneficiarios de prestaciones del sistema y sus familiares, personas sin recursos económicos, etc), pero dicho sistema provoca que aún haya, aunque de forma mínima, personas que no puedan acceder por no estar en ninguno de dichos grupos. Hubiera sido deseable indicar, desde esta norma, de forma clara e indubitada, que por el sólo hecho de ser español y residir en España se tiene derecho a la asistencia sanitaria pública.

Población extranjera

De los extranjeros se dice que tendrán derecho en función de lo que establece la Ley de Extranjería, y es que aquellos extranjeros que se encuentren en situación de regularidad tendrán el derecho a la asistencia sanitaria en los mismo términos que lo españoles. Y de aquellos que no lo estén, tendrán derecho a la urgencia; los menores de 18 tendrán, también, derecho a la asistencia sanitaria en los mismo términos que los españoles e igualmente se protegerá el embarazo. Ello podría provocar un cierto agravio con respecto a los ciudadanos nacionales.

Junto a ello, se producen ciertos tratos desiguales y ello a pesar de existir un Consejo Interterritorial de Sanidad, porque existe la posibilidad de que, además de la cartera de servicios que homogéneamente se ofrecen por todas las comunidades, algunas de ellas, con sus propios presupuestos pueden mejorar las prestaciones sanitarias, en su extensión o en su cuantía.

Es curioso, finalmente, que una prestación gestionada por las comunidades autónomas, por tener transferidas las competencias en esta materia, (ex art. 148. 1. 20 de la CE), y a las que se hacen las correspondientes transferencias económicas para su gestión, por parte de la Administración General del Estado, no tengan la posibilidad de reconocer el derecho a tales prestaciones, pues lo realiza el INSS; sobre todo, porque ello es una cuestión que agilizaría los trámites.

La universalización produce unos costes que han de financiarse de forma común, pero los avances de la medicina, algunos abusos de los usuarios y los errores de algunos gestores públicos hace que el gasto pueda dispararse más de lo presupuestado.

Ello puede afectar en el futuro de una doble forma: por un lado, puede y de hecho se está empezando a cuestionar la gratuidad de la asistencia sanitaria de forma universal y, de otro lado, puede ocurrir que algunas comunidades recorten en prestaciones o servicios en base a criterios privatistas y ahorrativos.

Sería el momento de replantearse cómo tiene que usarse el servicio público gratuito y la necesidad de una igualdad real en los servicios prestados en las distintas comunidades autónomas, con el pleno respeto a las competencias de las mismas, pero teniendo en cuenta que los impuestos que las financian son de todos los españoles, independientemente de donde residan.

Juridi CCOO cuadernos sanitarios

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

El personal **estatutario** y jurisdicción competente

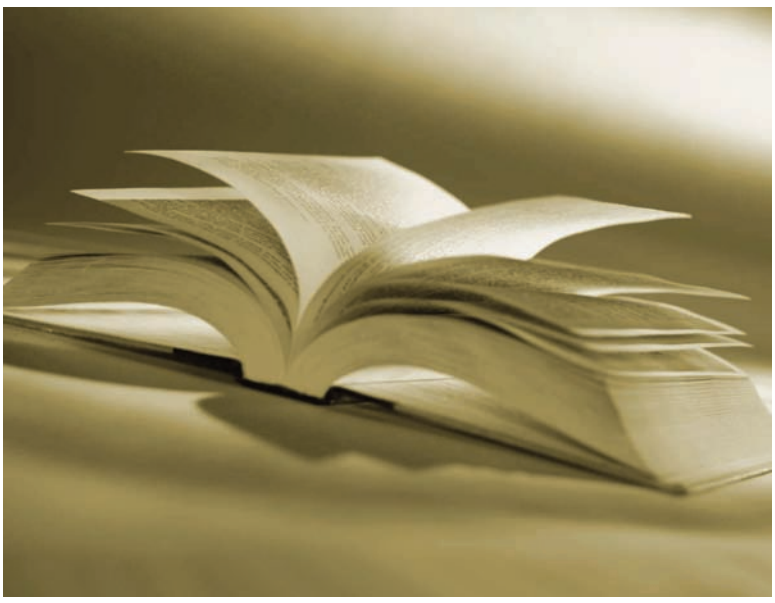
Jaime Redondo.
Graduado Social Castilla y León

En el año 1974, el art. 45 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) atribuyó a la jurisdicción del trabajo las cuestiones contenciosas entre las entidades gestoras de la Seguridad Social y su personal.

