

DERECHO de las RELACIONES LABORALES

EDITORIAL

→ La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado.
Fernando Valdés Dal-Ré

LA JURISPRUDENCIA EN DETALLE

→ La responsabilidad solidaria en los grupos de empresa: una línea jurisprudencial minoritaria sobre la «Dirección unitaria» (STS 20-10-2015 RC 172/2014) TRAGSA.
Mariano Treviño Pascual

CRÓNICA SOCIAL

→ Circular 022-17 bis Propuestas de CEOE y CEPYME para la negociación.
→ Acuerdo interprofesional en relación con la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la CAPV.

LEÍDO PARA USTED

→ El principio de igualdad en la negociación colectiva (Carmen Sánchez Trigueros (Dir.), Djamil Tony Kahale Carrillo (Coord.), Teresa Velasco Portero (Coord.), Ángel Arias Domínguez, Pilar Charro Baena, José Luján Alcaraz, Sofía Olarte Encabo y Alejandra Selma Penalva). *Pompeyo Gabriel Ortega Lozano*

DOCTRINA

→ Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 14 de septiembre de 2016, sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española relativa a los contratos de trabajo temporales de los trabajadores interinos.
Tomás Sala Franco

→ El reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna a la luz de la última jurisprudencia.
M^a Sol Herraiz Martín

A DEBATE

Sobre el documento FIDE.
Jaime Cabeza Pereiro

TOMA AHORA LA MEJOR
DECISIÓN DEL AÑO Y...
¡DESPREOCÚPATE!



NUEVO MEMENTO PRÁCTICO SOCIAL 2017

➤ ES EL MOMENTO DE
RESERVARLO CON UN
5% DE DESCUENTO

OFERTA VÁLIDA HASTA LA FECHA DE PUBLICACIÓN DE LA OBRA

~~150€~~
142,50€
4% IVA NO INCLUIDO

Prepárate, el Memento Social te va a proporcionar toda la información relativa al ámbito laboral y de la Seguridad Social que a buen seguro vas a necesitar a lo largo del año. Ya se han aprobado muchas novedades normativas y sobre todo jurisprudenciales. Y sabemos que a pesar de lo que pueda aprobarse en los próximos meses no puedes parar, **necesitas continuar, asegurar cada decisión, tener un control total de la información, hoy y a lo largo de todo el año.**

El Memento Social es la primera referencia de consulta indiscutible por su fiabilidad. Por ello, este año incorpora una **actualización extraordinaria, continua y rigurosa en papel y en Internet** para que tomes decisiones con total seguridad en cualquier momento del año.

Ahora es el momento de solicitarlo para beneficiarte del precio especial que en estos días tienes reservado. ¡No lo dejes escapar!.

PRINCIPALES NOVEDADES

¡HAY MUCHAS MÁS!

2.100 PÁGS. APROX.

Entre otras muchas novedades analizadas en esta nueva edición destacan:

- Indemnizaciones en los contratos temporales. Prohibición de desigualdad en indemnización por extinción (TJUE, Diego Porras).
- Prestación de maternidad y gestación por subrogación
- Tasas judiciales
- Posibilidad de recurso de suplicación por acumulación en materias no recurribles en caso de violación de derechos fundamentales.
- Extinción del subsidio de desempleo por percepción de rentas no

comunicadas y por desplazamiento fuera de España

- Encadenamiento de contratos temporales y monto de la indemnización por despido.
- Reinterpretación de la contratación temporal en la Administración pública acorde con el Derecho de la UE
- Bases y tipos de cotización para 2017.
- Salario Mínimo Interprofesional para 2017.
- Acreditación de horas extraordinarias y principio de facilidad probatoria.
- Etc.

➔ ESTE AÑO **ACTUALIZACIÓN EXTRAORDINARIA**: PARA AFRONTAR EL INUSUAL PANORAMA LEGISLATIVO DE ESTE AÑO, EL MEMENTO SOCIAL 2017 INCLUYE:

UN SUPLEMENTO EN SOPORTE PAPEL con un análisis de las novedades, conectadas con los párrafos del Memento, y que recibirás en cuanto se aprueben reformas de calado.



ADQUIÉRELO AHORA LLAMANDO AL **91 210 80 00**

* Cita el código promocional **14445** para beneficiarte del descuento al adquirir esta obra.

La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado

Fernando Valdés Dal-Ré

1. Los derechos de libertad, plasmados en las Constituciones que se irán promulgando al compás del triunfo de la revolución burguesa, pretendieron asegurar un ámbito de inmunidad al *citoyen* frente a injerencias procedentes de los poderes públicos. Así se entendió en la jurisprudencia constitucional americana; y también en la experiencia constitucional europea, en la que, bajo la influencia de la poderosa dogmática iuspublicista del siglo XIX, los hoy denominados derechos fundamentales se concibieron como derechos oponibles exclusivamente frente al Estado, sobre quien recae el deber negativo o de omisión de no entrometerse en la esfera personal de libertad que al legislador ordinario corresponde definir. Los derechos de libertad nacieron, en suma, como espacios de libre autodeterminación personal, que configuran la posición de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

Esta noción “estatocentrista” (Pace) de los derechos de libertad ni fue ni es una construcción dogmática ideológicamente neutra. Muy antes al contrario, constituye una acabada traducción jurídica del postulado político de la revolución liberal triunfante; a saber: el Estado, entendido como una “organización vertical”, construida bajo relaciones de supra y subordinación, y la Sociedad, concebida, como un “orden espontáneo de racionalidad horizontal”, sustentado sobre relaciones competitivas, no sólo forman mundos separados; se encuentran en situación de “oposición” (García Pelayo). A esta escisión sirve aquella construcción dogmática; una construcción en la que la atribución al Estado del papel de garante de unas zonas de inmunidad personal es el anverso de una moneda de dos caras que no se miran, cuyo reverso jurídico es el abandono de la regulación de las relaciones competitivas al principio de la autonomía de la voluntad privada. En este contexto, las piezas del mecano jurídico del Estado liberal encajan. Los derechos de libertad son derechos públicos subjetivos por cuanto se mueven en unas relaciones de sujeción. Ese es su ámbito de actuación no sólo natural sino exclusivo; y en el que no tienen cabida las relaciones entre individuos, pues las mismas no responden al binomio libertad/autoridad sino al par libertad/igualdad. El dogma de la autonomía de la voluntad garantiza la igualdad en las relaciones *inter privados*; y una relación entre iguales es, por hipótesis, una relación en libertad.

No es momento ni lugar apropiado para rebatir el carácter rudamente ideológico de la configuración de los derechos fundamentales como un mero problema de colisión entre libertad privada y autoridad pública. Los “duros hechos de la historia” ya se han encargado de levantar el velo de su inconsistencia política y jurídica; de demostrar que la igualdad no es principio que acompañe a la libertad contractual; que lo “público” y lo “privado” no forman zonas recíprocamente estancas sino, antes al contrario, áreas mestizas, de cruce y encuentro e, incluso, intercambiables a veces (privatización del poder público y publicación del poder privado); que la “supremacía privada” asume muy a menudo una relevancia social, que crea situaciones *inter privados* de tanta o de mayor sujeción que la que se da en la relación pública; que la existencia de verdaderos centros de poder privado, dotados de vigorosas potestades *agendi*, hace ya tiempo que ha dado al traste con la idílica visión de un sistema de relaciones competitivas dominadas por el par libertad/igualdad. En definitiva, el poder público ha perdido la credencial de ser el “único enemigo” de las libertades fundamentales, compartiendo ahora esta condición con otros poderes, económicos y sociales, que en muchas ocasiones son “más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales” (Pérez Luño).

En este proceso de levantamiento del velo de una realidad en su momento oculta y ocultada, las relaciones laborales han desempeñado un papel relevante. Como tuve oportunidad de razonar hace ya un cuarto de siglo, la empresa, que es el *locus* en el que se pretenden ejercer los derechos fundamentales del trabajador, genera una situación de poder, si por tal se entiende, en un sentido primario y naturalista,

una fuerza que actúa de modo causal y que expresa el sometimiento real de unos hombre sobre otros, obligados a realizar una determinada conducta. En la conformación social vigente, los poderes del empresario – o, si se prefiere, la empresa en cuanto poder privado – constituyen una real amenaza para los derechos de la persona del trabajador. Y ello no por considerar tales poderes como intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial (sus principios económicos y sus valores normativos) actúa *naturaliter* como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo.

Pero la asimétrica situación de poder contractual que cruza la relación laboral no solo ha servido para desactivar el fuste teórico del dogma de la autonomía de la voluntad. También ha colaborado, y eso es ahora lo que interesa destacar, en la reconstrucción de la tradicional dogmática de los derechos fundamentales, al menos en un doble y, en buena medida, combinado sentido. En primer lugar, los derechos fundamentales siguen concibiéndose como derechos subjetivos; pero añaden una segunda dimensión de carácter objetivo, que les convierte en elementos esenciales del ordenamiento jurídico en su conjunto. Esta nueva dimensión adjudicada a los derechos fundamentales transforma la función de garantía del Estado respecto a los mismos, que ya no se expresa sólo mediante la obligación negativa de no interferir o entrometerse en su ejercicio; también se traduce en un deber positivo, en la adopción de un cuadro de medidas positivas encaminadas a promover y facilitar de manera real y efectiva su disfrute, combatiendo y contrarrestando el déficit de derechos fundamentales que pueda aparecer en la sociedad; comprometiéndose, en suma, con la realización y tutela de los derechos fundamentales. En segundo lugar, los derechos consagrados en las normas constitucionales, sin variar su naturaleza, han modificado o tienden a modificar su estructura subjetiva.

Centrando la atención en esta segunda transformación, no me parece arriesgado afirmar que la doctrina de la eficacia pluridireccional de los derechos fundamentales ha madurado y se ha desarrollado, en buena parte, al calor del principio de iusrealismo contractual que impregna todas las secuencias vitales de la relación laboral, apreciable en lo esencial en la radical asimetría de poder entre empresario y trabajador; y que se expresa, desde luego, en las distintas posiciones jurídicas que ocupan en la relación laboral, pero también, y con no menor significación, en el más amplio espacio de la vida social y económica. O por expresar la idea con otras palabras, la relación laboral ha actuado como el campo natural de experimentación de la teoría y de la aplicación práctica de la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales; de la expansión de estos derechos hacia la esfera privada.

Desde luego, la teoría de la *Drittwirkung* sigue a discusión; pero a una discusión, no obstante, que ha alterado su eje de rotación. En la actualidad de nuestros días, la tesis de la (cierta) eficacia de las normas iusfundamentales en las relaciones entre privados cuenta no sólo con un consenso doctrinal muy amplio; constituye – y ello es más importante – una herramienta ampliamente utilizada en diferentes ámbitos jurídicos y judiciales comparados. El debate se centra en definir el tipo y el *quomodo* de esa eficacia. O por decirlo con las elegantes palabras de Alexy, los dos grandes problemas que hoy se plantean respecto de los derechos fundamentales son, el primero, de “construcción” (discernir cómo actúa el derecho fundamental en las relaciones privadas) y, el segundo, de “colisión” (precisar en qué medida se manifiesta esta eficacia).

El propósito de este Editorial, que actualiza estudios elaborados con anterioridad, es analizar las tendencias del derecho comparado en la vigencia de la *Drittwirkung* a los derechos fundamentales de la persona que concierta un contrato de trabajo bajo la condición de trabajador. Como fácilmente se comprenderá, el objetivo no puede consistir en dar cuenta de manera exhaustiva y aunque fuera resumida del modo en que los más variados ordenamientos positivos resuelven la anterior cuestión. Con mucha menor ambición, examinaré lo que acaso pudieran calificarse como las principales vías para reconocer o denegar aquella vigencia.

2. Las Constituciones que contienen un precepto del que pueda inferirse de manera expresa e indubitable la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de la persona del trabajador son una minoría. Dentro de éste reducido capítulo, puede mencionarse, como caso paradigmático, el sistema jurídico portugués. El art. 18.1 de la Constitución portuguesa dispone, en efecto, que las normas iusfundamentales relativas a los derechos, libertades y garantías son “directamente aplicables”, vinculando “a las entidades públicas y privadas”. Es éste un reconocimiento que carece de un ámbito general; no afecta a todos los derechos constitucionales sino, exclusivamente, a un selecto grupo de ellos, que forman el “zócalo” de

derechos fundamentales dotados *ex Constitutione* de una eficacia directa e inmediata, entre los que se encuentran, precisamente, los derechos personales del trabajador. La doctrina portuguesa no mantiene, sin embargo, una postura unánime sobre el sentido y alcance del citado precepto constitucional. Mientras algunos autores entienden que el art. 18.1 ha transformado “la Constitución en el estatuto fundamental del orden jurídico general, de las relaciones sociales en general”, quebrando el paradigma de la teoría liberal de los derechos fundamentales (Gomes Canotilho/Moreira), otros defienden posiciones más matizadas, limitando la eficacia directa e inmediata de los derechos de la persona a aquellas relaciones entre particulares en la que una parte (un individuo o una organización) dispone de un poder especial sobre la contraparte; es ello lo que sucede, precisamente, en las relaciones laborales (así, Prata). E incluso no faltan voces contrarias a una aplicación incluso matizada de la eficacia directa e inmediata de los derechos de la persona en las relaciones *inter privatos* (Vieira de Andrade).

A pesar de que la inmensa mayoría de las Constituciones no confiere de manera explícita una eficacia horizontal a los derechos fundamentales de la persona, la vigencia de los derechos fundamentales de la persona en las relaciones nacidas del contrato de trabajo constituye una realidad que, no sin fatigas, se ha ido abriendo camino de manera lenta pero gradual. El procedimiento acaso más generalizado de extensión de la *Drittwirkung* a las relaciones laborales suele articularse a través de la intervención judicial; son los jueces y tribunales, encargados en cada ordenamiento de dirimir los conflictos de trabajo, los que reconocen alguna suerte de eficacia, mediata o inmediata, de los derechos fundamentales en este tipo de relaciones entre particulares. Algunas experiencias de derecho comparado pueden ilustrar esta expansión.

La jurisprudencia japonesa ha venido manteniendo durante largo tiempo la tesis tradicional de que los derechos constitucionales sólo resultan oponibles a los poderes públicos. Un buen exponente de la aplicación de esta doctrina lo ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1973, recaída en el asunto *Mitsubischi Jushi*. Un trabajador, graduado universitario, recibió una notificación de su empresa en la que se le comunicaba que, al final de su período de prueba, el contrato quedaba extinguido. La razón alegada fue que, en el momento de la entrevista, el trabajador había silenciado las actividades políticas desarrolladas durante su época de estudiante. El Tribunal Supremo desestimaría la declaración de despido injusto por violación del derecho fundamental a la libertad ideológica. Fuertemente criticada por la doctrina, la jurisprudencia moderaría años más tarde esta tesis en el asunto *Nissan Jidosha* (1981), al reconocer la vigencia del principio constitucional de no discriminación (art. 14 de la Constitución) en el ámbito de las relaciones laborales.

En algunos ordenamientos positivos, el activismo judicial a favor de los derechos de la persona del trabajador se ha promocionado o, al menos, facilitado como consecuencia de la existencia de mecanismos específicos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. El *leading case* lo ofrece el asunto *Samuel Kot*, resuelto por la Corte Suprema argentina mediante sentencia de 5 de septiembre de 1958. Dijo en aquella ocasión el Alto Tribunal argentino que “nada hay ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los derechos humanos esté circunscrita a los ataques que procedan sólo de la autoridad”, pues de otro modo “habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensable para su existencia y plenitud”.

Sin embargo, las legislaciones no establecen siempre una misma garantía jurisdiccional para la defensa de los derechos fundamentales, diferenciando según la procedencia pública o privada del acto u omisión que lesione el derecho. O expresada la idea en otros términos, los ordenamientos limitan, en ocasiones, el acceso del remedio jurisdiccional reforzado a los ataques y violaciones procedentes de los poderes públicos. No obstante, no es ésta la regla general observable en los países que cuentan con este tipo de procedimientos, en la mayor parte de los cuales los particulares, incluidos los trabajadores, pueden utilizar los recursos sumarísimos y rápidos para garantizar la tutela de los derechos fundamentales en las relaciones inter privadas (por ejemplo, en Costa Rica, Chile y Uruguay). Es precisamente en el marco de estos procedimientos, en los que la cuestión enjuiciada es la eventual violación de un derecho fundamental del trabajador, donde suelen aflorar las tendencias de atribución de una cierta eficacia de los derechos fundamentales de carácter personalísimo en las relaciones laborales.

3. El reconocimiento de los derechos fundamentales de naturaleza personal en las relaciones entre particulares no sólo se ha abierto paso como consecuencia de la aplicación, por parte de los jueces y tri-

bunales nacionales, de normas iusfundamentales. Al margen de estas fórmulas de atribución de eficacia horizontal a ciertos derechos constitucionalmente consagrados, en los últimos años está emergiendo con fuerza una segunda vía de penetración de este tipo de derechos en el tráfico jurídico privado a resultas de la creciente protección, en el orden internacional, de los derechos humanos; señaladamente de aquellos relativos a la prohibición de no discriminación y al respeto de la dignidad de la persona humana. Dando de lado el análisis de las fórmulas de recepción en cada sistema jurídico del derecho internacional (tesis monistas o dualistas) y sin entrar tampoco a debatir la discutida cuestión relativa a la jerarquía normativa que ostentan, en dichos sistemas, los textos internacionales, numerosas son las Constituciones que reenvían a los instrumentos internacionales de derechos humanos bien para conferirles la condición de fuentes autónomas del ordenamiento jurídico interno bien para asignarles la cualidad de fuente privilegiada de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución.

En este orden de cosas, no son infrecuentes las Constituciones de la última generación que otorgan rango constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado. Así, el art. 75, inciso 22, de la Constitución argentina, reformada en 1994, tras estipular que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, confiere “jerarquía constitucional” a una serie de tratados que se mencionan expresamente, los cuales han de entenderse “complementarios de los derechos y garantías reconocidos” en el propio texto constitucional. En parecidos términos se expresa el art. 5, párrafo segundo, de la Constitución chilena o el art. 93 de la Constitución colombiana. En todos estos ordenamientos, la jerarquía constitucional de los tan mencionados tratados no sólo sirve para complementar la parte dogmática de la respectiva Constitución; también lleva aparejada la obligación de los poderes públicos de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de la persona consagrados en las normas internacionales, correspondiendo a los tribunales internos velar por ese respeto y garantía atendiendo no sólo a la jurisprudencia igualmente interna sino, adicionalmente, a los cánones hermenéuticos elaborados por los órganos encargados de interpretar esa normativa internacional. O como dijera la Corte Suprema argentina en el asunto *Ekmekdjian, Miguel A. C. Sofovich, Gerardo y otros*, resuelto por sentencia de 7 de julio de 1992, la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 – que entró en vigor en 1972 – “debe guiarse, además, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

De ordinario, sin embargo, en los ordenamientos que optan por la tesis monista, los textos internacionales ratificados por el Estado carecen de jerarquía constitucional. Pero con independencia de ello, el impacto de estos textos en los derechos internos hace ya tiempo que ha sido destacado por la doctrina, que ha procedido a elaborar una serie de indicadores capaces de evaluar y medir el impacto mismo. En tal sentido y en relación con la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), se vienen utilizando como indicadores para medir ese impacto, entre otros, su aplicación por los tribunales nacionales, la invocación por la jurisprudencia interna de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre (TEDH) y, más en general, la incidencia de la Convención en los procesos de elaboración, aplicación, interpretación y reforma de los ordenamientos domésticos. Desde esta perspectiva, puede convenirse que tanto la CEDH como la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo se integran en las *rationae decidendi* de las resoluciones de los jueces y tribunales de los Estados que son parte de la Convención, utilizándose aquella como fuente de derecho y manejándose ésta otra como canon complementario de interpretación. La visibilidad de ésta integración es apreciable, con toda seguridad, en aquellos supuestos en los que el derecho controvertido pretende ejercerse frente a un poder público; pero es bastante menos apreciable extramuros de las relaciones públicas de sujeción especial.

En la jurisprudencia del TEDH – que es una jurisprudencia de “enorme creatividad”, similar al “derecho pretoriano” (Häberle) – se va abriendo camino, no sin esfuerzos y correcciones de rumbo, la tesis de la atribución de una cierta eficacia horizontal a algunos de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Convención. En buena medida, esta eficacia se deduce o, al menos, se vincula con el deber de los Estados signatarios de adoptar un cuadro de medidas positivas destinadas a garantizar, también en las relaciones entre privados, la efectividad de tales derechos. O como dijera el Tribunal en la sentencia *X and Y vs. Pays Bas* (1985), relativa a la vida privada (art. 8), el Convenio impone a los poderes públicos no solo la obligación negativa de abstenerse de toda intromisión arbitraria, sino además obligaciones positivas, que pueden implicar la adopción de medidas “incluso en la esfera de las relaciones entre particulares” (par. 23). De manera más explícita y una vez más en relación con el derecho a la intimidad, el TEDH, en la sentencia *Niemitz vs. Allemagne* (1992), ha entendido que la noción de vida privada incluye

no sólo las actividades profesionales sino, más en general, el conjunto de las relaciones sociales (par. 29). Y en *Halford vs. Royaume Uni* (1997), los jueces europeos han declarado que las comunicaciones telefónicas efectuadas desde una empresa se encuentran protegidas por el mencionado derecho fundamental, manifestando que los empleados tienen “una razonable expectativa de privacidad” en su lugar de trabajo, que el empresario está obligado a respetar (par. 27).

Sin embargo, los jueces y tribunales nacionales de los Estados que han ratificado la CEDH no suelen conferir eficacia horizontal a los derechos en ella recogidos, probablemente en razón de que la propia Convención no contiene ninguna disposición que declare de manera expresa que sus normas pueden ser invocadas por los particulares en sus relaciones recíprocas. Excepcionalmente, algunos Tribunales Supremos europeos, como el de Bélgica y el de los Países Bajos, aceptan la eficacia pluridireccional inmediata de algún derecho fundamental consagrado en la CEDH, como el derecho “al respeto a la vida familiar y privada” (art. 8)¹. No obstante, esta doctrina experimenta una notable mutación en su proyección en el contrato de trabajo, ámbito en el que la vinculabilidad predicable es de carácter “reflejo”, derivada del juego de la cláusula general de la buena fe. La incidencia de la CEDH en orden al reconocimiento de la eficacia de ciertos derechos fundamentales de la persona del trabajador en las relaciones laborales termina así desplegando unos efectos de corto recorrido.

La experiencia inglesa puede aportar una interesante excepción al muy discreto impacto que, en el ámbito del contrato de trabajo, prestan los órganos judiciales nacionales europeos a los derechos y libertades consagrados en el CEDH. En principio, la *Human Rights Act* de 1998 (*HRA*) no vincula a sujetos privados. Pese a ello, sus efectos indirectos sobre las relaciones contractuales y, por tanto, sobre el *contract of employment* son muy notables, por cuanto el *HRA* impone a los jueces y tribunales una obligación de interpretar el ordenamiento en su conjunto, tanto el legal como el *common law*, *in accordance with the Convention rights whenever possible*. De ahí, que los jueces británicos ya han tenido oportunidad de declarar, por ejemplo, que un despido efectuado en violación de un derecho fundamental reconocido en la *HRA* es un *unfair dismissal*, que puede llevar aparejada la condena al empresario de la readmisión (en tal sentido, *Madden vs. Mildland Bank* y *Foley vs. Post Office*, 2002).

4. Pese a que en EE.UU. no existe, desde una perspectiva formal, una lista de derechos fundamentales, la Constitución federal (Constitución US) así como las Constituciones de los Estados federados protegen de manera explícita o implícita una gran variedad de derechos y libertades. Incluso la Corte Suprema ha señalado que, con vistas a conseguir la plena tutela del *concept of ordered liberty*, los jueces han de tener en cuenta y aplicar las tradiciones de “todas las sociedades libres” (*Wolf vs. Colorado*, 1949). Sin embargo, en la teoría constitucional norteamericana se encuentra muy arraigada la idea de que las diez primeras enmiendas que integran el *Bill of rights* establecen obligaciones o prohibiciones que afectan exclusivamente a los poderes públicos estatales. En otras palabras, la Constitución US enclaustra las libertades en el exclusivo territorio de las relaciones entre poderes públicos y ciudadanos, sin conferir derecho alguno a estos en sus relaciones privadas. La tesis expuesta en 1883 por el Juez Bradley, según la cual “la invasión de los derechos individuales por parte de personas privadas no es materia sujeta” a la enmienda XIV sigue teniendo, más de un siglo después, el mismo fuste teórico e idéntica fuerza aplicativa. Un buen ejemplo de la pervivencia de esta tesis lo ofrece los criterios de aplicación por parte de la Corte Suprema de la *equal protection clause*, la cual proscribe las discriminaciones de los poderes públicos. En tal sentido, la jurisprudencia ha venido señalando de manera reiterada que, al margen de la existencia de una amplia legislación antidiscriminatoria, federal o estatal, la discriminación racial de un empleador privado no es una materia constitucional (*Nicholson vs. Quaker Oats Corp.*); y tampoco lo es la discriminación laboral por sexo realizada por una universidad (*Cohen vs. Illinois Inst. of Technology*) o la que tiene motivos políticos (*Black vs. Cutter Laboratories*). Incluso la enmienda I, que garantiza la “libertad de palabra” (*freedom of speech*), también resulta inaplicable en las relaciones laborales, de modo que los tribunales han declarado que no vulnera la Constitución el despido de un trabajador por haber efectuado determinadas manifestaciones de tipo político (*Pavolini vs. Bard-Air Corp.* <1956>² y *United State v. Robel* <1967>).

De estas breves consideraciones, cabría razonablemente deducir la impermeabilidad absoluta de la

1 Vid., para Bélgica, sentencia de la *Cour de Cassation* de 21 de febrero de 2001. Pero, con anterioridad, los jueces belgas ya habían utilizado el art. 8º de la CEDH para calificar como contraria a derecho la cláusula de un reglamento interior de un colegio confesional que preveía el despido para los docentes que atentasen contra la moral católica. Para los Países Bajos, sentencia de la Corte Suprema de 9 de enero de 1987.

2 352 US 292 (1956)

jurisprudencia norteamericana a la teoría de la *Drittwirkung*, incluso en su manifestación más suave. En este sistema jurídico, las libertades constitucionales sólo vinculan a los poderes públicos o, lo que es igual, la autonomía privada es inmune a la penetración de esas libertades. No obstante ser ello así, la problemática de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales ha hecho de algún modo su aparición con motivo de la tipificación judicial de la naturaleza, pública o privada, de la conducta lesiva del derecho; esto es, ha emergido con ocasión del juicio del órgano judicial acerca de sí esa conducta había de reputarse estrictamente privada o, por el contrario, debía de entenderse, aunque hubiera sido ejecutada por un particular, como pública y, por tanto, imputarse al poder público la violación de la concreta libertad. Esta tarea judicial de calificación ha dado lugar a la doctrina de la *state action*, al amparo de la cual ha tenido lugar, bien que sin rumbo claro, una cierta moderación de la rigurosa aplicación de la teoría liberal de los derechos de libertad (Bilbao Ubillos).

Dos son las grandes vías a través de las cuales se ha materializado la doctrina de la *state action*, una doctrina construida, al menos en parte, sobre la base de una noción objetiva, en lugar de estrictamente subjetiva, del poder público. De conformidad con la primera, tienen transcendencia pública a efectos constitucionales los actos realizados por aquellas entidades privadas que ejercen potestades públicas o cuasi-públicas; esto es, que ejercen funciones públicas por naturaleza o equiparables, al menos, a las que han sido encomendadas tradicionalmente al Estado. A tenor de la segunda vía, también pueden ser constitucionalmente relevantes los actos privados que tienen un tipo de conexión pública significativa; es decir, en los que hay una implicación (*involvement*) del Estado, lo que puede suceder, por ejemplo, cuando éste concede incentivos económicos a la actividad privada o cuando la actividad privada está sujeta a un régimen de concesión o licencia.

No es cuestión ahora de entrar en un estudio sobre los complejos y azarosos pormenores de la mencionada doctrina. Lo que me interesa señalar es la prácticamente nula operatividad de la misma en el ámbito de las relaciones laborales. En éste sector jurídico, la jurisprudencia de la Corte Suprema no sólo ha mantenido, de manera férrea, la falta de relevancia constitucional de las conductas de los empresarios lesivas a los derechos de la persona del trabajador; también ha ejercido una dura autocontención de su propia doctrina. O expresada la idea en otras palabras, los derechos de la persona del trabajador no han constituido, desde el punto de vista constitucional, amenaza alguna a los poderes del empresario de contratar, de despedir e, incluso, de administrar el contrato de trabajo *at will*; esto es, *for good reason, for bad reason or not reason at all*. Para no argumentar en el vacío, citaré algunos casos expresivos de esta tesis. En *Black vs. Cutter Laboratories*, <1956>, el Tribunal Supremo confirmó la validez de un despido producido como consecuencia de la aplicación de un convenio colectivo que había previsto, como causa de desistimiento, la afiliación de los trabajadores al partido comunista. En *Rendell-Baker vs. Kohn*, <1982>, el Alto Tribunal entendió que la decisión de un colegio privado de despedir a un grupo de profesores, contratados en virtud de subvenciones federales, en razón de haber enviado una carta a un periódico local criticando a los responsables del centro, no resultaba vulneradora de la constitucional *freedom of speech*. Desde otra perspectiva, la tesis también es defendida en *Steele vs. Louisville & Nashville Railways Corp*, <1944>, en la que la Corte Suprema amparará la petición de un trabajador de color, discriminado en el acceso al empleo, pero no con la cobertura de la V enmienda sino, más sencillamente, con la de la legislación laboral sobre ferrocarriles.

Este carácter errático de la doctrina de la *state action*, que ha sido incluso objeto de una revisión restrictiva a partir de la década de los años ochenta, no sólo evidencia sus propias limitaciones. Por encima de ello, pone en cuestión la ideología subyacente a la propia doctrina, y que no es otra que la dura resistencia de la Corte Suprema de aceptar la intromisión estatal en la esfera privada, acentuada aún más cuando lo que se encuentra en juego es la *freedom of market*, aunque ésta se ejerza de una forma arbitraria e irracional (*individual freedom to be irrational*).

5. La experiencia francesa constituye un buen ejemplo de la diversidad de vías de reconocimiento de los derechos constitucionales de la persona del trabajador en el ámbito de la relación laboral. Adicionalmente, esta experiencia ilustra de manera ejemplar la importancia que, en orden a ese reconocimiento, puede jugar el diálogo en convergencia entre el legislador y la jurisprudencia.

Al estilo de lo acontecido en la mayor parte de los ordenamientos positivos, el debate en Francia sobre la vigencia normativa de las libertades individuales en el contrato de trabajo hace su aparición en una época reciente: en la década de los años 80. Con anterioridad a estas fechas, el Consejo de Estado ya

había hecho notar que los acuerdos colectivos no podían violentar los principios fundamentales enunciados en la Constitución (*aller à l'encontre des principes fondamentaux dans la Constitution*), pues los mismos desbordan el ámbito del ordenamiento laboral, instituyendo “*des garanties (qui) échappant, pour leur nature, aux rapports conventionnels*” (Avis de 22 de marzo de 1973). Pese a ello, la potente doctrina administrativista de la época seguía insistiendo en la idea de que las libertades públicas tan sólo confieren a los individuos prerrogativas frente al Estado Así y por ejemplo, Rivero). De su lado, la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* tampoco mostraba una especial inclinación en la tutela de tales libertades en el contrato de trabajo; más aún, evidenciaba una notable benignidad a la hora de juzgar las intromisiones del empresario en el ámbito privado del trabajador. En tal sentido, la Asamblea plenaria del Alto Tribunal francés, en la sentencia *Dame Roy* (1978), calificará como justificado el despido de una educadora de una institución católica en razón de haberse divorciado. La sola vía de tutela de la libertad individual resultaba ser, así, la penal; el juez penal quedaba convertido en el único poder público con “vocación de salvaguardar las libertades individuales contra las lesiones ilícitas de los particulares” (G. Lyon-Caen)

Este estado de precariedad jurídica de los derechos de la persona del trabajador va a experimentar un giro a resultas de la intervención conjunta de la legislación y la jurisprudencia, que van progresiva y sucesivamente abriendo espacios para una protección eficaz de las libertades individuales en el ámbito de las relaciones laborales. El proceso lo abren las leyes Auroux, de 7 de octubre de 1982, relativas a las libertades de los trabajadores en la empresa, dictadas con el objetivo de llevar la *citoyenneté du salarié* a la empresa. En esta ley el legislador, además de sujetar el ejercicio del poder disciplinario del empresario a ciertas exigencias de forma y fondo, reconoce al trabajador el derecho a expresar libremente sus opiniones.

La siguiente secuencia del proceso hacia el reconocimiento de una eficacia directa y mediata de las libertades individuales constitucionales en el contrato de trabajo corresponde a la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*. Dos son los *leadings cases*: el célebre asunto *Clavaud* <1988> y el denominado y no menos afamado asunto del *sacristán de Saint-Nicolas-du-Chardonnet* <1991>. El Sr. Clavaud, obrero de una industria química, había narrado, en una entrevista que le había hecho un periódico local, las condiciones laborales de la empresa en la que prestaba sus servicios, describiendo una de sus noches de trabajo. Como consecuencia de sus declaraciones, la empresa le despidió, alegando que había creado un estado de descrédito hacia ella, poco compatible con la situación de subordinación propia del contrato de trabajo. La Corte de Casación declarará la nulidad del despido pese a que – y es un dato normativo esencial – el art. 122-45 del *Code du Travail* no prevé ese tipo de sanción para el supuesto de despido por reacción frente al ejercicio por el trabajador de la libertad de expresión. De su lado, el Sr. Painsecq venía ejerciendo las funciones de sacristán de una pequeña parroquia, a plena satisfacción de los parroquianos y del propio párroco. No obstante, su empleador, la asociación católica ultraconservadora de la “Fraternidad de San Pío X”, tuvo conocimiento de sus inclinaciones homosexuales, procediendo a su despido. La Corte de Casación, basándose en el principio fundamental del derecho a la intimidad (*vie privée*), volverá a declarar la nulidad del despido.

La secuencia de cierre de este proceso la aporta de nuevo el legislador con la ley de 31 de diciembre de 1992. Este texto legislativo, al margen de garantizar la protección de la intimidad del trabajador en materia de tratamiento de datos informáticos, aporta una nueva redacción al art. 120-2 del *Code*, a tenor del cual nadie puede imponer restricciones a los derechos de las personas y a las libertades individuales y colectivas que no se “encuentren justificadas por la naturaleza de la tarea a prestar y no sean proporcionadas al fin perseguido (*qui ne serait pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*)”. Esta regla ilustra la progresiva tendencia a la afirmación en el derecho francés de los derechos de la persona del trabajador; esto es, al reconocimiento de una “verdadera eficacia horizontal” de los derechos fundamentales. Tendencia y reconocimiento que la jurisprudencia no ha hecho más que acentuar.

Dirección:

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Fernando Valdés Dal-Ré
M^a Emilia Casas Baamonde

Consejo asesor:

Antonio Baylos Grau
Catedrático. Universidad de Castilla-La Mancha
Jesús Cruz Villalón
Catedrático. Universidad de Sevilla
Ricardo Escudero Rodríguez
Catedrático. Universidad de Alcalá
Javier Gárate Castro
Catedrático. Universidad de Santiago
Joaquín García Murcia
Catedrático Universidad Complutense de Madrid
M^a Luisa Molero Marañón
Catedrática. Universidad rey Juan Carlos de Madrid
Salvador del Rey Guanter
Catedrático. ESADE Law School
Susana Rodríguez Escanciano
Catedrática. Universidad de León
Santos M. Ruesga Benito
Catedrático. Universidad Autónoma de Madrid
Tomás Sala Franco
Catedrático. Universidad de Valencia
Rosa M^a Virolés Piñol
Magistrada. Tribunal Supremo

Comité científico y de valoración:

Nacional:

Ricardo Bodas Martín.
Magistrado. Presidente Sala Social de la Audiencia Nacional
Jaime Cabeza Pereiro
Catedrático. Universidad de Vigo
Milagros Calvo Ibarlucea
Magistrada. Tribunal Supremo
M^a Fernanda Fernández López
Catedrática. Universidad de Sevilla
Juan García Blasco
Catedrático. Universidad de Zaragoza
Elías González-Posada Martínez
Catedrático. Universidad de Valladolid
Juan Pablo Landa Zapirain
Catedrático. Universidad del País Vasco
M^a Reyes Martínez Barroso
Catedrática. Universidad de León
José Luis Monereo Pérez
Catedrático. Universidad de Granada
Emilio Palomo Balda
Magistrado. TSJ del País Vasco
Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático. Universidad de Sevilla
Eduardo Rojo Torrecilla
Catedrático. Universidad Autónoma de Barcelona
Carmen Sáez Lara
Catedrática. Universidad de Córdoba

Internacional:

Catherine Barnard
Professor University of Cambridge
Georges Borenfreund
Professeur. Université de Paris Ouest
Sheldon Leader
Professor. University of Essex
Antoine Lyon-Caen
Professeur. Université de Paris Ouest
Adalberto Perulli
Professore. Università Ca' Foscari Venezia
Silvana Sciarra
Giudice. Corte Costituzionale
María Luz Vega Ruiz
OIT
Jose María Zufiur Narvaiza
Consejero del Comité Económico y Social Europeo

Comité de redacción:

Jennifer Bel Antaki (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira)
Laurentino J. Dueñas Herrero (Universidad de Valladolid)
José María Miranda Boto (Univ. de Santiago de Compostela)
Jonatan Molano Navarro (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira)
Laura Morcillo Campaña (Redacción Social Lefebvre-El Derecho)
Covadonga Osoro Gil (Redacción Lefebvre-El Derecho)
Borja Suárez Corujo (Universidad Autónoma de Madrid)

© Francis Lefebvre

ISSN: 2387-1113

Depósito legal: M-8885-2015

Publicación mensual

Precio suscripción anual Revista Derecho de las Relaciones Laborales: 206,96 € (4% IVA incluido)

Normas para la admisión de trabajos

Derecho de las Relaciones Laborales agradece la remisión de artículos para su publicación.

Los textos deben ser enviados a la siguiente dirección: redaccion@lefebvreelderecho.com. Asunto: Derecho de las Relaciones Laborales. Su extensión no puede superar los 35.000 caracteres Word sin espacios (notas incluidas) y debe constar de título, nombre y apellidos, Universidad o Institución y condición profesional del autor, sumario, breve resumen en castellano e inglés y selección de palabras clave en ambos idiomas. Las notas se situarán *preferentemente* a pie de página.

Los originales se someterán al momento de su recepción a dos lecturas externas, sin indicación del nombre del autor, al que se comunicará la fecha en la cual recibirá una respuesta sobre una eventual publicación. El autor se compromete, durante este periodo, a no publicar su trabajo en ninguna otra revista, salvo autorización expresa de la editorial.

Índice

C

Contratación temporal

Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70 sobre el trabajo de duración determinada y la sentencia TJUE 14-9-2016 sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española 217
Modalidades de contratación temporal, fraude de ley e indemnización por finalización del contrato 216

Convenio colectivo

Publicados durante el mes de febrero 2017 210

D

Derechos y libertades fundamentales

La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado 201

Despido

Cómputo de los umbrales del despido colectivo 215
Despido objetivo tras la subrogación en contrata 215
Retracción del acto de adhesión a los afectados por un despido colectivo 216

E

Editorial

La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado 201

Empleo público

El empleo público español no sale del Tribunal de Justicia 211

F

Fraude de ley

Modalidades de contratación temporal, fraude de ley e indemnización por finalización del contrato 216

G

Grupos de empresa

Responsabilidad solidaria: Una línea de jurisprudencia minoritaria sobre la "Dirección unitaria" TRAGSA 244

H

Huelga

Esquirolaje técnico 214
Huelga y subcontratación 215

M

Maternidad

Prestación en supuestos de maternidad subrogada 216

Modificación de las condiciones de trabajo

Acuerdo colectivo sobre contenido funcional 215
Reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna a la luz de la última jurisprudencia 226

N

Negociación colectiva

Acuerdo interprofesional en relación con la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la CAPV 273
Contractualización de los convenios colectivos 214
Propuestas CEDE y CEPYME para la negociación 256

P

Pacto de no competencia postcontractual

Proporcionalidad de la cláusula penal pactada 214

Personas con discapacidad

Subsidio: consideración de prestación por enfermedad (TJUE 1-2-17, asunto C-430/15) 211

Procedimiento

Competencia jurisdiccional en materia de sucesión de empresa y concurso 214
Readmisión regular y ius variandi 214

S

Salario

Compensación-absorción 215
Seguros. Naturaleza salarial 215

Sancciones disciplinarias

Facultad revisoria del juzgador 216

Seguridad social

Prestación en supuestos de maternidad subrogada 216

Sucesión de empresa

Competencia jurisdiccional en materia de sucesión de empresa y concurso 214

Impreso en España por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

SUMARIO

EDITORIAL 201

ED

La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado

Fernando Valdés Dal-Ré

NOVEDADES 210

NV

Jonatan Molano Navarro
José M^a Miranda Boto

DOCTRINA 217

DU

217
Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 14 de septiembre de 2016, sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española relativa a los contratos de trabajo temporales de los trabajadores interinos

Tomás Sala Franco

A DEBATE 244

AD

226
El reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna a la luz de la última jurisprudencia

M^a Sol Herraiz Martín

Sobre el documento FIDE
Jaime Cabeza Pereiro

LA JURISPRUDENCIA EN DETALLE 256

JD

La responsabilidad solidaria en los grupos de empresa: una línea jurisprudencial minoritaria sobre la "Dirección unitaria" (STS 20-10-2015 RC 172/2014) TRAGSA

Mariano Treviño Pascual

CRÓNICA SOCIAL 267

CS

267 Circular 022-17 bis Propuestas de CEOE y CEPYME para la negociación

273 Acuerdo interprofesional en relación con la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la CAPV

AGENDA 274

AG

José M^a Miranda Boto

LEÍDO PARA USTED 275

LU

El principio de igualdad en la negociación colectiva (Carmen Sánchez Trigueros (Dir.), Djamil Tony Kahale Carrillo (Coord.), Teresa Velasco Portero (Coord.), Ángel Arias Domínguez, Pilar Charro Baena, José Luján Alcaraz, Sofía Olarte Encabo y Alejandra Selma Penalva)
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano



NOVEDADES

Jonatan Molano Navarro
José M^a Miranda Boto

En el boletín

Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052). (BOE 25 de febrero de 2017)

Decisión (UE) 2017/262 del Consejo, de 6 de febrero de 2017, por la que se determina, para la Secretaría General del Consejo, la autoridad facultada para proceder a los nombramientos y la autoridad facultada para celebrar los contratos de personal y se deroga la Decisión 2013/811/UE. (BOE 16 de febrero de 2017)

El Real decreto-ley tiene por objeto dar cumplimiento a la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, modificando el Derecho interno en función de la misma, de forma que se suprime el régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías que se recoge en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, consagrando el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, si bien con un proceso transitorio de tres años, facilitando que los trabajadores de las sociedades anónimas de gestión de trabajadores portuarios (SAGEP)

conserven sus derechos laborales preexistentes en el nuevo escenario de libertad competitiva.

Orden ESS/77/2017, de 3 de febrero, por la que se establecen para el año 2017 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero. (BOE 4 de febrero de 2017)

Acuerdo de 9 de febrero de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que aprueba las normas de distribución de asuntos de la Sala de lo Social. (BOE 24 de febrero de 2017)

Durante el periodo transitorio, podrán subsistir las SAGEP y a fin de que puedan financiarse en la medida necesaria en cada caso y momento, se establece asimismo la obligación para las empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías de requerir el concurso de los trabajadores procedentes de aquellas en un porcentaje decreciente con el transcurso del tiempo, que comienza con un setenta y cinco por ciento, para las actividades que hasta el momento se venían realizando con dicho personal.

Convenios Colectivos

Activa Mutua 2008.

– Acuerdo de prórroga de la ultraactividad del CCol. BOE 14-02-17

Agencia de Transportes Robles, SA. BOE 23-02-17

Alain Afflelou, SAU.

– Revisión salarial para el año 2016 BOE 23-02-17

ATE Sistemas y Proyectos Singulares, SL.

– Revisión salarial para el año 2017 BOE 23-02-17

Bimbo, SAU (XXVII CCol)..... BOE 14-02-17

Carlson Wagonlit España, SLU..... BOE 14-02-17

Compañía Independiente de Televisión, SL, DTS, Distribuidora de Televisión Digital, SA y Telefónica Audiovisual Digital, SLU.

– Acuerdo de modificación del III CCol..... BOE 14-02-17

– Corrección de errores en la Resolución 30-12-16, de la revisión salarial para el año 2017. BOE 13-02-17

Eco Actrins, SL BOE 23-02-17

Empresas vinculadas Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU.

– Acuerdo de prórroga y modificación del CCol BOE 04-02-17

Exide Technologies, SLU..... BOE 24-02-17

Gestorías administrativas (VII CCol de ámbito estatal). BOE 23-02-17

Industria fotográfica (CCol estatal).	
– Revisión salarial para el año 2016.....	BOE 23-02-17
Industria química.	
– Revisión salarial para los años 2015, 2016 y 2017.....	BOE 15-02-17
Industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales.	
– Revisión salarial para los años 2014, 2015 y 2016.....	BOE 14-02-17
Logifruit, SL.	
– Revisión salarial para 2017.....	BOE 23-02-17
Mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos.	
– Revisión salarial para los años 2015, 2016 y 2017.....	BOE 14-02-17
Personal de salas de fiesta, baile y discotecas de España (CCol estatal).	
– Revisión salarial para 2017.....	BOE 23-02-17
Registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar (II CCol).	
– Laudo arbitral sobre interpretación del CCol de los registradores de la propiedad y mercantiles y su personal auxiliar.....	BOE 14-02-17
Relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y actores que prestan servicios en las mismas (CCol estatal).	
– Revisión salarial para el año 2017.....	BOE 23-02-17
Síntax Logística SA.	
– Acuerdo parcial del CCol.....	BOE 23-02-17
Transportes Bacoma, SA.	
– Acuerdo de prórroga del CCol.....	BOE 14-02-17

Lo esencial en la jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL MES DE FEBRERO DE 2017

Sentencia de 1 de febrero de 2017, *Secretary of State for Work and Pensions y Tolley*, asunto C-430/15 (ECLI:EU:C:2017:74). Un subsidio para discapacitados encaminado a cubrir los gastos adicionales exigidos por ciertos tipos de asistencia o derivados de la incapacidad o práctica incapacidad para caminar ha de ser considerado como una prestación por enfermedad a los efectos de los Reglamentos de Seguridad Social. El hecho de que una persona haya estado sujeta a la legislación de un Estado miembro y haya adquirido derechos a una pensión de jubilación no impide que dicha legislación pueda dejar de serle aplicable en el futuro si, por ejemplo, rompe sus conexiones con dicho Estado miembro al trasladarse a otro. Sin embargo, no cabe someter la exportación de dicha prestación a un requisito de residencia, pero sí que cabe condicionarla a la obtención de una autorización por parte del Estado competencia para realizar el desplazamiento a otro Estado miembro.

J.M.M.B.

El empleo público español no sale del Tribunal de Justicia

José María Miranda Boto
Universidad de Santiago de Compostela

Las modificaciones que nunca llegan y el remedio contra ellas

Las sentencias de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia sobre empleo público siguen sin hallar acomodo en el ordenamiento jurídico español y el expediente de la Comisión Europea a propósito de los reiterados incumplimientos de nuestro país en esta materia continúa en su implacable y un tanto oscuro camino. Esta circunstancia debería llamar la atención sobre la lentitud en la adaptación de las legislaciones nacionales a la jurisprudencia. Sirva como ejemplo preclaro la demora entre la sentencia de diciembre de 2014 que declaró el incumplimiento español a propósito de los estibadores¹ y la reciente

modificación por Decreto-Ley de la normativa interna.

Todo ello conduce a recordar el artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. La Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias. Si el Tribunal declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva”.

Lejanos están ya los días de la multa primera sobre el incumplimiento griego, en el año 2000, a propó-

merci nei porti in Spagna e il diritto dell'Unione europea” (Comentario a C. Giust. 11 dicembre 2014 C-576/13)”, *Diritto Lavori Mercati*, 3, 2015, pp.620-630.

1 Sobre ella, M. I. Ribes Moreno, “La movimentazione delle

sito de los residuos. Hoy en día, este mecanismo es de uso habitual y no está de más señalar que el 13 de julio de 2016, la Comisión Europea solicitó que se condenase “al Reino de España a pagar a la Comisión una multa coercitiva por importe de 134.107,2 euros por cada día de retraso en la ejecución de la sentencia en el asunto C-576/13, desde el día en que se dicte sentencia en el presente asunto hasta el día en que se ejecute plenamente la sentencia en el asunto C-576/13”.

Todo hace predecir que en el futuro el mecanismo irá ganando presteza y contundencia, con el fin de remediar la desidia de los Estados en la modificación de sus legislaciones. Retomando el caso del empleo público, es cierto que no ha habido una condena formal por incumplimiento contra España. Pero cualquier observador de la práctica jurisprudencial podría llegar a la conclusión de que más de una docena de sentencias y autos sobre una misma materia es reveladora de que hay algo podrido en Dinamarca.

La solución auto-matizada de muchas cuestiones prejudiciales

El burdo juego de palabras que da título a este apartado busca llamar la atención sobre el hecho de que un elevado número de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles son resueltas por el Tribunal de Justicia a través de un auto.

En algunos casos, el Tribunal señaló su manifiesta incompetencia para resolver la cuestión planteada². Se trata de situaciones donde el Tribunal no aprecia elemento alguno de Derecho de la Unión relevante para el caso y considera que únicamente es aplicable el Derecho nacional³. En siete ocasiones, el caso fue archivado, sin que conste más información en el documento judicial, si bien a través de la consulta de la

2 De acuerdo con el artículo 53.2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, “cuando el Tribunal sea manifiestamente incompetente para conocer de un asunto o cuando una petición o demanda sea manifiestamente inadmisibles, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado, sin continuar el procedimiento”.

3 El caso más sobresaliente, por la polémica que podría haber ido asociada a un pronunciamiento de Luxemburgo, es la sentencia de 27 de marzo de 2014, *Emiliano Torralbo Marcos y Korota, S.A., Fondo de Garantía Salarial*, asunto C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187. En este caso se requirió al Tribunal de Justicia desde el Juzgado de lo Social nº 2 de Terrassa para que valorase la compatibilidad de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. El Tribunal consideró que no debía entrar al fondo del asunto.

cuestión planteada se puede extraer la respuesta⁴. En la mayor parte de las ocasiones, sin embargo, sí queda constancia clara de por qué el Tribunal recurrió a este instrumento. En todas ellas, el contenido de la cuestión planteada era sustancialmente idéntico al de otra ya resuelta anteriormente por Luxemburgo.

Conforme al artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, “cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

Ésta es la situación que se está produciendo reiteradamente en materia de empleo público. Baste señalar los autos *Sáenz Morales, Montoya Medina, Gómez Cueto, Martínez Álvarez, Lorenzo Martínez, Rivas Montes* o *León Medialdea* para constatar que se están planteando cuestiones sobre aspectos que ya deberían estar claros y que son despachados tajantemente por el Tribunal de Justicia.

De nuevo en la Universidad

En ocasiones, una interpretación torticera o simplemente errada de la autonomía universitaria ha llevado a situaciones donde la legislación general, ya sea nacional o de la Unión Europea, no es aplicada en una Universidad. En este campo, el caso *Montoya Medina*⁵ supuso un auténtico hito al establecer con claridad que el pago de trienios en la Universidad española no podía quedar reservado a las categorías de profesorado con vinculación permanente.

El último pronunciamiento del Tribunal de Justicia hasta la fecha es el auto de 9 de febrero de 2017, *Francisco Rodrigo Sanz y Universidad Politécnica de Madrid*, asunto C-443/16 (ECLI:EU:C:2017:109). Y se inserta plenamente en la trayectoria antes señalada. Sólo aquellos que crean en la casualidad se sorprenderán de que el auto provenga de la Sala Décima del Tribunal de Justicia, con la misma exacta compo-

4 El ejemplo perfecto es la segunda cuestión planteada, el caso *Abarca Formiga* (asunto 304/87, ECLI:EU:C:1987:568), en el que las preguntas elevadas eran exactamente las mismas que las del caso *Giménez Zaera* (asunto 126/86, ECLI:EU:C:1987:395). La cuestión se planteó el 1 de septiembre de 1987, *Giménez Zaera* se dictó el 29 del mismo mes, *Abarca Formiga* llegó al registro del Tribunal el 5 de octubre y por Auto de 17 de diciembre de 1987 fue archivada.

5 ECLI:EU:C:2011:167

ción que en el asunto *De Diego Porras*⁶, Biltgen, Borg Bathet y Berger, con el primero de ellos asumiendo de nuevo las tareas de ponente y la última actuando en este caso como Presidenta de Sala. E. Sharpston repite su actuación como Abogada General, al igual que hizo en *Martínez Andrés*⁷ y en *Álvarez Santirso*⁸.

Se trata de los mismos Jueces para un mismo tema, el trato diferente entre interinos y funcionarios, en aparente vulneración de la Cláusula cuarta de la Directiva 1999/70/CE. En esta ocasión, la Administración implicada es una Universidad, uno de los escasos tipos que no había estado presente en la saga de septiembre de 2016. Desde la entrada en vigor de la modificación de la Ley Orgánica de Universidades en 2007, el cuerpo de Profesores Titulares de Escuela Universitaria está encaminado a la extinción, al haber perdido su sentido en el nuevo diseño de la enseñanza superior. En esa filosofía y dentro de las medidas de austeridad que han afligido a la Universidad española en los últimos años, la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2012 reguló la posibilidad de modificar la duración de la jornada interinos que carecieran de la acreditación necesaria para su promoción profesional, reduciendo su jornada de tiempo completo a tiempo parcial.

Ésta era la situación del demandante en el litigio original, que desde 1989 había sido funcionario interino con dicha categoría. Al carecer del título de Doctor, su promoción profesional estaba bloqueada y no podía obtener acreditación alguna, por lo que le era de plena aplicación la norma madrileña indicada. Su jornada de trabajo, pues, fue reducida, con la consiguiente reducción retributiva. En el marco del litigio entre el profesor y su Universidad, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo planteó su duda a propósito del encaje de la medida en la Directiva 1999/70/CE, puesto que los profesores no doctores que no tuvieran la condición de interinos no se verían afectados por el régimen indicado.

El Tribunal de Justicia abordó conjuntamente el

estudio de todas las preguntas planteadas, en las que había consideraciones de gran interés sobre la noción de "causa objetiva", uno de los elementos absolutamente esenciales de la Directiva 1999/70/CE y que es, sin embargo, ignorado sistemáticamente por el legislador. Y dejó claro desde el principio que no había *nihil novum sub sole* en lo preguntado.

La respuesta del Tribunal tuvo forma de Auto, una vez más, con la estructura característica que se repite una y otra vez. En primer lugar, un potente elenco jurisprudencial, en el cual se ponen de manifiesto toda las decisiones anteriores aplicables al caso. Sobre ese hilo que abunda en lo ya dicho, el Tribunal va engarzando los elementos del caso concreto.

Un puesto como el descrito entra en el ámbito subjetivo de la Directiva, sus funciones son las mismas que las de un profesor del mismo rango no interino, y la reducción de la jornada de trabajo se inserta claramente en la noción de condiciones de trabajo de la conocida cláusula 4. Por este motivo, no cabe un trato menos favorable si no viene amparado por razones objetivas.

La razón objetiva alegada por la Universidad eran las restricciones presupuestarias existentes y el descenso de matrículas, lo cual obliga a tomar medidas para recortar gastos. Si bien el Tribunal de Justicia ha reconocido a las distintas Administraciones públicas de los Estados miembros la capacidad de autoorganización, esta facultad ha de estar siempre sometida al respeto de la Directiva, que se manifiesta en la existencia de criterios sujetos a control.

Pues bien, en este caso, como en tantos otros anteriores (el más reciente, el auto *Popescu* de 21 de septiembre de 2016⁹), el Auto indicó que la gestión del personal y las restricciones presupuestarias no eran argumento suficiente sobre el que basar la diferencia de trato de este caso. Una vez más, el Tribunal de Justicia decidió que la normativa española en materia de empleo público contradice las obligaciones recogidas en la Directiva 1999/70/CE.

6 ECLI:EU:C:2016:683

7 ECLI:EU:C:2016:680

8 ECLI:EU:C:2016:725

9 ECLI:EU:C:2016:726

Tribunal Constitucional

Derecho de Huelga

Esquirolaje tecnológico

El Tribunal analiza si la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa, pero que no utiliza con carácter habitual, constituye una vulneración de derecho de huelga. En este aspecto, Declara que en este caso no se ha producido un uso abusivo del *ius variandi* empresarial, que está prohibido, sino un ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que cuenta el empresario. Recuerda que la prohibición de cierre patronal y obligación de mantenimiento de la actividad productiva durante la huelga es consustancial al derecho de huelga de los huelguistas pero que, asimismo, también es una protección del derecho al trabajo de los trabajadores no huelguistas. El derecho de huelga exige proporcionalidad y sacrificios mutuos, y no debe ser una vía para producir daños o deterioros en los bienes de

producción, de esta forma, la libertad del empresario queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, pero no hay precepto alguno que impida emplear los medios técnicos de los que habitualmente dispone la empresa. Exigir al empresario que no los utilice es imponerle una conducta de colaboración no exigible legalmente, y que no es asimilable a la prohibición de "esquirolaje" del art. 6.5 RDL 17/1977, que se refiere al uso de recursos humanos, pero no al uso de medios materiales y tecnológicos. De permitirse eso, se estaría también obligando a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación y obligando al empresario a reducir su actividad más allá de la consecuencia lógica de la huelga.

Pleno. Sentencia de 2 de febrero de 2017. Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

J.M.N.

Tribunal Supremo

Negociación colectiva

Contractualización de los convenios colectivos

Los derechos y obligaciones recogidas en un convenio colectivo estatutario no desaparecen en el momento en que el Convenio pierde su vigencia, sin ninguno posterior que lo sustituya, ello es así, no porque las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente. Y esta contractualización, no puede limitarse a aquellas condiciones que la Empresa haya decidido seguir aplicando, sino que abarca a todas aquellas que regulan la relación laboral en todos sus aspectos y no solo las que regulan el "núcleo duro" del contrato de trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala admite que en casos concretos, puede aceptarse una inaplicación parcial de un Convenio siempre que los preceptos inaplicados no sean contractualizables y que la empresa comunique en forma qué preceptos del texto pactado entiende incorporados al contrato de trabajo y cuáles no.

Sala IV. Sentencia de 20 de diciembre de 2016. Recurso 217/2015. Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga. ECLI:ES:TS: 2016: 5709

J.M.N.

Proceso laboral

Readmisión regular y *ius variandi*

El concepto de readmisión irregular es un concepto jurídico indeterminado y hay que entenderlo en función de la situación de hecho existente en la empresa en el momento de la reincorporación. En ese sentido, el "*ius variandi*" del empresario permanece después de la sentencia de despido y, por tanto, su

lícito ejercicio no da lugar a irregularidad en la readmisión. Y que si el despido no puede servir para privar al trabajador de derecho alguno, tampoco puede ser ocasión de acrecentar el contenido de los que le corresponden. Por ello, el empresario conserva las mismas facultades novatorias que le corresponderían respecto del trabajador no despedido, obviamente si no hay voluntad de apartarse del cumplimiento del fallo judicial, sino imposibilidad de acatarlo en el sentido literal absoluto.

Sala IV. Sentencia de 18 de enero de 2017. Recurso 108/2015. Ponente: Angel Antonio Blasco Pellicer. ECLI:ES:TS: 2017: 281

J.M.N.

Competencia jurisdiccional en materia de sucesión de empresa y concurso

La competencia para analizar la responsabilidad laboral que pudiera adquirir una empresa que adquiere bienes de una sociedad concursada, en la medida que la sociedad adquirente se encuentra fuera del concurso, que esos bienes pueden constituir una unidad productiva autónoma, y por tanto derivarse responsabilidades laborales, es de la jurisdicción social.

Sala IV. Sentencia de 11 de enero de 2017. Recurso 1689/2015. Ponente: José Manuel López García De La Serrana. ECLI:ES:TS: 2017: 456

J.M.N.

Pacto de no competencia postcontractual

Proporcionalidad de la cláusula penal pactada

Si bien la doctrina civil tiene declarado que no es posible moderar la pena exclusivamente por ser excesiva, ya que la fijación de la misma fue libremente efectuada por las partes, el Tribunal considera que ésta tiene una naturaleza

mixta, sancionadora-indemnizatoria, y que por tanto, es posible revisar la proporcionalidad de la indemnización. En ese aspecto, al igual que se exige que la compensación que se satisfaga al trabajador por no competir sea adecuada, igualmente adecuada o proporcional ha de ser la compensación a la empresa cuando dicho trabajador incumpla tal pacto. Además, el alcance del principio de la autonomía de la voluntad no es el mismo en el ámbito civil que en el penal.

Sala IV. Sentencia de 26 de octubre de 2016. Recurso 1032/2015. Ponente: Miguel Angel Luelmo Millan. ECLI:ES:TS: 2016: 5086

J.M.N.

Modificación sustancial de condiciones de trabajo

Acuerdo colectivo sobre contenido funcional

La Empresa puede pactar con el comité de empresa el contenido funcional de determinados colectivos de trabajadores sin que eso implique que estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo siempre y cuando las funciones se encuentren dentro del grupo profesional al que este colectivo pertenece. El hecho de que una formación de ochenta horas sea suficiente para desempeñar las funciones encomendadas evidencia que no es necesaria una determinada titulación académica o profesional que traslade a otro superior grupo profesional el conjunto de tareas que requiere.

Sala IV. Sentencia de 2 de diciembre de 2016. Recurso 273/2015. Ponente: Sebastián Moralo Gallego. ECLI:ES:TS: 2016: 5816

J.M.N.

Derecho de Huelga

Huelga y subcontratación

No cabe exigir responsabilidad por la vulneración del derecho de huelga al empresario principal cuando no existe relación laboral entre los trabajadores huelguistas y dicho empresario, sobre todo cuando la supuesta vulneración del derecho de huelga consiste en la vulneración del artículo 8.2 del RDL 17/1977, el cual establece la obligación de negociar con el Comité de Huelga. Es decir, no se puede pretender la vulneración del derecho de huelga por parte del empresario principal por no negociar para llegar a un acuerdo con el Comité de Huelga en los términos que establece en artículo anteriormente citado.

Sala IV. Sentencia de 23 de enero de 2017. Recurso 60/2016. Ponente: Jesús Gullon Rodríguez. ECLI:ES:TS: 2017: 528

J.M.N.

Salario

Seguros. Naturaleza salarial

Las pólizas de seguro son una mejora voluntaria incorporada al contrato de trabajo, que si bien mejoran la protección otorgada por la Seguridad Social, constituyen verdadero salario en especie a los efectos del art. 26 ET, en este sentido el pago por la empresa de las primas de seguro como mejora de la Seguridad Social que se encuentra incorporada al contrato de trabajo de los

trabajadores constituyen un verdadero salario en especie a los que se refiere el art. 26 ET, ya que el abono del seguro en beneficio del trabajador por parte de la empresa deriva de la existencia de la relación laboral entre las partes y es por tanto, una contrapartida a las obligaciones del trabajador.

Sala IV. Sentencia de 26 de enero de 2017. Recurso 115/2016. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro. ECLI:ES:TS: 2017: 461

J.M.N.

Compensación-absorción

Es correcta la compensación-absorción de conceptos homogéneos cuando existe acuerdo expreso previo sobre su posibilidad al tiempo de crearse el complemento personal cuya compensación se cuestiona.

Sala IV. Sentencia de 10 de enero de 2017. Recurso 3199/2015. Ponente: José Manuel López García De La Serrana. ECLI:ES:TS: 2017: 256

J.M.N.

Despido

Computo de los umbrales del despido colectivo

En un procedimiento de impugnación de un despido individual, el cómputo de los noventa días a los efectos de comprobar si se han sobrepasado los umbrales de despidos objetivos realizados comienza a partir de la fecha de extinción del despido enjuiciado, en otras palabras, con el fin de apreciar la existencia de un despido colectivo, los noventa días deben empezar a contar retroactivamente a partir del día en que el último despido surte efectos, no debiendo excederse más allá de esos noventa días.

Sala IV. Sentencia de 11 de enero de 2017. Recurso 2270/2015. Ponente: José Luis Gilolmo López. ECLI:ES:TS: 2017: 258

J.M.N.

Despido objetivo tras subrogación en contrata

La empresa que se hace con la nueva contrata está legitimada para llevar a cabo el ajuste de plantilla que corresponda debido a una minoración sufrida en la propia contrata. Es decir, una vez producido el efecto subrogatorio, la cuestión central para el Tribunal consiste, por tanto, en determinar si las causas objetivas para justificar una extinción pueden ser anteriores a la adjudicación o deben ser sobrevenidas. En este punto, la Sala considera que si la antigua contratista podía reducir plantilla cuando se minorase la contrata, la nueva adjudicataria también debe poder hacerlo, pues de lo contrario se empeoraría la posición de la nueva adjudicataria respecto de la anterior.

Sala IV. Sentencia de 10 de enero de 2017. Recurso 1077/2015. Ponente: José Manuel López García De La Serrana. ECLI:ES:TS: 2017: 251

J.M.N.

Seguridad Social

Prestación de maternidad en supuestos de maternidad subrogada

El Tribunal reitera la doctrina de sus sentencias dictadas en los recursos 3146/2014 y 3818/2015 en el sentido de extender la prestación de maternidad a los casos de maternidad subrogada y señala que cuando el padre (bio-

lógico, tras maternidad subrogada) está materialmente, junto con su cónyuge al que se le ha reconocido la prestación de paternidad, al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones.

Sala IV. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Recurso 3219/2015. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer. ECLI:ES:TS: 2016: 5801

J.M.N.

Tribunales Superiores de Justicia

Faltas y sanciones

Facultad revisoria del juzgador

Si el Juzgador atribuye a los hechos imputados la misma calificación que la empresa; en este caso, falta muy grave, no tiene facultad para rebajar la sanción. Recuerda la Sala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993 (rec. 3805/1992), en la que se declara que no es posible graduar la sanción cuando la relación se ha extinguido por despido declarado improcedente, porque ello supondría otorgar al empresario una alternativa de inferior sanción que solo se puede realizar si se opta por la readmisión, de forma que se condiciona la opción que establece la ley en caso de improcedencia del despido.

Añade que la facultad del juez está limitada a comprobar la realidad de los hechos y a valorar la gravedad y culpabilidad de las faltas alegadas, debe examinar si las conductas imputadas se adecúan a las faltas tipificadas, y declarar la improcedencia si no se adecúan. Pero si hay conformidad con la tipificación de la falta como muy grave, debe declarar que la calificación empresarial es adecuada y no puede imponer una sanción distinta.

TSJ de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Recurso 747/2016. Ponente: Luis Lacambra Morera. ES:TSJM:2016:12929

J.M.N.

Contratación temporal

Modalidades de contratación temporal, fraude de ley e indemnización por la finalización del contrato

Aunque la modalidad contractual temporal usada no sea la correcta, ya que la ausencia por vacaciones no es una suspensión con reserva del puesto de trabajo que dé lugar a causa de interinidad, sino una mera interrupción ordinaria que debe ser cubierta mediante contrato eventual, el uso incorrecto de la modalidad contractual no supone la invalidez de la extinción o un fraude de ley, pues produciendo tal ausencia una acumulación de tareas y mediando pacto expreso de temporalidad, la consecuencia procedente es asignar a tales contratos la naturaleza que le fuera propia, aplicando su régimen específico.

Dicho esto, la Sala aplica la doctrina De Diego Porras para determinar que al trabajador le corresponde por despido improcedente una indemnización de veinte días por año trabajado, con base en que conviene aplicar por analogía el caso Diego Porras aunque en este caso el empresario no es una administración pública directamente sujeta al Derecho Comunitario, ya que el efecto directo también debe extenderse a las relaciones entre entidades privadas (efecto horizontal), y si bien en general, la extinción de un contrato de interinidad no da derecho a indemnización, en este caso concreto la situación del trabajador es comparable a la de los trabajadores indefinidos de la empresa, por lo que debe actuar el principio de no discriminación que aplica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TSJ del País vasco (Sala de lo Social). Sentencia de 15 de noviembre de 2016. Recurso 1990/2016. Ponente: Modesto Iruretagoyena Iturri. ECLI:ES:TS: 2016:2956

J.M.N.

Doctrina en contradicción

Despido Colectivo

Retractación del acto de adhesión a los afectados por un despido colectivo

La cuestión objeto de debate consiste en determinar si un trabajador que manifiesta su voluntariedad para ser afectado dentro de un proceso de despido colectivo puede retractarse de dicha opción o no.

En este sentido, la Sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de octubre de 2016 (sentencia 677/2016), dictada en el

recurso de suplicación, considera que la opción de adherirse al despido colectivo no puede desvirtuarse por posteriores comunicaciones en dicho sentido. Sin embargo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 6 de octubre de 2005 considera que la solicitud de adhesión es un acto productor de plenos efectos del cual no pueden desvincularse unilateralmente las partes.

J.M.N.

DOCTRINA

Acerca de la Directiva comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 14 de septiembre de 2016, sobre las indemnizaciones no previstas en la normativa nacional española relativa a los contratos de trabajo temporales de los trabajadores interinos

Tomás Sala Franco

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia. Estudio General

SUMARIO

I.- Introducción. II.- La Directiva Comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada. III.- La jurisprudencia comunitaria interpretativa. IV.- Valoración crítica de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, caso Porras, C-596/14. V.- El impacto de la Directiva de 14 de septiembre de 2016, C-596/14 sobre el derecho interno español.

RESUMEN

La STJUE de 14 de Septiembre de 2016, sobre la indemnización no prevista en la legislación española para los contratos de interinidad por sustitución, ha levantado un verdadero “*tsunami*” en la doctrina judicial y científica sobre el tratamiento indemnizatorio de los contratos temporales. El presente comentario no pretende otra cosa que dar una opinión sobre la Directiva y sobre la STJUE, siendo las líneas maestras del mismo las dos siguientes: la Directiva sobre el trabajo de duración determinada no incide sobre las causas, que es el principal problema que plantea la contratación temporal y la Sentencia yerra en la comprensión del derecho español sobre el tema indemnizatorio.

PALABRAS CLAVES

Directiva comunitaria. Sentencia comunitaria. Contratación temporal. Indemnización.

ABSTRACT

The STJUE of 16 September 2016, on compensation not provided in the Spanish legislation for interim contracts by substitution has raised a real “*tsunami*” in the Spanish scientific and judicial doctrine on the treatment of compensation of temporary contracts. This commentary is intended merely to give an opinion on the Directive and on the STJUE, being the two main lines of the same the following: the Directive does not have any impact on the causes, which is the main problem posed by the temporary hiring and the Judgment errs in the understanding of the Spanish Law on the subject.

KEYWORDS

Community Directive. Community Sentence. Temporary contracts. Compensation.

I.- Introducción

1.- El exceso de temporalidad laboral en España.— El exceso de temporalidad en las relaciones laborales contractuales o estatutarias constituye

una de las grandes lacras de nuestro Modelo de Relaciones Laborales, no solamente en el sector privado sino muy especialmente en el sector público (Sanidad o Enseñanza, a modo de ejemplos) y la Directiva Comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de

duración determinada, ha constituido sin duda un importante instrumento para combatirlo.

Se ha escrito mucho sobre el tema, especialmente a propósito de la STJUE de 14 de Septiembre de 2016, Caso Porras, C-16/15. No obstante, trataré a continuación de sintetizar mi opinión acerca de la Directiva, de la Jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y del impacto de la misma sobre nuestro Derecho Interno sobre las relaciones laborales temporales.

II.- La Directiva Comunitaria 1999/70, sobre el trabajo de duración determinada

2.- La Exposición de Motivos de la Directiva.- La Exposición de Motivos de la Directiva precisa en su párrafo tercero que el *“Acuerdo establece los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas. Ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación y con el fin de utilizar contratos laborales de duración determinada sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores”*.

3.- Los dos objetivos de la Directiva.- En correspondencia con lo anterior, la Directiva persigue dos objetivos muy claros:

1) Uno, combatir la discriminación existente entre los trabajos de duración determinada y los trabajos de duración indefinida comparables: *“mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación”*, dirá la Cláusula Primera. Y para ello la Cláusula Cuarta establece que *“por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*.

En cuanto a los términos de la comparación para valorar si ha habido o no discriminación, los conceptos utilizados a estos efectos por la Directiva Comunitaria de los *“trabajadores con un contrato de duración determinada”* y de los *“trabajadores*

fijos comparables” son los siguientes (Cláusula Tercera):

a) *“Trabajador con contrato de duración determinada” es “el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”*).

b) Y *“trabajador con contrato de duración indefinida comparable” es “un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”*.

Por otra parte, la Cláusula Segunda de la Directiva señala que los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, podrán prever que el presente Acuerdo no se aplique a:

a) Las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje.

b) Los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos.

2) Y dos, evitar los abusos en la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada: *“A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número*

de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales” (Cláusula Quinta).

Todo ello, aplicable tanto al sector privado como al sector público y, dentro de este último, tanto al personal funcionario y estatutario como al personal laboral.

4.- Valoración crítica de la Directiva.— La Directiva, sin embargo, no es omnicomprendiva de todos los problemas que arrastran las relaciones laborales temporales, ni siquiera de los más importantes, como diré luego, dejando virgen el tratamiento de la causalización de la temporalidad, más allá de unas referencias genéricas y ambiguas a *“una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado”*, al definir al *“trabajador con contrato de duración determinada”* en la Cláusula Cuarta y a *“las razones objetivas que justifican la renovación de las relaciones laborales”*, como una de las medidas previstas en la Cláusula Quinta para evitar la utilización abusiva de la sucesión de relaciones laborales temporales.

A continuación me referiré únicamente al primero de los objetivos de la Directiva, esto es, al principio de no discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos.

5.- El primer objetivo: el principio de no discriminación.— Por lo que se refiere al principio de no discriminación (*“por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*), son tres los problemas interpretativos que su redacción plantea:

1º) En primer lugar, lo que deba entenderse por *“condiciones de trabajo”* a estos efectos.

2º) En segundo lugar, el *“juicio de comparación”*, esto es, el concreto significado de los términos de la comparación posible, esto es, de un lado, los dos tipos de trabajadores comparables – los *“trabajadores con un contrato de duración determinada”* y los *“trabajadores fijos comparables”* – y, de otro lado, la concreta constatación de que existe un trato normativo discriminatorio en un supuesto determinado.

3º) Y, en tercer lugar, el *“juicio de justificación”*, esto es, cuáles serían las *“razones objetivas”* justificativas de un trato menos favorable para el trabajador temporal respecto del de un trabajador fijo comparable.

Poco más añade la Directiva para concretar el principio de no discriminación, tan solo:

- a) La aplicación del principio *“pro rata temporis”*, como límite legal del trato igual resulte adecuado.
- b) Que los criterios de antigüedad de determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores temporales que para los trabajadores fijos.

Las tres cuestiones interpretativas han sido abordadas por las sucesivas Sentencias y Autos del TJUE y, en especial, por la STJUE de 14 de septiembre de 2016, Caso Porras, C-16/15, sentando la siguiente doctrina.

III.- La jurisprudencia comunitaria interpretativa

6.- El significado de las “condiciones de trabajo”.— En cuanto al significado de las *“condiciones de trabajo”* a estos efectos, la doctrina del TJUE ha sido la de señalar que *“el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto es precisamente el del empleo, es decir, la relación laboral entre un trabajador y su empresario (Sentencias de 12 de Diciembre de 2013, Caso Carrafú, C-361/12 y de 13 de Marzo de 2014, Caso Nierodzik, C-38/13).”*

Y, con base en esta doctrina, el TJUE ha incluido entre las *“condiciones de trabajo”* a *“los trienios”* (por todas, STJUE de 22 de Diciembre de 2010, Caso Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09), a *“las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso aplicable en caso de finalización de los contratos de duración determinada”* (STJUE de 13 de Marzo de 2014, Caso Nierodzik, C-38/13) y, últimamente, a *“las indemnizaciones que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada”* (STJUE de 14 de Septiembre de 2016, Caso Porras, C-16/15).