Esta cuestión ya fue considerada en su día en ambientes jurídicos como una excentricidad. Lo cierto es que el peregrinaje jurisdiccional del personal estatutario ha generado ríos de tinta en textos legales, sentencias (en su día fue visto en la sala de conflictos), opiniones, comentarios y artículos de muy variados e ilustres autores.

Desde quienes sostienen que el cambio a la jurisdicción contencioso-administrativa no fue consecuencia de la Ley 55/2003 -que derogó este artículo-, sino motivado por la entrada en vigor de la Ley 14/1986 General de Sanidad, que creaba el Sistema Nacional de Salud (SNS) y, por tanto, desvinculándose de la asistencia sanitaria al crearse los servicios de salud, y por tanto también de su personal, pero que en todo caso tuvo un sentido; hasta como consecuencia de un proyecto de ley que en breve se verá en el parlamento, renace de nuevo como tema de discusión, para satisfacción de quienes creyeron que nunca debió ocurrir.

Decir que el cambio de la jurisdicción social a la contencioso-administrativa fue mal entendido, tanto por el personal estatutario, como por los sindicatos no es nada nuevo, pese a que para este colectivo la del trabajo nunca fue una jurisdicción pura, debido a que determinados temas como los derivados de los procesos selectivos o los recursos contra las sanciones, por poner dos ejemplos, debían verse en la c-a.



Aún así, las controversias relacionadas con la actividad diaria, como los relacionados con la jornada, horarios, turnos, vacaciones, en definitiva, lo que afecta a la vida diaria y que acerca a este personal a cualquier trabajador, eran dirimidos en una jurisdicción y con unos procedimientos, más propios del mundo laboral que de una relación administrativa. No se puede comparar la reclamación por denegación de un permiso por parto, aún siendo el reclamante un trabajador estatutario, con el conflicto derivado de un litigio por un planteamiento urbanístico.

Pues bien, ahora que jueces, magistrados, abogados, graduados sociales, estatutarios y sindicatos ya lo tenían medianamente claro -aunque algunos no conformes- de nuevo surge la controversia, fruto del proyecto de ley reguladora de la jurisdicción social, que amplia competencias que hasta ahora conocían el orden contencioso-administrativo y el civil, a la vez que adolece de falta de criterio respecto de cómo afectan determinadas materias al personal estatutario, a la hora de incluir o excluirlas del orden social.

Profundizando en el articulado del proyecto de ley, y dejando claro que el personal estatutario queda excluido de la jurisdicción social con carácter general, existen contradicciones que, de quedar así en el texto definitivo, serán fuente de resoluciones contradictorias.

Así, mientras que se residencia en esta jurisdicción todo lo relacionado con el cumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales y para todos los trabajadores y trabajadoras, incluidos estatutarios y funcionarios, en el artículo siguiente se excluye expresamente a funcionarios y estatutarios en los conflictos que versen sobre la responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento en la misma materia, cuando el empleador sean las administraciones públicas.

Esta incoherencia en el articulado se repite posteriormente respecto de materias tales como la tutela de los derechos de huelga y libertad sindical; sobre impugnación de pactos o acuerdos cuando estén concertados conforme a lo previsto en la Ley 7/2007.

No es por tanto admisible que cuestiones, que deben venir atribuidas al orden social y que así lo son para el conjunto de los trabajadores, se vean divididas cuando se trata de personal estatutario y en menor medida funcionario.