7.- El “juicio de comparación.” – En relación con el *“juicio de comparación”*, el TJUE mantiene lógicamente que *“el principio de no discriminación exige dar trato igual a situaciones comparables y desigual a situaciones diferentes”*, siempre que ese trato igual o distinto no esté justificado por razones objetivas.

Todo lo cual exige la realización de un doble juicio por el Tribunal:

- a) Un primer *“juicio de comparabilidad a la búsqueda de la norma discriminatoria”*.

b) Un segundo “juicio de búsqueda de una justificación objetiva del trato discriminatorio”.

8.- El “juicio de comparabilidad a la búsqueda de la norma discriminatoria”.– Respecto del “juicio de comparabilidad”, señala, en primer lugar, el TJUE que únicamente podrá referirse a las diferencias de trato entre trabajadores con relación laboral determinada y trabajadores con relación laboral indefinida y no entre trabajadores temporales, comparación que queda fuera del ámbito de la Directiva. Así, “*las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada... no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por ... el Acuerdo Marco*” (Auto de 11 de Noviembre de 2010, Caso Vino, C-20/10, no publicado).

Rechaza, por ello, el Tribunal la cuarta cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid acerca de si es discriminatoria la distinción que el ET establece entre las condiciones de trabajo de los trabajadores interinos respecto de los demás trabajadores temporales (STJUE de 14 de septiembre de 2014, Caso Porras, C-16/15).

En segundo lugar, considera el TJUE que el “juicio de comparabilidad” exige igualmente que se trate de “*trabajos idénticos o similares*”, debiendo comprobar en este sentido “*la naturaleza del trabajo*”, “*los requisitos de formación y las condiciones laborales*”.

Concluye el Tribunal que en el Caso Porras la trabajadora interina realizaba el mismo trabajo de la trabajadora sustituida, que poseía los mismos requisitos de formación y que se le aplicaban las mismas condiciones de trabajo y que, por ello, la situación de la trabajadora interina sustituta era comparable con la de la trabajadora fija sustituida.

Y, con base en lo anterior, compara el TJUE dos preceptos legales del Estatuto de los Trabajadores español – el Art. 49.1 y el Art. 53 – estableciendo el primero que los trabajadores interinos no tienen derecho a indemnización alguna por fin de contrato y el segundo que las extinciones por causas objetivas gozan del derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el tope máximo de doce mensualidades.

9.- El “juicio de búsqueda de una justificación objetiva del trato discriminatorio”.– Finalmente, en cuanto al “juicio de búsqueda de una justificación objetiva del trato discriminatorio”, entiende el TJUE que la desigualdad de trato apreciada debe estar justificada por la existencia de “*elementos precisos*

y concretos con arreglo a criterios objetivos y transparentes” para verificar si la desigualdad de trato responde a una “*necesidad auténtica*” (“juicio de necesidad”), si permite alcanzar el objetivo perseguido (“juicio de eficacia”) y si resulta indispensable para ello (“juicio de indispensabilidad”) (por todas, STJUE de 18 de Octubre de 2012, Caso Valenza y otros, C-302/11, a C-305/11). En otras palabras, el Tribunal deberá constatar la existencia de “*un hecho diferencial, objetivo y razonable*” que justifique la diferencia de trato establecida en la norma.

Considera en este sentido el Tribunal que la justificación objetiva puede tener un triple origen:

- 1) La especial naturaleza de las tareas realizadas por el trabajador temporal
- 2) Las características inherentes a las relaciones laborales de duración determinada.
- 3) La persecución de un objetivo legítimo de política social

En todo caso, señala el TJUE, que ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la existencia de disposiciones en la normativa nacional, legal o convencional, marcando diferencias de trato son suficientemente justificativas de las mismas, lo que incurriría en una “*petición de principio*”. Argumenta el Tribunal en este sentido que, de admitirlo, se “*privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contratos de duración determinada*” (sentencias TJUE de 22 de Diciembre de 2010, Caso Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, de 8 de Septiembre de 2011, Caso Rosado Santana, C-177/10 o de 18 de Octubre de 2012, Caso Valenza y otros, C-302/11, a C-305/11).

Concluye por todo ello el Tribunal que en el Caso Porras no existe una razón objetiva que justifique la inexistencia de indemnización en la finalización de un contrato de interinidad por sustitución.

IV.- Valoración crítica de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, caso Porras, C-596/14

10.- Las indemnizaciones por extinción de contrato son “condiciones de trabajo”.– A mi juicio, en cuanto a la primera cuestión interpretativa, nada que objetar a la generosidad interpretativa del TJUE cuando incluye entre las “*condiciones de trabajo*” a que se refiere la Directiva a “*las indemnizaciones por finalización de un contrato temporal*”.

Si bien es cierto que esta generosa interpretación “*choca*” con la distinción mantenida en nues-

tra jurisprudencia entre “*condiciones de trabajo*” y “*condiciones de empleo*” en una relación laboral, admitamos que se trata de una disquisición semántica.

11.- El “juicio de comparabilidad” efectuado por la STJUE.— Las mayores dudas y, en su caso, críticas interpretativas, se centran en la segunda de las cuestiones interpretativas, esto es, en el “juicio de comparabilidad” entre las situaciones extintivas y, por ello, indemnizatorias, de los trabajadores interinos por sustitución (Arts. 15.1 y 49.1 del ET) y de los trabajadores indefinidos (Arts. 52 y 53 del ET): ¿Son realmente comparables en el sentido de la Directiva las extinciones de ambos tipos de trabajadores?

Ciertamente, existen dos diferencias notables entre ambas causas de extinción:

1ª) La primera de ellas se refiere al distinto origen, procedimiento, naturaleza y fundamento de las extinciones contractuales y, por ello, de las eventuales indemnizaciones.

Así, en cuanto a su “*origen*”, mientras la causa de extinción de los contratos temporales de interinidad por sustitución prevista en los Arts. 15.1 y 49.1 del ET, — la pérdida del derecho de reserva de puesto de trabajo del trabajador fijo sustituido, — es una causa prevista en el momento de contratar y aceptada expresamente por ambas partes, las causas de extinción objetiva previstas en los Arts. 52 y 53 del ET son causas sobrevenidas con posterioridad a la contratación y no pactadas expresamente en el contrato.

En cuanto al “*procedimiento*” de las distintas extinciones, mientras que en la extinción de un contrato de interinidad el acto del cese es un “*acto declarativo*” del empleador, en las extinciones por causas objetivas el acto del cese es un “*acto constitutivo*” del mismo.

En cuanto a la “*naturaleza*” de las extinciones comparadas, mientras en el caso de la extinción del contrato de interinidad estamos ante un “*término*” contractual, consistente en un “*certus an/ incertus quando*” que siempre habrá de producirse, en el caso de las extinciones por causas objetivas no tienen por qué producirse siempre, tratándose por ello de una “*condición*” contractual resolutoria, consistente en un “*incertus an/incertus quando*”.

Y, finalmente, el “*fundamento*” de las indemnizaciones en ambos supuestos de extinción también es distinto. Así, mientras en la extinción del contrato de interinidad la eventual indemnización pretendería compensar la temporalidad en la contratación pactada, en la extinción por causas obje-

tivas la indemnización prevista pretende compensar la ruptura anticipada del contrato en beneficio del empresario.

Precisamente, por todas estas razones, la Directiva 98/59/CE, de 20 de Julio de 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, excluye “*a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de estos contratos*” (Art. 1.2 a).

2ª) Pero, sobre todo, es que las causas de extinción objetiva de los Arts. 52 y 53 del ET son aplicables a los dos tipos de contratos: a los contratos de interinidad por sustitución y a los contratos indefinidos: ¿dónde reside, pues, el trato desigual discriminatorio?

Pero, una vez dicho esto, lo cierto es que, guste o no, la STJUE ha comparado las extinciones contractuales previstas en los Arts. 49.1 y 53 del ET y, con ello, las indemnizaciones (ausentes en la ley) por fin de contrato de los trabajadores interinos y las indemnizaciones (existentes en la ley) de los trabajadores indefinidos (y temporales, añadiríamos nosotros), considerando que son situaciones comparables las del trabajador interino por sustitución que ve extinguido su contrato con la llegada del término final pactado y la del trabajador indefinido que ve extinguido su contrato por la concurrencia de alguna de las causas objetivas previstas legalmente.

Llama ciertamente la atención en este sentido que la STJUE no haya explicitado fundamentación jurídica concreta alguna para este “juicio de comparabilidad”, pudiendo haberlo hecho, subrayando, de un lado, la naturaleza objetiva de ambos tipos de causas, por cuanto que de ninguna de ellas propiamente es culpable el trabajador o el empresario y, de otro lado, defendiendo una interpretación teleológica de la Cláusula Cuarta de la Directiva Comunitaria a la luz del “*objetivo equiparador*” de la misma entre los contratos temporales e indefinidos, por cuanto no hay duda de que esta medida, al equiparar las indemnizaciones por fin de contrato, equipara notablemente las condiciones de trabajo de unos y otros contratos, reduciendo las diferencias entre ambos a la necesidad para el empresario de justificar la causa de temporalidad en el momento de contratar so pena de ser calificado el contrato de indefinido.

12.- La ausencia de justificación objetiva.— Finalmente, respecto de la tercera cuestión inter-

pretativa, en cuanto a la ausencia de justificación objetiva del trato discriminatorio, una vez “afirmada” la comparabilidad de ambas situaciones extintivas y, por ello, indemnizatorias, nada podrá objetarse al juicio efectuado por la STJUE. En efecto, por razones obvias, las funciones realizadas por el trabajador sustituto y por el sustituido son las mismas y por tanto no hay distintas exigencias de formación. Y tampoco es constatable una razón de política social que pudiera justificar el trato desigual.

13.- El fallo de la STJUE.— Con base en todo lo anterior, dirá la Sentencia en el Fallo:

“La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización”.

La conclusión no puede ser otra que la de conceder a los trabajadores interinos por sustitución la indemnización de los 20 días de salario por año de servicio con el tope máximo de 12 mensualidades que establece el Art. 53 del ET.

Desde luego, cabría plantearse, dada la redacción del fallo aludiendo a “cualquier indemnización”, qué hubiera dicho el TJUE de haberse planteado una cuestión prejudicial respecto de un contrato eventual o de obra o servicio determinado, que gozan en nuestra legislación de una indemnización de 12 días de salario por año de servicio o respeto del mismo contrato de interinidad por sustitución en el caso de que la legislación le atribuyera la indemnización anterior.

V.- El impacto de la Directiva de 14 de septiembre de 2016, C-596/14 sobre el derecho interno español

13.- La eficacia directa de la Directiva y su aplicación por parte de los Tribunales internos.— Las Directivas comunitarias, en principio, no poseen una eficacia directa en el Derecho interno sino que necesitan de una norma interna de transposición en un plazo determinado (Art. 288 del TFUE).

Ello no obstante, fundándose en el principio de primacía de la norma comunitaria sobre la norma interna, el TJUE ha admitido la eficacia directa de una Directiva, siempre que su contenido sea “claramente imperativo, completo, autosuficiente e incondicional” y haya transcurrido el plazo previsto en la Directiva para su transposición por parte de un Estado miembro o haya hecho la transposición contrariando la Directiva (por todas, STJUE de 11 de Julio de 2002, Caso *Marks & Spencer*, C-62/2000). En estos casos, los tribunales nacionales están obligados a no aplicar la norma interna contraria a la Directiva (“efecto de exclusión”) y, aún más, a aplicar la Directiva comunitaria en sustitución de la norma interna excluida (“efecto de inclusión o de sustitución”) (por todas, STJUE de 11 de Julio de 2002, Caso *Marks & Spencer*, C-62/2000). Ahora bien, el TJUE aplica el efecto directo de la Directiva únicamente a las relaciones entre el Estado y los particulares, tanto cuando actúa como autoridad pública como cuando lo hace como empleador de funcionarios públicos o de personal laboral (por todas, STJUE de 26 de Diciembre de 1986, Caso *Marshall*, C-152/1984), incluidas las empresas públicas (STJUE de 12 de Julio de 1990, Caso *Foster*, C-188/1989) (efecto vertical) y no a las relaciones entre particulares (efecto horizontal) (por todas, STJUE de 7 de Marzo de 1996, Caso *Corte Inglés*, C-192/1994), fundamentando tal efecto directo en la responsabilidad del Estado en la omisión o en el incumplimiento del derecho comunitario al no transponer la Directiva o al haberla transpuesto incorrectamente.

En todo caso, cuando un particular resulte perjudicado por la no transposición o por la transposición incorrecta de una Directiva y la consiguiente inaplicación de la misma, existe un principio de responsabilidad del Estado incumplidor por los daños causados a los particulares, debiendo indemnizarlos “por violaciones del derecho comunitario a él imputables” (por todas, STJUE de 19 de Noviembre de 1991, Caso *Francovich*, C-6/1990 y C-9/1990).

Por otra parte, el TJUE ha ido más lejos en orden a asegurar la eficacia de las Directivas en las relaciones entre particulares a través de una doble doctrina que atribuye un “efecto de exclusión” (de no aplicación) de la norma interna contraria a la Directiva:

1º) En primer lugar, mediante la “doctrina de la interpretación conforme”, según la que los tribunales internos deben interpretar la norma nacional de acuerdo con la literalidad y los objetivos de la Directiva (por todas, STJUE de 16 de Julio de 2009, Caso *Mono Car Styling S.A.*, C-12/2008), desde lue-

go, respetando sus límites, esto es, sin que quepa una interpretación “*contra legem*” (por todas, STJUE de 23 de Abril de 2009, Caso *Angelikadi*, C-378 a 380/2007). De esta manera se atribuye a la Directiva un “*efecto de exclusión*”, esto es, la Directiva no será directamente aplicable pero sí indirectamente, mediante la inaplicación de la norma interna por contraria a la misma y la aplicación consiguiente de otra norma interna compatible con la Directiva (por todas, STJUE de 13 de Marzo de 1997, Caso *Morellato*, C-385/1995).

2º) En segundo lugar, mediante la “*doctrina de la aplicación directa de los principios generales del derecho comunitario*” reconocidos en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según la que los tribunales internos, si bien no pueden aplicar directamente la Directiva, deben no obstante aplicar los principios comunitarios e inaplicar consiguientemente la norma interna, concediendo el derecho al particular que lo solicite. Esta doctrina juega principalmente respecto del principio de igualdad y no discriminación (por todas, STJUE de 19 de Abril de 2016, Caso *Dansk Industri*, C-441/2014).

Ahora bien, la temporalidad no entra dentro de las causas de discriminación denominadas “*odiosas*” a que se refieren los Tratados comunitarios (Arts. 19 y 157 del TFUE y Art. 21 del CDF).

Así pues, queda claro que la Directiva Comunitaria 1999/70/CE y la STJUE de 14 de Septiembre de 2016 serán directamente aplicables en el sector público (entendido en un sentido amplio comprensivo de las “*empresas públicas*”) y, más dudosamente, en el sector privado con base en las doctrinas jurisprudenciales de “*la interpretación conforme*” y de “*la aplicación directa de los principios generales del derecho comunitario*”.

Consiguientemente, la STSJ de Madrid, de 5 de Octubre de 2016, resolvió el pleito aplicando correctamente la STJUE y concediendo a la trabajadora interina sustituta la indemnización de 20 días de salario por año de servicio prevista en el Art. 53 del ET.

Es más, a mi juicio, mientras siga vigente esta doctrina jurisprudencial comunitaria, el TSJ de Madrid y otros Tribunales españoles podrán aplicar idéntica doctrina a los pleitos que sustancien sobre la misma cuestión, antes de que se transponga efectivamente la Directiva en nuestra legislación.

Y, en cuanto a si un Tribunal puede plantear nuevamente, antes de fallar, otra cuestión prejudicial sobre la misma cuestión, no parece haber pro-

blema alguno para ello –de hecho ya ha sucedido, habiéndose planteado una nueva cuestión prejudicial por el TSJ de Galicia, si bien referida a un contrato de obra o servicio determinado–, pudiendo desde luego, el TJUE variar su doctrina interpretativa, aunque no parece fácil que esto último se produzca.

Desde luego, cabe plantearse si la nueva interpretación de la STJUE debe aplicarse con carácter retroactivo, esto es, no solamente a los contratos suscritos antes de la publicación de la Sentencia, para los que no existe duda alguna con base en la propia doctrina del TJUE (STJUE de 19 de Abril de 2016, C-441/14), sino también para los contratos extinguidos con anterioridad a la fecha de la STJUE, para los que podría jugar únicamente como límite temporal el plazo de prescripción general de las reclamaciones de cantidad de un año a partir de la fecha en que pudo plantearse, esto es, a partir de la fecha de la STJUE (Art. 59 del ET).

14.– Otras cuestiones no resueltas directamente por la STJUE.– Quedan no obstante varias cuestiones sin tratar directamente por el TJUE que convendría considerar a continuación:

1ª) En primer lugar, por una parte, señala la Directiva que quedan dentro de su ámbito de aplicación y del principio de no discriminación en ella establecido todos aquellos trabajadores con un contrato temporal en el que “*el final del contrato de trabajo viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”.

Por otra parte, para que exista elemento de comparación, es necesario que exista un “*trabajador con contrato de duración indefinida comparable*”, debiendo entender por tal al trabajador en el que se den las tres condiciones siguientes:

- a) Que esté contratado indefinidamente.
- b) Que trabaje en la misma empresa.
- c) Que realice un trabajo u ocupación “*idéntico o similar*”, debiendo considerar que existe tal identidad o similitud atendiendo a dos criterios: su “*cualificación*”, esto es, su formación; y las “*tareas que desempeña*”.

Desde esta doble perspectiva, entiendo que la doctrina establecida en la STJUE para los contratos de interinidad de sustitución de trabajadores ausentes con derecho de reserva de puesto de trabajo resultará de aplicación en nuestro ordenamiento –en el sector público claramente y en el sector privado en la medida en que se entienda existente una cierta eficacia directa de la Directiva

(ver supra)–, también a los contratos de interinidad por ocupación de plaza vacante mientras se cubre por el procedimiento establecido o se amortiza (“*la producción de un hecho o acontecimiento determinado*”), a los contratos eventuales (“*fecha concreta*”) y a los contratos para obra o servicio determinado (“*la realización de una obra o servicio determinado*”), dado que en todos ellos se realiza un trabajo “*idéntico o similar*” al del trabajador indefinido comparable y las exigencias de formación son por tanto las mismas.

Igualmente, considero aplicable la STJUE, y por las mismas razones anteriores, a los “*contratos de trabajo indefinidos no fijos de plantilla por sentencia judicial*” de las Administraciones Públicas y reconocidos más tarde por la ley (Art. 8.2 c) del EBEP), ya que, en el fondo se trata de trabajadores que, por no haber cumplido los requisitos de acceso al empleo público constitucionalmente establecidos (principios de capacidad, mérito y publicidad: Arts. 23.2 y 103.3 de la CE), “*interinan*” temporalmente una plaza vacante mientras se cubre por el procedimiento reglamentario o se amortiza.

Por ello, las eventuales reivindicaciones de idénticas indemnizaciones por fin de contrato de los trabajadores interinos de plaza vacante, eventuales, de obra o servicio determinado e indefinidos no fijos de plantilla por sentencia judicial deberán tener la misma solución por parte del TJUE y, por ende, de nuestros Tribunales, aunque no se planteen nuevas cuestiones prejudiciales ante aquel, debiéndoseles conceder los 20 días de salario por año de servicio con el tope máximo de 12 mensualidades legalmente previsto para las causas objetivas de extinción.

Como consecuencia de lo anterior, deberá modificarse la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo en tema de indemnizaciones de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla por sentencia judicial, por cuanto actualmente solo concede esta indemnización en el supuesto de amortización de vacante y no en el supuesto de cobertura de plaza por el procedimiento reglamentario en el que concede 12 días (sentencias TS de 31 de Marzo y de 6 de Octubre de 2015, Rec.2156/2014 y 2592/20124).

En esta línea se mueve, acertadamente a mi juicio, la STSJ del País Vasco, de 18 de Octubre de 2016, Rec. 1690/2016, referida a un contrato de obra o servicio de terminado en el sector público.

2ª) En segundo lugar, que de acuerdo con lo anterior, esto es, siendo necesario para la comparación de regímenes jurídicos la existencia de un “*trabajador fijo comparable*”, caben serias dudas

acerca de la aplicación de la Directiva y del principio de no discriminación en ella establecido y, por tanto, de la STJUE al personal funcionario o estatutario temporal, en la medida en que las leyes no prevén indemnización alguna por extinción de su relación para el personal funcionario de carrera o estatutario fijo que pudiera servir de elemento normativo discriminatorio comparable con el personal funcionario o estatutario temporal.

Por otra parte, para el supuesto, desgraciadamente frecuente en las Administraciones Públicas, de incumplimiento de la regla legal que prohíbe que los puestos clasificados para los funcionarios de carrera o para el personal estatutario puedan ser desempeñados por personal contratado laboral (Art. 9.2 y 11.2 del EBEP) tampoco sería fácil encontrar al “*trabajador fijo comparable*”, dado que se trataría de regímenes jurídicos diferentes los aplicables a unos y a otros.

Se llegaría de este modo al absurdo de que el personal funcionario o estatutario temporal no tendría derecho a indemnización alguna y tampoco los trabajadores que desempeñaran temporalmente puestos de trabajo funcionariales o estatutarios en las Administraciones Públicas.

3ª) En tercer lugar, de acuerdo con la Cláusula Segunda de la Directiva Comunitaria, “*las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje*” y “*los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos*” pueden quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, si así lo deciden los Estado miembros.

Y esto es precisamente lo que ha sucedido en nuestro ordenamiento. Por ello, y porque los niveles de formación exigidos para desempeñar su trabajo serían en su caso distintos de los exigidos a los “*trabajadores fijos comparables*”, los “*contratos formativos*” (el contrato para la formación y el aprendizaje y el contrato de trabajo en prácticas) quedan fuera de la Directiva, no siéndoles aplicable el principio de no discriminación en ella establecido a ningún efecto y, entre ellos, la indemnización por fin de contrato del Art. 53 del ET.

4ª) En cuarto lugar, con base en la doctrina sentada por la SJUE de 16 de Septiembre de 2016, cabría también plantear aquí la posibilidad de incluir en la Directiva, y aplicarles el principio de no discriminación y con ello la indemnización por fin de contrato del Art. 53 del ET, a los “*contratos sometidos a condición resolutoria pactada*” del Art. 49.1

b) del ET, dado que estos contratos finalizan por la producción de “*un hecho o acontecimiento determinado*”, si bien se trate de “*contratos de duración indeterminada*”, con desconocimiento en el momento de contratar sobre si se producirá o no este hecho (“*incertus an*” e “*incertus quando*”), a diferencia de los contratos sometidos a término final (“*certus an*” e “*incertus quando*”).

5ª) En quinto lugar, ¿sería posible que se revisara a la baja la legislación sobre las indemnizaciones de la extinción por causas objetivas, estableciendo, por ejemplo, doce días?

La Cláusula Octava.3 de la Directiva establece que “*la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo no podrá constituir una justificación válida para la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en el ámbito cubierto por el presente Acuerdo*”.

Con base en esta “*cláusula de no regresividad*”, se ha mantenido por un sector de la doctrina (MOLINA NAVARRETE) que la Directiva no avala una rebaja de las indemnizaciones de los trabajadores en caso de extinción por causas objetivas.

15.- Las carencias de la Directiva comunitaria, los verdaderos problemas que presenta la contratación temporal en España y algunas sugerencias de lege ferenda.— En todo caso, coincido plenamente con MOLINA NAVARRETE, cuando señala que “*el problema de nuestro marco de trabajo no es la falta de igualdad indemnizatoria, e incluso las bajas indemnizaciones de ruptura, sino el extenso o intenso abuso de la contratación temporal*”, lo que entronca fundamentalmente con la errática regulación en nuestro ordenamiento de la “*causalidad de los contratos temporales*” y de su escaso control.

Así, una vez equiparadas las indemnizaciones por fin de contrato y equiparadas con anterioridad las restantes condiciones de trabajo con el único límite del principio “*pro rata temporis*”, la única diferencia entre la contratación temporal e indefinida reside en las causas de la contratación temporal, que habrá que justificar so pena de conversión del contrato temporal en indefinido. De ahí que CRUZ VILLALON haya señalado que la STJUE ha venido a establecer una “*suerte de contrato único*”.

En efecto, la STJUE incide en “*lo accidental*” (las indemnizaciones, en este caso) y no en “*lo esencial*”, que es el abuso y el fraude causal, esto es, el uso irregular de la contratación temporal en España.

En mi opinión las principales cuestiones jurídicas que habría que abordar legalmente, amén del control del fraude, entre otras, podrían ser las siguientes:

- a) Establecer fronteras claras entre los contratos eventuales y de obra o servicio determinado y los contratos fijos discontinuos, hoy inexistentes.
- b) Redefinir los conceptos legales de “*eventualidad*” y “*obra o servicio determinado*”, como “*más de lo mismo*” o “*más de otra cosa*”, respectivamente, limitando, acaso, las posibilidades de utilización de los contratos de obra o servicio determinado por parte de las empresas contratistas y subcontratistas, reconduciendo sus posibilidades a la negociación colectiva sectorial.
- c) Establecer un límite temporal a los contratos de interinidad por sustitución de trabajadores con reserva de plaza, lo que permitiría distinguir el “*déficit estructural de plantilla*” de “*las necesidades coyunturales y por ello temporales*”.
- d) Establecer igualmente un límite temporal a los contratos de interinidad por ocupación de plaza vacante en el sector público, ausente actualmente en el sector público y existente en el sector privado.
- e) Equiparar los contratos de interinidad (por sustitución y por ocupación de plaza vacante) a los contratos eventuales y por obra o servicio determinado a efectos indemnizatorios.

En definitiva, es posible que la STJUE pueda ser “*flor de un día*”, a superar por una nueva STJUE, cosa posible pero a fin de cuentas insuficiente, o mejor por una nueva legislación sobre contratación temporal. Pero si el “*tsunami*” provocado por la STJUE ha servido como acicate para que se modifique de una vez la legislación sobre contratación laboral temporal, bienvenida sea.

El reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna a la luz de la última jurisprudencia

M^o Sol Herraiz Martín

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

I. Introducción. II. El poder empresarial de adaptar condiciones de trabajo: Una breve reflexión. III. La movilidad funcional: El fin de la categoría profesional. IV. La puesta en práctica de la nueva regulación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y sus límites: ¿mucho ruido y pocas nueces?. La nueva definición de las causas. Especial referencia a las causas económicas y organizativas. La cuantía salarial y la jornada de trabajo como condiciones susceptibles de modificaciones de carácter “sustancial”. Adaptación de la cuantía salarial: casuística. La modificación de jornada en el marco del art. 41 ET: frontera a la distribución irregular de jornada propia del poder de dirección ordinario. Modificación de condiciones estipuladas en convenio colectivo, el “descuelgue”. V. Un supuesto de modificación especial: la reducción de jornada..

RESUMEN

Las reformas laborales de 2010 (Ley 35/2010) y, especialmente, de 2012 (Ley 3/2012) potenciaron la flexibilidad interna en las empresas con la finalidad acudir a la institución del despido como última ratio. Dentro de este marco, el trabajo se dirige a reflexionar y analizar la doctrina judicial y jurisprudencial sobre la aclaración, limitación y control de las cuestiones sustantivas referentes a modificaciones contractuales y convencionales de las condiciones de trabajo (arts. 41 y 82.3 ET) y la reducción temporal de jornada de trabajo (art. 47 ET).

PALABRAS CLAVE

Flexibilidad interna, modificación sustancial de condiciones de trabajo, descuelgue, reducción de jornada.

ABSTRACT

The labor law reforms in 2010 (Law 35/2010) and especially in 2012 (Law 3/2012) strengthened the internal flexibility in companies with the purpose to resort to the institution of dismissal as the last ratio. Within this framework, this work is aimed at reflecting and analyzing the case law and doctrine as to the clarification, limitation and control of substantive issues concerning contractual and conventional changes in working conditions (articles 41 and 82.3 ET) and the temporary reduction in working time (article 47 ET).

KEYWORDS

Internal flexibility, substantial modification in working conditions, opt-out clauses, working time reduction.

I. Introducción

Pese al leve descenso del desempleo que se ha registrado en los últimos meses, en el mercado laboral español aún persisten los daños ocasionados por la crisis. Los datos estadísticos así lo demuestran puesto que España sigue encabezando el listado de países con un alto índice de paro. Concretamente, atendiendo a la información publicada por la OCDE¹, en agosto se triplicaba la tasa media de paro registrada en los 34 países desarrollados que

integran esa organización. Además, se doblaba la existente en la Unión Europea.

Es cierto que el nivel de paro ha descendido en los últimos tiempos en nuestro país si atendemos a los datos ofrecidos por la Encuesta de Población Activa (EPA) puesto que mientras en el primer trimestre de 2015 España contaba con un 26,94% de desempleo, y un 23,7% en 2014, en el segundo trimestre de 2016 la cifra disminuido hasta alcanzar el 20,00%². Ahora bien, conviene no olvidar que

1 OECD Employment Outlook, 2015.

2 En el último año esta tasa ha descendido en 2,37 puntos.

el porcentaje medio de paro entre los países de la OCDE era en agosto de 2015 del 6,8%, y del 11% en la zona euro.

De manera que muchos desafíos faltan por afrontar aún al mercado laboral español hasta alcanzar la media de desempleo de la OCDE o la Unión Europea. Lejos quedan países como Bélgica³, donde el desempleo pasó de un 8,6 % en 2014 a un 7,9% en 2015⁴. Además, conviene tener presente que atendiendo a la información procedente de la OIT⁵ durante un futuro próximo no parece que vaya a seguirse la misma línea evolutiva del empleo, es más se advierte que la situación es preocupante porque el país tardará al menos diez años en volver a los niveles anteriores a la crisis. Más concretamente, la OIT estima que el crecimiento del empleo en España será nulo en 2017.

Profundizando ligeramente en la leve recuperación del empleo⁶ debe destacarse que no se ha conseguido gracias a la calidad y cualificación del trabajo, sino debido al empleo masivo de una contratación temporal precaria (España se sitúa a la cabeza de los países de la Unión Europea, con un 25,7% en 2015), haciendo caso omiso a la dignidad y calidad que debería revestir el contrato de trabajo, si tenemos en cuenta que la duración media de los contratos ha bajado nada menos que de 79 días en 2015 a 53 en 2016. Del mismo modo, a efectos meramente informativos, debe apuntarse que el principal impulsor de empleo no deja de ser el sector servicios, que da trabajo al 75% de los afiliados a la Seguridad Social⁷.

Estos hechos han sido el resultado de la implementación de una serie de reformas laborales flexibilizadoras que, debe advertirse desde el inicio, han seguido la misma tendencia que la empleada en otros países de Europa en aras de conseguir una recuperación económica basada en la idea, a mi juicio errónea, de que la legislación laboral existente había sido la principal causante de la recesión del empleo y la economía. Por tanto, partiendo de esta base y con el objetivo de asegurar los compromisos financieros aceptados por los países europeos, las reformas laborales se han centrado en políticas de contención de retribuciones y eliminación de

rigideces de la relación laboral con el objetivo de favorecer la creación de empleo (evidentemente, y como se ha expuesto al inicio del trabajo sin tener en consideración qué tipo de empleo se crea). A estos efectos, procede aludir al estudio realizado por el *Conseil d'orientation pour l'emploi*⁸ de cuyo análisis se pueden sistematizar las reformas del mercado de trabajo de la siguiente manera:

- Tendencia general a la relajación de la legislación relativa a los contratos de trabajo.
- Descentralización de la negociación colectiva.
- Moderación salarial
- Relajación de los mecanismos de flexibilidad interna, extendiendo las posibilidades empresariales de modificar unilateralmente el contrato de trabajo.

Pues bien, será esta última tendencia de reformas europeas, trasladada a nuestro país, el objeto del presente estudio. De forma que a lo largo de las siguientes líneas se abordará la forma que la jurisprudencia ha tenido de interpretar las diferentes vías que permiten al empresario adaptar condiciones de trabajo en orden a lograr una mayor adaptabilidad empresarial y una mejor atención a las exigencias competitivas empresariales intentando, de esta forma, evitar la denominada flexibilización externa, o despido, después de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral (en adelante la Ley 3/2012), procedente del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (en adelante, RD-L 3/2012)⁹.

II. El poder empresarial de adaptar condiciones de trabajo: Una breve reflexión

Como advirtió DURÁN LÓPEZ¹⁰, la libertad de empresa “*constituye una piedra angular del sistema económico y social diseñado por la Constitución y tiene un papel fundamentador de dicho sistema que otros derechos, aun de prevalente protección y mayor relevancia constitucional, no tienen*”. No es de extrañar, por tanto, las muchas definiciones que de la libertad empresarial ha aportado la doctrina científica¹¹, pero partiendo de la utilizada por GAS-

3 <http://www.datosmacro.com/paro>

4 Y el desempleo entre menores de 25 años osciló entre un 22,0% en 2014 y un 22,7% en 2015.

5 *Informe: Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2016.*

6 El número de empleados se ha incrementado en 271.400 personas durante el segundo trimestre de 2016 respecto al trimestre anterior (un 1,51%) y el empleo ha crecido en 423.400 personas en los doce últimos meses, según datos de la EPA.

7 La ocupación en servicios aumentó el segundo trimestre de 2016 en 227.300 contratos más. En segundo lugar se encuentra la construcción (45.000) y en tercero, la industria (15.700).

8 “*Les réformes des marchés du travail en Europe*”, Synthèse. 5 noviembre 2015.

9 Sus precedentes fueron la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (derivada del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio) y el Real Decreto-ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

10 DURÁN LÓPEZ, F. *Una visión liberal de las relaciones laborales*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006, p. 85.

11 Vid. *Libertad de empresa y Relaciones Laborales en España*, Dir. PÉREZ DE LOS COBOS, F. IEE, Madrid, 2005.

SOLS, “aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (o principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicos del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia¹²” puede fácilmente advertirse que su contenido es vasto y complejo¹³. Este motivo ha provocado también un alto grado de dispersión en la doctrina por lo que se refiere a la clasificación y sistematización del conjunto de facultades del empresario.

Sin olvidar, por tanto, la complejidad y relevancia que envuelve al derecho o libertad objeto de estudio, debe partirse de la posibilidad que tiene el empresario de decidir quién accede y abandona el mercado de trabajo (flexibilidad externa) y, también, cómo organiza o adapta los recursos productivos (flexibilidad interna). Ahora bien, por lo que al presente trabajo respecta, haciendo un breve inciso, el análisis se centrará principalmente en la delimitación del ejercicio del poder empresarial, a la luz de la más reciente jurisprudencia, puesto de manifiesto concretamente en la facultad del empleador de adaptación de los recursos productivos bajo el cobijo de la libertad de empresa. Y el marco de actuación, debe advertirse desde un principio, encuentra su frontera en la racionalidad basada en el equilibrio que se debe garantizar en todo contrato de trabajo. Racionalidad, equilibrio o ponderación de intereses, llámese como quiera, que debe utilizarse con un parámetro de mayor margen de actuación empresarial que en el supuesto de la flexibilidad externa. La justificación a esta mayor holgura se encuentra en el hecho de que no es necesario afrontar una crisis empresarial sino la mejora de la situación empresarial “porque la prioridad atribuida a las medidas de flexibilidad interna comporta la consideración del despido como ultima ratio”¹⁴.

Siguiendo con esta breve reflexión y adentrándonos ya en nuestro ordenamiento jurídico es preciso señalar que la plasmación legal del poder de dirección del empresario, como proyección de la libertad de empresa reconocida constitucionalmente, se limita a repetir la obediencia propuesta desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, reproducida

posteriormente en la del año 1944¹⁵. Concretamente el Estatuto de los Trabajadores hace alusión a quienes prestan servicios “por cuenta ajena y dentro del ámbito y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (art. 1.1) y, posteriormente, en su art.5 ET, apartado c) impone al empleado el deber de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. En segundo lugar, en la dirección apuntada, el art.20 ET dispone que el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en que en éste delegue, y que en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, siempre trabajador y empresario deberán someterse en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe¹⁶.

III. La movilidad funcional: El fin de la categoría profesional

Según anunció el Preámbulo de la Ley 3/2012, “el sistema de clasificación profesional pasa a tener como única referencia el grupo profesional con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz”¹⁷.

Desde un primer momento debe resaltarse, cuanto menos por curioso, que el legislador eliminara el término de categoría profesional a los efectos oportunos de la movilidad funcional, pero, sin embargo, dicha práctica no la hiciera extensiva a otros supuestos recogidos en el mismo cuerpo normativo, como es el caso de la reserva del puesto de trabajo en una excedencia del trabajador, ya que ésta queda condicionada a la existencia de un puesto de trabajo “del mismo grupo profesional o

12 BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 137.

13 Vid. ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, ed. Graphis, Valladolid, 1992.

14 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, M.E., “El derecho del trabajo a debate”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 3, 2016, p. 189.

15 El art. 81 de la LCT de 1931 recogía que “es deber del trabajador atender en el trabajo a las órdenes e instrucciones del Director, dueño o encargados y representantes de éstos”. Por otro lado, el art.69 de la LCT de 1944 rezaba de la siguiente forma: “es deber del trabajador cumplir los reglamentos de trabajo, así como las órdenes e instrucciones del jefe de empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal de la misma que le asistan”.

16 Vid. STSJ Cataluña, 17 de diciembre 2013, R. 2528/2013.

17 El art. 22.2 ET reza así: “Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.”

categoría equivalente" (art. 46.3 ET). No hay duda, por tanto, que la principal finalidad buscada con la supresión del término "categoría profesional", únicamente de los arts. 22 y 39 del ET, se centraba, como disponía el Preámbulo de la reforma laboral del año 2012, en ampliar el margen de actuación al poder de dirección ordinario del empresario y facilitar la modificación de condiciones de trabajo eliminando rigideces. Y, precisamente, para hacer efectiva esta novedad legislativa se recogió en la Disposición Adicional Novena de la Ley 3/2012 que los convenios colectivos contaban con un plazo de un año para adaptar su sistema de clasificación profesional a la nueva redacción del artículo 22 ET.

En esta misma dirección el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, de 15 de junio de 2015 (en adelante III AENC 2015-2017), se hizo eco de la rebeldía mostrada por algunos convenios colectivos a la adaptación de la novedad legislativa del año 2012 y recogió literalmente que "*los convenios colectivos deberán establecer sistemas de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales, fijando los procedimientos de adaptación para el caso de que la clasificación siga siendo en categorías profesionales*". Con ello se demuestra que de poco sirve a efectos prácticos el incumplimiento de la norma por parte de la negociación colectiva puesto que nada impide que el empresario ejercite la movilidad funcional teniendo en cuenta grupos profesionales aunque no sea la forma de clasificación profesional. Incluso si el convenio colectivo se limitara a recoger sin más una clasificación profesional a través, exclusivamente, de categorías profesionales el problema se haría más evidente, pero, como bien arguyó GARCÍA-PERROTE¹⁸, "*la inmovilidad del convenio colectivo difícilmente podrá impedir el ejercicio por una empresa de la movilidad funcional de manera acorde con la Ley 3/2012.*"

Adentrándonos ya en el régimen jurídico de la movilidad funcional, el art. 39 ET distingue tres tipos de movilidad. En primer lugar, aunque no se hace alusión expresa, existe una movilidad ordinaria, que se considera normal ejercicio poder de dirección del empresario, y que con anterioridad al año 2012 se recogía en el apartado primero del artículo aludido¹⁹. Esta movilidad funcional, que su-

pone el cambio de puesto de trabajo sin traspasar la frontera del grupo profesional es una facultad empresarial atribuida en ejercicio de las facultades recogidas por los arts. 5.c) y 20.2 ET, y caracterizada porque se alteran las funciones del puesto de trabajo pero con respeto de la titulación académica, dignidad del trabajador, y, por supuesto, la pertenencia al grupo profesional. En segundo término, el art. 39 ET aborda de manera expresa la movilidad funcional con causa²⁰ y traspasando la barrera del grupo profesional (apdos. 2 y 3), que no respeta los citados límites, pudiendo distinguirse dentro de ella entre movilidad con asignación de funciones inferiores al grupo, solo permitida por el tiempo imprescindible para su atención²¹, y movilidad con asignación de funciones superiores al grupo profesional. En último lugar, también se recoge en el apartado 4 la movilidad que desborda los límites del poder de dirección ordinario del empresario, considerándose auténtica modificación sustancial de condiciones de trabajo o "*ius variandi*"²².

Por tanto, de esta redacción puede advertirse, como se viene anunciando desde el inicio del epígrafe, que el ejercicio del poder de dirección empresarial ordinario no se encuentra sujeto a ningún tipo de justificación causal ni temporal y ha visto ampliado su margen de actuación, en aras de una mayor flexibilidad interna, al ser eliminado el término "categoría profesional".

Volviendo, de nuevo, a hacer alusión al III AENC (2015-17) debe resaltarse su apoyo, una vez más, a esta medida cuando recoge literalmente que los convenios colectivos "*deberán potenciar instrumentos ágiles para que la movilidad funcional opere como mecanismo de flexibilidad interna y de adaptación por parte de las empresas, respetando en todo caso los derechos y garantías de los trabajadores y sus representantes*". En esta nueva versión del acuerdo interprofesional, los agentes han tenido a bien restringir las causas que sirven de llave para permitir la apertura a una movilidad funcional fuera del grupo profesional. En efecto, coherentemente, el actual AENC ha eliminado las causas económicas y de producción y se ha ceñido a las técnicas y organizativas como hace el art. 39 ET.

permitiendo el cambio entre categorías profesionales equivalentes: "A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes".

18 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Clasificación profesional, distribución irregular de la jornada de trabajo, movilidad funcional y geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo) en *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012* (dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I; MERCADER UGUINA, J.R.), *Lex Nova, Valladolid, 2012*, p. 269.

19 La anterior redacción del art. 39.1ET recogía expresamente la movilidad funcional ordinaria

20 Las causas deben quedar exteriorizadas o la movilidad será declarada nula (STSJ Madrid, S. Contencioso-Adm. de 18 de mayo de 2016)

21 Desaparecen las necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva.

22 Entendiendo "ius variandi" como poder de dirección extraordinario. A estos efectos vid. Herraiz Martín, M.S., "La adaptación de condiciones de trabajo y sus límites", *Relaciones Laborales*, n. 4, 2014, pp. 83-104.

No obstante, a pesar de todo, como ambos preceptos constituyen un derecho necesario relativo, el convenio colectivo siempre podría establecer límites en el ejercicio de dicho poder del empresario ofreciendo un freno a su discrecionalidad. Además, no debe olvidarse que la actuación empresarial siempre está sujeta al principio de la buena fe contractual, reconocido en el art. 1258 CC y en los arts. 5.a) y 20.2 ET, la prohibición de discriminación (arts. 14 CE, 4.2.c) y 17.1 ET) y la dignidad del trabajador (recogida en el art. 4.2.e) ET), el grupo profesional y los títulos académicos y profesionales²³, además de los derechos fundamentales del trabajador. A estos límites deben añadirse los recogidos en el III AENC (2015-2017): “*garantizar la información, idoneidad y formación sobre las nuevas funciones y el respeto a la dignidad y al desarrollo profesional*”.

En esta línea apuntada, y respetando los citados límites, el empresario puede decidir que un trabajador deje de prestar servicios en el equipo de montaje, pasando a realizar tareas propias de su categoría, sin dedicarse ya a la labor de montaje y mantenimiento de viviendas prefabricadas y dejando de percibir el plus de actividad de montaje y el plus de peligrosidad (STSJ Madrid, de 13 de mayo de 2008, R. 1116/2008). En la misma dirección se pronuncia el TSJ Islas Canarias, Las Palmas, en su sentencia de 27 de abril de 2012 (R. 668/2012); el TSJ de Castilla y León, Burgos, en su sentencia de 28 de marzo de 2012 (R. 215/2012); y el TSJ de Asturias, el 16 de marzo de 2012 (R. 837/2012). Siempre, claro está que la realización de funciones diferentes se desarrollen de forma íntegra (STSJ Cantabria, 31 de julio 2014, R.534/2014 y STSJ Madrid, 11 de julio 2016) y no exista falta de encuadramiento de las funciones en las categorías y grupos del convenio colectivo para comprobar que las mismas correspondan a grupo profesional inferior al del trabajador (STSJ de 25 de abril 2013).

23 Sirva como ejemplo la sentencia TSJ de Galicia, de 29 de febrero 2016 (R.2503/2015) en la que se desestima el abono de retribuciones superiores por la carencia de la preceptiva titulación académica (en el supuesto, el título de Licenciado en Ciencias de la Información). Con anterioridad se pronunció en la misma dirección, el TSJ Madrid en la sentencia 142/2014, de 26 de febrero). Si bien, con anterioridad, la STSJ Galicia de 17 de abril 2013 entendió que la falta de titulación académica o profesional no impide percibir las retribuciones superiores si se desarrollan las funciones de la categoría superior, sino el ascenso pretendido o la reclasificación automática.

IV. La puesta en práctica de la nueva regulación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo y sus límites: ¿mucho ruido y pocas nueces?

1. La nueva definición de las causas. Especial referencia a las causas económicas y organizativas

Puede definirse la modificación sustancial como “*alteración sobrevenida de alguna de las condiciones inicialmente estipuladas o que rigen en la relación laboral desde el comienzo, decidida unilateralmente por el empresario, aunque sometida a unas exigencias formales y procedimentales, y también de causalidad*”²⁴. Y por lo que a las causas se refiere, la Ley 3/2012 “suavizó” las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que han venido justificando una modificación sustancial de condiciones de trabajo unilateralmente impuesta por el empresario. Concretamente, en la actualidad, y desde la entrada en vigor de la norma aludida, se entiende que concurren causas suficientes cuando “*estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa*”²⁵. El cambio de redacción a favor de una mayor amplitud de los motivos es evidente. Si bien, como ya se advirtió al inicio de este trabajo, esta flexibilidad en las causas únicamente opera en las preceptivas para llevar a cabo una modificación sustancial, no en las que deben concurrir ante un despido colectivo pues en este último supuesto las causas económicas deben suponer unos resultados de la empresa que desprendan una situación económica negativa, como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. “*Entendiéndose, en todo caso persistente la disminución si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior*” (art. 51 ET). Así lo ha venido entendiendo la doctrina jurisprudencial: “*A diferencia del texto derogado, en la vigente redacción no es preciso que las modificaciones tengan el objetivo acreditado – en conexión de funcionalidad o instrumentalidad– de «prevenir» una evolución negativa o «mejorar» la situación y perspectivas de la empresa, sino que –en aplicación literal del precepto– basta con que las medidas estén «relacionadas» con la competitividad, productividad*

24 MARTÍNEZ MORENO, C., “Impugnación de medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenios”, 2016,n.4, p.323.

25 Atrás quedó la necesidad de que “*la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma 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*”

u organización técnica”²⁶. El Tribunal Supremo, abundando más en la cuestión, arguye, en la misma línea, que *“la interpretación literal del precepto reproducido inclina a pensar que no es la «crisis» empresarial sino la «mejora» de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas”*²⁷

Ahora bien, El Tribunal Constitucional ha mostrado su rechazo a la exigencia de diferentes presupuestos en las causas, según se trate de justificar una modificación sustancial frente a un inaplicación de convenio, una suspensión del contrato o reducción de jornada o el ejercicio de una flexibilidad externa, haciendo una lectura del precepto ajustada a la tutela judicial efectiva. Concretamente, el Alto Tribunal razona en su sentencia de 22 de enero de 2015 (R.5610/2012) la necesidad de señalar *“que, en contra de lo que afirman los recurrentes, la redacción del precepto impugnado no impide un control judicial pleno y efectivo, tanto de la concurrencia de la causa (cuya prueba, como señala el precepto, corresponde al empresario que adopta la medida), como de la justificación de la modificación realizada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada. No cabe duda, además, que en la interpretación de la norma recurrida se puede tomar en consideración la definición de las “razones económicas, técnicas, organizativas y de producción” que se lleva a cabo en otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores (en la redacción que les ha dado la propia Ley 3/2012, de 6 de julio), como son: el art. 47 (en materia de suspensión del contrato o reducción de jornada), el art. 51 (con relación al despido colectivo) o, en fin, el art. 82.3 (respecto de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo). De esta manera, el legislador no sólo ha orientado suficientemente la labor del aplicador, sino que ha otorgado suficientes elementos valorativos para la realización de un control judicial de la aplicación de la norma, como se ha dicho, pleno y efectivo.”*

Pues bien, con posterioridad, la sentencia del

TS de 16 de julio de 2015 (R.180/2014) matizó esta teoría argumentada por el Tribunal Constitucional y, siguiendo su propia doctrina anterior, volvió a defender la diferencia de causas exigidas legalmente en base al tipo de flexibilidad que pretende llevarse a cabo. Concretamente, el TS se pronunció en los siguientes términos: *“La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo [«flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla»] que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo [«flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»]. La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional”*.

Esta misma doctrina también es la judicial, vid. de forma especialmente clara en la sentencia del TSJ de Castilla y León, Burgos, 206/2013, de 8 de mayo (R. 207/2013). También, en el mismo sentido, la sentencia de la AN de 28 de mayo de 2012 (R. 81/2012) advirtió que *“la exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por el RD-L 3/2012 en la nueva versión del artículo 41 ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo”*.

Llegados a este punto, el siguiente tema a tomar en consideración es la relevancia de la doctrina jurisprudencial y judicial en el momento de determinar la licitud de la causa argumentada. Como se observará a lo largo del presente estudio la labor que se requiere por parte de los órganos de la ju-

26 STS de 27 de octubre de 2014 (R.100/2013)

27 Además de la citada anteriormente, vid. SSTs de 10 de diciembre 2104, 12 de noviembre 2102 (R. 2265/2013 y 236/2011)

risdicción social es intensa a los efectos de aclaración y precisión. A estos efectos, recientemente, la sentencia del TS de 7 julio 2015 (R.188/2015) pone de manifiesto la necesidad de que la medida adoptada sea razonable, justificada y proporcionada, y que, por tanto, *“el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar –si concurrese– la posible vulneración de derechos fundamentales”*²⁸. En definitiva esta doctrina, no debe olvidarse, procede de una sentencia de referencia, cual es la del TS de 27 de enero de 2014 (R.100/2013). Pues bien, precisamente, en base a este coherente razonamiento, el estudio abordará por una parte, la doctrina judicial y jurisprudencial en relación a la concurrencia, o no, de la causa alegada y, por otra, la adecuación entre la causa y la modificación realizada ²⁹.

Dando paso, en primer lugar, a la casuística jurisprudencial sobre la causa económica, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de diciembre de 2013 (R. 51/2013) concluyó que se cumple escrupulosamente con las exigencias del art. 41ET y, por tanto, queda suficientemente acreditada la causa económica porque la empresa *ha reducido su facturación en los tres últimos años, pasando de 639 M a 562M, reduciéndose el beneficio después de impuestos de 53 M en 2009 a 33M en 2010. Las retribuciones abonadas por la empresa, antes de su propuesta de modificación, en los servicios de guardia, atención a clientes y disponibilidad, eran superiores a las de sus principales competidores.* Puede observarse, por tanto, que la disminución de beneficios, o reducción en la facturación durante los tres últimos años es un dato objetivo que sirve para justificar la causa económica. Igualmente, en la sentencia de 14 de octubre 2015 (R.243/2013) el Tribunal Supremo considera justificada la reducción salarial de un 5% en una empresa que sufre unas pérdidas de 1.431.000 euros y disminuye sus ventas un 27% en los ocho primeros meses de 2012³⁰.

En cuanto a la reducción de la cuantía sa-

larial, no puede dejarse de aludir a la relevancia que adquiere la comparación de las retribuciones abonadas a los empleados que van a ser objeto de disminución del salario con las que reciben otros trabajadores del mismo sector empresarial. El TS en su sentencia de 14 de 2015 (R.243/20013) así lo manifestó: *“...y si a ello añadimos que los trabajadores de las demandadas cobraban, tanto antes como después de la adopción de dichas medidas, por encima de las empresas del sector, resulta plausible concluir... que su sacrificio es suficientemente equilibrado respecto a todos los intereses en juego”*.

Ahora bien, la sentencia 149/2014 de 11 de septiembre de la Audiencia Nacional, a mi juicio de forma acertada, relativiza la importancia de la comparación de salarios en el sector como motivo que justifique una causa económica, precisamente por el mayor protagonismo que la negociación colectiva de empresa adquiere en materia salarial y de costes con la reforma laboral del año 2012. Literalmente la sentencia reza de la siguiente manera: *“La reducción salarial no puede justificarse por la mera comparación con los salarios del sector, salvo en aquellos casos en los que se acredite que esa diferencia origina problemas económicos relevantes para la empresa por afectar a su competitividad y penetración en el mercado, originando reducciones de ingresos o pérdidas”*. Por tanto, las diferencias salariales en las empresas del sector únicamente van a erigirse en causa que justifique un motivo económico que abra las puertas a la modificación sustancial cuando se reviste del calificativo “relevante”

Siguiendo con el análisis de la causa económica, los Tribunales entienden que la misma no concurre para justificar una modificación sustancial en supuestos como el analizado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero 2014 (R.56/2014) donde se argumenta la inexistencia de datos que permitieran justificar causa para imponer el copago en una póliza de asistencia sanitaria gratuita de los trabajadores de Sanitas Seguros y sus familiares. Literalmente se argumenta que *“no hay elementos para entender que la modificación ... tienda a prevenir una evolución negativa de la empresa.. Pese a la caída de la actividad en el sector desde 2008 la empresa sigue manteniendo beneficios y los ha incrementado en el último ejercicio”*. Del mismo modo, la deficiente información contenida en la memoria explicativa no justifica una reducción de un 45% de conceptos salariales (STS de 10 de diciembre 2014, R. 60/2014)³¹.

28 Afirmación acerca del alcance del control judicial de la medida empresarial adoptada también puesta de manifiesto también en la doctrina judicial, vid. STSJ Andalucía, Granada 938/2014, de 8 de mayo (R. 578/2014)

29 Igualmente vid. STS de 16 de julio de 2015 (R. 180/2014), donde se reivindica la ponderación de los intereses en juego.

30 Estos hechos, advierte en Tribunal Supremo, son muestra suficiente de los serios problemas de competitividad y de producción, máxime cuando *“se ha acreditado que dichas medidas supondrán un ahorro de 500.000 euros y un aumento de la facturación estimada para 2013 de 1.714 miles de euros”*

31 Igualmente, la medida se entiende injustificada por falta de prueba de concurrencia de

Además de la causa económica, también la organizativa es frecuentemente alegada por las empresas para emprender la ejecución de una modificación sustancial. En este apartado destaca la sentencia del TSJ Andalucía, Sevilla 2117/2015, de 24 de julio (R. 1225/2015) que, en lo referente a la limpieza viaria de Sevilla entiende acreditada la concurrencia de causa organizativa por parte de la empresa *“ya que ésta ha acreditado su propósito rector de ofrecer un mejor servicio mediante la reorganización de sus sistemas o métodos de trabajo con lo que considera mejor empleo de los medios personales con los que ya contaba”*. Y ha quedado acreditado porque *“con ello ha pretendido una más homogénea distribución de turnos y actividad de los trabajadores a su servicio tanto en el territorio en el que se desarrolla su actividad como por el horario de prestación de la misma. Esta necesidad había venido a ser puesta de relieve por los informes técnicos elaborados al efecto, y de alguna manera resultaba igualmente compartida por los trabajadores, que así lo pusieron de relieve en sus intervenciones durante el período de consultas”*. En esta línea el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de diciembre 2014 (R.2265/2013), argumentó la existencia de causas productivas y organizativas y justificó la reorganización de los turnos y cuadrantes horarios, aunque no la supresión del complemento de incapacidad temporal y del plus de sábado.

En igual dirección, el TSJ Galicia, en su sentencia de 8 de mayo 2015 (R.150/2015) se ha decantado por la existencia de razones organizativas para proceder a realizar una modificación sustancial *“porque la empresa ha mejorado la eficiencia de ciertos servicios, por ejemplo, introduciendo la historia clínica electrónica o automatizando las llamadas a pacientes...”* Incluso el Tribunal llegó a defender la concurrencia de causas productivas porque la empresa tenía exceso de horas de trabajo que no precisa.

Por el contrario, la sentencia del TSJ Aragón, 520/2014, de 15 de septiembre (R. 465/2014) ha considerado que no concurre causa organizativa ni productiva en Pompas fúnebres de Aragón porque *“está fuera de lugar en el contexto organizativo y productivo en que se invoca...”*. En este mismo sentido, en la sentencia del TS de enero de 2014 (R. 18/2013) se razona que no queda demostrado por la Administración demandada que la supresión de una indemnización por comida implique una mejora en la prestación de servicios.

circunstancias justificativas de la reducción salarial del 45% en la STS de 12 de noviembre 20154, R.182/2014).

Para finalizar este apartado, correspondiente al análisis de la interpretación y aclaración que los órganos de la jurisdicción social vienen realizando de las causas más utilizadas empresarialmente para justificar una modificación sustancial de condiciones de trabajo, es preciso añadir que pudieran concurrir nuevas causas o, incluso, las mismas pero agravadas y permitir adaptar de nuevo la condición de trabajo que ya lo había sido anteriormente sin incurrirse en fraude de ley ni abuso de derecho (STS de 21 de febrero de 2014, R.186/13)

2. La cuantía salarial y la jornada de trabajo como condiciones susceptibles de modificación de carácter “sustancial”

Comenzando por el carácter sustancial de las modificaciones de trabajo, tanto la doctrina jurisprudencial como la científica han venido coincidiendo a lo largo del tiempo en que la enumeración de materias recogida en el art. 41 ET es meramente ejemplificativa, de modo que la sustancialidad puede predicarse también de cambios afectantes a condiciones laborales distintas de las expresamente reseñadas³². Por tanto, sería posible que pudieran revestir el carácter de sustancial la alteración de materias no enumeradas de forma expresa en el precepto aludido.

Del mismo modo, se ha convenido que no todas las modificaciones de carácter incidental en las materias nominadas en el art. 41 del ET, han de ser necesariamente sustanciales. En esta dirección, y siguiendo la doctrina mayoritaria, el factor determinante de la calificación como sustancial de una determinada modificación no es el objeto de la misma, sino la entidad del cambio³³. Con ello quiere decirse que no a toda modificación de las condiciones de trabajo se le puede aplicar el régimen jurídico del artículo 41 ET, sino sólo a la que revista el carácter de “sustancial”. Concretamente, como bien afirmó el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en su sentencia de 13 de junio de 2006 (R.250/2005), *“no toda modificación realizada en cualquiera de las condiciones relacionadas en aquella lista merece la calificación en cualquier caso de sustancial”*³⁴. Es decir, las modifica-

32 Vid. Como ejemplo la STS de 4 de abril 2006 (R. 111/2005) y más recientemente STSJ de Andalucía, Granada de 16 de abril 2015, R.168/2015).

33 cambio (vid. GARCÍA MURCIA, J., “Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo, RMTAS, n. 58, 2005, p. 94 y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C, *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 1999.

34 En el caso concreto planteado, la atribución o asignación de rutas no puede ser ubicada en ninguno de los supuestos que, ya se han citado, expresamente enumera el artículo 41 ET.

ciones de condiciones laborales pueden, o no, ser sustanciales dependiendo de la intensidad de la alteración introducida. El calificativo de “sustancial” se corresponde con el que incide sobre aspectos básicos de la condición modificada, pasando ésta a ser otra diferente de forma notoria. De forma que las modificaciones que no alcancen ese nivel no quedan sujetas al art. 41 ET, y se consideran modificaciones “accidentales” o “accesorias” perteneciendo, por tanto, al poder de dirección ordinario del empresario y no al *ius variandi* empresarial. *“No toda modificación que afecte a los aspectos de la relación laboral expresados por la Ley deberá entenderse in más sustancial, pues par su estimación la medida concretamente adoptada deberá poseer además una entidad que justifique esa sustancialidad o esencialidad y de no ser así los cambio podrán ser dispuestos por el empresario sin necesidad de observar las exigencias del art. 41ET”*³⁵. En esta línea, se ha destacado la necesidad de que las modificaciones, para ser sustanciales, deban producir perjuicios al trabajador; entendiéndose como tales *“aquellas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio; mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del ius variandi empresarial. Y, así mismo, sea indicado que para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados, por lo que habría que acudir a una interpretación racional y entender por tal aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable”*. (STS 6 abril de 2006) y en la misma línea, la doctrina más recientemente, vid. STS 22 de enero de 2014 (R.89/2013) y 9 de julio de 2014 (R. 312/2013)³⁶

En definitiva, podría afirmarse, en cuanto a las materias que pueden ser objeto de modificación sustancial, que “no son todas las que están ni están

Por tanto, no se estaba en presencia de un sistema de trabajo o rendimiento ni un sistema de retribución. No existía un previo sistema pactado de rendimiento, ni tampoco de retribución. Como bien argumentó la Sala, si hubiera existido dicho pacto sí podría hablarse de auténtica modificación sustancial, pero como no es el caso, la asignación de rutas a los trabajadores constituye una auténtica facultad empresarial que *“al no haber sido pactada colectivamente con los representantes de los trabajadores, puede ser ejercitada unilateralmente por el titular del poder de dirección, con el respeto debido a los derechos constitucionales y legales de los trabajadores”*.

35 STSJ Madrid, de 30 de junio de 2014 (R. 119/2014)

36 En cuanto a doctrina judicial se refiere, STSJ Andalucía, Málaga, de 18 de junio de 2015 (R. 812/2015).

todas las que son” en el art 41 ET. De manera que sólo las modificaciones que hayan sido calificadas como sustanciales van a estar dentro de la esfera de regulación del art. 41 ET. Las modificaciones accidentales o no sustanciales de las condiciones de trabajo pertenecen a la esfera de poder de dirección del empresario, el cual, en uso de su facultad puede concretar o especificar, sin causa alguna. Del mismo modo, puede ser sustancial la modificación de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, aunque no se encuentre recogida en el art. 41 ET (vid. SAN 99/2014 de 26 de mayo)³⁷. Si bien esta cuestión no está resuelta por el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional ³⁸ ha interpretado *“que es posible la modificación o supresión de esas mejoras por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y sujetando las mismas a la regulación resultante de dicho artículo, lo que implica no solamente que pueden ser modificadas o suprimidas las mejoras, individuales o colectivas, por esta vía (con la salvedad de que si están reconocidas en convenio estatutario habría que seguirse el procedimiento de inaplicación del mismo y no el del artículo 41), sino que es preciso seguir la tramitación de dicho artículo para su modificación y/o supresión, habiendo causa para ello. Ello sea defendido por cuanto, a pesar de que el artículo 41.1 no menciona las mejoras, a diferencia del artículo 82.3, sin embargo contiene un listado no exhaustivo, a diferencia del contenido en el artículo 82.3.”*

2.1. Adaptación de la cuantía salarial: casuística

Proyectando la teoría descrita a la modificación de la cuantía salarial se hace preciso advertir que, con carácter general, una medida de reducción directa del salario debe tener necesariamente como causa justificativa una de índole económico, es decir, de ahorro económico, porque el resto, es decir, las causas productivas, técnicas u organizativas no pueden justificar una reducción directa del salario *“aun cuando tal reducción pueda ser la de consecuencia indirecta de la medida adoptada (por ejemplo, por el cambio de contenido funcional de los puestos de trabajo que pueda dar lugar a la pérdida del derecho a percibir determinados complementos)”* Así se pronuncia la Audiencia Nacional en su sentencia n. 149/2014 de 11 de septiembre³⁹.

Partiendo de esta premisa, ya se ha comentado anteriormente, la casuística será la protagonista y

37 Procedimiento 25/2014. *Asunto Liberbank..* Con referencia a la sentencia de la AN de 2 de diciembre de 2013 (P. 237/13).

38 Desde la sentencia de 2 de diciembre de 2013 (R. 237/2013).

39 Proceso en primera instancia 163/2014.

los propios Tribunales, como ya se ha dejado constancia, los que deban determinar la existencia, o no, de pérdidas o disminución sustancial de beneficios que justifique la adopción de medidas de ahorro a la empresa a través de una reducción salarial.

En esta dirección, y como ejemplo, sirva sentencia de la Audiencia Nacional n. 16/2014 de 31 enero ⁴⁰ en la cual se concluyó que la medida empresarial consistente en reducir el 10% del complemento personal cuya fuente es el contrato de trabajo o las condiciones individuales de cada trabajador, se adecua razonablemente a la intensidad de las causas⁴¹: *"la simple lectura del art. 21.2.b del III Convenio demuestra que el complemento personal allí descrito se origina en el contrato de trabajo o en las condiciones individuales de cada trabajador y su cuantía depende de la fuente que le originó, como acredita su falta de cuantificación en el convenio colectivo, por lo que su reducción no obliga a inaplicar el convenio colectivo, pudiéndose reducir consiguientemente por el procedimiento del art. 41.4 ET"*. Esta misma doctrina es defendida en al STS de 15 julio 2015 (R.246/2014)⁴² y STS de 7 de abril 2015 (R. 302/2013). Del mismo modo, el Tribunal Supremo consideró justificada la reducción salarial de un 5% en su sentencia de 14 de octubre 2015 (R.243/2013)⁴³, y la eliminación del complemento por jornada partida por pasar a ser dicha jornada de partida a ordinaria (STS de 15 de abril 2015, R. 137/2013).

En sentido contrario, se rechaza la consideración de sustancial en supuestos como los que acto seguido se traerán a colación. El TSJ de Madrid, en su sentencia de 10 de junio de 2015 (R. 723/2014), afirmó que la supresión del plus de transporte y de la indemnización por gasolina ocasionada por el cambio de centro de trabajo desde el aeropuerto de Barajas a Madrid se configura como una decisión organizativa empresarial, propia del poder de dirección ordinario, que no implica perjuicio económico para los trabajadores y, por tanto, no es un supuesto que pueda subsumirse dentro del art. 41 ET. Esta misma decisión fue la tomada por el mismo Tribunal ⁴⁴ en relación a la supresión de la

cesta de Navidad a los trabajadores del servicio de limpieza de estación de Metro de Madrid, Línea 9. Concretamente, el TSJ de Madrid entendió que *"la entrega de una cesta en Navidad no es retribución en especie, sino un obsequio de la empresa, que no es una contraprestación al trabajo efectivo sino un regalo... No puede entenderse, en consecuencia, que la cesta de Navidad retribuye el trabajo efectivo, ya que es una donación que gratuitamente hace la empresa, no por trabajar sino por permanecer en esas fechas Navideñas en la plantilla de la empresa, sin más exigencia o contraprestación"*. Como conclusión, el Tribunal entendió que no debía seguirse el procedimiento recogido en el art. 41 ET porque *"solo considera como tales aquellas (modificaciones sustanciales) que afectan a la esencia o al núcleo del contrato de trabajo"*. Otro ejemplo que puede añadirse a la lista de modificaciones discrecionales del empresario que entran dentro del ámbito del poder ordinario de dirección es el recogido en la sentencia del TS de 10 de noviembre 2015 (R. 261º/2014). En esta ocasión el Alto Tribunal argumenta que no constituye una modificación sustancial la ocasionada en el sistema de pago de gastos y suplidos, *"ya que no afecta a ninguna de las condiciones básicas del contrato ni a su propio objeto"*⁴⁵

Abundando en este tema, debe advertirse que siguiendo una consolidada doctrina jurisprudencial ⁴⁶, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo 2015 (R.471/2014) argumentó que los trabajadores que proceden de una empresa saliente no pueden sufrir una minoración salarial en aplicación de un acuerdo negociado en la empresa sucesora antes de la subrogación, aunque el mismo entre en vigor en un corto lapso de tiempo inmediatamente posterior a dicha subrogación. En este supuesto el Tribunal Supremo entiende que se produce una modificación sustancial de condiciones sin seguirse el cauce del art. 41 ET por varias razones: *en primer lugar, el pacto es el fruto de un proceso negociado iniciado antes de que se produjera la subrogación de la demandada en la plantilla de la saliente... En segundo lugar, no consta que el acuerdo hubiera sido adoptado tras incluir la negociación con la representación de la plantilla subrogada... Por último, en ningún momento en el acuerdo se hace alusión a la utilización de la vía del art.*

40 Procedimiento 357/2013.

41 Situación similar se defendió en la SAN de 10 de diciembre de 2013 (procedimiento 368/2013).

42 Se puede reducir la cuantía del complemento personal a través del cauce recogido en el art. 41 ET no siendo necesario seguir el procedimiento de inaplicación del convenio colectivo, *"que si bien define el complemento y los supuestos de aplicación, en lo relativo a su cuantía se remite a lo que se pacte entre las partes"*.

43 De igual modo, el Tribunal Supremo considera la procedencia de la reducción salarial del 5% del total de los salarios aplicado a los incentivos variables del personal conductor del pacto de empresa, en su sentencia de 21 de febrero 2014 (R.186/2013).

44 STSJ Madrid, de 7 de febrero de 2014 (R. 1876/2013).

45 Se continúa argumentando en la sentencia que *"la nueva regulación no supone, tampoco, un perjuicio para el trabajador, puesto que objetivamente no puede calificarse de oneroso un sistema que descansa sobre el anticipo de gastos por parte de un tercero (la titular de la tarjeta de crédito) y que ningún daño produce al trabajador cuando éste justifica en plazo los gastos efectuados con la tarjeta"*

46 Procedente de sentencias del TS 14 de mayo de 2014 (R. 2232/2013) y 11 de febrero de 2015 (R. 2613/13)

41ET". Por tanto, los Tribunales consideran obligatorio utilizar el procedimiento del art. 41 ET en los cambios de condiciones de trabajo realizados con anterioridad a la nueva titularidad empresaria. En este sentido, el Tribunal Supremo estimó nula la decisión de la empresa Sanitas consistente en implantar una nueva normativa de incentivos (en vigor al menos desde 2008) limitándose a comunicarlo a los representantes de los trabajadores en el año 2011 (STS 23 de enero 2014, R. 18/2013). En igual sentido, el TSJ de Madrid, de 30 de junio de 2014 (R.119/2014) se pronunció a favor del deber empresarial de seguir los trámites procedimentales del art. 41 ET ante la pretendida supresión del derecho a comida gratuita y su sustitución por un sistema de copago.

2.2. *La modificación de jornada en el marco del art. 41 ET: frontera a la distribución irregular de jornada propia del poder de dirección ordinario*

Otra de las materias que está ocasionando no poco litigios en el momento de querer proceder a su adaptación o modificación es la referente a jornada de trabajo. De nuevo la casuística vuelve a cobrar protagonismo, y los correspondientes órganos de la jurisdicción social deben afrontar cuándo la alteración de la jornada deja de ser accesorio para traspasar la frontera de la sustancialidad.

Antes de aludir a la última doctrina judicial, se hace preciso en este apartado realizar una breve exposición de la evolución normativa en esta materia. Concretamente, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, la modificación del horario o la distribución del tiempo de trabajo sólo podía realizarse a través de la modificación sustancial de condiciones de trabajo. De manera que la alteración del tiempo de trabajo requería la aplicación de un régimen jurídico creado a esos efectos. La ley no habilitaba a la negociación colectiva para otorgar poder al empresario de modificar la distribución de tiempo de trabajo. Hubo que esperar a la reforma aludida para que la distribución irregular de jornada a través de convenio colectivo encontrara acomodo legislativo sin necesidad de acudir a la vía del art. 41 ET. En efecto, el poder de dirección ordinario empresarial se amplió a través de la puerta que le abrió la nueva redacción del art. 34.2 ET. De forma que *"No solo la Ley de 1994 degradó el tiempo de trabajo como elemento sustancial de la relación de trabajo. También lo hizo la propia actuación negociadora, que lo asumió como inevitable, así como la interpretación judicial que no vio en ello indicio alguno de atentado a la normativa gene-*

*ral de los contratos y que no estableció más límites que los derivados del abuso de derecho"*⁴⁷.

En efecto, con la reforma del año 1994 se introdujo como novedad en el Estatuto de los Trabajadores que *"El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas"* (art. 34.3, párr. 2º). La puerta, por tanto, se cerró al acuerdo o pacto individual. En la actualidad sólo se respeta débilmente el tope de las nueve horas diarias de trabajo efectivo, tal y como hemos visto a través del cómputo global anual de horas trabajadas.

Se trata de una norma flexibilizadora –frente al carácter imperativo del anterior art. 34.2, párr. 4º– en atención a los intereses de la empresa. A partir de 1994 –y frente al criterio indiscutido de que diariamente no cabía hacer ordinariamente más de nueve horas, por lo que siempre y en todo caso la décima hora era ya hora extraordinaria, aparte de las posibles extraordinarias– este criterio resulta movable, deja de ser un mínimo de derecho necesario relativo, que resultaba rebajable, pero no superable, y se coloca dentro del conjunto de materias susceptibles de negociar.

Años más tarde, con el Real Decreto-ley 7/2011 la distribución irregular adquiría una nueva configuración jurídica. En esta ocasión se aprovechó el artículo 85.3 ET, dedicado a la regulación del contenido obligatorio del convenio colectivo. Se incluyó la obligatoriedad de que los convenios establecieran un porcentaje mínimo y máximo de distribución irregular, y abrió la posibilidad de la atribución unilateral al empresario. Con esta nueva redacción la regla se convirtió en excepción. Es decir, la jornada regular pasó de ser la norma general a tener carácter excepcional⁴⁸. Posteriormente, la reforma de 2012 modificó la redacción del art. 34.2 ET abriendo la posibilidad de distribución irregular de la jornada por parte del empresario del 10 por ciento, en defecto de pacto. El legislador especifica que *"En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo"*⁴⁹.

47 BALLESTER PASTOR, M.A., "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo..." op.cit., p. 20.

48 A estos efectos debe advertirse que el II AENC (2012-2014), vigente en aquel entonces, recogía esta afirmación de la siguiente manera: *"Se debiera considerar como principio general la distribución irregular de la jornada anual de trabajo a fin de evitar en lo posible las horas extraordinarias o la contratación temporal"*.

49 Debe advertirse que mientras el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero limitaba el mar-

A través de esta medida pretendió fomentarse la negociación, vía convenio o acuerdo, de una materia que bien gestionada, a través de una coherente ponderación de intereses, deviene en una pieza clave en orden a conseguir una disminución del absentismo y una mayor productividad empresarial. En efecto, si las partes, por cualquier motivo, como ya se ha apuntado, no muestran su implicación en la regulación del tiempo de trabajo, la empresa, de manera unilateral, tiene potestad para fijar de forma irregular el 10 por ciento de la jornada de trabajo. En definitiva, con esta técnica se buscaba, por una parte, impulsar la negociación de la gestión del tiempo de trabajo entre representantes de los trabajadores y empresarios como forma más acertada en orden a lograr adecuar el tiempo de trabajo tanto a las necesidades empresariales como a los propios intereses comunes de las partes⁵⁰ y, por otro lado, evitar, la existencia de cláusulas convencionales en las el empresario sea quien pueda disponer unilateralmente la completa distribución irregular de jornada.

Dando un paso más, pasando a afrontar las resoluciones judiciales, debe advertirse que la reciente doctrina jurisprudencial, en base al aumento de horarios comerciales, ha considerado modificaciones sustanciales el aumento de domingos de trabajo (STS de 5 de noviembre de 2013, R.66/2013; STS 13 de marzo de 2014 , R. 80/2013 y STS de 25 de mayo de 2015, R.307/2013). Si bien, en ocasiones, el cauce procedimental oportuno es el art. 82.3 ET, que será analizado más adelante. Por lo que se refiere a la doctrina judicial, igualmente, a título ejemplificativo, se ha entendido que debe seguirse el trámite procedimental establecido legalmente para las modificaciones sustanciales de condiciones laborales cuando el empresario pretende obligar a los trabajadores a acudir al trabajo un determinado sábado considerado como festivo (STSJ de Castilla y León, Burgos de 24 de julio de 2015, R. 493/2015).