El criterio de un carácter unitario y uniforme en determinadas normas debe tener una correlación en las técnicas de los procedimientos procesales, residenciándolas en competencias jurisdiccionales únicas.

El nuevo texto que aquí se ha visto, de nuevo vuelve a poner en tela de juicio si el personal estatutario, cuando ejerce su actividad, se asemeja más al funcionario representante del Estado en sus actos administrativos o, por el contrario, se iguala al trabajador por cuenta ajena y así debe ser tratado.

Recientemente, el Consejo Económico y Social se ha pronunciado. En su informe defiende que la nueva ley recoja que entre las materias que pasen del orden contencioso-administrativo al social, lo sean las materias referidas a los litigios entre el personal estatutario y los servicios de salud. De momento, sólo queda mantenerse expectantes.

Juridi cuadernos sanitarios

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

Los nuevos requisitos de la **pensión de viudedad**

Juan Carlos Álvarez.
Profesor de la UMA

INTRODUCCIÓN

Aunque la DA 25ª de la Ley 40/2007 previó, aunque 'sine die', que el Gobierno elaborara un estudio, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad; nada se ha hecho aún.

Lo que sí se ha producido es una serie de interpretaciones judiciales de interés, sobre todo respecto a las nuevas condiciones de acceso a la pensión de viudedad establecidas por la Ley 40/2007.

Podría decirse que la reforma producida por aquélla norma pivotaba sobre tres aspectos: la introducción de la protección de las prestaciones por muerte y supervivencia a las parejas de hecho; el establecimiento de requisitos más rígidos para la obtención de la prestación de viudedad; las modificaciones en caso de extinción del vínculo matrimonial y la mejora de las prestaciones.

Pero este comentario versa sobre la sentencia de la sala IV, de 17 de noviembre de 2010, ponente Manuel Ramón Alarcón Caracuel, en la que se recoge un supuesto de aplicación de la prestación de viudedad para matrimonios con menos de un año de la fecha de celebración del mismo.

Como se recuerda, la Ley 40/2007 vino a establecer requisitos más rígidos para la obtención de la prestación de viudedad.

De hecho, tras mantenerse los dos períodos de carencia en orden a la obtención de la prestación de viudedad, el común de 500 días en los casos de muerte por enfermedad común en caso situación de alta o el de 15 años en casos de muerte por contingencias comunes desde situación de no alta, se establece un nuevo requisito para el caso de muerte por enfermedad común (no por accidente no laboral):

Artículo 174.1, tercer párrafo: "En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años".

Esto es, se requiere para acceder a viudedad por una muerte por enfermedad común (anterior al momento del matrimonio) alternativamente:

- bien que el matrimonio se hubiera celebrado, como mínimo, con un año de antelación a la fecha del fallecimiento (si el matrimonio se realizó, y a los dos meses de casado, se localizó una enfermedad fulminante, si habrá derecho, pues lo que se intenta es evitar los matrimonios de conveniencia en orden a la compra de pensiones);

- bien, que existan hijos comunes.

En los casos de pareja de hecho que posteriormente contrajeron matrimonio, no se exige el año de matrimonio, pero sí una convivencia de dos años sumando el período de convivencia notoria como pareja de hecho más el tiempo de matrimonio.

En el caso de que no se llegue a tales períodos exigidos de convivencia, se crea una prestación temporal de viudedad (recogida en el catálogo de prestaciones por muerte y supervivencia del art. 171.1 –nuevo apartado c-). De conformidad con ello, el nuevo art. 174 bis, en caso de que el cónyuge superviviente no acredite la convivencia exigida o tener hijos a cargo y reúna el resto de los requisitos, tendrá

derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

EL SUPUESTO DE HECHO

Se trata de una viuda que solicita una pensión de viudedad al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Había estado conviviendo con su pareja más de 17 años, sin hijos, a pesar de lo cual no se habían inscrito en el registro de parejas de hecho. Contrajeron matrimonio 20 días antes de la muerte de su pareja.