Por el contrario, el TSJ de Andalucía, Málaga (Sentencia de 18 de junio de 2015, R. 812/2015) argumentó que no merece la calificación de sustancial la modificación del horario de entrada y salida del turno de tarde en temporada alta al tratarse de una facultad empresarial de organización. Concretamente, en esta ocasión, los trabajadores

fijos a tiempo completo trabajaban en temporada alta con turnos rotatorios semanales de 9:00horas a 17:00h y de 16:00 h. a 24:00h, y en temporada baja, desde el 1 de noviembre a 30 de abril, con una jornada irregular. A partir del 1 de mayo de 2014 la empresa decidió que los trabajadores fijos a tiempo completo, unos veinte aproximadamente, en temporada alta realizaran el turno de tarde de 17:00h a una de la madrugada. A estos efectos el TSJ entendió que *“aun cuando la medida ciertamente incida en el horario y en la distribución del tiempo de trabajo.. queda circunscrita a una hora de diferencia, entre el preestablecido, alteración que sólo se proyecta sobre el turno de tarde, y con un alcance temporal limitado a tan sólo los meses mayo a octubre, y con un número de trabajadores afectados que representa el 40 por 100 de una plantilla de 50 personas aproximadamente)... Pero, en todo caso, en la necesaria ponderación de todos los elementos concurrentes, debe tenerse presente que se trata de una medida que obedece a una razón o causa productiva, tal es el aumento de los vuelos nocturnos, los denominados coloquialmente dormilones, durante la temporada alta”*. En esta misma dirección, la Audiencia Nacional en su sentencia de 28 abril de 2016⁵¹ absolvió a la empresa DANONE, SA y le reconoció la posibilidad de usar la distribución irregular cuando le convenga, sin necesidad de acudir al art. 41 ET, siempre que se cumplieran los requisitos del convenio colectivo, es decir, no se superase el número de sábados asignables anualmente ni la jornada máxima diaria de 7,40 horas.

3. *Modificación de condiciones estipuladas en convenio colectivo, el “descuelgue”*

Dentro del apartado referente a las modificaciones de condiciones de trabajo se hace necesario precisar que la cuantía salarial y las modificaciones de horarios y jornada a las que se ha aludido se conducen a través de la vía del art. 41 ET porque la alteración que se pretende es de cuantías salariales o distribución irregular por encima de lo pactado en convenio colectivo, o bien existe un vacío convencional. En efecto, tras el RD-L 3/2012 y la Ley 3/2012, la no aplicación de una serie de materias reguladas mediante convenio colectivo de carácter normativo no se puede articular a través de la vía prevista en el art. 41 ET, sino, exclusivamente, mediante el procedimiento articulado en el art. 82.3 ET.

Por tanto la modificación sustancial de condi-

gen de maniobra a la empresa en el supuesto de defecto de pacto al cinco por ciento y la Ley 3/2012 lo asciende al 10 por ciento.

50 ROQUETA BUJ, R., “La jornada de trabajo y su determinación”, en *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios, Coord. GOERLICH PESET, J.M., Serie Relaciones Laborales, n. 86, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid 2008.

51 Procedimiento 71/2016.

ciones de trabajo del art. 41 ET queda circunscrita a *“las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión del empresario de efectos colectivos”*⁵². La doctrina jurisprudencial también lo ha venido entendiendo así, y ha derivado al art. 41 los convenios colectivos extraestatutarios (SAN 149/2014, de 11 de septiembre; SSTS de 23 de octubre de 2012, R. 594/2012, 22 de julio de 2013, R. 106/2013 y 22 de enero de 2014, R. 89/93 y STSJ de Cataluña 6212/2013 de 2 octubre, R. 2509/2013⁵³). Incluso el Tribunal Constitucional así se pronunció en su sentencia de 22 de enero de 2015 (R.5610/2012)⁵⁴. Igualmente se deriva al cauce procedimental previsto en dicho precepto los acuerdos de fin de huelga (STS 30 de octubre de 2013, R.47/2013). Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que no queda sometido a los requisitos procedimentales del art. 41 ET, y tampoco del art. 82.3 ET, un acuerdo fruto de un pacto extraestatutario unánime y de alcance temporal muy limitado (1-11-2013 al 5-1-2014), vid. STS de 15 de junio de 2015 (R.236/2015).

Por tanto, el cauce previsto en el art. 82.3 ET, que requiere acuerdo con los representantes de los trabajadores, únicamente deberá seguirse cuando la intención sea modificar condiciones de trabajo recogidas a través de un convenio colectivo de carácter estatutario. El Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo de 2014 (R. 80/2013) consideró, en este sentido, y por lo que respecta a tiempo de trabajo, nula la decisión de la empresa Carrefour, SA. consistente en modificar el número de días trabajados en domingos y festivos, introducida unilateralmente por la empresa como consecuencia de la ampliación por ley de los horarios comerciales en la Comunidad de Madrid, por suponer

una alteración del régimen jurídico convencional de la distribución de jornada, establecida en el art. 32 del convenio colectivo de Grandes Almacenes, que debió ser negociada y acordada con los representantes de los trabajadores como una modificación de Convenio *...está claro que la empresa podía decidir abrir los días que considerara convenientes sobre los autorizados por la ley para su actividad comercial, pero sobre esta base no puede justificar en las previsiones del Convenio que quedara autorizado a introducir de forma unilateral en las condiciones de trabajo de sus empleados una modificación tan trascendental para su vida familiar y para su propia organización particular como la de exigirles trabajar más domingos al año de los que le correspondían en la programación normal prevista”*.

En el campo de la materia retributiva, el TSJ Madrid, en su sentencia de 8 de julio de 2014 (R.176/2014) declaró la nulidad de la rebaja salarial y congelación de los salarios por no haberse seguido el procedimiento previsto en el art. 82.3 ET, ya que no se produjo acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores en orden a no aplicar en materia salarial el convenio colectivo. En sentido contrario el TSJ Murcia, en su sentencia 77/2014 de 17 de febrero (R.797/2013) consideró lícita la supresión de determinados complementos salariales⁵⁵ al concurrir las causas alegadas por un Ayuntamiento⁵⁶ puesto que existió una *“drástica disminución de los ingresos ...contemplada en su plan de viabilidad”*.

A mayor abundamiento en la materia, la sentencia de la AN 100/2013, de 23 de mayo⁵⁷ se adentró en la interpretación de las consecuencias de un descuelgue ante una sucesión de convenios. En este sentido concluyó que si la empresa procedió a un descuelgue pero más tarde entró en vigor un nuevo convenio que ordena unos incrementos retributivos respecto de los que no se ha operado procedimiento de inaplicación alguno, estos deben abonarse. Concretamente se advierte que *“es evidente, pues, que el convenio respecto del que opera la inaplicación es el vigente en el momento de la mis-*

52 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Medidas para favorecer la flexibilidad interna...” op. cit. p. 278.

53 En relación al Convenio General de la Industria Química que tiene eficacia extraestatutaria.

54 “Es necesario precisar brevemente los condicionantes a los que el art. 41 LET somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación unilateral de las condiciones de trabajo fijadas extraestatutariamente. La citada facultad empresarial, en primer lugar, no puede afectar a los convenios colectivos sino sólo a pactos “extraestatutarios” o «de eficacia limitada». En segundo lugar, se concibe únicamente como alternativa al fracaso de la negociación previa y preceptiva con los representantes de los trabajadores. En tercer lugar, no excluye la posibilidad de acudir a aquellos otros procedimientos específicos establecidos en la negociación colectiva para llevar a cabo esas modificaciones. En cuarto lugar, tampoco impide a las partes acordar la sustitución de esa negociación previa por un procedimiento de mediación o arbitraje. En quinto lugar, no permite al empresario adoptar la decisión de forma discrecional, sino exclusivamente cuando concurren “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción” (apartado 1). En sexto lugar, se atribuye al trabajador en determinados casos y cuando acredite la concurrencia de un perjuicio, la posibilidad de rescindir el contrato con derecho a percibir una indemnización. Y, en último lugar, la decisión empresarial queda sujeta, en todo caso, al control judicial ante la jurisdicción social, al ser impugnabile tanto colectivamente (conflicto colectivo), como individualmente (acción individual).”

55 Los acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento suspendían o modificaban determinados artículos del convenio colectivo en vigor, concretamente se impugnaba la decisión de :a) Suspender las jornadas especiales (festivos/nocturnos y noche del 24 y 31 de diciembre), b) Suspender el complemento de formación permanente (sexenios); c) Amortizar varias plazas ocupadas por funcionarios interinos, si bien en el acto del juicio se desistió de la impugnación de este acuerdo.

56 Debe tenerse en cuenta que el art. 32.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (tras la modificación introducida por el RDL 20/2012 de 13 de julio) permite que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas la modificación o suspensión del cumplimiento de los convenios colectivos por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las condiciones económicas

57 Procedimiento 120/2013.

ma, puesto que no cabe descolgarse de un instrumento que no existe”.

Para cerrar este apartado, hilando con el inicio, donde se expuso cuándo debe acudir al art. 41ET y cuándo al art. 82.3 ET para realizar una adaptación de condiciones de trabajo, se traerán a colación las diferencias existentes entre ambos regímenes jurídicos. A estos efectos un interés particular despierta la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2015 (R.315/2013), que declara lícita la modificación colectiva operada por la empresa Alcampo, SA, habilitada por el Convenio de Grandes Almacenes, efectuada de acuerdo con sus previsiones y en virtud de acuerdo con el sindicato mayoritario en la empresa y en su comité intercentros. Concretamente el Tribunal Supremo examina las diferencias existentes entre la modificación sustancial y el descuelgue, recogiendo la siguiente doctrina⁵⁸:

- *La lista de materias susceptibles de modificación sustancial es abierta conforme el art. 41. En cambio, el elenco de materias respecto de las que cabe la inaplicación en el art. 82.3 ET, es cerrado.*
- *Las dos tablas de materias son coincidentes, si bien el art. 82.3 ET menciona las mejoras voluntarias de la SS, cuya referencia se omite en el art. 41 ET.*
- *Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento del art. 41 ET. Sin embargo todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas las descuelgue.*
- *El empresario habrá de acudir al procedimiento del art. 41 cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, acuerdos o pactos colectivos disfrutados en virtud de decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3 ET (art. 41.6ET).*
- *La decisión de modificación de condiciones de trabajo, sea individual o colectiva, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, la inaplicación*

de condiciones de trabajo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el pacto o el laudo sustitutivo.

- *Mientras que la duración del descuelgue no puede ir más allá del tiempo de aplicación del convenio, la vigencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo no aparece legalmente limitada en su duración temporal.*
- *También hay diferencias en cuanto a la impugnación y consecuencias. En determinados casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, el trabajador que resultase perjudicado puede rescindir su contrato con indemnización.*

Algunas matizaciones deben realizarse a esta doctrina judicial. En primer término, en cuanto a la última diferencia enunciada, debe advertirse que, ciertamente, como medida de defensa de los intereses de los trabajadores que resulten lesionados como consecuencia de una decisión empresarial de modificación de condiciones de trabajo, el art. 41 ET permite que los empleados afectados, si han sufrido un perjuicio, y el mismo ha sido acreditado⁵⁹, puedan rescindir su relación laboral y emprender acciones individuales y/o colectivas para la declaración de improcedencia o de nulidad de la modificación adoptada. Sin embargo, el art. 82.3 ET no recoge en su seno esta opción a quienes se vean afectados por una decisión de descuelgue. Pues bien, a estos efectos se hace preciso traer a colación la importante sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla 1506/2015 de 3 junio (R.1288/2014) que admite la posibilidad de que el trabajador afectado por el acuerdo de inaplicación del convenio pueda instar la impugnación o la rescisión indemnizada de su contrato de trabajo. El argumento utilizado es que del silencio del precepto no puede interpretarse la negación al derecho que tienen los trabajadores de optar por la rescisión indemnizada de sus contratos porque dicha solución “no deja de ser poco clara desde la perspectiva teórica ni, sobre todo, poco coherente desde el punto de vista constitucional toda vez que se concreta en un desigual tratamiento de la inaplicación de acuerdos y pactos colectivos en relación con la de los convenios colectivos estatutarios-que además es más favorable desde la perspectiva individual-.”Consecuentemente concluye el Tribunal que en este contexto, el dispar

⁵⁸ Con anterioridad, el Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre las diferencias en su sentencia de 17 diciembre 2014 (R.24/2014).

⁵⁹ La reciente sentencia del TS de 18 de octubre de 2016 (R.494/2015) unifica doctrina y entiende, frente a la sentencia del TSJ de País Vasco de 21 de mayo 2013 (R.697/2013), que el tratamiento que da el art. 41.3 ET es igual a todas las modificaciones, “lo que supone que para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre por ser el elemento constitutivo de su pretensión y por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo”.

tratamiento no se adecúa las exigencias de los arts. 24.1 y 27.1 CE.

Más concretamente, por lo que se refiere a las posibilidades de impugnación individual, el TSJ de Andalucía, Sevilla encuentra su justificación en que, si bien conforme al art. 82.3 ET los trabajadores individualmente carecen de acción directa para impugnar los acuerdos o laudos, sin embargo, *“no impide que los actos de ejecución que afecten a cada trabajador puedan ser objeto de cuestionamiento mediante el correspondiente proceso ordinario (por ejemplo, art. 163.4 LRJS)”* Por otro lado, en cuanto a la aplicación de la extinción indemnizada se justifica entendiendo que *“el reenvío del art. 4.16 ET implica que la inaplicación no deja de ser modificación; las remisiones del art. 82.3 ET al art. 41 E en materia de procedimiento igualmente lo situamos en el mismo terreno... No tendrían un significado excluyente sino que permite la aplicación de las reglas previstas para la modificación –siempre, por supuesto, que se den todos los requisitos sustantivos y, en concreto, el del perjuicio–”*⁶⁰.

Pero la doctrina judicial mayoritaria⁶¹ no defiende esta teoría, la STSJ de Navarra (Sentencia 205/216 de 21 abril, R. 104/206)⁶² defiende que la fuente de origen y la temporalidad de la medida son dos factores claves que permiten justificar la diferencia de opciones de reacción del trabajador ante una adaptación de condiciones⁶³. En efecto, a mi juicio, las vías de reacción de las que puede disfrutar el trabajador que sufre una modificación sustancial deben ser diferentes a las que tienen los empleados a quienes no se les aplica las condiciones recogidas en convenio colectivo conforme al art. 82 ET. Los supuestos no son iguales y, por tanto, no se puede pedir igualdad en el tratamiento. Aunque muchas son las diferencias, como se ha puesto de manifiesto, dos son cruciales entre ambos procedimientos para justificar las diferencias en las vías de reacción de los trabajadores. La primera consiste en que, mientras que en la modificación sustancial

de condiciones de trabajo la falta de acuerdo no impide que el empresario lleve a cabo la medida de manera unilateral, en el supuesto de inaplicación de convenio es preceptivo el acuerdo o un mecanismo sustitutorio articulado a esos efectos. Este hecho ya supone una garantía suficiente y una mayor protección de los trabajadores ante un descuelgue de convenio. En segundo lugar, la inaplicación del convenio siempre va a ser de carácter temporal, no se contempla la vocación de permanencia: *“el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”*.

Para finalizar este apartado, y enlazando con la enumeración de diferencias entre modificaciones de condiciones de trabajo conforme al art. 41 ET o vía descuelgue convencional, según la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2015 (R.315/2013) debe advertirse que convendría añadir una más, cual es que las exigencias causales de los artículos de referencia no son las mismas. En efecto, mientras que, como se ha advertido anteriormente, las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción exigidas en el art. 41 ET están *“relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”*, en el art. 82.3 ET *“se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en caso tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre que el año anterior”*.

V. Un supuesto de modificación especial: la reducción de jornada

En línea con lo expuesto hasta este momento, y con el objetivo de cerrar las diferentes formas que el empresario tiene de poner en práctica la denominada flexibilidad interna⁶⁴, se encuentra la reducción unilateral de la jornada ordinaria de trabajo. Aunque, en un primer momento, pudiera pensarse que esta modificación no genera especiales problemas, sin embargo, y especialmente desde

60 Nota diferenciadora que sí se apuntó con anterioridad por el TS en su sentencia de 17 diciembre 2014 (R.24/2014).

61 En cuanto a la doctrina científica, en esta misma dirección vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., “El descuelgue de convenios: problemas prácticos y primeras experiencias”, *Aranzadi Social*, 2016, n. 11, p. 117.

62 Esta misma interpretación ha sido manifestada en las sentencias del TSJ de Madrid de 29 de septiembre 2014 (R.90/2014); STSJ de Canarias 25 de mayo 2015 (R.1669/2015) o STSJ de Extremadura de 18 de febrero 2016 (R.26/2016).

63 Atendiendo a la STS de Navarra de 21 abril 2016 (R.104/2016) *“nos encontramos ante una manifestación de la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos, que siguen siendo de obligado cumplimiento cuando se modifican a través del procedimiento previsto en el artículo 82.3, sin que quepa que el trabajador pueda eludir la aplicación de la modificación convencional a través del derecho del art. 41.3 que prevé exclusivamente la extinción indemnizada para los casos de modificación de condiciones contractuales”*

64 “A medio camino entre la flexibilidad interna y la flexibilidad externa” en palabras de LÓUSADA AROCHENA, J.F., “La suspensión del contrato y la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 42, enero 2016.

la reforma laboral de 2012, esta materia ha sido objeto de numerosos litigios, principalmente, por la ambigüedad existente sobre cuál es el cauce procedimental que debe seguirse.

Con un carácter meramente recordatorio conforme se ha analizado hasta este momento, la jornada puede modificarse bien a través del procedimiento de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET)⁶⁵ o bien mediante el cauce previsto para la inaplicación de convenios colectivos (art. 82.3 ET). La elección correcta, en principio, dependería, exclusivamente, de que la modificación sea contractual o convencional. Pero la situación se complica cuando la modificación se traduce en reducción. En este caso se cuestiona si constituye una condición objeto de modificación a través de estas vías y, además, aparece en el panorama legislativo el art. 47 ET que regula expresamente la reducción temporal de jornada ordinaria de trabajo.

La duda, por tanto, deviene a la hora de dilucidar cuál es el régimen jurídico aplicable en cada caso. Y esta duda adquiere mayores dimensiones si se tiene en cuenta que una reducción de jornada podría conllevar un novación contractual atendiendo al art. 12.4.e)ET. Y es que, en efecto, tradicionalmente se ha venido planteando a los Tribunales si la reducción de la jornada de trabajo produce la lógica mutación de los contratos a tiempo completo en un trabajo parcial o, por el contrario, se traduce en una mera reducción de jornada en un contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica.

Para ofrecer una respuesta al interrogante planteado la jurisprudencia ha acudido, en primer lugar, al art. 12 ET, el cual especifica en su apartado 4.e) que *“la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a)”*. De forma que la específica modalidad del contrato a tiempo parcial únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva que, en todo caso, requiere de la voluntad concorde del trabajador.

A estos efectos el mismo precepto aclara que

65 Es prácticamente imposible que una reducción de jornada, con la consiguiente disminución de salario, entre dentro del marco de una modificación de carácter ordinario y, por tanto, pueda ser modificada por el empresario conforme a su poder de dirección ordinario fundamentado en la libertad de empresa.

el contrato a tiempo parcial se entiende celebrado *“cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”*. Pues bien, el problema aparece en el momento preciso en que la reducción de la jornada ordinaria se impone unilateralmente por el empresario en base a motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción porque en ese preciso instante el empleado trabajará menos horas que un trabajador a tiempo comparable y, por tanto, entraríamos en el campo de una novación contractual. En efecto, como argumentó GONZÁLEZ ORTEGA ⁶⁶ *“debe partirse de la base de que la reducción de jornada es sustantivamente una conversión de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial”*. Por tanto, el interrogante se centra en si es posible realizar una reducción de jornada sin que se incurra en una novación contractual.

Realizando una interpretación literal del precepto la respuesta sería negativa, pero la doctrina jurisprudencial ya venía admitiendo la posibilidad de reducción de jornada, de manera casuística, a través del art. 41 ET. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de mayo de 2007 (R. 85/2006) argumentó que *“la imposición unilateral de jornada reducida (con carácter individual o colectivo) e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/ tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador”*⁶⁷. Sería posible, pues, siguiendo esta teoría que a través del art. 41 ET se produjera una disminución de la jornada de trabajo, con la consiguiente reducción del salario, sin incurrir en una novación contractual porque el trabajador no ha otorgado su consentimiento.

Pero la doctrina jurisprudencial no ha sido transparente y sigue siendo confusa, si bien se va

66 GONZÁLEZ ORTEGA, S. *“Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”*, en *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales y del Real Decreto-ley 20/2012*. Directores GARCÍA-PERROTE ESCRITÍN, I y MERCADER UGUINA, J. Lex Nova, Valladolid, 2012. P. 290.

67 La misma cuestión, y la misma teoría es aplicada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de octubre 2011 (R. 144/2011), más recientemente, por el TSJ de Andalucía, sentencia de 5 de junio 2014 (R.553/2014) y TSJ de Madrid en su sentencia de 10 de julio 2015 (R. 403/2015).

delimitando. Seré breve. El Auto del TS de 6 de marzo de 2013 (R.2678/2012) seguía defendiendo que la única vía oportuna para realizar una reducción jornada no era otra que la recogida en el art. 12.4.e) ET⁶⁸. En el mismo sentido se pronunció más recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla en su sentencia de 20 de febrero de 2014 (R. 1575/2013).

Sin embargo, en dirección contraria se manifestó el TS en su Auto de 19 de febrero 2014 (R. 2460/2014) pues vuelve a insistir en la posible reducción de jornada sin novación contractual⁶⁹. Y la misma exigencia de un acuerdo para transformar un contrato a tiempo completo en tiempo parcial se defiende en la STS de 12 de mayo 2015 (R.153/2014).Igualmente, la STSJ de Andalucía de 5 junio 2014 declaró ajustada a derecho la reducción de la jornada de trabajo y salario en un 50%, con carácter permanente, por resolución de una la alcaldía al cumplir todos los requisitos exigidos en el art. 41 ET⁷⁰. A la misma conclusión llegó el TSJ de Castilla y León, Valladolid en su sentencia de 3 de septiembre 2015 (R.1399/2015), salvo que se declara nula la modificación sustancial por incumplimiento de los requisitos procedimentales.

Aceptando esta doctrina, y defendiendo que la modificación sustancial puede abarcar a las reducciones de jornada, que en el fondo son, igualmente, disminuciones de cuantías salariales, aunque con carácter sinalagmático, aceptadas legalmente desde la reforma de 2012, el siguiente paso sería deslindar cuándo la reducción aludida debe desviarse al cauce procedimental regulado en el art. 47 ET.

Y aquí volvemos a enlazar con la cuestión planteada al inicio del epígrafe, es decir cuándo el empresario debe utilizar la vía del art. 41 y cuándo la del art. 47 para efectuar la reducción de la jornada ordinaria. Pues bien, tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el art. 47 ET quedó redactado de la siguiente forma: *“La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un diez y un setenta por ciento de la jornada de trabajo com-*

putada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual”. De manera que desde el año 2010 hace su aparición legislativa un nuevo concepto de reducción de jornada, que puede computarse en relación con el día, la semana, el mes o el año.

Nuevamente la doctrina jurisprudencial vuelve a tener protagonismo y argumenta, realizando una interpretación literal del precepto, que la temporalidad de la reducción es el elemento clave para conocer si debemos acudir a la aplicación del art. 41ET o al art. 47 del mismo cuerpo legal. De manera que, podría concluirse, no existiendo acuerdo en cuanto a la reducción de la jornada, el procedimiento recogido en el art. 41 ET debería ser el cauce procedimental acertado puesto que se está realizando una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁷¹. Ahora bien, cuando la adaptación consista en la reducción de la jornada con carácter temporal y entre dentro del margen del 10 a al 70 por ciento de la jornada de trabajo habría que acudir al procedimiento recogido en el art. 47ET⁷².

Al hilo de lo expuesto debe añadirse que la transcendencia de saber qué procedimiento deba seguirse no resulta baladí puesto que la reducción de jornada realizada bajo el amparo del art. 47 ET permite a los trabajadores afectados por dicha medida acogerse a la situación legal de desempleo, tal y como prevé el art. 208.3 de la LGSS. Y es por este motivo, es decir, la posibilidad de que el trabajador pueda acogerse a un desempleo parcial el que debe obligar al empresario a utilizar el art. 47 ET como cauce procedimental oportuno. Claro está que esto le supondrá al empresario un mayor coste puesto que el procedimiento es más complejo.

En este sentido, sirva como ejemplo la sentencia del TS de 16 de junio 2014 (R.194/2013) donde se recoge que la empresa ha seguido acertadamente el procedimiento recogido en el art. 47 ET puesto que el objetivo era el de reducir jornada y salario del personal estructural en un 25% con carácter temporal desde el 1 de septiembre de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013. En esta misma dirección se pronunció el TSJ de Madrid al declarar la nulidad de la decisión empresarial de reducir tem-

68 GONZÁLEZ ORTEGA, S., defensor de esta teoría afirma que “la conversión de contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial *“no puede imponerse como consecuencia de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”*.”

69 Con anterioridad, el Auto del TS de 6 de marzo de 2013 (R.2678/2012) seguía defendiendo que la vía oportuna para realizar una reducción de jornada sería el art. 12.4.e)ET.

70 Igualmente, vid. STSJ Andalucía, Granada, de 11 de diciembre 2014 (R.2084/2014) y SSTS de Madrid de 10 julio de 2015 (R.403/2015) y de 10 de febrero 2015 (R. 727/2014).

71 Se coincide con FABREGAT MONFORT, G., “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET”, Trabajo y Derecho, n. 17, 2016, quien argumenta que ésta es la postura correcta siempre que el empresario siga cotizando por el trabajador como si lo fuera a tiempo completo y se le garantice, como mínimo, el SMI.

72 Vid. STSJ de Extremadura de 10 de diciembre 2015 (R.531/2015).

poralmente un 25% la jornada y salario y no seguir la vía del art. 47 ET sino la del art. 41 ET”⁷³.

El problema que subyace aquí no es otro que el referente a la determinación de la duración de la reducción. En efecto, aparentemente, la temporalidad desvía la reducción de jornada a la vía del art. 47 ET, mientras que la vocación de permanencia de la medida se deriva hacia el art. 41 ET. Un inciso, no obstante, en este momento, y es que si la reducción es inferior al 10 % aunque sea de naturaleza temporal, al tener tan escasa virtualidad podría realizarse a través del art. 41 ET. De forma que siguiendo literalmente al art. 47 ET únicamente anidarían en él las reducciones de jornada ordinaria comprendidas entre el 10 y el 70% si son temporales. Pero esta afirmación, a mi juicio, debería suavizarse desde el momento que se está vulnerando el propio art. 12.4.e) ET. Y, de esta manera, sería prudente entender que las reducciones operadas a través de la vía articulada en el art. 41 ET no tienen la obligación de ser permanentes⁷⁴. Debe diferenciarse entre señalar el *dies ad quem*⁷⁵ o no hacerlo. Si el empresario, conforme a su situación económica⁷⁶ precisara llevar a cabo un reducción de jornada y, consecuentemente, de salario y marca un concreto margen de vigencia de dicha modificación, el cauce procedimental oportuno será el recogido en el art. 47 ET. Sin embargo, si no se delimita el periodo de vigencia de la adaptación de condiciones laborales deberá entenderse que se ejecutará *sine die*, que no quiere

decir obligatoriamente, de manera indefinida, sino que se desconoce el plazo de finalización. Plazo de finalización que debería tener un final si cambiaran las causas de la modificación contractual. Y es que como acertadamente argumenta LAHERA FORTEZA⁷⁷ “los trabajadores pretenderán recuperar salarios perdidos cuando cambien las causas de su modificación contractual gracias a la recuperación económica de la empresa”.

73 STSJ de Madrid, de 10 de febrero de 2015 (R.727/2014).

74 En esta misma dirección vid. LAHERA FORTEZA, J. “La modificación contractual directa de las retribuciones”, Trabajo y Derecho, 2016, n. 21, p. 57.

75 Ejemplo claro en la STS de 16 de junio 2014 (R.194/2013) donde se recoge que la reducción de jornada y salario se realizaría entre el 1 de septiembre de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013

76 En este supuesto, como ya se advirtió anteriormente, al existir una reducción indirecta de la cuantía salarial, se hace preciso advertir que, con carácter general, una medida de reducción directa del salario debe tener necesariamente como causa justificativa una de índole económico, es decir, de ahorro económico, porque el resto, es decir, las causas productivas, técnicas u organizativas no pueden justificar una reducción directa del salario Así se pronuncia la Audiencia Nacional en su sentencia n. 149/2014 de 11 de septiembre (Proceso en primera instancia 163/2014)

77 LAHERA FORTEZA, J. “La modificación contractual...” op. cit. p. 58.

A D

A DEBATE

Sobre el documento FIDE

Jaime Cabeza Pereiro
Universidad de Vigo

SUMARIO

1. “Conclusiones generales”. 2. “Conclusiones sobre contratación”. 3. “Conclusiones sobre negociación colectiva”. 4. “Conclusiones sobre flexibilidad interna”. 5. “Conclusiones sobre despido”. 6. “Conclusiones sobre representación y participación de los trabajadores en las empresas”. 7. Cierre.

Estos meses en los que el renovado Gobierno ha mostrado escasa vocación por alcanzar acuerdos de reforma del marco normativo laboral han sido una buena ocasión para un documento como el que ha publicado el Grupo “FIDE”. O para el debate, después del período de consulta pública, acerca del Pilar Europeo de Derechos Sociales. En estas páginas reflexionaré sobre aquél, que constituye, sin duda alguna, el planteamiento teórico de mayor interés e impacto sobre el marco normativo de nuestras relaciones laborales que se ha elaborado en mucho tiempo. Por más comentarios críticos que se le hagan –que algunos se van a expresar– parten siempre de un reconocimiento sincero del valor de un texto consensuado entre un grupo de especialistas de variada procedencia y adscripción. De modo que un valor nada menor que tiene el documento es el de constituir un texto transaccional de posturas diversas. Con la rara virtud añadida de que ello no le resta densidad de contenidos ni impacto propositivo. Por supuesto, muchas de las recomendaciones pueden discutirse y suscitar grados de adhesión diferentes. Algunas tienen un alcance y densidad mayores que otras. Y bastantes de ellas responden a una cuestión más coyuntural, en tanto que otras atacan aspectos ciertamente estructurales de nuestro marco normativo de relaciones laborales.

Sin que sea necesario referirse nominativamente a las personas que han conformado el grupo de trabajo, todas ellas tienen en común ser académicos o profesionales del mundo del Derecho del Trabajo, o en algún caso, de la Economía. No están las partes sociales y eso se nota. Para bien y para mal. Las conclusiones que se refieren al ámbito de lo que puede denominarse como “derecho colectivo”

son, en algún caso, muy contundentes y propician debates muy de fondo. Tanto que acaso debieran pronunciarse en términos algo más relativos, con alguna subordinada condicional o en un tono un poco más dubitativo. Bien al contrario, a las conclusiones les falta expresividad cuando describen las fallas que nuestro marco de relaciones laborales padece en algunos temas, en particular en relación con la contratación temporal o, más en sentido amplio, atípica. Paradójicamente, las propuestas en este capítulo tienen un sesgo de mayor contención o prudencia, al igual que sucede en cuanto al despido.

El comentario que va a abordarse en estas páginas concederá una atención desigual a unas y otras conclusiones, aunque se referirá a la mayoría de ellas. En gran parte, como consecuencia de los propios intereses particulares del autor. Pero también, porque la densidad propositiva de todas varía, o porque se sitúan, en ciertos casos, en un plano totalmente técnico en el que no cabe sino aplaudir la razonabilidad de la propuesta, o, como mucho, proponer una alternativa de reforma de entre las varias que resultarían razonables. Al margen de lo cual, se hace necesario comenzar con algunos planteamientos generales que formula el grupo y que conforman pilares esenciales para una reordenación razonable y adecuada de nuestro marco normativo de relaciones laborales.

1. “Conclusiones generales”

Para empezar, el documento utiliza ciertos calificativos que han de confluír necesariamente en una buena reforma laboral: un marco legal “con-

sensuado, claro, integral y estable”. La estabilidad, como valor que confiera seguridad jurídica, que permita el desarrollo de una jurisprudencia y de una doctrina –¡no solo judicial, también académica!– integrales y que confiera certidumbre y confianza a nuestro sistema jurídico-laboral. La claridad e integridad, como virtudes propias –necesarias, pero no únicas– de una reforma de correcta técnica normativa, que aporte seguridad jurídica y previsibilidad, que evite conflictividad innecesaria y que produzca eficacia y eficiencia. Y el consenso como premisa básica para que una nueva legislación pueda ser acogida, amparada y asumida por las partes sociales.

El texto realza como requisito del cambio que propone la necesidad de que sea resultado de un pacto social que lo legitime, facilite su integración y promueva su desarrollo a través de la negociación colectiva, así como su adaptación a las circunstancias y a los ciclos cambiantes. El papel protagonista de organizaciones sindicales y empresariales, desde luego olvidado en las últimas reformas producidas totalmente al margen de la concertación social, constituye un valor de importancia sobresaliente. Al mismo nivel –o incluso mayor, si cabe– que una necesaria buena técnica legislativa, tan ausente en las reformas de 2012 y 2013. Las reformas de 2012 y 2013 adolecieron de ambos defectos: sendas reformas muy deficientes desde un planteamiento estrictamente técnico y, además, aprobadas totalmente de espaldas al diálogo social. Sin entrar en consideraciones más de fondo, hubo en este sentido un gran hiato entre el Real Decreto-ley 7/2011, resultado de la frustración de un proceso de concertación y producto de un mayor nivel cualitativo, y las normas posteriores. No se trató, en realidad, de un asunto de urgencias, porque tampoco en la tramitación parlamentaria se corrigieron en exceso los defectos evidentes de la reforma de 2012.

El pacto social debería de ser ineludible. Lamentablemente, las reformas más profundas y de modelo de nuestro texto básico no han sido consensuadas, de modo tal que solo del Tít. II del Estatuto de los Trabajadores puede predicarse que es, en la actualidad, una normativa esencialmente pactada. Pero quizá a este respecto el documento resulte algo contradictorio: en vez de plantear unos asuntos de debate con unas respuestas abiertas o con posibilidades alternativas, se formulan unas conclusiones muy orientadas, como si solo se esperara de las partes sociales una adhesión a las mismas, o al menos a la mayoría de ellas. Es cierto que bastantes conclusiones remiten interesantes contenidos a la negociación colectiva, pero en un

contexto en el que predomina la apuesta por la solución heterónoma desde el poder normativo del Estado. Ello no obstante, es muy oportuno que el documento recuerde que solo el pacto social genera legitimidad suficiente para que la norma laboral se traslade a la negociación colectiva y pueda aplicarse ante situaciones de cambio laboral.

Se expresa, entre las conclusiones generales, que la legislación laboral ha de estar enmarcada en el ámbito de la Unión Europea. Nada se añade a este respecto, salvo la referencia inmediatamente posterior a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero cabe suponer que esta invocación quiere advertir de la necesaria adecuación del Derecho interno a las normas de la Unión Europea, a la vista de las muy notables incoherencias entre uno y otras que han aflorado en los últimos tiempos. Además, podría advertirse una adhesión a un modelo social que se propone desde Europa, aunque ahora instalado en el diván del análisis sobre si existe o no un auténtico pilar de derechos sociales.

Muy gráfica parece la afirmación, igualmente propuesta “en el marco europeo” –y ahí la invocación a dichas Carta y jurisprudencia, así como a la normativa del Consejo de Europa–, de que la legislación es el instrumento propio de reconocimiento de derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Sin embargo, en el mismo plano se añade que también lo es de ordenación del mercado de trabajo, a cuyo fin la mejora de la competitividad empresarial constituye un elemento estratégico. Pues en una economía abierta han de tenerse en cuenta los estándares y prácticas laborales de los países con los que las relaciones son más directas y con los que se compite. En realidad, la función tuitiva queda muy ensombrecida, sin que haya una clara apuesta por ella. Más bien, el “eje vertebrador” con el que sintetiza el documento su postura muestra un claro eclecticismo: que los empleos sean dignos, pero también productivos, respetuosos con los derechos y al mismo tiempo útiles para las empresas, además estables y no obstante flexibles. En este escenario, la invocación del marco europeo y en particular, de Tribunal de Justicia, evoca esa doble alma de su jurisprudencia: a veces protectora, pero siempre defensora de las grandes libertades y de la competencia. Tal vez haya que aceptar ese papel ordenancista de la normativa laboral, pero no en el mismo plano de importancia que el clásico de proclamación de derechos de los trabajadores. Que el grupo equipare ambos expresa un importante grado de renuncia o aquiescencia

con esta función añadida del Derecho del Trabajo, que gana en ambivalencia y se deja algo de su impronta original.

Un último *desideratum* que se manifiesta en las conclusiones generales se refiere al contenido y estructura de la “norma epicéntrica”, el Estatuto de los Trabajados. El grupo lamenta que el texto actual, por muy moderna que sea la versión refundida vigente, “siga mirando al pasado”. No es fácil interpretar esta expresión sincrética, si no es a partir de las proposiciones siguientes, que a continuación se abordan. Es indudable que el ET contiene preceptos realmente envejecidos y que utiliza criterios que pueden calificarse como antiguos. Algunos de los primeros artículos –en particular, del 3 al 5– merecerían un importante *aggiornamento*. Otros, utilizan conceptos tal vez superados o cuestionados –por ejemplo, lo relativo a las reglas de Derecho Internacional Privado, la identificación del centro de trabajo, la referencia a la revisión de las taquillas de la empresa o los mandatos acerca de la prevención de riesgos del art. 19. Pero la afirmación de que nuestro texto básico adolece de una orientación pretérita me parece un comentario que peca de excesivo.

Como primer elemento de modernización se apunta –y aquí no puedo estar más de acuerdo con el grupo– a que es necesario un nuevo título que regule los derechos fundamentales de los trabajadores en las relaciones laborales para despejar incertidumbres relativas a su ejercicio en igualdad y sin discriminaciones. Y que tenga en consideración la incidencia de las tecnologías de la comunicación y el entorno digital, que en la actualidad es insoslayable. Quizá el verbo “regular” no sea el más adecuado, a la vista del rango legal que tiene –y que no debería dejar de tener– el ET. Pero sí que es imprescindible la labor de dotar de significado unos derechos a los que la jurisprudencia del TC está vaciando de contenido, al menos en el contexto de las relaciones laborales. Y, ciertamente, las tecnologías de la comunicación conforman el escenario en el que las dudas e incertidumbres hacia el espacio de los derechos fundamentales se proyectan con mayor intensidad. Además, con la renovada pasión que el ET, en su versión posterior a la reforma de 2012, ha sentido hacia el poder de dirección del empresario, la descripción de un contenido claro y mínimo de los derechos fundamentales del trabajador en la prestación de sus servicios resulta imprescindible, en el viejo empeño de equilibrar mínimamente a ambas partes. Porque, desde 2012, el contrato de trabajo –en esto sí que mira al pasado, hacia muy lejos– ha vuelto a ser

un contrato de una fortísima subordinación de una parte a la otra.

También es oportuna la propuesta de que el ET regule, en sendos nuevos títulos, los procedimientos de solución de conflictos colectivos y las relaciones laborales. Sobre los primeros, la regulación actual está demasiado fragmentada, incurre en no pocas contradicciones internas y obedece a impulsos normativos distintos, deudores de diversas finalidades de política social. No tiene demasiado sentido, además, que el ET regule la negociación colectiva y no la solución de los conflictos. Aunque, en honor a la verdad, también se refiere a ésta, pero en preceptos del Tít. I y III no adecuadamente coordinados entre ellos y que, reunidos, tampoco constituyen una regulación cerrada y suficiente de la materia. Tal vez haya que trasvasar algunos preceptos desde el texto procesal y, además, decidir el papel –si alguno– que debe desempeñar la autoridad laboral. De tal modo que, por fin, se firme el acta de defunción de algunos artículos del RD-ley 17/1977, de 4 marzo, y preceptos concordantes, que tienen en 2017 un fuerte aroma rancio.

En cuanto a las relaciones laborales especiales, se trata, según el documento, de regularlas con vocación restrictiva, correctora de su uso expansivo y unitaria, en unos términos que doten de mayor orden los derechos de trabajadores y empresarios. A este respecto, de nuevo parece acertado que se eleve a rango legal el régimen jurídico de todo este entramado normativo, en el que los temas de jerarquía normativa han sido hasta ahora muy discutibles. Y habría de añadirse que, en relación con algunas de ellas –en particular con la del empleo del hogar familiar– debería acelerarse su tendencia hacia una mayor cercanía con el contrato ordinario, a lo que obliga una normativa internacional que el Reino de España se resiste a ratificar. O que se ponga cerco a los contratos temporales acausales en no pocas de ellas –vg., en muchos supuestos, en la relación especial de artistas–. Pero debería de abrirse una reflexión seria sobre los porqués de que en su momento nacieran, sobre todo cuando algunas desaparecen ante la más absoluta indiferencia de la doctrina laboralista –como es el caso de la de estiba y desestiba, víctima del *sancta sanctorum* del derecho de libre establecimiento–.

2. “Conclusiones sobre contratación”

Sobre algunos aspectos, el grupo no ha alcanzado consenso. La afirmación de que la contratación indefinida ha de ser la modalidad ordinaria y típica del ordenamiento laboral solo goza de apo-

yo mayoritario, probablemente por la desafección de los apóstoles del contrato único. Quienes, por cierto, acaban de recibir el rechazo unánime de la comisión de expertos autora del contenido documento acerca de la repercusión de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 septiembre 2016. Tampoco parece unánime la idea –por lo demás tan obvia en su evidencia empírica– que los estímulos a la estabilidad contractual no han funcionado correctamente y son inadecuados. A renglón seguido se añade –con la apariencia de que existe una minoría discrepante– que los contratos temporales deben de atender a necesidades coyunturales de las empresas o a causas formativas, y que en ambos casos la ley debe asegurar su existencia. Pero han de eliminarse las vinculaciones temporales de carácter acausal, así como las precarias, inciertas y las que su coste no sea inferior del que cabría esperar del normal tracto de un contrato indefinido. Asimismo, que el contrato a tiempo parcial debe servir a sus necesidades específicas, atender a necesidades de empresarios y trabajadores y evitar el impacto adverso de género.

Poco cabe comentar en relación con el rechazo de las modalidades temporales acausales, a salvo de un silencio, que pudiera entenderse como de complicidad, para con el contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Sí hay que preguntarse sobre cuáles son las vinculaciones precarias o inciertas a las que alude el documento sin dar más pistas, pues parece una admonición deliberadamente ambigua. Como resulta incierta la crítica de contratos temporales cuyo coste no sea inferior al ordinario al que indebidamente sustituyen. Aunque la referencia al coste parece en exclusiva referirse al que asume la empresa, no el trabajador. Más interesante es la referencia al contrato a tiempo parcial, pues bajo la apariencia neutra de unas reglas que respondan a las necesidades de ambas partes del contrato, hay una evidente desaprobación de las novedades introducidas por el RD-ley 16/2013, absoluta y exclusivamente escoradas al interés de las empresas. Además, el evidente impacto negativo en términos de género que acarrea el régimen vigente es desaprobado por una conclusión que recomienda su desaparición.

Ya se ha dicho, y así lo constata el Grupo, que el contrato único solo encuentra apoyo minoritario en su seno, de modo tal que huelgan mayores comentarios. Mucho más interés ostenta la propuesta, sobre la que solo se especifica que se debatió, acerca de que se atribuya en exclusiva la gestión de la temporalidad de muy breve duración a las empresas de trabajo temporal. Se trata de un debate

muy oportuno, que engarza con algunos modelos comparados, los cuales, en definitiva, han optado por concebir el empleo intermediado como el dique de contención frente a las crisis laborales y el amortiguador ante unas medidas de reducción de plantilla que afecten a los trabajadores típicos. Es decir, un sistema que otorgara a las agencias privadas de empleo el monopolio de la flexibilidad cuantitativa. Se trata de una propuesta que acaso no pueda ser acogida en toda su extensión, pero que probablemente produjera un cierto saneamiento de la contratación temporal en nuestro modelo de relaciones laborales.

El grupo constata que la alta temporalidad y rotación excesiva, que califica de irregulares, son nocivas para la calidad del trabajo, la formación de los trabajadores y la productividad de la economía y de las empresas. Y expresa que no encuentran justificación ni en factores estacionales ni en la especialización productiva de la economía española, con la agravante de la alta incidencia del encadenamiento de contratos temporales. En este fenómeno se identifica como factor desencadenante el uso indebido de los contratos temporales causales. Las sucesivas reformas, pese a perseguir expresamente este fenómeno, no lo han atajado, sino que, por diversos cauces, han persistido en fomentarlo indirectamente. El sector servicios, las pequeñas y medianas empresas y las Administraciones Públicas han constituido los focos más importantes de esta plaga. Frente a tal diagnóstico, indiscutible y rotundo, se propone la incorporación de fórmulas efectivas y eficaces de control y disuasión. Fórmulas que diferencien nítidamente la contratación temporal irregular de la justificada y que prevean para aquélla indemnizaciones disuasorias y medidas des-incentivadoras eficaces, de entre ellas las sanciones.

No hay nada que quepa objetar a esta propuesta, más allá de su natural inconcreción. Como mucho, podría comentarse que está latiendo, en el fondo, una cierta crítica a que la doctrina del Tribunal de Justicia, en el asunto *De Diego Porras*, dirija sus dardos contra la contratación causal justificada y no contra la fraudulenta. Quizá el problema radica en que en este tema se nos han acumulado, como en un trastero, un montón de cacharros viejos que no sabemos si todavía pueden funcionar: derechos informativos de los representantes de los trabajadores, cotización incrementada en el caso de contratos temporales, proceso de oficio iniciado por el Servicio Público de Empleo... Al igual de lo que sucede en relación con los incentivos a los contratos indefinidos, hay que partir de la presunción

de que han sido inútiles y empezar por un barrido de todos para poner en marcha medidas eficaces, que desde luego cuenten con la complicidad de los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores y también con la de la Administración Pública. No parece, por el contrario, que merezca discutirse el mecanismo del art. 15.5, cuya mayor crítica reside en que confía demasiado en la negociación colectiva la persecución de la rotación de varios trabajadores en el mismo puesto de trabajo. Y, desde luego, en su recorrido, como el Guadiana, durante la gran crisis de 2008 y años sucesivos.

Mención aparte requiere el tema de las sanciones, expresamente previstas en el texto refundido de la LISOS. No parece que la fórmula esté tanto en el agravamiento de las mismas como en asuntos más de organización interna, de programación y de medios eficaces de la Inspección de Trabajo. Y, en cuanto a las indemnizaciones disuasorias, las recetas no son fáciles cuando se trata de contratación irregular. Solo cuando las vinculaciones son largas a causa del encadenamiento de contratos o de la distorsión en la duración de los mismos puede lograrse ese efecto de disuasión, a menos que se explore la posibilidad de prever indemnizaciones adicionales no tasadas, que acaso podrían encontrar un interesante campo de juego en este escenario. Por otra parte, bien es sabido que las indemnizaciones disuasorias con perfil de daños punitivos, al modo, vg., del recargo de la prestación, deben ser expresamente previstas por la norma, como nos enseña el Tribunal de Justicia en el asunto *Arjona Camacho*. Con todo, indemnizaciones adicionales y daños punitivos pueden ser dos técnicas de interés en este debate.

Algunas de las conclusiones siguientes, sobre la relación entre la flexibilidad de entrada, interna y de salida, que están estrechamente vinculadas, o acerca del problema específico de la contratación temporal en las Administraciones Públicas, por obvias, no requieren mayores comentarios. Las modificaciones legales de las reglas sobre esta última, tíbicamente avanzadas alguna de ellas en las conclusiones del grupo de expertos –en el que, por cierto, la Administración Pública no estaba representada, al menos directamente–, también deben tener en cuenta el problema de las válvulas de escape necesarias cuando se limita demasiado la oferta de empleo público y el de la mala práctica de centrifugar hacia las Administraciones locales servicios públicos fuera de su competencia sin medios de financiación estables o a largo plazo.

También debe aplaudirse la llamada a la negociación colectiva para perfilar la utilización de la

contratación temporal dentro de un marco de regulación legal suficiente, mediante técnicas como la fijación de números o proporciones en la misma, o la concreción de las causas legales. No obstante, también debe advertirse que los convenios han desempeñado un papel ambivalente, en el que muchas veces han roto las costuras normales de los contratos temporales mediante la identificación de causas muy ambiguas, la concreción de puestos permanentes que pueden ser ocupados con contratos temporales o la admisibilidad de períodos muy largos de duración de ciertas modalidades. Como dos ejemplos, debería hacerse una reflexión crítica de verdad sobre la vida del contrato fijo de obra en la construcción y su relación con el empleo indefinido. O preguntarse si es razonable que la mayoría de los convenios extiendan la duración del contrato eventual a doce meses en un plazo de referencia de dieciocho.

Después de una nueva invocación a la inutilidad de las bonificaciones a los contratos, unida a la conveniencia de suprimir las mal denominadas “modalidades contractuales”, la conclusión número 13 alude a una de las grandes exigencias a las que se enfrenta el sistema jurídico-laboral: la respuesta a la internacionalización, a tecnologías de la información y la comunicación y a los cambios en las dimensiones del tiempo y del lugar de trabajo. Y con todo ello, la aparición de modalidades de prestación de servicios no reguladas, o al menos no reguladas adecuadamente. El encauzamiento de todos estos problemas, con la proposición de respuestas adecuadas, debe servir para dar la oportuna y adecuada protección a estas nuevas modalidades de trabajo. Así planteado el problema, es insuficiente la propuesta de que se delimiten con mayor nitidez las fronteras del contrato de trabajo, en relación con los falsos autónomos y los becarios. Porque, más bien, el asunto, como han sugerido abiertamente autores como FREEDLAND, consiste en la regulación amplia de los contratos de prestación de servicios, con perfiles suficientemente amplios como para acoger y amparar las nuevas modalidades de trabajo derivadas de las tecnologías de la comunicación. Delimitar el falso autónomo del verdadero constituye, sin duda, un paso necesario pero insuficiente, como lo es espiar la genuina beca de la que encubre una relación laboral.

También es muy interesante la conclusión siguiente, que alude al problema del trabajo en contrata y subcontrata, en particular el que se desarrolla en empresas multiservicios. La proposición de que se base en criterios de especialización

productiva y no actúe como mecanismo de *dumping* social requeriría unos cambios normativos y jurisprudenciales de gran entidad y que han sido suficientemente destacados por la doctrina: entre otros, y sobre todo, dos muy básicos: 1) superar la jurisprudencia que admite como causa del contrato de obra y servicio la atención por una empresa usuaria de una contrata con una principal; y 2) ampliar y “exportar” el principio de igualdad propio del trabajo a través de empresas de trabajo temporal al campo de las contratas y subcontratas. Con una y otra operación, probablemente, se encauzaría gran parte del problema.

Por lo demás, las últimas recomendaciones, excepción hecha de la que urge a los interlocutores sociales que analicen conjuntamente las causas de nuestro mayor índice comparativo de desempleo y temporalidad, más bien se refieren a precisiones técnicas en las que no se sugiere ningún sesgo concreto: la identificación normativa de los grupos empresariales y los efectos consiguientes y la necesidad de abordar los retos, en cuanto a la indemnización por cese en los contratos temporales, derivados del asunto *De Diego Porras*. Más parecen preguntas de solución técnica que planteamientos de modelo, lo cual hace innecesarios mayores comentarios.

3. “Conclusiones sobre negociación colectiva”

Como ya se ha dicho, en este apartado el grupo expresa conclusiones más de modelo, como si en él alcanzara mayores cotas de consenso. Algunas de ellas, en su enunciado general, salen al paso, más o menos explícitamente, de los cambios de modelo que se produjeron en 2012 y de la jurisprudencia constitucional que convalidó la reforma de ese año. Por ejemplo, la consideración como una prioridad de la autonomía de la negociación colectiva, la potenciación de los acuerdos marco y el mantenimiento de los índices de cobertura de los convenios. La garantía legal del papel de la negociación colectiva y la necesidad de que se desarrolle con sujetos negociadores fuertes y con representatividad acreditada son condiciones que se alejan de unas reglas muy intervencionistas, que debilitan los acuerdos marcos y que no se preocupan por la muy probable debilidad del sujeto negociador a nivel de empresa.

A modo de prolongación de esta idea, la importancia del convenio de sector y del papel que desempeñan las comisiones paritarias en la dotación de estructura a la negociación colectiva, así como el establecimiento de reglas de concurrencia de

convenios que la incentiven, constituyen una enmienda a la totalidad de las reglas más básicas de la Ley 3/2012. Es verdad que el grupo reconoce diferencias cuando enuncia solo como opinión mayoritaria que la preferencia aplicativa del convenio de empresa debe rodearse de garantías tales como el respeto a la autonomía colectiva, el tamaño de la empresa y la legitimación de los sindicatos. Son, en todo caso, ideas inconcretas y abiertas, pero que tienen como denominadores comunes un respeto mayor por la autonomía de las partes en la ordenación de los convenios colectivos, una preocupación por el sujeto representativo del banco social en los ámbitos más descentralizados y una crítica hacia la preferencia desordenada en favor de la unidad empresarial.

Más discutible me parece la propuesta, bien que sometida a la autonomía colectiva en la dotación de estructura a la negociación, de que se supere el ámbito provincial de sector, sin que se produzcan vacíos de cobertura en la negociación colectiva. Personalmente, no comparto esta ola de hostilidad hacia los ámbitos intermedios, por mucho que las partes sociales parezcan apostar por una dialéctica entre convenio de sector –implícitamente, de rama de actividad– y convenio de empresa. Los convenios provinciales, en demasiadas ocasiones, están anclados en una lógica organizativa muy antigua y contienen unas reglas bastante poco adaptadas a las relaciones laborales actuales. Eso es verdad, en términos generales. Pero se trata de un problema de contenidos, no de continentes. También es cierto que las disparidades de condiciones de trabajo entre unos convenios y otros resultan difíciles de explicar. No obstante, igualmente lo es que el convenio provincial ha servido a una impagable función de adaptar los estándares laborales a las distintas peculiaridades territoriales. La negociación colectiva “de proximidad”, para el caso de las pequeñas empresas en particular, encuentra en la provincia un ámbito bastante razonable, aunque podrían proponerse otros igualmente válidos, que respondan a las estructuras organizativas de las asociaciones de empresarios y de los sindicatos.

Por otra parte, el abandono táctico del legislador al apoyo a la conformación de marcos autonómicos de relaciones laborales –como puede comprobarse ahora con los residuales e inefectivos párrafos tercero y cuarto del art. 84 ET– produce un vaciamiento de hecho de todos estos ámbitos intermedios de la negociación colectiva. Por consiguiente, podría ser plausible una superación del ámbito provincial, pero no se entrevé cuál pueda ser la pieza de recambio, si alguna. Desde luego,

una estructura polarizada en dos ámbitos, el convenio estatal de sector y la empresa, además de totalmente artificial e inalcanzable en la práctica, sería inasumible desde una elemental toma en consideración de las diferencias económicas y sociales entre unos ámbitos territoriales y otros.

Más plausibles son las conclusiones 21 y 22, relativas a la necesidad de adaptar el convenio colectivo de eficacia general –se supone que de ámbito supra-empresarial– a las necesidades reales de la empresa, como contrapunto al mantenimiento de su eficacia general. Y también, a la de alcanzar acuerdos sobre cobertura de vacíos. Algo tópica resulta la apelación a los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, y tal vez ligeramente parcial la referencia expresa al arbitraje y no a la mediación. Pero no cabe duda de que estos remedios no han alcanzado todavía la dimensión que cabría esperar y que, en particular, la solución arbitral ha tenido escaso protagonismo. Sin duda, la reordenación de la materia en un título del ET, propuesta en las conclusiones generales y anteriormente comentada, podría ser una buena piedra de toque en este objetivo. Lo cual afecta a la siguiente conclusión, que considera disfuncional el arbitraje público de inaplicación de convenios y remite su contenido a los procedimientos ordinarios. El pie forzado al que tuvo que recurrir el Tribunal Constitucional para decir “Diego” donde había dicho “Digo” en las SSTC 119/2014 y 8/2015 encuentra, así pues, réplica frontal en la conclusión 23.

A continuación, el grupo se refiere a un problema estrictamente técnico y que ha condicionado la jurisprudencia sobre la legitimación empresarial para negociar de los arts. 87.3 y 88. 1 ET, como es el de la acreditación de su representatividad. Tal vez la doctrina judicial, acompañada de las reformas introducidas sobre esta materia por el RD-ley 7/2011, produce que la urgencia de emprender una reforma laboral sea tan solo relativa, por más que deba reconocerse que la situación es insatisfactoria y la conclusión, por lo tanto, oportuna.

Como quiera que el epígrafe VI de las conclusiones se refiere a representación y participación de los trabajadores en las empresas, se omite ahora el comentario de alguna de ellas que luego se especifican en dicho epígrafe, de tal modo que solo cabe añadir, en cuanto a esta materia referida a la negociación colectiva, que el Grupo cierra sus valoraciones con una referencia a la necesidad de clarificar la eficacia de otros instrumentos colectivos distintos de los convenios. De nuevo se trata de una cuestión eminentemente técnica, que sí es verdad que ha producido notables contradicciones

entre la doctrina judicial y que necesitaría de una norma legal que aportara rigor jurídico.

4. “Conclusiones sobre flexibilidad interna”

El grupo hace suya la preferencia de las medidas de flexibilidad interna frente a la flexibilidad numérica. A este respecto, se manifiesta en términos análogos a los de los interlocutores sociales en los Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva. Sorprende la exigencia de que las medidas deban ser siempre causales, lo cual solo se entiende si se parte de un concepto estricto de flexibilidad interna que excluya casi todas las decisiones que la empresa pueda adoptar en ejercicio de su poder de dirección. Esta idea se refuerza si se lee que el grupo las concibe como dirigidas a adaptar los contratos de duración indefinida. Y más si se apela a la necesidad de que las decisiones sean conocidas por los representantes de los trabajadores, a cuyo efecto sería necesaria una reforma del art. 64 ET. En cualquier caso, el grupo concluye que la flexibilidad interna tiene que ser corolario de un trabajo estable, de calidad y flexible.

Conectada con la flexibilidad interna, la conclusión 29 alude a la conciliación de la vida familiar y laboral. Esto es, a la flexibilidad en favor de las personas trabajadoras. La refiere al tiempo de trabajo y la conecta, en un sentido bidireccional, con la que opera en favor de la empresa. Con adecuado criterio, la liga a la consecución de una sociedad progresivamente igualitaria, en cuyo seno la prolongación irrazonable del tiempo de trabajo a través de un exceso de horas extraordinarias o las formas de irregularidad más radical del tiempo de trabajo, señaladamente en el caso del trabajo a tiempo parcial, deben erradicarse. Verdaderamente, el grupo pone aquí lo puntos sobre las íes; no en vano los sistemas que admiten la realización de más largas jornadas –en Europa, prototípicamente, el Reino Unido– son aquellos donde hay mayor diferencia entre la jornada que realizan los hombres y la que realizan las mujeres. Por otra parte, el grupo pone de manifiesto hasta qué punto ha sido inadecuada y sexista la reforma de diciembre 2013 en torno al trabajo a tiempo parcial, por condenar al colectivo de personas que trabajan por debajo de la jornada normal a una irregularidad horaria injustificable, desproporcionada y variable. Una reforma, en síntesis, alérgica a las más elementales necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral. También es plausible que el grupo aluda en torno a esta materia a los derechos de presencia y no a los de au-

sencia, mucho más condicionantes de las carreras profesionales de las mujeres trabajadoras.

El documento opta por la flexibilidad interna hasta el punto de proponer iniciativas de estímulo económico, se entiende que desde la Administración Pública. Sorprende esta sugerencia, aunque se acompañe de la necesidad de establecer sistemas de seguimiento de la misma. Cuando el grupo afirma razonablemente que hay que suprimir los incentivos a la contratación por ineficaces, tal vez debería justificar por qué son aconsejables para promover esta flexibilidad interna. En mi opinión, solo la concurrencia de situaciones excepcionales, o la opción por políticas muy concretas, justificarían unas medidas de fomento cuya eficacia es más que discutible.

La articulación de reglas de flexibilidad interna y su aplicación y seguimiento exigen la existencia de representaciones sindicales fuertes y estables. Esta afirmación, sobre la que se profundiza más en el epígrafe VI, sirve de antecedente para proponer la supresión de cualquier tipo de consulta y negociación con esas representaciones *ad hoc* surgidas a partir de la reforma laboral de 2010. Que se haga omisión de cualquier referencia a las representaciones unitarias se comenta más tarde. Por ahora, hay que aludir a una afirmación de cierto calibre de la conclusión 31: que la empresa y no, por consiguiente, el centro de trabajo, es el ámbito natural de negociación o, en su caso, de adaptación de las reglas de los convenios colectivos sobre flexibilidad interna. Aunque, en términos generales, tal afirmación puede considerarse aceptable y acertada, podría discutirse dependiendo de qué concreto asunto se trate. Probablemente haya algunos asuntos en los que las reglas deban variar de un centro de trabajo a otro. Por lo demás, el ámbito de las decisiones necesariamente dependerá del campo al que afecte la actuación de los representantes de los trabajadores.

Seguidamente, la conclusión 32 se acerca a asuntos más de técnica jurídica. De un lado, la necesidad de que los acuerdos en fase de consultas en materia de flexibilidad interna gocen de la presunción de existencia de causa que, en términos generales, ya le reconoce la legislación. Y además, que se les dote de una clara eficacia jurídica legalmente reconocida. Adicionalmente, se recomienda que, sin perjuicio de las garantías mínimas legales, se contemple que la negociación colectiva pueda incorporar reglas de procedimiento y causalidad que se impongan a las legales, siempre que se garantice una interlocución fiable protagonizada por las representaciones sindicales. Con el telón de fondo de

los procedimientos autónomos de solución de conflictos para superar bloqueos en la negociación.

En relación con estos asuntos, no resulta claro el porqué de la preferencia del documento por unos procedimientos alternativos a los que contempla la ley. Hace ya años que, por ejemplo, el art. 41 se concibe como dispositivo a estos efectos sin que la negociación colectiva haya recogido, en términos generales, esta habilitación del legislador. Tampoco se entiende demasiado bien por qué los cauces que se prevean en los convenios vayan a ser más ágiles o eficaces que los de la ley. Por lo demás, incluso el ET concibe que los procedimientos autónomos de solución de conflictos sean sustitutivos de las fases de consultas y no meramente recursos para el caso de bloqueos. También desde esta perspectiva la ley genera un campo de juego interesante que, hasta la fecha, no se ha generalizado en la práctica convencional.

Más clara e interesante –aunque también en el plano de las conclusiones más técnicas que de modelo– parece la conclusión número 33, que propugna unificar en un procedimiento todas las medidas de flexibilidad interna y también la externa, que deberían además contar con una regulación sustantiva y procesal única, con el aditamento de que la flexibilidad externa fuera contemplada como *ultima ratio*. De nuevo se apela a los sistemas autónomos de solución de conflictos y se añade que todas las controversias, individuales y colectivas, deberían sustanciarse en un único proceso que aúne la litigiosidad individual y colectiva. Ciertamente, los años de experiencia transcurridos desde las últimas reformas han puesto al descubierto graves defectos técnicos, que dan lugar a espacios importantes de inseguridad jurídica, a decisiones contradictorias y a unas reglas procesales que no resultan sencillas de aplicar. Con todo, se volverá a este tema en la valoración de las conclusiones relativas a despidos colectivos.

Es especialmente importante la consideración de la flexibilidad externa como *ultima ratio*. El grupo insiste en esta idea y lanza un envite difícil para la negociación colectiva: que trace las fronteras entre flexibilidad interna y externa en atención a la intensidad de la causa y su adecuación a los objetivos pretendidos. Da la impresión de que se trata de una tarea que debe descansar más bien en la actividad jurisdiccional que en la de las partes sociales. Incluso sería sumamente dudosa la legalidad de cláusulas que relajaran la exigencia causal del art. 51 ET, a menos que se produjese una reforma sustantiva de éste siempre respetuosa con la legalidad internacional. Cuestión distinta sería que

se extendiese a las fases de consultas extintivas la presunción de existencia de causa cuando se alcance acuerdo, como va a verse.

Por último, es muy conveniente la conclusión 34, en cuanto a que se desarrolle legalmente un derecho efectivo a la formación profesional, desarrollo que todavía en la actualidad permanece como una tarea pendiente.

5. “Conclusiones sobre despido”

También a este respecto algunas de las conclusiones alcanzan un notable interés. La primera de ellas alude a la desviada utilización del despido disciplinario para ajustar el volumen del empleo, obviando su encauzamiento por las reglas del despido económico. El grupo constata que las reformas no han actuado con eficacia frente a esa práctica desviada, aunque tal vez esa conclusión merecería algún pequeño matiz. Y propone medidas generales, que no concreta en su alcance: sancionadoras y resarcitorias, en atención a la inexistencia de causa o a su falta de acreditación. Propugna que se encarezca la utilización inapropiada del despido disciplinario. Con todo, no sugiere que se vuelva en este caso a una tutela real, como sucedía antaño en el caso del despido en fraude de ley. Parece sugerir solo reglas que atiendan a la cuantía de la indemnización y que abran la posibilidad de sancionar administrativamente a los empleadores que incurran en tales desviaciones. Lo cual tal vez sea una receta no del todo eficaz para atajar prácticas tan enquistadas en nuestro modelo de relaciones laborales.

Como contrapunto, alude a un críptico diseño de cauces funcionales y coherentes para el despido económico, mediante una modificación de su actual relación. No es fácil adivinar de qué cauces se trataría. Pero, si el problema se centra en el indebido recurso al despido disciplinario, parece que lo correcto sería modificar las reglas de éste y no generar otras más “amigables” o “*company-friendly*” para el despido económico. No parece que las vigentes sobre éste, sean las del despido individual o del colectivo, estén en la raíz del recurso indebido a las causas del art. 54 ET.

Es tranquilizador que, entre las conclusiones de este capítulo, se reafirme la necesidad de indemnizar por el despido injusto, como exigencia derivada de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Menos diáfana parece la propuesta de que se “clarifiquen” los supuestos de despido nulo más allá de los discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales. Si la tal “clarificación” no

es otra cosa que el cuestionamiento de las nulidades derivadas de la paternidad, maternidad o conciliación de vida familiar y laboral, sería muy oportuno que el grupo explicitara las poderosas razones para sugerir que desaparezcan esas causas de nulidad automática. Pues han constituido elementos muy importantes de nuestro marco normativo de relaciones laborales a partir de 1999 y unas reglas fundamentales de la tutela antidiscriminatoria material de las mujeres trabajadoras.

Sí que resulta oportuno que se estudie la ampliación de los supuestos en los que deba concederse a la parte trabajadora el derecho de opción entre readmisión o indemnización en caso de calificación del despido nulo, más allá del caso de acoso actualmente vigente. Por el contrario, no lo parece tanto la oportunidad de conciliar las causas del despido objetivo individual con la división del Derecho de la Unión Europea entre causas inherentes y no inherentes a la persona del trabajador y con el procedimiento para su acreditación. Probablemente, la aparición de nuevas realidades y retos obligaría a admitir una “causa abierta” en el art. 52 en la que se albergaran situaciones como la no renovación de la autorización de residencia y trabajo para las personas extranjeras o la extinción regular de contratos temporales. Pero la Directiva 98/59/CE no define el despido colectivo en términos causales y el concepto “causas no inherentes” solo sirve a efectos de cómputo, pero no etiológicos. Tiene sentido, en mi opinión, que solo el art. 51 ET se refiera a las dichas causas no inherentes cuando se refiere al número de trabajadores afectados por la medida extintiva.

En cuanto a la regulación de los despidos colectivos, el grupo se hace eco de la jurisprudencia del TJUE relativa a las unidades de cómputo de los umbrales numéricos, al número de trabajadores empleados y a las extinciones computables –en particular, de los asuntos *Rabal Cañas* y *Pujante Rivera*– y opta, a estos efectos, por considerar la empresa o el grupo como el ámbito propio de los despidos colectivos. En términos generales, tal opción parece apropiada, y atestigua un cierto consenso hacia las principales mejoras que el ordenamiento español instituyó por encima de la Directiva en la reforma laboral de 1994. Ahora bien, podría plantearse alguna duda acerca de si la unidad de grupo es compatible con la jurisprudencia del Tribunal (vg., con sentencias como la del asunto *Akavan*). Con todo, parece despejarse, en sentido negativo, la disyuntiva acerca de si sería conveniente o no optar por la unidad de centro de trabajo explícitamente acogida por la norma de la Unión Europea.

Por lo demás, esta conclusión número 39 invita a una reconsideración de cierta jurisprudencia relativa a las causas técnica, organizativa o de producción que probablemente sería muy necesaria.

Todavía en cuanto al despido colectivo, el grupo explicita que el período de consultas constituye la fase esencial del procedimiento. Postula que la negociación colectiva lo desarrolle a partir de ciertos mínimos de derecho necesario garantizados y que se le reconozca una relevancia especial a la existencia de una auténtica voluntad negociadora, así como un papel destacado a la solución extrajudicial de conflictos. Si a todos estos efectos los cambios normativos, de necesitarse, solo serían de matiz, una modificación más de calado se propone en relación con la presunción de existencia de causa y de su correspondencia con las medidas acordadas, tácitamente negada para los despidos colectivos por la reforma de 2012. Es, sin duda alguna, una propuesta acertada, que recupera una tradición que existía y que vinculaba a la autoridad laboral, salvo el caso de vicio de la voluntad, cuanto aún existía el modelo de autorización administrativa. Conviene precisar que es muy distinto optar por esta presunción, ante una fase de consultas concreta y en un procedimiento en el que ambas partes ponderan la entidad de las causas, que asumir que la negociación colectiva, en frío y en abstracto, pueda regular la exigencia de causalidad –si alguna– en unos términos que vinculen posteriormente a las partes en las fases de consultas e incluso a la interpretación judicial. En este sentido, y como ya he anticipado, me parece desacertada la idea, plasmada en la conclusión 44, de que la negociación colectiva deba contribuir a precisar las causas, acercándolas a la realidad de la empresa. Sí que sería conveniente, por el contrario, y como expresa esta conclusión, que el legislador configurara con mayor rigor técnico las causas, teniendo en consideración la doctrina judicial que ha recaído sobre esta materia.

A continuación, el documento insiste sobre la importancia de los derechos de información y consulta de los trabajadores y postula ciertas reformas que precisen el alcance de los mismos y que aporten seguridad jurídica a las empresas. En verdad, pueden ser aconsejables algunas reglas que precisen estas obligaciones jurídicas y que aclaren un panorama en el que el activismo judicial ha sido notable. Sin duda, ha sido un foco de discusión acerca de la posible nulidad del procedimiento de despido, con resultados dispares que aconsejan cierta clarificación.

Y, en cuanto a las pequeñas empresas, la con-

clusión 43 alude a la necesidad de simplificar el procedimiento para las de menos de cincuenta trabajadores, sin merma de la seguridad jurídica ni de las garantías para los trabajadores y sus representantes. Desde luego que cabe dicha simplificación, dentro de los márgenes que permite la Directiva, y que se tenga en cuenta la especificidad de las pequeñas empresas. Se trata no tanto de cuestiones de plazos, como de exigencias administrativas y, probablemente, de una mayor colaboración por parte de la autoridad laboral.

Ya en cuanto a temas estrictamente procesales, el grupo concluye que es muy disfuncional la regulación de la modalidad procesal del art. 124 LRJS y que, además, provoca incertidumbres e inseguridades jurídicas. Como solución parcial, apuesta por que el mismo órgano deba conocer tanto de la litigiosidad colectiva como de la individual. Sobre lo cual, aunque parece razonable en términos generales, se proyecta alguna duda por cuestiones de competencia funcional. En efecto, al menos en la fase inmediatamente posterior a la asunción de competencias por la Jurisdicción Social, ha sido adecuado que conocieran en instancia de los procesos colectivos las Sala de lo Social de los TSJ o la de la Audiencia Nacional y que se facilitara una labor de casación ordinaria por el TS. Tales reglas han permitido que se dictara con relativa rapidez una doctrina bastante sistemática de casación ordinaria y que se generaran ciertos criterios uniformes. Pero no resultaría sencillo, en apariencia, que las Salas de instancia pudiesen asumir esta competencia si se le añadieran las vicisitudes individuales, las cuales parecen una competencia natural de los órganos unipersonales de instancia. Acaso sería más aconsejable no tanto una unificación de la *cognitio* en un solo Tribunal como unas más depuradas y claras reglas de conexión y coordinación entre las Salas y los Juzgados de lo Social.

Particular interés ha despertado la conclusión 46, que desaconseja la recuperación del sistema de autorización administrativa. Como es sabido, la sentencia de 21 diciembre 2016, asunto C-201/15, *Aget Iraklis*, ha declarado que la exigencia legal de una autorización por parte de la autoridad pública subsidiaria del acuerdo en fase de consultas no es contraria a la Directiva 98/59, aunque puede entrar en contradicción con el derecho de establecimiento del art. 49 del TJUE. Realmente, una lectura atenta de esta sentencia lleva a una conclusión de que tal modelo es, cuando menos, problemático. Sin embargo, las razones que me llevan a compartir la conclusión del grupo no se basan tanto en la compatibilidad de la legislación española previa a 2012

con el Derecho originario y derivado de la UE, sino, sobre todo, en un aceptable nivel de homologación con los modelos comparados próximos al nuestro, desde la perspectiva de una mayor armonización de los derechos internos. Estoy particularmente de acuerdo con la segunda parte de la conclusión 46, cuando aboga por un papel mucho más activo de la Autoridad laboral que el diseñado en la reforma de 2012. Pero, más que centrarse en el asesoramiento a las partes, en la corrección de trámites deficientes y en la evitación de nulidades a través, entre otros cauces, de asegurar el traslado de información suficiente, creo que la autoridad pública debería de empeñarse más en un papel propositivo, de búsqueda de soluciones alternativas y de ayuda en la solución del problema social que subyace a todo despido colectivo. Creo que así se aproximaría más al papel que busca de ella la Directiva de despidos colectivos.

Al margen de alguna conclusión de cierto carácter iterativo, el grupo finaliza las referidas al despido con dos asuntos de distinto tenor: el primero, en cuanto a la reconsideración de introducir el “modelo austriaco” de un fondo de capitalización y a la resurrección de la subvención al despido en el caso de empresas de menos de veinticinco trabajadores por parte del Fondo de Garantía Salarial. No está de más, desde luego, un debate como el del fondo de capitalización, truncado por la desidia que acompañó su puesta en marcha a partir de la reforma de 2010. Distinta consideración me merece la posible recuperación de la responsabilidad directa del FOGASA del 40 por 100 de la indemnización por despido objetivo procedente en el caso de empresas de menos de 25 trabajadores. No creo que la forma de favorecer a las entidades productivas de pequeña dimensión consista en facilitar el despido, máxime cuando no se toma ninguna medida paralela –o se toma con excesiva tibieza– para facilitar la suspensión del art. 47. La regla del art. 33.8, suprimida en diciembre 2013, lanzaba un claro mensaje a las empresas de reducida plantilla de que la única medida razonable de gestión laboral consistía en el despido objetivo.

El segundo asunto se refiere a la aportación al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos en empresas con beneficios que afecten a trabajadores de más de 50 años. Es cierto que la regla, tal y como está concebida, debería revisarse y que, en algún caso, produce efectos contraproducentes. Sin embargo, de un tiempo a esta parte he leído comentarios desde la asesoría de empresas que abogan por su abolición con este tipo de argumentos. Puede que la norma esté mal concebida técnicamente,

pero parece indispensable evitar que empresas en situación económica saneada ofrezcan suculentos planes de prejubilación a sus trabajadores con cargo al Servicio Público de Empleo Estatal. Nuestra jurisprudencia ha dejado un profundo rastro de los desmanes de alguna entidad bien conocida, de modo que evitar estas prácticas es imprescindible. Tal vez la aportación al Tesoro Público es una idea revisable, pero sin duda es irrenunciable el principio de que la prestación de desempleo no debe servir a la mayor gloria de la cuenta de resultados de empresas bien influyentes en Nuevos Ministerios.

6. “Conclusiones sobre representación y participación de los trabajadores en las empresas”

Curiosamente, son las más escuetas de todo el documento, pero las que plantean un cambio de modelo más profundo. No estaría de más recordar que precisamente se alude de modo directo al Título II del ET, el que es fruto de un amplio consenso que se fraguó en el año 1994 entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal.