El INSS, tras la solicitud de la superstite de la pensión de viudedad tras la muerte de su marido, resolvió, en diciembre de 2008, el reconocimiento de una prestación temporal de viudedad, por el plazo legal de 2 años.

Frente a la misma, ni el Juez de lo Social ni el Tribunal Superior de Justicia aceptaron las respectivas demanda y recurso de suplicación de la actora, que entendía que tenía derecho a una pensión vitalicia de viudedad.

RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL

Así pues, lo que tiene que dilucidar el TS en el recurso de casación por unificación de doctrina es si la doctrina correcta es la del STSJ del País Vasco de 12 de enero de 2010, que es la que se recurre, o la de contraste de STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2008.

Esto es, si una viuda cuyo cónyuge ha fallecido a consecuencia de una enfermedad previa al matrimonio, habiendo durado éste menos de un año, tendrá derecho a la pensión de viudedad; o por el contario solamente a la prestación temporal de viudedad, ya que ha de interpretarse el segundo inciso del párrafo tercero del art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que indica: "No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años".

En vista de que no hay hijos comunes, para este asunto, la única forma de acceder a la pensión vitalicia de viudedad, tras el fallecimiento de un cónyuge a consecuencia de una enfermedad diagnosticada con anterioridad al matrimonio (que no ha llegado al año de duración) es demostrar la convivencia de hecho anterior al matrimonio por una duración, que sumada a la duración del matrimonio sea superior a dos años. De hecho, en la sentencia recurrida se recoge que la convivencia de la pareja en total ha sido de más de 16 años.

El precepto clave interpretativo es el art. 174.3 párrafo 4 de la LGSS: "se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o

de interés sentencias

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

ayuntamientos del lugar de residencia, o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante."

El TS entiende que basta con la acreditación de la convivencia de hecho, no siendo necesaria inscripción ni formalización ninguna, puesto que la 'acreditación como pareja de hecho' está establecida sólo para los exclusivos efectos de otorgar la pensión de viudedad a uniones de hecho, "pero no cuando se trata de un matrimonio, como es el caso.

Lo que ocurre es que, para evitar matrimonios de conveniencia, cuando el fallecimiento se produce por enfermedad anterior se exige o bien una duración del matrimonio de un año o bien una duración de ese matrimonio más una convivencia anterior por un total de más de dos años. Esto es, la remisión del art. 174.1 al art. 174.3 de la LGSS no se hace a la integridad del mismo, sino de forma exclusiva al primer inciso de ese párrafo cuarto.

Es doctrina que sigue a la suya propia, también, de 20 de julio de 2010, "si el derecho a la pensión en las singulares situaciones matrimoniales que se examinan [fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio que no hubiese alcanzado el año de duración] se sujeta a haberse acreditado «un periodo de convivencia ... en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años». Está claro que, con tal mandato, el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el expresamente citado requisito de la convivencia [por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio], a justificar por el correspondiente empadronamiento [u otro singular medio de prueba, conforme a nuestras indicadas sentencias de 25/05/10 -rcud 2969/09 - y 09/06/10 –rcud 2975/09 -], sin que en forma alguna sea también exigible -para esa convivencia prematrimonial- el requisito de inscripción o escritura pública, que es propio de la pensión correspondiente a la «pareja de hecho», cuyo miembro supérstite pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser [acreditamiento fehaciente del compromiso de convivencia] ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior; porque -insistimos- este supuesto se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad."

Por todo ello, se le da la razón a la recurrente.

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

de interés

sentencias

Sentencia sobre **lactancia natural**

María del Mar Ruiz.
Profesora de la UMA

Este artículo versa sobre una sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del orden Social de la Comunidad de Murcia donde se pone de manifiesto, una vez más, lo duro que es para una madre trabajadora ejercer la lactancia y poder hacer valer sus derechos laborales, cubiertos por la Contingencia Profesional, denominada Riesgo por Lactancia; y para que surja la situación de riesgo, ésta ha de ser certificada por los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o de la Mutua (en la forma prevista para el supuesto de riesgo durante el embarazo), cuya duración es de 9 meses y donde se contempla claramente la posibilidad de la suspensión del contrato de trabajo por dicho riesgo para sobre todo proteger la salud del hijo y de la madre, que es, por otra parte, lo que debería prevalecer ante todo.