Discrepo abiertamente de la conclusión número 50. A lo largo de los apartados anteriores, el grupo ya desliza su preferencia por las representaciones sindicales en la negociación colectiva y en la intervención en la fase de consultas. Pero que las funciones de negociación colectiva, de conflicto y de huelga se atribuyan en exclusiva a los sindicatos, de tal forma que a las representaciones unitarias solo les corresponden los derechos de información y consulta sobre el ejercicio del poder de dirección empresarial y sus efectos laborales, así como los derechos de participación en la gestión de las empresas, supone un cambio muy radical difícil de justificar. La comparación con los representantes unitarios de los funcionarios es desafortunada. Primeramente, porque no están desposeídos de las funciones de huelga ni de conflicto colectivo –en este segundo caso, al menos no del todo–. Pero, sobre todo, porque los derechos colectivos de los funcionarios no parecen un paradigma digno de ser emulado en el sector privado. Más allá de esta comparación, difícilmente puede en nuestro modelo desposeerse de un plumazo a los comités de empresas y delegados de personal de las competencias negociadoras. Cuestión distinta es que se les otorgue prioridad a las representaciones sindicales, allá donde existan. Y, en cuanto al derecho de huelga, es verdad que un modelo de monopolio sindical es compatible con la doctrina de los órganos de OIT, como también lo es el contrario. En

todo caso, la propuesta de la Comisión es demasiado arriesgada y a contra-corriente de nuestra tradición de relaciones sindicales. Es más, la conclusión, poco discutible en la actualidad, de que los representantes unitarios de los trabajadores deben seguir siendo el canon para medir la representatividad sindical (criterio de la audiencia electoral) invita a mantener una realidad de representaciones legales sindicalizadas, realidad que se pondría en entredicho si éstas fueran desposeídas de las más clásicas y típicas funciones sindicales.

Sí que comparto la propuesta de que las reglas del Título II del ET dejen de ser un imperativo absoluto y puedan convertirse en un mínimo susceptible de mejora a través de la negociación colectiva en sus diversas manifestaciones, así como mediante acuerdos entre las organizaciones sindicales representativas. No solo en cuanto a sus funciones. En particular, como apunta el Grupo, en cuanto al diseño de la unidad electoral, el ámbito territorial de los procesos electorales y las representaciones de segundo grado. Es verdad que el Título II ya hace algunos llamamientos a la negociación colectiva, pero limitados y sobre asuntos de relevancia secundaria. El centro de trabajo constituye muchas veces un criterio obsoleto. Las nuevas realidades empresariales exigen replantear la unidad electoral para lograr una mayor y más adecuada cobertura de los trabajadores a través de sus representantes. Y no solo las que cita el documento –contratas y subcontratas, empresas de trabajo temporal y grupos de empresas, sobre las que habría que formular múltiples comentarios–, sino también otras: teletrabajo, empresas sin soporte físico de centro de trabajo y, en general múltiples realidades derivadas de las tecnologías de la comunicación. Es muy visible que la densidad de las estructuras representativas unitarias no ha crecido al compás del crecimiento de la población activa, sino más bien todo lo contrario.

Frente a estas conclusiones, de un importante espectro, las dos últimas se refieren a temas sin duda importantes, pero que no sugieren grandes cambios de modelo. La primera de ellas, relativa al asunto fundamental de la financiación de las organizaciones sindicales y empresariales. El texto aboga por un modelo transparente, pero sin formular propuestas concretas. La segunda y última

del documento alude a la necesidad de impulsar otras formas de participación en los órganos de vigilancia de las empresas del tipo de las contempladas en las normas de la UE. Sin duda, se refiere a los mecanismos de participación previstos en Directivas como la Directiva 2001/86/CE para las sociedades de dimensión europea. Se trata de una propuesta interesante, pero alejada de nuestra tradición jurídica en lo que se refiere a la normativa de las sociedades de capital.

7. Cierre

Descrito y comentado el documento, ha de considerarse un punto de partida inevitable si se quiere acometer una reforma, de mayor o menor intensidad, de la legislación laboral. Ha sido un acicate importante en una época lánguida por lo que se refiere a una hipótesis real de cambio sustantivo de las reglas que rigen nuestro marco de relaciones laborales. Quizá porque el Grupo se concibió y conformó cuando las expectativas eran otras, sus conclusiones tienen una intensidad y una capacidad de propuesta grandes. Como constituyen una síntesis de posturas heterogéneas, pueden considerarse, al menos a muchos efectos, un mínimo común denominador en el que un espectro ideológico muy amplio puede estar de acuerdo. Porque las discrepancias que cabe expresar –que no han sido pocas en las páginas precedentes– no empecen que el documento sea asumible para casi todos los actores de las relaciones laborales que compartan nuestro marco de convivencia.

Que el grupo haya culminado su trabajo con unas conclusiones y no con una reflexión más teórica ha producido que el texto contenga una gran densidad de proposiciones y que, en un número muy reducido de páginas, se condense una propuesta integral de reforma del mercado de trabajo. Es probable que, en su inmensa mayoría, caiga en saco roto. O tal vez no. Pero, en todo caso, ha servido de hito para repensar nuestro marco jurídico laboral y para entender que tal vez en un futuro no muy lejano se conciba con mayor sistematicidad y rigor técnico y con una mejor atribución de responsabilidades a los distintos actores de las relaciones laborales.



JURISPRUDENCIA EN DETALLE

La responsabilidad solidaria en los grupos de empresa: una línea jurisprudencial minoritaria sobre la “dirección unitaria” [STS 20-10-2015 (RC 172/2014) TRAGSA]

The jointly and severally liability of the company groups : a minority jurisprudential trend about “unit address” [STS 20-10-2015]

Por Mariano Treviño Pascual
Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. NECESARIA CARACTERIZACIÓN DEL GRUPO DE EMPRESAS. III. CRITERIOS CONSTANTES EN TORNO AL GRUPO DE EMPRESAS LABORAL/PATOLÓGICO, LA DOCTRINA DEL “LEVANTAMIENTO DEL VELO” Y DEL “EMPRESARIO APARENTE” O “VERDADERO EMPRESARIO”. IV. LEGALIDAD *VERSUS* PATOLOGÍA Y CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN GRUPO DE EMPRESA MERCANTIL Y GRUPO DE EMPRESA LABORAL. V. PROPUESTA JUDICIAL CONCORDANTE Y DE *LEGE FERENDA*: TENDENTE A CONSTITUIR LA DOCTRINA DEL “VERDADERO EMPRESARIO” A PARTIR DE LA “DIRECCIÓN UNITARIA” DEL GRUPO DE EMPRESAS PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. VI. CONCLUSIÓN FINAL.

SUMMARY

I. INTRODUCTION. II. THE REQUIRED FEATURES OF THE COMPANY GROUPS. III. THE PERMANENT CRITERIA CONCERNING THE “PATHOLOGICAL/LABOUR” WORKING COMPANY GROUPS, THE DOCTRINE OF “LIFTING THE VEIL” AND “APPARENT ENTREPRENEUR” O “TRUE ENTREPRENEUR”. IV. LEGALITY *VERSUS* PATHOLOGY AND THE JOINTLY AND SEVERALLY LIABILITY OF THE COMPANY GROUP IN THE CORPORATE AND LABOUR GROUP COMPANY. V. THE *LEGE FERENDA* CONCURRING AND JUDICIAL PROPOSAL. THE TREND TO ESTABLISH THE DOCTRINE OF “TRUE ENTREPRENEUR” FROM THE “ADDRESS UNITARIA” COMPANY GROUPS TO THE REQUIREMENT OF THE JOINTLY AND SEVERALLY LIABILITY. VI. FINAL CONCLUSION.

RESUMEN

Si se pone la atención en la parte empresarial, los mecanismos financieros y técnicos, los sistemas económicos y el proceso de concentración de capitales y reestructuración de empresas, dan en muchos casos una nota de ambigüedad en este sujeto laboral: podría decirse, que cuanto más difícil es de identificar el empresario, más se desequilibra a su favor la relación con el trabajador. Desbordado el principio de empresa única: cuando diversas sociedades convergen en un fin común, aunque por razones prácticas de operatividad mantengan cada una su personalidad jurídica propia, ha de entenderse que la realidad muestra una empresa nacida del agrupamiento de aquéllas y, como consecuencia se impone el principio de solidaridad que, descansa fundamentalmente en el de la realidad.

Se resuelve de esta manera la cuestión de cómo hacer frente a un empresario complejo, huidizo y opaco, que surge de la descentralización productiva –el grupo de empresas–, y que aprovecha las carencias de identificación y regulación para extraer ventajas competitivas de la relación de empleo.

PALABRAS CLAVE

Grupo de empresas, “levantamiento del velo”, “empresario aparente”, “verdadero empresario”, responsabilidad solidaria.

ABSTRACT

If we focus on the business side, financial and technical mechanisms, economic systems and the process of concentration of capital and restructuring firms sets, we find that the work subject, in many cases, an ambiguity feature. More specifically, it could be said that as more difficult it is to identify the employer, more imbalanced in their favor it is his relationship with the worker. Exceeded the principle of a single company when several companies converge in a common goal, although for practical operational reasons maintain its own legal personality, we must understand that the reality shows a company born of those company groups and, as a consequence, the principle of jointly, which be supported basically in the reality. Thus the question of how to deal with a complex, elusive and opaque businessman, arising from the company groups productive decentralization and, in the end, takes the employ job relation competitive advantages of identification and regulation gaps.

KEYWORDS

The company groups, “lifting the veil”, “apparent employer”, “true entrepreneur”, the jointly and severally responsibility.

I. Introducción

La importancia de la empresa grupo en el ámbito del Derecho del Trabajo es indudable en la contemplación, determinación y prueba de la causa económica de la medida empresarial de despidos colectivos, que pasa de ser meramente empresarial para recaer sobre la totalidad del grupo cuando éste no solo es naturaleza laboral, sino también cuando es un mero grupo mercantil. Y ha extendido la duda sobre la identificación y determinación del *empresario-empleador* dentro de la empresa de grupo, a los efectos de *imputación de responsabilidad jurídica* por incumplimiento de las obligaciones laborales en el ámbito de las empresas agrupadas¹.

Para comprender la perspectiva judicial sobre una figura jurídica creada por nuestros tribunales, el grupo de empresas laboral, no esta de más traer a colación los últimos pronunciamientos en esta materia en el ámbito específico de las medidas de despido colectivo.

II. Necesaria caracterización del grupo de empresas

La unidad de decisión, derivada de la dirección

unitaria, configura la característica imprescindible del grupo de empresas, y delimita una cierta unidad económica inherente al mismo². En efecto, el grupo de empresas se configura como un agrupamiento de empresas jurídicamente distintas, pero sujetas a una dirección unitaria, que permite identificar un fenómeno de centralización efectiva de las decisiones en la empresa dominante, que se ejecutan de modo descentralizado y flexible por las demás empresas del grupo. Así pues, con el término “grupo de empresas” se viene designando un fenómeno según el cual las sociedades que lo integran, aun siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico-formal, actúan con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar una cierta unidad económica. Es decir que el grupo, genera vínculos económicos y organizativos derivados del propósito principal de la obtención de un fin empresarial común; unidad económica a la se subordinan todas las empresas componentes, que se refleja en la dominación (empresa dominante) y situación de dependencia, y en la unidad de dirección³.

El grupo de empresas, llamado también empresa de grupo, porque realza el fenómeno de una unidad empresarial con pluralidad de empresarios, sin embargo no hay un concepto jurídico unitario

1 Palomeque López, Manuel Carlos, “La responsabilidad del empresario en organizaciones complejas de empresas”, en *El empresario laboral*, coord. por Blasco Pellicer, Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.225. Lalaguna Holzwarth, Enrique, “El empresario aparente y los problemas de imputación de responsabilidades empresariales”, en *El empresario laboral*, coord. por Blasco Pellicer, Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.199.

2 Jiménez Rojas, Francisco, “Grupos de empresa y economía descentralizada”, *Anales de Derecho*, Número 30, 2012, p.135.

3 Palomeque López, Manuel Carlos, “La responsabilidad del empresario...”, op.cit., p.224.

del mismo en el conjunto del ordenamiento general⁴. Y tanto es así, que La Ley 22/1992, constituyó, por remisión legal expresa del ámbito laboral al mercantil (artículo 42 del Código de Comercio), la expresión más completa y amplia de este tipo de grupos, tras la modificación del citado artículo del Código de Comercio, orientada a adaptar la legislación al entorno comunitario europeo e internacional a mediados de 2007, cabe afirmar que la redacción normativa, tanto en la ley laboral –Ley 10/1997– cuanto en la mercantil –Código de Comercio y normas afines en ese ámbito–, delimita en la actualidad un grupo de empresas más restringido, como sociedades vinculadas que no alcanzan a constituir, como se decía antes expresamente en la ley, una unidad de decisión⁵.

En el ámbito del Derecho Mercantil son destacables los tratamientos sobre las Agrupaciones de Interés Económico (Ley 12/1991, de 29 de Abril), las Agrupaciones de Empresarios (a las que aplicar el artículo 42 del CCo., el artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 4 la Ley 24/1988 de Mercado de Valores); las Uniones Temporales de Empresas (Ley 18/1982, de 26 de mayo, modificada por la Ley 12/1991, de 29 de Abril); y en materia de seguros privados (RD 2486/1998, de 20 de Noviembre, modificado por RD 996/2000, de 2 de Junio).

Y aún menores son las referencias legislativas en el campo del Derecho Laboral, que se concretan en el artículo 3 y la DA Cuarta del RD-Ley 1/1992 (13 de abril; después Ley 22/1992, de 30 de Julio, sobre Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo), el artículo 7 del RD 830/1985 de 30 de abril, sobre Empresas Pesqueras Conjuntas, el artículo 51.8 ET, la Ley 10/1997 de 24 de abril; sobre Derechos de Información y Consulta de los Trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, modificada por la Ley 44/1999, de 29 de noviembre y algunas alusiones en sede procesal (como los artículos. 16.5, 80.1 .b y 249.2 LRJS).

El concepto de grupo de sociedades, se configura en el Derecho Mercantil de forma estricta en el artículo 42 del CCo., caracterizándolo por el control de una empresa por otra; y de forma más contundente en el Artículo 18 LSC, es decir que atiende al dato de que una sociedad “pueda ejercer una influencia dominante” sobre la actuación de la otra [será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras (lo que se presume en los supuestos

del artículo 42 CCo)], y en el artículo 4 LMV que lo extiende a la dirección unitaria (siendo presunción de ella la situación del artículo 18 LSC).

En el Derecho del Trabajo el concepto de “grupo de empresas”, lo estableció la citada DA Cuarta de la Ley 22/1992 de 30 de Julio y en la actualidad solo persiste el ofrecido por el artículo 3 de la Ley 10/1997 de 24 de Abril, conforme al cual “a los efectos de esta Ley” se entiende por grupo “el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”. Por lo que se propone su caracterización “a partir de una noción amplia de grupo, basada en la dirección unitaria, aunque, por razones de orden práctico, sería necesario presumir esa unidad de decisión en los supuestos en que exista una relación de dominio o control”. Concepto coincidente con el efectuado por el artículo 2 de la Directiva 94/45/CE, de 22 de Septiembre de 1994 (traspuesta a nuestro Derecho por referida Ley 10/1997, de 24 de Abril) y que entiende: ... b) “grupo de empresas”: un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”.

Hasta ahora, se ha mantenido como criterio la *consideración como regla general de la responsabilidad separada (limitada) de las sociedades integrantes del grupo (principio de independencia y no comunicación de responsabilidades entre las empresas integrantes del grupo)*. De modo que, la unidad de dirección económica propia del grupo de empresas no alteraba la consideración jurídica de la personalidad y responsabilidad separadas de cada sociedad, por lo que no era suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores⁶. solo en caso de uso ilícito de la personalidad jurídica empresarial con el propósito de elusión de la responsabilidad laboral y el consiguiente efecto lesivo para los trabajadores (existencia de una empresa aparente sin sustrato real), ha dado lugar en ocasiones al reconocimiento de una única relación de trabajo, en otras al reconocimiento de un empresario único, más allá de la apariencia de posiciones empresariales distintas y en fin, a la imputación de responsabilidad solidaria al empresario que ostenta la posición de cabecera del grupo en supuestos en que éste tenía trascendencia en la organización del trabajo⁷.

El componente fundamental –de dificultosa pre-

4 *Ibidem.*, p.225.

5 Jiménez Rojas, Francisco, “Grupos de empresa...”, *op.cit.*, p.136.

6 Palomeque López, Manuel Carlos, “La responsabilidad del empresario...”, *op.cit.*, p.228.

7 *Ibidem.*, p.230-231.

cisión— es el elemento de “dirección unitaria”. Para la doctrina mercantilista no basta —para apreciar su existencia y la consiguiente del grupo— la simple situación de control o dependencia societaria (por la titularidad de las acciones o participaciones sociales; y por la identidad de los miembros de órganos de administración), sino que es preciso que la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común. Pero en el campo del Derecho del Trabajo —nacional y comunitario—, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario

III. Criterios constantes en torno al grupo de empresas laboral/patológico, la doctrina del “levantamiento del velo” y del “empresario aparente” o “verdadero empresario”

La noción de grupo de empresa ha sido establecida por la doctrina científica y por la jurisprudencia para referirse a los fenómenos de unidad de dirección económica de entidades empresariales constituidas formalmente como personas jurídicamente independientes⁸. La jurisprudencia laboral, al estudiar los grupos de empresa en las relaciones laborales, se ha centrado esencialmente en deslindar las fronteras entre los grupos de empresa mercantiles no patológicos, en cuyo caso cada empresa del grupo responde diferenciadamente de sus responsabilidades y los grupos de empresa laborales o patológicos, relacionados con la concurrencia de fraude de ley, cuyas empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualquiera de ellas, al entenderse que el empresario real es el grupo en su conjunto.

Así, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de marzo del 2013 (RC. 81/2012) y de veinte de Mayo de dos mil catorce (RC 276/2013), ha sintetizado las diferencias entre una y otra modalidad de grupos de empresa, del modo siguiente: “Las sentencias que han consolidado esta doctrina son fundamentalmente las de 30 de enero, y 9 de mayo de 1990, 30 de junio de 1993, 26 de enero de 1998, 21 de diciembre del 2000, 26 de septiembre del 2001 y 23 de enero del 2002, entre otras. El contenido de la doctrina que se mantiene en estas sentencias queda perfectamente reflejado en lo que expresa

la citada sentencia de 26 de Enero de 1998, en la que se manifiesta:

“El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia de esta Sala. Así ya se afirmó que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales” (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1.990 y 30 de junio de 1.993). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1.993, “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son”. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos : 1.— Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1.981 y 8 de octubre de 1.987). 2.— Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1.985 y 7 de diciembre de 1.987). 3.— Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1.985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1.988, 12 de julio de 1.988 y 1 de julio de 1.989). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993).”.

Parece claro, por tanto, que los grupos de empresa mercantiles no responden de las obligaciones de sus empresas partícipes, aunque las mismas se originen completamente en decisiones tomadas por la empresa dominante. Por el contrario, los grupos de empresa a efectos laborales o patológicos responden solidariamente de las responsabilidades de cada una de las empresas del grupo, porque el **empresario real** es la empresa en su conjunto, que aparece con toda naturalidad, frente a terceros (suministradores, clientes, etc.), como *dominus negotii*, es decir, como mandante que actúa por medio

⁸ Ibidem., p.228.

de sus auxiliares mandatarios⁹, cuando no hubiese habido *contemplatio domini* (“patrono aparente”), es decir, que no aparece claramente ante el trabajador la existencia de otra persona o entidad por cuenta y orden de la que el trabajo se realice¹⁰, restantes integrantes del “grupo” –verdadero *dominus negotii*, según ellos–, por haber actuado *sine contemplatione domini*, es decir, sin haber exteriorizado su condición de integrante del grupo¹¹.

Si la empresa formalmente contratante del trabajador o trabajadores es un “**empresario aparente**” y el grupo su “**empresario verdadero**”, todas ellas han de responder solidariamente, pues la pluralidad de empresarios implica siempre, con relación a los trabajadores, responsabilidad solidaria. Es la solución que resulta jurídicamente exigible, en los casos relativos a “**empresarios aparentes**”, por la normativa de Derecho común que es la que rige el contrato de mandato. Una vez destruida esa apariencia, se impone también esta solución, pues resulta obvio que no existe un único *dominus negotii* o mandante, sino una pluralidad de ellos: todas y cada una de las empresas laboralmente agrupadas, incluida la “aparente”, la cual ostenta a la vez, por no tratarse de ninguna empresa ficticia, la doble condición de mandante y mandatario. Se comprende, así, que la condena solidaria de las mismas por ministerio de la ley esté plenamente justificada, pues el Código Civil afirma que “si todas las personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligados solidariamente para todos los efectos del mandato”¹². Tanto el mandatario como el mandante responden solidariamente.

Por todo ello, en el caso de los llamados “grupos de empresa” la jurisprudencia social ha procedido a lo que se denomina **levantamiento del velo**, traduciendo literalmente la expresión de los tribunales anglosajones (*lifting o piercing the veil*), cuando resulta necesario ampliar el ámbito de responsabilidad propia de cada miembro del grupo por medio de la imposición a los mismos de una responsabilidad solidaria para la protección de los trabajadores, con olvido de la teoría general de la personalidad jurídica, justificándolo en la “primacía de la realidad” sobre las apariencias y los formalismos jurídicos, para marginar las situaciones ficticias, lo que cuenta con el aval de la doctrina constitucional, que atribuye a los órganos del orden social, también en este caso, la búsqueda del

“**empresario verdadero**” (STC 46/83)¹³. Y es que la ausencia de regulación legal ha llevado a afirmar que el fenómeno de agrupamiento empresarial es una realidad económica más que jurídica y que el concepto del “grupo de empresas” tiene solo base teórica.

Pese a que se insiste, que la realidad de un grupo de sociedades a efectos económicos o mercantiles no es bastante por sí sola para que proceda a extender la responsabilidad solidaria a los demás miembros de la agrupación, más si ha lugar a ello por *mor* de la doctrina del **levantamiento del velo**, las empresas responden solidariamente de las responsabilidades asumidas formalmente por cualesquiera de ellas, al entenderse que el **empresario real** es el grupo.

Afirmando, el Tribunal Supremo en su sentencia de veinte de Mayo de dos mil catorce (RC 276/2013), lo abierto del concepto grupo de empresas, siempre reconocible en el supuesto concreto con un elevado grado de flexibilidad:

“En todo caso parece oportuno destacar –con la ya citada STS 20/Marzo/13 – que “el concepto de grupo laboral de empresas y, especialmente, la determinación de la extensión de la responsabilidad de las empresas del grupo depende de cada una de las situaciones concretas que se deriven de la prueba que en cada caso se haya puesto de manifiesto y valorado, sin que se pueda llevar a cabo una relación numérica de requisitos cerrados para que pueda entenderse que existe esa extensión de responsabilidad. Entre otras cosas, porque en un entramado de ... empresas ..., la intensidad o la posición en relación de aquéllas con los trabajadores o con el grupo no es la misma”.

La responsabilidad solidaria es, pues, “la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial. Surge con naturalidad, por así decirlo, cuando las varias empresas han sido “efectiva y directamente perceptoras” de los servicios del trabajador, lo que señaladamente ocurre cuando se presten de forma “indistinta o común, simultánea o sucesiva en favor de los varios empresarios, que así formen un grupo “de funcionamiento integrado o unitario”, datos estos que sin ambages deben ser tenidos por bastantes a efectos laborales para fundar y exigir la solidaridad.

Ya, Alonso Olea, nos advierte desde antiguo que puede ocurrir que de los servicios prestados a una sola de las empresas del grupo, hayan sido “receptoras y beneficiarias” también las otras; lo que ad-

9 Martínez de Girón, Jesús, *El empresario aparente*, Civitas, Madrid, 1992, p.14.

10 *Ibidem.*, p.24.

11 *Ibidem.*, p.27.

12 *Ibidem.*, p.51.

13 Lalaguna Holzwarth, Enrique, “El empresario aparente y ...”, op.cit, p.199.

mitida la solidaridad como principio, se convierte en cuestión de hecho y, por tanto, de prueba que quizá puede facilitarse mediante una presunción *iuris tantum* de utilidad común de los servicios para el grupo, que permita demandar al grupo en cuanto a tal como a cualquiera de sus integrantes, señaladamente al que inmediatamente aparezca como quien “contrata y percibe la prestación de servicios”¹⁴.

Y es que nunca se dejó claro, si en el grupo de empresas la declaración de responsabilidad solidaria implica en todo caso un comportamiento empresarial fraudulento o abusivo, ya que el fundamento de la solidaridad entre los miembros del grupo descansa en última instancia en la seguridad jurídica, y en la necesidad de proteger al trabajador frente al perjuicio ilícito causado, el cual debe ser reparado. Ni siquiera el comportamiento del empresario “aparente”, o la apariencia externa de unidad empresarial, traen necesariamente causa patológica. Porque se atribuye la condición de empresario a quienes contraten y reciban la prestación de servicios, independientemente del interés con el que lo hayan hecho, ya sea éste un interés propio, ajeno, o bien comunitario de cualquier grupo de organización empresarial más o menos regular¹⁵ y eso que uno de los parámetros fundamentales para la imputación de la responsabilidad solidaria era la concurrencia en un fin (u objeto social) común, traducida a una actividad o a un ciclo productivo completo¹⁶.

Entiendo que, hace tiempo, podría haberse llegado a la anterior conclusión, que el “grupo de empresas”, según el voto concordante del Magistrado Fernando Salinas Molina a la STS 20/10/2015 (RC 172/2014) TRAGSA, es “el **“verdadero empresario”** de los trabajadores contratados por cualesquiera de las empresas del grupo—, a través del elemento adicional que califica de **“funcionamiento unitario”**, en vez de mezclar tal elemento con los demás y vincularlos todos al fraude y la ocultación, se constituya en un fin en sí mismo que sirva para determinar quién sea el **“verdadero empresario”** de los trabajadores contratados y además se ponga el acento en la finalidad de la construcción jurídica sobre el grupo de empresas y para ello no debemos de partir de que en todo caso tales personas que actúan coordinadamente en común cometen fraude o abuso”.

Argumentación, que es más concorde con lo

14 Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, M^a Emilia, *Derecho del Trabajo*, Vigésimosexta Edición, Civitas, Madrid, 2009, p.180.

15 Jiménez Rojas, Francisco, “Grupos de empresa...”, op.cit., p. 153.

16 *Ibidem.*, pp. 145-146.

que debe mantenerse sobre la dirección unitaria y sobre la determinación del **“verdadero empresario”**, aun tratándose de una diversificación que se efectúa por razones de operatividad, bien puede decirse, por ejemplo, de la **“dirección unitaria”** de dos o más sociedades que, constituyen, en realidad la “organización y dirección” a que alude el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, cuando hace referencia al **“empleador o empresario”**, o dicho de otra manera, *“en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario, con la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo”*, según la ratio decidendi de la STS 20/10/2015 (RC 172/2014) TRAGSA.

Y en el mismo sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de veinticinco de Junio de dos mil catorce (RC 165/2013), establece que : TERCERO.— ... b) *Existiendo un grupo de empresas a efectos laborales, como es el caso que nos ocupa, eso significa que estamos ante “una realidad empresarial única y centro de imputación de las obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas” (STS 16/9/2010). En otras palabras, que el grupo de empresas es, en estos casos, el verdadero empresario a que se refiere el art. 1.2 del ET. Apoyándose en la jurisprudencia de esta Sala Cuarta del TS, afirma la Audiencia Nacional: “Recuérdese que en estos casos el levantamiento del velo descubre al grupo como verdadero empresario unitario, “de acuerdo con el criterio de atenuamiento a la realidad en la identificación de la posición empresarial” (STS 3-5-90, RC 1524/2002; STS 31-1-91), porque así lo impone “la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas” (por todas, STS 20-1-03)”*.

Por lo tanto, “a la hora de determinar la posible existencia de una situación económica negativa, que pueda justificar la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ya que se considera que el **verdadero empleador del trabajador** no sería la sociedad a cuya plantilla se encuentra formalmente adscrito, sino el conjunto formado por todas las empresas que configuran la situación de unidad empresarial se debe estar a la situación patrimonial de todas las sociedades que conforman el grupo empresarial”.

Argumentación que coincide, además, con la doctrina de la misma Sala (STS de 18/03/2014, Rec. 114/13, FD Tercero **in fine**), al señalar:

No postulaba la parte actora la condena solidaria de las demás mercantiles integrantes del grupo

de empresa. Obviamente, de haberse pretendido tal solidaridad, hubiera sido necesaria la llamada al proceso del resto de las mercantiles., lo que se concluye es que la demandada no podía llevar a cabo el despido colectivo y, siendo nulo éste, **habrá de restaurarse la situación y, en su caso, quien sea el verdadero empleador podrá adoptar en su momento las decisiones que estime oportunas en atención a la situación empresarial global.**

Que no hacen, sino confirmar el pronunciamiento fundamento de todos los posteriormente dictados y que resuelve casi todas las cuestiones esenciales del procedimiento de despido colectivo contenido en la STS 27/5/2013 (RC 78/12) y el primero dictado tras la Reforma laboral de 2012. Es de notar esta sentencia cuya doctrina se transcribe, aproxima “grupo de empresas a efectos mercantiles” y “grupo de empresas a efectos laborales”, sobre todo a efectos de responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo.

OCTAVO.- 1.- ... se ha pasado de una inicial concepción en la que la pertenencia al Grupo se consideraba un dato irrelevante desde la perspectiva laboral (porque se acepta la independencia jurídica y la responsabilidad separada de las sociedades del grupo), sin perjuicio de que se aceptasen desviaciones en excepcionales supuestos (a virtud del principio de la realidad en la atribución de la condición de empresario, la doctrina del empresario aparente y la del fraude de ley), al más moderno criterio (muy particularmente desde la STS 03/05/90 que sistematiza la doctrina), que persiste en la regla general de responsabilidad separada de las sociedades integrantes del grupo, pero que admite la trascendencia laboral del referido Grupo en ciertas circunstancias o cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales.

....

NOVENO.- ...para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta ... c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales;.... Esto es, la “ e) “creación de empresa aparente” que alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”;...

IV. Legalidad versus patología y concurrencia de responsabilidad solidaria en grupo de empresa mercantil y grupo de empresa laboral.

Como ya anticipé que la unidad de decisión, derivada de la dirección unitaria, configura la caracte-

terística imprescindible del grupo, y delimita una cierta unidad económica inherente al mismo, aunque también se exige un instrumento de poder que garantice el ejercicio de la dirección-el control- ya se trate de grupos subordinados o coordinados, la Ley 22/1992, constituyó, por remisión legal expresa del ámbito laboral al mercantil (artículo 42 del Código de Comercio), la expresión más completa y amplia de este tipo de grupos, tras la modificación del citado artículo del Código de Comercio, orientada a adaptar la legislación al entorno comunitario europeo e internacional a mediados de 2007, cabe afirmar que la redacción normativa, tanto en la ley laboral -ley 10/1997- cuanto en la mercantil -Código de Comercio y normas afines en ese ámbito-, delimita en la actualidad un grupo de empresas más restringido, como sociedades vinculadas que no alcanzan a constituir, como se decía antes expresamente en la ley, una unidad de decisión¹⁷.

De manera que en su configuración actual, existe grupo por subordinación cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el “control” de otra u otras, pero ahora lo que se presume (iuris tantum) es la existencia de ese control -antes era la “unidad de decisión”-, cuando la sociedad dominante se sitúe, respecto de la dependiente, en alguna de las posiciones ya conocidas que posibilitan fiscalizar o intervenir (de cualquier modo) en la formación de su voluntad decisoria, por la vía de los acuerdos con otros socios, los derechos de voto, las facultades de designación, los órganos de administración, los altos cargos...; instrumentos que en definitiva inciden o determinan la garantía decisoria.

La diferencia entre la unidad de control y la unidad de dirección (o de decisión) puede tener un alcance importante por cuanto “sólo mediante el ejercicio de la dirección unitaria” puede afirmarse en sentido estricto que surja el grupo. Se considerarán como específicos del grupo de empresas tanto la dirección unitaria como el elemento de control, del que se apunta que carece el grupo paritario, pero bastaría la concurrencia del elemento de la dirección unitaria, y que aun de forma coordinada -no subordinada- también se ejercita en los grupos paritarios¹⁸.

Por lo que el concepto de grupo de empresas es y debe ser el mismo en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, sin perjuicio, de que puede producirse singulares consecuencias y se conside-

¹⁷ *Ibidem.*, pp.135-136.

¹⁸ *Ibidem.*, p.138.

ra que la responsabilidad solidaria también hace referencia al grupo de empresas mercantil.

Así, la STS de 27 de mayo de 2013 (RC 78/2012) establece, “a) que la existencia de la dirección unitaria es incuestionable, pues viene determinada por la decisiva circunstancia de que entre las mismas media plena coincidencia de socios y Consejo de Administración, lo que nos sitúa ante un grupo –horizontal o de coordinación– de base personal e incluso societaria, con lo que no es ya que una empresa tenga participaciones en la otra, sino que los accionistas de ambas son los mismos; pero éste es un elemento definidor de la propia existencia del grupo de sociedades y por sí solo no determina una posible responsabilidad solidaria, ... y ; b) que la existencia de vínculos comerciales nada significa por sí misma y sólo el posible saldo –deudor o acreedor, según la perspectiva– tendría relevancia a los efectos señalados”. Carece de lógica traer a colación al grupo en el examen de la concurrencia de la causa y no cuando pretende hacer valer la responsabilidad solidaria en materia de despidos colectivos.

Sin perjuicio, de que se considere *de lege ferenda* como positivo un cambio en este sentido, reconociendo expresamente el empleador que concurre en un grupo de empresas “de efectos laborales”. Esa práctica ha merecido, sin embargo, alguna reflexión adicional en la doctrina de la Sala de lo Social de la AN mas reciente. Se afirma así en la SAN 15/10/2014 (RC 488/2013): “La situación genera dos interrogantes que deben resolverse: – de una parte si un empresario, grupo laboral, que hasta entonces no asumía la condición de tal, puede debutar como tal grupo laboral empresario unitario de todos los trabajadores de las diversas mercantiles que dice lo integran en el momento de iniciar el proceso de despido colectivo – de otra si la identificación de quien ocupa el rol de empresario en el contrato de trabajo, desde la perspectiva del art. 1 ET es materia disponible para las partes o solo es predicable tal condición de quien efectivamente así puede ser definido conforme el ordenamiento”.

La cuestión fundamental que abordamos la relativa a la existencia de un concepto propio y diferenciado de “grupo de empresas” en el ámbito de las relaciones de trabajo, y a los elementos adicionales que pueden determinar. Este problema se trata y resuelve junto con casi todo el resto de las cuestiones de despido colectivo por primera vez en la STS 27/5/2013 (RC 78/12), doctrina que posteriormente reiteran la casi totalidad de sus pronunciamientos SSTS 19/12/2013 (RC 37/13). Es de notar que no obstante la precisión conceptual establecida por la sentencia cuya doctrina se transcribe, esta senten-

cia sigue partiendo de la distinción entre “grupo de empresas a efectos mercantiles” y “grupo de empresas a efectos laborales”.

SÉPTIMO .– 1.– En primer lugar han de destacarse –como ya hicimos, entre otras muchas, en la STS 25/06/09 rco 57/08 – las escasas referencias legales a las diversas manifestaciones de la concentración de capitales y fuerzas empresariales (a las que nos remitimos) y en todo caso la falta de su regulación sistemática, tanto en el ámbito del Derecho Mercantil, como el Fiscal y en el del Derecho Laboral.

2.– Como consecuencia de tan escaso tratamiento, la cuestión primordial que se plantea es la de configurar lo que en la terminología mercantilista se conoce por “grupo de sociedades” y que en el campo laboral es generalmente denominado “grupos de empresas”. Siguiendo la doctrina especializada hemos de decir, ... se puede definir –tal “grupo”– como el integrado por el “conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria”.

3.– El componente fundamental –de dificultosa precisión– es el elemento de “dirección unitaria”. Para la doctrina mercantilista no basta –para apreciar su existencia y la consiguiente del grupo– la simple situación de control o dependencia societaria (por la titularidad de las acciones o participaciones sociales; y por la identidad de los miembros de órganos de administración), sino que es preciso que “la sociedad dominante ejerza de forma decisiva su influencia, imponiendo una política empresarial común”. Pero en el campo del Derecho del Trabajo –nacional y comunitario–, las dificultades probatorias y la seguridad jurídica excluyen la exigencia del ejercicio efectivo de la dirección unitaria y se satisfacen con la mera posibilidad de dicha dirección común, atendiendo a la existencia de control societario.

...

Por otra parte ha de destacarse que nuestra tendencia legislativa es coincidente con la del Derecho comunitario, expresada en los arts. 1.2º y 2 de la Directiva 7ª (13/Junio/1983) y en el art. 2 de la Directiva 94/45/CE, de 22/Septiembre/1994 (traspuesta a nuestro Derecho por referida Ley 10/1997, de 24/Abril) y para el que “1 . A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: ... b) “grupo de empresas”: un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”. En todo caso hemos de destacar que la concepción amplia del “grupo” responde a las recomendaciones del “Forum Europaeum”.

**V. Propuesta judicial concordante y de *lege ferenda*:
tendente a constituir la doctrina del “verdadero
empresario” a partir de la “dirección unitaria”
del grupo de empresas para la exigencia de
responsabilidad solidaria**

El giro jurisprudencial se produce al tomar como parámetro el elemento la “dirección unitaria” del grupo y su alcance jurídico, dada la inhibición sustantiva del legislador sobre el grupo de empresas en el ámbito laboral. Concepto de grupo de empresas que no diferirá del que actualmente recoge el artículo 3 de la ley 10/97, es decir “el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”, sea el control directo o indirecto que una empresa ejerce sobre otra u otras del grupo, puesto que la unidad de control o de dominación no deja de incidir, en cierta medida, en la independencia jurídica de la empresa¹⁹.