En la Sentencia de lo Social, 0842/2009 del TSJ de Murcia, una trabajadora, de profesión ATS/DUE, presta sus servicios en un Hospital Comarcal para un Servicio de Salud de una comunidad autónoma y tenía cubiertas sus contingencias profesionales con una Mutua, tiene un hijo en 2008 e inició su descanso por maternidad.

Previo a la finalización de su baja maternal, la trabajadora se pone en contacto -a través de los preceptivos formularios- con el director de su área de Enfermería, para el inicio de la tramitación del expediente destinado a la adaptación de sus condiciones de trabajo y la reubicación como madre lactante de un menor de nueve meses; ya que el desempeño de su trabajo puede afectar de forma negativa a la salud de su hijo y a sí misma, solicitando la tramitación de Riesgo durante la Lactancia Natural.

Cabe aclarar que la trabajadora realizaba satisfactoriamente su profesión de ATS/DUE con destino en Cirugía/Traumatología, con una turnicidad de mañana, tarde y noche según la semana.

Aludía, además, que sus circunstancias laborales podrían influir negativamente en la salud de su hijo, dado que ante la alta exposición a los agentes patógenos por su labor profesional, se le añadía un plus adicional a que su hijo pudiera contraer alguna enfermedad infecciosa sin contar con la imposibilidad de poder llevar a cabo una lactancia digna.

Su argumentación jurídica era muy sólida, invocaba al Art. 135 Bis de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y al Art. 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

Por parte del responsable de Recursos Humanos del Hospital se remitió el expediente con la petición de la trabajadora a la Mutua, que contenía dos informes técnicos con:

1) La situación de Riesgo Laboral por Lactancia, que elaboró el Servicio de Prevención, en la que se hacía referencia a:

- Los riesgos propios de los ATS/DUE (Haciendo referencia a los EPI's, maquinarias y equipos).
- Las características del puesto que influyen en el normal desarrollo de la lactancia natural; clasificando los riesgos en psicosociales por estrés, por las condiciones de trabajar a turnos, la no posibilidad de pausas para la lactancia, carga mental, dificultad en la secreción láctea por la jornada de trabajo superior a las 8 horas, etc.

2) Otro informe médico, por parte de un especialista en Medicina del Trabajo, por parte del Servicio de Prevención, con alusión a la turnicidad en el trabajo, nocturnidad, turnos largos de más de 8 horas, exposición a agentes infecciosos susceptibles de causar patologías con resultados nocivos para la lactancia. Concluyendo con el consejo de adaptación de las condiciones de trabajo y recomendando que dada la imposibilidad de cambio a otro puesto de trabajo exento de riesgos para la lactancia.

La Mutua, por increíble que parezca, no ve motivo alguno para "conceder" ese Riesgo por Lactancia. Decide que, a pesar de todas las pruebas entregadas por parte de la trabajadora, no observa que pueda influir negativamente en la salud de la ATS/DUE o de su hijo. Y además alude a que mayor riesgo tiene una ATS/DUE que presta sus servicios en Admisión de Urgencias, por desco-

Nº6 Jueves 27 de enero de 2011

nocer en principio el origen de los agentes patógenos a los que puede verse sometida, etc.

Cabe señalar que, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos anteriormente descritos, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La trabajadora, vuelve a solicitar la revisión de su solicitud a la Mutua, reiterando los riesgos para su salud y para la de su hijo, riesgos tales entre los que se encuentran exposición a los agentes químicos por su exposición diaria frecuente a los mismos, exposición a agentes biológicos, agentes víricos portados por los propios pacientes, etc.
La Mutua reitera su informe con un certificado en el que sigue alegando que no ve motivo alguno para la concesión del Riesgo por Lactancia.

Ante todo lo anterior y que en Instancia el Juez no ve, no aprecia eso de "ha lugar" a las pretensiones de la madre Trabajadora, se interpone Recurso de Suplicación ante el TSJ de la Comunidad de Murcia, sobre la prestación del Riesgo por Lactancia, donde en los 'Hechos Probados' se consideran suficientes los riesgos en atención a la prueba documental aportada en el informe del Servicio de Prevención sobre a las características de nuestra trabajadora y en la influencia nociva en lo que debe ser el desarrollo normal de la Lactancia.

Con amparo del art. 191 c) LPL se denuncia la vulneración del art. 48.5 del RDLeg 1/1995, art. 25 y 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, art. 135 bis y ter de la LGSS, art. 10 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre y arts. 9, 39 y 43 CE, censura jurídica que no puede prosperar, porque de una situación de riesgo para el lactante derivada de una inevitable exposición de la madre a agentes tóxicos (que es en definitiva el resultado de la prueba que se pretende por la parte actora una

vez descartada la posibilidad de ocupar un puesto de trabajo no sujeto a dicha exposición) no se deriva la consecuencia jurídica que se interesa en la demanda.

Esto es el derecho a la prestación por incapacidad temporal, sino el derecho a la suspensión del contrato laboral conforme al art. 45 del ET, en relación al art. 26 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre precisamente por riesgo en el período de lactancia, sin que concurran los requisitos previstos en el art. 128 LGSS para la incapacidad temporal: imposibilidad temporal para el desempeño del trabajador por alteración de la salud del trabajador y por la que se recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se deberá conceder a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos para la prestación económica por riesgo durante el embarazo (es decir, el 100% de la correspondiente base de cotización por IT, derivada de contingencias profesionales).

La prestación nace desde el día siguiente al de la baja y dura hasta el momento en que se produzca el cese en la situación protegida, es decir, hasta el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

Recurso

La demandante interpone recurso de suplicación, contra la sentencia que desestima su demanda, en la que reclama la prestación por riesgo durante la lactancia natural, formulando, frente a la indicada resolución que le es adversa, un único motivo de recurso, esto es la Prestación por Riesgo durante la Lactancia.

Las entidades gestoras recurridas dicen que no puede prosperar en su impugnación, pero se hace justicia y se tiene como pilar fundamental el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del SMS.

Concluyendo: “El SMS no ha indicado las medidas para evitar los riesgos que se aprecian, y que en el puesto de trabajo de la demandante concurren esas condiciones de trabajo que influyen negativamente en la salud de la mujer o de su hijo y es a lo que se refiere el art. 26.4 de la Ley 31/1995 y que pueden determinar, en su caso, la suspensión del contrato de trabajo prevista en el art. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural del art. 135.bis LGSS; y que si algún riesgo de contagio con agentes biológicos puede existir, es fácil evitarlo con medidas de protección, bastando con remitirnos a los acertados razonamientos que se contienen al respecto en la sentencia”.

A ver si va a resultar que en vez de prevenir los riesgos, se trata de que hay que pasar a impugnar sentencias en instancia por sistema, para hacer valer los derechos, una contingencia profesional lograda que deben pagar las mutuas o el INSS a través de la TGSS, según quién asuma dichas contingencias; y no, llevar a las madres trabajadoras, sean del sector que sean, a tener que luchar por unos derechos reconocidos por la Ley.

Pasaron 16 meses desde el hecho causante a la sustanciación del procedimiento, dando la razón a la trabajadora, como no podía ser de otro modo.

Es triste que, por evitar el pago de una prestación a la que todas las madres trabajadoras tienen derecho siempre que tengan un hijo/a menor de 9 meses, se tengan que iniciar procedimientos que causan gastos innecesarios a la justicia; y lo que es peor aún, impide la materialización de los derechos laborales y hace perder el tiempo, aumentando los riesgos psicosociales tales como el estrés.

de interés sentencias

Jurídi CCOO
cuadernos sanitarios

www.sanidad.ccoo.es