Por tanto, antes de referir mi postura sobre la responsabilidad solidaria en el grupo de empresas, me parece conveniente efectuar una matización terminológica. Hasta ahora siempre se ha afirmado que “*son perfectamente diferenciables el inocuo –a efectos laborales– “grupo de sociedades” y el trascendente –hablamos de responsabilidad– “grupo patológico de empresas”*”. Sin embargo, *el transcurso del tiempo y la progresiva evidencia de un cierto desfase entre la normativa vigente en materia de sociedades mercantiles y la variada realidad ofrecida por el mundo económico en materia de grupos de sociedades (dominicales, contractuales y personales), en muchas ocasiones absolutamente exteriorizadas y aún mantenidas por iniciativa propia por las propias empresas (incluso con oposición de la parte social), me lleva a la conclusión de que la expresión “grupo patológico” ha de ser reservada para los supuestos en que las circunstancias determinantes de la responsabilidad solidaria se enmarcan en el terreno de la ocultación o fraude, pero cuando los datos objetivos que llevan a esa responsabilidad laboral no se ocultan, no responden a una actuación con finalidad defraudatoria ni atienden a abuso alguno, la terminología más adecuada más bien debiera ser la de “empresa de grupo” o “empresa-grupo”, que resultaría algo así como el género del que aquél –el grupo patológico– es la especie, cualificada precisamente por los referidos datos de abuso, fraude u ocultación a terceros”, según la *ratio decidendi* de la STS 20/10/2015 (RC 172/2014) TRAGSA, el tema del grupo de empresas y despido colectivo es todavía una importante cuestión no bien resuelta, aunque crea un “tertium*

genus” entre las dos figuras tradicionales respecto de los grupos de empresa (grupo mercantil y grupo laboral o patológico). Ese “tertium genus” lo denomina como “empresa de grupo” o “empresa-grupo” que se diferenciaría del grupo laboral patológico por la inexistencia de ánimo fraudulento o de ocultación de la realidad empresarial²⁰.

Así pues, es el voto particular concordante del Magistrado Fernando Salinas Molina, quien al establecer que “... *en los casos de que sean expresivos de actuación diversificada e independiente, sin que concurren datos que permitan afirmar que en puridad no existe una titularidad jurídica empresarial de cada una de las sociedades demandadas, pues aun formalmente distintas, actúan en realidad como una única empresa, constituyendo pues el verdadero empresario*, debe comportar la responsabilidad solidaria que de ello se deriva para todas las sociedades que integran formalmente el grupo”.

Es pues, el concepto y determinación del “**verdadero empresario**” de los trabajadores afectados, lo que constituye “*el fundamento del grupo de empresas a efectos laborales por lo que le es exigible responsabilidad solidaria por su condición de empleadoras de los trabajadores afectados, y los hechos fundamentadores de la unión empresarial, siempre que existen datos fácticos suficientes para afirmar la existencia de una “dirección unitaria”, que justificaría la determinación del “verdadero empresario”*”.

Y pese a reformularse, una y otra vez, la doctrina sobre el grupo de empresas como empleador, continua el voto concordante, y parece “*rechazar que se hable a efectos laborales de “grupo patológico de empresas”, resulta que, sin embargo –lo que entiendo muy criticable jurídicamente–, para la exigencia de responsabilidad solidaria, poner esencialmente el acento en la ocultación, en la finalidad defraudatoria y en el abuso, como se refleja, entre otros en el requisito o elemento adicional de dirección unitaria del que se dice afirmando con rotundidad, que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio –determinante de solidaridad– cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante*”.

Y si bien, es cierto que cuando existe *utilización fraudulenta* (“*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado pro-*

19 Jiménez Rojas, Francisco, “Grupos de empresa...”, op.cit., p.160.

20 García-Perrote Escartín, Ignacio, “Extinciones computables y unidad de cómputo en el despido colectivo: centro de trabajo, empresa y grupo de empresa”, Zaragoza 9 de junio de 2016.

hibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”) artículo 6.4 Código Civil o **abusiva** (“la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial el mismo”), artículo 7.2 Código Civil por parte del grupo de la personalidad jurídica de la empresa agrupada en perjuicio de los trabajadores”, se puede, en la construcción legal ya clásica proceder al denominado **“levantamiento del velo”** y aplicar a los sujetos que cometen fraude o abuso las normas que sobre la responsabilidad empresarial pretendieron con ocultación eludir.

Empero también es cierto, que cuando, a modo de ejemplo varias personas jurídicas y/o físicas actúan coordinando sus actividades sin ocultación de ningún tipo y recibiendo en común los rendimientos o frutos del trabajo por cuenta ajena que redundan en beneficio común, debe entenderse que constituyen en común el **“verdadero empresario”** de los correspondientes trabajadores y deben asumir conjuntamente sus responsabilidades con base en el propio concepto de empresario contenido en el art. 1 ET y sin necesidad de acudir a la normas civiles del fraude de ley o del abuso de su derecho, pues su conducta ni es ni debe considerarse abusiva ni fraudulenta ni patológica. Lo fundamental es si la estructura grupal, aun siendo lícita, se ha utilizado en perjuicio del trabajador, o le ha producido un daño, incluso inintencionado²¹.

VI. Conclusión final

En definitiva según el voto concordante, *“sin necesidad incluso de tener que acudir a las fórmulas del fraude de ley o del abuso del derecho, entiendo que, en otros supuestos, la realidad nos debe llevar a analizar y averiguar en favor de quienes verdaderamente redundan los beneficios del trabajo para determinar en favor de quien se presta el mismo, pues puede haber sociedades formalmente empleadoras que, con independencia de lo que se establezca como su objeto social, por sí solas no sean verdaderas empresas en el sentido jurídico-laboral y únicamente integrando su actividad con la de otras personas físicas o jurídicas con aquéllas vinculadas por cualquier título, constituyan la verdadera empresa. “Empresa” que no debe configurarse siempre y exclusivamente como el mero organismo que suministra trabajo, recordando su concepto al modo clásico jurisprudencial de “organización del conjunto formado por personas, bienes y actividades”*”. Ya que, la condición de empleador

nace también de la realidad de los hechos y, de esa manera, empleador es quien efectivamente emplea a otro y recibe su prestación de trabajo o, la persona que frente al trabajador actúa como tal lo que confiere efectos, a favor de los derechos del trabajador, por lo que la mera apariencia, convierte en empleador a quien en realidad no lo es, sí externamente parece serlo, pues es empleador, en definitiva el que aparentemente recibe y retribuye el trabajo, por lo que el empleador será quien lo sea, aunque los responsables de las consecuencias del vínculo laboral sean dos o más²².

Por tanto si entre los trabajadores y el *dominus* se interpone, un mandatario en nombre propio o actuante *sine contemplatione domini*; es decir, una persona que obró sin dejar traslucir, y sin que pudiera presumirse, que el verdadero dueño del negocio no era él, sino otro. En este caso, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.717 del Código Civil, los trabajadores tienen perfecto derecho a exigirle responsabilidades, en concepto de **“empresario aparente”** suyo²³.

En estos supuestos de hecho *“el trabajador, aunque no se trate de confusión de plantillas, presta sus servicios a favor de todos los integrantes de la única empresa “troceada” o dividida en partes, por lo que realmente estaríamos también ante un supuesto especial de prestaciones laborales indeferenciadas, en cuanto que los trabajadores, con independencia de cuál sea la entidad a que estén formalmente adscritos, realizan su prestación de modo simultáneo e indiferenciado a favor de los integrantes de la única empresa real, lo que comporta la aparición de un titular único de los poderes de dirección y organización que, como definitorios de la relación laboral, enuncia el citado art. 1.1 ET. Fenómeno de interposición laboral (DRAE: “poner algo entre cosas o entre personas”), del empresario aparente, en los que participan sociedades, que nos lleva a determinar el “verdadero empresario”*”.

Definitivamente, si se pone la atención en la parte empresarial, los mecanismos financieros y técnicos, los sistemas económicos y el proceso de concentración de capitales y reestructuración de empresas, dan en muchos casos una nota de ambigüedad en este sujeto laboral: podría decirse, que cuanto más difícil es de identificar el empresario, más se desequilibra a su favor la relación con el trabajador²⁴. Consiguientemente la responsabi-

21 Ibidem., p.140.

22 De La Villa Gil, Luis Enrique, “El concepto de empresario-empleador en el Derecho del Trabajo”, en *El empresario laboral*, coord. por Blasco Pellicer, Ángel, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp.17-18.

23 Martínez de Girón, Jesús, *El empresario...*, op. cit., p.94.

24 De Pedro Bonet Esperanza, Santacruz Blanco Rafael, Serrano González, Antonio *Política de*

lidad solidaria procede en los supuestos de despido colectivo cuando estamos ante un grupo de empresas y la misma hace referencia al grupo de empresas mercantil, porque ya hemos excluido en el final del epígrafe anterior que la responsabilidad

solidaria solo exista en caso de que el empresario real, el grupo de empresas en el que se integre el empresario que aparece directamente como contratante, ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial.

Empleo y extinción del contrato de trabajo en España y los países de la Comunidad Económico Europea, Trabajo de Investigación en Equipo realizado bajo la dirección del Catedrático de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho, Dr. Juan Rivero Lamas, Universidad de Zaragoza. Ejemplar Pulicopiado, p.22.



CRÓNICA SOCIAL

Circular 022-17 bis Propuestas de CEOE y CEPYME para la negociación

Interlocutores sociales

Balance: La situación de crisis económica y financiera ha llevado a cuestionar el papel del diálogo social y de los interlocutores sociales.

Objetivo: Poner en valor la concertación y el diálogo social como instrumento para acometer cambios y reformas, fortaleciendo la participación institucional.

Propuestas

Regeneración interna de los interlocutores sociales, dotando de elementos de ética en la representación, de cercanía al asociado, aportando utilidad y mejores servicios.

- ✓ Adecuación a las exigencias impuestas por las nuevas realidades que ha puesto de relieve la crisis.
- ✓ Simplificación de las estructuras organizativas.
- ✓ Desarrollo de una gobernanza más exigente.
- ✓ Limitación de los mandatos a dos en los representantes sindicales y empresariales.
- ✓ Cumplimiento de la Ley de Transparencia.
- ✓ Aprobación de códigos de buenas prácticas y de responsabilidad social corporativa.

Representación sindical

- ✓ Evaluación de la realidad y eficiencia de la representación sindical, en especial en relación al número de horas, tanto en las empresas privadas, como en la Administración Pública.
- ✓ Análisis de los diferentes modelos de representación de los trabajadores en las empresas, tanto en cuanto a su número y funciones.
- ✓ Evaluación de las materias de información, participación y consulta de los representantes de los trabajadores.
- ✓ Adecuación de las garantías de los represen-

tantes a las nuevas realidades, con especial referencia al crédito de horas mensuales retribuidas.

Negociación colectiva

Balance: La negociación colectiva desempeña un papel fundamental dado que regula las condiciones laborales de la mayoría de los trabajadores asalariados; no obstante no ha sido inmune a la profunda crisis económica de los últimos años.

El conocimiento de la negociación colectiva se afronta desde las carencias y problemas que arroja la Estadística de convenios colectivos del Ministerio de Empleo y Seguridad y el Registro telemático de convenios, cuya mejora debe permitir conocer, en tiempo real y de forma incontrovertida, cuántos convenios se encuentran vigentes en cada momento en España, a cuántos trabajadores afectan y cuáles son sus contenidos, con el fin de poder llevar a cabo orientaciones y, en su caso, proponer reformas.

Objetivo: Potenciar la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad, capaz de dar satisfacción a las necesidades de empresas y trabajadores y a los nuevos retos, superando las disfunciones actuales.

Propuestas

- ✓ Mejorar el conocimiento de la negociación colectiva a través de la información que pueda facilitar la **Tesorería General de la Seguridad Social**.
- ✓ Abordar un proceso de **modernización** de las cláusulas de los convenios colectivos.
- ✓ Analizar el actual marco normativo de la negociación colectiva para detectar problemas y, en todo caso, establecer un modelo abierto que **se adapte a la realidad** de cada sector y territorio, en el que prime la **libertad** de los negociadores para determinar, en función de

sus características, cuál debe ser su estructura y ámbito de negociación prioritario.

- ✓ Apostar por la **formación** técnica de los negociadores.
- ✓ Resolver las cuestiones controvertidas en cuanto a la **ultractividad**.
- ✓ Dotar de seguridad jurídica a los aspectos definidores de la **legitimación y representatividad empresarial**.
- ✓ Determinar unos límites para el uso del descuelgue, especialmente en los ámbitos de contratación pública, para evitar su uso como elemento de competencia desleal en los procesos de adjudicación de concursos públicos.
- ✓ Reforzar el papel de las **comisiones paritarias**, según las unidades de negociación.

Nuevo Estatuto de los Trabajadores

Balance: El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, heredero del Estatuto de 1980, y que estuvo en vigor hasta el día 13 de noviembre de 2015, sufrió en 20 años 50 modificaciones de diversa importancia y fue objeto de numerosas interpretaciones judiciales en muchos de sus contenidos.

Objetivo: Dotarnos de un marco normativo que facilite el desarrollo de las relaciones laborales y con ello la entrada, permanencia y salida del mercado laboral, contribuyendo a la creación y mantenimiento del empleo.

Propuestas

- ✓ **Aproximar** la realidad normativa española a la que existe en otros países de nuestro entorno europeo.
- ✓ Tener **datos** reales y unificados de las empresas en España.
- ✓ Incorporar al sistema de relaciones laborales los **retos** que comportan la globalización, la digitalización, las nuevas formas del trabajo y los cambios demográficos y familiares.
- ✓ Analizar la relación del **tamaño** de las empresas y el cumplimiento de determinadas obligaciones, en relación con la incorporación de las necesarias reformas en el seno de los trabajadores **autónomos**.
- ✓ Realizar **reformas** que fomenten la competitividad de las empresas españolas y su fle-

xibilidad y capacidad de adaptación al ciclo económico, propiciando una simplificación administrativa e impulsando iniciativas adicionales para apoyar a las empresas en el proceso de recuperación y, de esta forma, avanzar en la creación de empleo.

- ✓ Potenciar las herramientas de **flexibilidad** y adaptación de las empresas, en aspectos tales como el período de prueba, el tiempo de trabajo, la conciliación de la vida laboral y familiar, la subcontratación, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o el despido colectivo.

Formación

Balance: La regulación sobre formación profesional ha sido un tema recurrente en los convenios colectivos, ya que tradicionalmente se han contemplado este tipo de cláusulas en los mismos. Esta medida quedó afectada con la regulación introducida en 2012 en el art. 23.3 del Estatuto de los Trabajadores.

De acuerdo con los datos que figuran en el presupuesto de la Seguridad Social del ejercicio 2016, el coste total en el Régimen General por Formación Profesional alcanzaría un importe de 2.150 millones de euros, correspondiendo a la aportación empresarial un importe de 1.843 millones de euros.

Objetivo: Establecer un nuevo mecanismo de formación en el que las empresas puedan decidir la asignación y destino de los fondos, con mayores retornos y mayor flexibilidad de las empresas para organizar e impartir formación.

Propuestas

- ✓ La empresa paga y debe **decidir** sin intermediarios de ningún tipo.
- ✓ **Evaluación** de las acciones formativas.
- ✓ **Evaluación** de las últimas convocatorias estatales de planes de formación.

Arbitraje

Balance: España cuenta con más de 30 años de experiencia de los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales, donde ha primado la auto-composición de los conflictos y la vinculación con la negociación colectiva. Durante este tiempo, la mediación ha asumido todo el protagonismo y el arbitraje ha tenido una presencia residual.

En el ámbito nacional, la Fundación SIMA gestiona los conflictos que superan el ámbito de una comunidad autónoma. Además, todas las Comunidades Autónomas tienen su propio sistema autónomo de solución de conflictos de trabajo, regulado a través de sus respectivos acuerdos.

A lo largo de estos años, los sistemas de solución autónoma de conflictos han ido intensificando su actividad. Así, en el ámbito nacional, desde su creación en 1998, el SIMA ha gestionado más de 4.500 procedimientos de mediación y arbitraje.

En concreto, en 2015, en el SIMA, los acuerdos alcanzados en los procedimientos de mediación previa a la convocatoria de huelga afectaron a un total de 38.926 trabajadores, evitando la pérdida de 2.639.736 horas de trabajo, con un ahorro de 31 millones de euros.

Objetivo: Seguir avanzando en el impulso y eficiencia de los sistemas de autocomposición de los conflictos para optimizar el nivel de acuerdos alcanzados en los procedimientos de mediación e intensificar el todavía incipiente uso del arbitraje.

Propuestas

- ✓ Aproximación a la experiencia de sistemas de solución de conflictos laborales que existen en otros países europeos, con el fin de trasladar **buenas prácticas**.
- ✓ Acordar con los sindicatos un nuevo **Acuerdo** de solución autónoma de conflictos y determinar un **organismo** de gestión que se fundamente en la presencia prioritaria de los interlocutores sociales como protagonistas de la autonomía colectiva.
- ✓ Analizar la actuación del sistema nacional y de los autonómicos con el fin de buscar mayores **sinergias** y difundir buenas prácticas entre ellos.
- ✓ **Profesionalizar** la actuación de mediadores y árbitros, dotándoles de formación permanente y exigiendo unos requisitos que garanticen su compromiso e independencia en su actuación.
- ✓ Impulsar el **arbitraje voluntario** a través de la negociación colectiva.
- ✓ Aumentar los supuestos en los que el acuerdo entre representantes de los trabajadores y de los empresarios **excluye** o limita el acceso a la vía jurisdiccional.

Análisis tipos de contratos

Balance: El régimen jurídico de la contratación temporal tiene su lógica y es parecido al del resto de países de la Unión Europea, por lo que la clave no debe estar en una mayor penalización de los contratos temporales sino en abordar el marco normativo de los contratos indefinidos dotándoles de menores costes y mayor certeza.

Además, existe una amplia variedad de modelos de registro de contratos vinculados a la percepción de bonificaciones que lejos de potenciar la contratación introducen confusión. Los empresarios siguen percibiendo dificultades en la contratación indefinida principalmente por su inseguridad jurídica y por el coste de su extinción. Esta realidad les disuade de su utilización frente a una contratación temporal que, aunque comporte mayores costes, ofrece mayores certezas en su gestión.

Objetivo: Incrementar el ritmo de creación de empleo, reducir las diferencias en el mercado laboral y facilitar la contratación de aquellos colectivos que tienen mayores dificultades de inserción en el mercado laboral.

Propuestas

- ✓ **Racionalizar** el régimen de bonificaciones.
- ✓ **Racionalización** de las modalidades contractuales, ya sea simplificando y/o creando nuevos tipos.
- ✓ Modificar profundamente el **contrato para la formación y aprendizaje**, eliminando las trabas actuales y permitiendo, por medio de esta flexibilidad, ser el contrato de referencia para todos los sistemas formativos.
- ✓ Impulsar un contrato para jóvenes, **vinculado a la inserción y la formación**.
- ✓ Flexibilizar al actual sistema de **contratación temporal causal**, dotando de competencias a la negociación colectiva para la configuración de estos contratos temporales.
- ✓ Mejorar el **contrato a tiempo parcial**, posibilitando una distribución más flexible del tiempo de trabajo y eliminando formalismos innecesarios, de forma que sea más atractivo tanto para las empresas como para los trabajadores.

Seguridad Social

Balance: El sistema de Seguridad Social, debido a los cambios demográficos experimentados en los últimos tiempos, así como a la crisis económica, presenta importantes retos a afrontar que no pueden solventarse con las respuestas clásicas.

Objetivo: Buscar soluciones que permitan una reforma del sistema de la Seguridad Social, que combine la suficiencia de sus prestaciones y la su sostenibilidad, sin que ocasione ningún perjuicio para la creación de empleo.

Propuestas

- ✓ Realizar un **mapa** de las prestaciones sociales, en el que se incluyan todas las prestaciones de Seguridad Social, de desempleo, así como las relativas a asistencia social, tanto del Estado, como de las Comunidades Autónomas.
- ✓ **Rebaja** de las cotizaciones sociales en la aportación de las empresas, tanto en las contingencias comunes, como en las contingencias profesionales.
- ✓ Eliminación de la **cotización adicional** por horas extraordinarias en empresas de menos de 50 trabajadores.
- ✓ Simplificar el sistema de **bonificaciones y reducciones** Equiparar los **recargos** en materia de Seguridad Social con los regulados en la Ley General Tributaria.
- ✓ Suprimir la obligación empresarial de **pago** de la prestación durante el cuarto al décimo quinto día de baja por enfermedad común.
- ✓ Reforma del **Régimen Especial de Trabajadores Autónomos**, para su simplificación y autogestión presupuestaria.
- ✓ Reforma de la pensión de **incapacidad permanente**.

Prevención de riesgos laborales

Balance: Los datos sobre siniestralidad en España están en unos niveles similares al resto de países de la Unión Europea.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales atribuye a las empresas la obligación, casi de resultado/ de evitar cualquier tipo de daño al trabajador. Son las que han de cumplir la mayoría de obligaciones derivadas de las leyes y, en muchas ocasiones, no lo tienen fácil, por ejemplo, por la falta de coordina-

ción de las diversas administraciones competentes o por la existencia de regulaciones obsoletas o duplicadas.

Objetivo: Lo importante no es abordar los aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales desde el punto de vista de la responsabilidad, sino de la prevención y el tratamiento. Simplificación del marco normativo, eliminando o actualizando determinadas categorías jurídicas, todo ello con el objetivo de encontrar mecanismos que ayuden a diferenciar el origen de determinados daños, ya que lo importante no es abordar los aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales desde el punto de vista de la responsabilidad, sino de la prevención y el tratamiento.

Propuestas

- ✓ Análisis de los **índices de siniestralidad** para proceder a los correspondientes ajustes en las **tarifas de primas** de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como la resolución de los conflictos jurídicos derivados de las excepciones del régimen general (**anexo**).
- ✓ Simplificar el sistema de **reducción de cotizaciones por contingencias profesionales** a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral y dotarlo de mayor presupuesto.
- ✓ Eliminar el **recargo de prestaciones** por accidente de trabajo cuando la empresa haya acreditado el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.
- ✓ Limitación de la **responsabilidad** del empresario, tanto en cuanto a los supuestos como cuantía máxima.
- ✓ Análisis y simplificación de las **obligaciones empresariales** reguladas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- ✓ Modificación del régimen de **vigilancia de la salud** para que pueda ser una herramienta útil para la prevención de riesgos.
- ✓ Reducción de las **funciones y garantías** de los delegados de prevención.
- ✓ **Adaptación** de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a la nueva realidad económica y digital, especialmente en la industria.

Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social

Balance: El absentismo es uno de los problemas principales de nuestro mercado de trabajo, como se puede observar en las graves repercusiones que dicho fenómeno tiene para la competitividad, para la creación de empleo, para nuestro Sistema de Protección Social en particular y para el crecimiento económico en general.

En la resolución de esta cuestión, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social tienen un papel fundamental a asumir.

Objetivo: Reformular el papel de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social como sujetos que intervienen en la gestión de determinados aspectos de la Seguridad Social, colaborando con las empresas.

Propuestas

- ✓ Dotar a las mutuas de mayor **autonomía y capacidad de gestión** para desarrollar sus funciones.
- ✓ Incrementar el **porcentaje** que reciben por gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes.
- ✓ Limitar la **responsabilidad** de los empresarios asociados a las mutuas.
- ✓ Permitir que las mutuas y los médicos de empresa puedan dar el **alta** en caso de incapacidad temporal por contingencias comunes y que las pruebas realizadas por aquéllas sean admitidas por los servicios de salud de la Seguridad Social.
- ✓ Reflexionar sobre el **absentismo laboral** y establecimiento de posibles medidas de control del mismo, tanto desde el ámbito de las mutuas, como en cuanto a la simplificación del art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Consejo Económico y Social

Balance: El Consejo Económico y Social de España desde su creación en 1991 ha sido un organismo que refuerza la participación de los agentes económicos y sociales, al tiempo que sirve de plataforma institucional permanente de diálogo y deliberación. Participación que se materializa fundamentalmente a través de la emisión de informes y dictámenes con carácter preceptivo o a propia iniciativa, según los casos.

Objetivo: Potenciar su papel en el desarrollo del diálogo social, reforzando la posición de los interlocutores sociales frente al tercer sector y otros como los autónomos. El objetivo último es que se convierta en el auténtico *think tank* económico y social.

Propuestas

- ✓ Reforzar su papel de emisión de **dictámenes** en relación con proyectos normativos.
- ✓ Agilizar su **funcionamiento**.
- ✓ Redimensionar su composición y estructura de forma que sea posible una **mayor operatividad y eficiencia en el gasto**.

Servicios de empleo

Balance: Los servicios públicos de empleo resultan ineficaces y no reúnen las mínimas condiciones de competitividad, tanto para empresas como para trabajadores, a la vista de los índices de intermediación que desarrollan; además, se están produciendo pérdidas en determinados fondos europeos.

Objetivo: Mejorar su eficiencia con el fin de que contribuyan a la mayor empleabilidad de los trabajadores, a su inserción en el mercado y a la conexión de oferta y demanda de empleo, incidiendo en la configuración de las políticas de empleo.

Propuestas

- ✓ Reformar los servicios públicos de empleo introduciendo criterios de **eficacia y eficiencia**, modernizar sus procesos, fijar objetivos y medir resultados, orientarse más a sus clientes (empresarios y trabajadores) y mejorar su calidad e impacto.
- ✓ Establecimiento de procedimientos de **análisis y evaluación** orientada a resultados.
- ✓ Incrementar la **colaboración y coordinación** entre el Estado y las Comunidades Autónomas.
- ✓ Articular un **sistema permanente de detección de necesidades** del mercado laboral, que permita centrar el diseño de las políticas activas en todos los usuarios y no sólo en los trabajadores desempleados.
- ✓ **Evaluar** las medidas y programas de las políticas de empleo, para conocer sus resultados, calidad e impacto real, y que permita intro-

ducir procesos de mejora continua y tomar decisiones políticas de gasto público basadas en evidencias objetivas.

- ✓ Mejorar los mecanismos de **intermediación** en el empleo, con impulso de la **colaboración público-privada**.
- ✓ **Reformar el sistema de cobertura por desempleo**, vinculando la prestación al seguimiento del proceso de empleabilidad diseñado para cada persona y al aprovechamiento de la formación ofrecida, garantizando tanto los índices adecuados de cobertura que impidan situaciones de desatención social, Vincular **políticas activas y pasivas**, para superar la desvinculación entre los objetivos de ambos tipos de actuaciones, buscando un mejor **equilibrio** que impulsen a los desempleados que cobran una prestación a una **búsqueda activa de empleo** desde el primer día.
- ✓ Avanzar en una **mayor presencia de las políticas activas frente a las medidas pasivas de prestación económica**, que permitan reforzar la empleabilidad e invertir en el desarrollo de capacidades que impulsen aumentos sustantivos de la productividad.
- ✓ Mejorar la **conexión de la política de empleo con la política educativa y formativa** que permita la adaptación a las competencias del futuro por medio de la identificación de nuevas necesidades, la mejora de la calidad de la formación, la asunción de una cultura de formación a lo largo de la vida o la introducción en todos los niveles de la enseñanza de los valores y hábitos de innovación, creatividad y emprendimiento.

Análisis legislativo

Balance: Durante los últimos 21 años se han publicado un total de 6.849 instrumentos normativos en los ámbitos internacional, estatal y autonómico, que tienen relación directa o indirecta con la materia laboral y de seguridad social. La amplitud y profusión de la normativa laboral y de seguridad social determina que su conocimiento y aplicación por parte de las empresas resulta claramente complicada.

Objetivo: Evitar que la nueva legislación añada más rigidez, identificando las cargas administrativas y proponiendo soluciones, ya que las empresas se ven obligadas a desviar recursos humanos y financieros para el cumplimiento de las mismas, lo que redundaría en detrimento de la mejora de la productividad y competitividad.

Propuestas

- ✓ Legislar **menos y mejor**.
- ✓ Continuar con la reducción y **simplificación administrativa**.
- ✓ Adaptar la normativa a las **nuevas realidades** y a los nuevos retos, **evitando** la introducción de mayores cargas, costes y rigideces para las empresas.
- ✓ Regulación de una Ley de **Huelga**
- ✓ Reforma de la regulación sobre **elecciones sindicales**.

Acuerdo interprofesional en relación con la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la CAPV

El presente acuerdo se firma al amparo de la facultad reconocida en el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y tiene como objetivo establecer la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la CAPV, así como otorgar prioridad aplicativa a los convenios y acuerdos estatutarios territoriales e interterritoriales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, frente a otros convenios o acuerdos de ámbito estatal que puedan concurrir con ellos.

Art. 1. Ámbito personal, funcional y territorial

El presente acuerdo interprofesional será de aplicación a las empresas y a las personas trabajadoras del País Vasco que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de los convenios sectoriales y acuerdos a los que se refiere el artículo 3 de este acuerdo.

Art. 2. Vigencia y denuncia

El presente acuerdo tendrá vigencia indefinida a partir de su publicación. No obstante, cualquiera de las partes legalmente legitimadas podrá denunciarlo de forma expresa mediante comunicación fehaciente a las demás partes a partir del 31 de diciembre de 2020.

El presente acuerdo interprofesional continuará vigente hasta la firma de otro que lo sustituya.

Art. 3. Negociación colectiva sectorial y prioridad aplicativa

1. El presente acuerdo interprofesional garantiza, al amparo de lo establecido en el art. 83.2

del ET, la prioridad aplicativa de los convenios y acuerdos territoriales e interterritoriales suscritos en Euskadi, sobre cualquier otro convenio sectorial o acuerdo de ámbito estatal preexistente o posterior a la firma de este acuerdo interprofesional.

2. Se reconoce prioridad aplicativa a los convenios y acuerdos territoriales e interterritoriales de la CAPV actualmente vigentes, tanto durante el período expresamente pactado, como en la fase de ultractividad convencional o legalmente establecida.

3. Se reconoce la misma prioridad aplicativa a los convenios y acuerdos territoriales o interterritoriales que se suscriban en la CAPV a partir de la entrada en vigor del presente acuerdo interprofesional.

Art. 4

La prioridad aplicativa que se otorga a través del presente acuerdo interprofesional se entiende, en todo caso, sin perjuicio de las materias reservadas al ámbito estatal en el art. 84.4 del ET.

Art. 5. Comisión Mixta

Se crea una comisión mixta interpretativa que tendrá las funciones y competencias ordinarias.

En todo caso, esta comisión deberá ser informada expresamente de la apertura de cualquier nuevo ámbito negocial dentro de la CAPV.

Bilbao, 17 de enero de 2017

Confebask ELA LAB CCOO UGT

AUG

AGENDA

José M^a Miranda Boto
Universidad Santiago de Compostela

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como motor de cambios en el empleo público y privado español

Oviedo, 3 de marzo de 2017

El impacto del TTIP y el CETA sobre los derechos del trabajo

Valladolid, 3 de marzo de 2017

<http://www5.uva.es/catedra-sindicalismo-dialogo-social/>

22 Jornadas de debate de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tarragona, 9 y 10 de marzo de 2017

http://www.media.graduats-socials-tarragona.org/jornadas/Programa%20Jornadas_imprimir.pdf

Aspectos laborales y de seguridad social del desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea

Pamplona, 10 de marzo de 2017

Las mujeres en los sindicatos

Valladolid, 10 de marzo de 2017

<http://www5.uva.es/catedra-sindicalismo-dialogo-social/>

Novedades y modificaciones en materia de Seguridad Social

Madrid, Formación Lefebvre, 14 de marzo de 2017

<http://www.efl.es/formacion/cursos-presenciales/derecho-laboral/novedades-y-modificaciones-en-materia-de-seguridad-social-madrid>

Temas actuales de la Seguridad Social en Europa

Santiago de Compostela, 16 de marzo de 2017

XV Jornadas. Trabajo y Seguridad Social

Almería, 23 y 24 de marzo de 2017

<http://www.cgsalmeria.com/index.php/actividades-colegiales/cursos-conferencias/923-xv-jornadas-de-trabajo-y-seguridad-social>

10 años de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una visión desde la jurisprudencia.

Aula iuslaboralista UAB, Cerdanyola, 31 de marzo de 2017

<https://aulaiuslaboralistaub.com/author/aulaiuslaboralistaub/>

II Encuentro Ibérico de Derecho del Trabajo

Santiago de Compostela, 20 y 21 de abril de 2017

http://www.aedtss.com/index.php?option=com_content&view=article&id=95:ii-encuentro-iberico-20-y-21-de-abril-santiago-de-compostela&catid=1:noticias&Itemid=17

SILTRA avanzado: Cómo solucionar los errores

Pamplona, Formación Lefebvre, 28 de abril de 2017

<https://www.efl.es/formacion/cursos-presenciales/derecho-laboral/siltra-avanzado-como-solucionar-los-errores-pamplona>

La responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales. Cuestiones de actualidad

Aula iuslaboralista UAB, Cerdanyola, 28 de abril de 2017

<https://aulaiuslaboralistaub.com/author/aulaiuslaboralistaub/>

LU

LEÍDO PARA USTED

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano
Contratado Predoctoral FPU (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte). Universidad de Granada

El principio de igualdad en la negociación colectiva

Carmen Sánchez Trigueros (Dir.), Djamil Tony Kahale Carrillo (Coord.), Teresa Velasco Portero (Coord.), Ángel Arias Domínguez, Pilar Charro Baena, José Luján Alcaraz, Sofía Olarte Encabo y Alejandra Selma Penalva
Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, 615 páginas

Dentro de las convocatorias de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, con objeto de promover y divulgar la investigación en materias relacionadas con las funciones de Observatorio de la Negociación Colectiva, se acordó conceder el estudio sobre *“el principio de igualdad en la negociación colectiva”*, previo concurso público, al equipo de investigadores –especializados en esta materia– formado por los siguientes integrantes: la profesora y directora Carmen Sánchez Trigueros (Universidad de Murcia), el profesor y coordinador Djamil Tony Kahale Carrillo (Universidad a Distancia de Madrid), la profesora y coordinadora Teresa Velasco Portero (Universidad Loyola de Andalucía), el profesor Ángel Arias Domínguez (Universidad de Extremadura), la profesora Pilar Charro Baena (Universidad Rey Juan Carlos), el profesor José Luján Alcaraz (Universidad Politécnica de Cartagena), la profesora Sofía Olarte Encabo (Universidad de Granada) y la profesora Alejandra Selma Penalva (Universidad de Murcia).

Los trabajos que forman el grueso del libro versan sobre el principio de igualdad en la negociación colectiva según reza su título, dando cabida a un conjunto de aportaciones que directa o indirectamente incorporan reflexiones en torno a la importancia de esta figura en España. Asimismo, los capítulos de esta obra, también se proyectan sobre otras materias conexas y fundamentales, observando más allá de las cuestiones relacionadas exclusivamente con este método o procedimiento para la adopción de decisiones colectivas. De esta suerte, presumir de los prestigiosos juristas que han confeccionado esta investigación, autores de diversas monografías sobradamente conocidas y destacadas en la doctrina académica y la práctica profesional. La inquietud investigadora de todos ellos se introduce en el libro que reseñamos y que, posiblemente, constituya uno de los fenómenos

sociales más significativos y actuales en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Juntos, desde el entusiasmo de cada uno de ellos, con gran esfuerzo y dedicación, han contribuido de manera brillante a la realización y consecución de una excelente tarea de estudio, logrando que esta obra, de gran envergadura e incuestionable repercusión, vea finalmente luz.

En esencia, la estructura del libro comprende dos fases. La primera fase que corresponde con la materia más habitualmente relacionada con la quiebra del principio de igualdad por razón de género en la negociación colectiva –desde el capítulo primero al decimotercero–. La segunda fase dedicada al examen de los temas relacionados con la no discriminación por razón de género, materia menos afrontada en los convenios colectivos pero de gran repercusión –desde el capítulo decimocuarto al vigésimo–. Lo anterior, partiendo de que la autonomía colectiva es un poder o facultad que el Derecho reconoce para resolver los conflictos de intereses y que se exterioriza formalmente a través de los convenios colectivos de trabajo. En materia conceptual, el convenio colectivo es la expresión formal del acuerdo alcanzado en la negociación colectiva desarrollada por los representantes de los trabajadores y empresarios, en virtud de su autonomía colectiva, para regular las condiciones de trabajo y, en general, las relaciones de los trabajadores y de los empresarios. En términos de Carnelutti, *“un híbrido jurídico que tiene cuerpo de contrato y alma de ley”*. Una vez negociado, adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización, ni necesitar el complemento de voluntades individuales.

Más específicamente, el libro se encuentra dividido en veinte capítulos, todos con una misma organización interna: valoración final, conclusiones, reflexiones finales, recomendaciones, propuestas para erradicar y prevenir los diferentes tipos de acoso en la negociación colectiva, propuestas para la negociación colectiva y bibliografía. Veámoslos:

Capítulo primero: Compromisos generales sobre igualdad y lenguaje no sexista. Tema inicial de la obra, centrado en dos cuestiones aparentemente formales pero que en los últimos años han adquirido creciente relevancia: nos referimos a la proclamación de compromisos generales sobre igualdad y la utilización de un lenguaje no sexista por parte de los propios convenios colectivos. Se parte de la idea de que la utilización del masculino genérico, en los términos aclarados por la RAE –los desdoblamientos del sustantivo en su forma masculina y femenina, son artificiales e innecesarios desde el punto de vista lingüístico, actuando en contra del principio de economía del lenguaje; por tanto, deben evitarse repeticiones que generen dificultades sintácticas y de concordancia, complicando innecesariamente la redacción y la lectura de los textos–, en modo alguno esconde o invisibiliza a las mujeres.

Capítulo segundo: Las comisiones de igualdad. Se examina ahora una figura incorporada por la mayoría de los planes de igualdad y por numerosos convenios colectivos. Obviamente, comprometiéndose a crear este tipo de comisiones, la empresa o sector de actividad pone de manifiesto su intención de luchar activamente contra la discriminación por razón de género.

Capítulo tercero: El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional. Aunque la empresa cuente con total libertad a la hora de seleccionar a los trabajadores más adecuados a sus necesidades productivas, el riesgo de aplicar criterios discriminatorios subsiste y puede ser minorado mediante previsiones incorporadas al convenio aplicable.

Capítulo cuarto: Flexibilidad interna: movilidad funcional y geográfica. Es infrecuente que los convenios colectivos traten la movilidad funcional o geográfica desde la perspectiva de la igualdad entre hombres o mujeres; sin embargo, la propia realidad práctica nos muestra supuestos de acceso a vacantes o cambios de turno en los que se tienen en cuenta circunstancias relacionadas con la no discriminación por razón de género.

Capítulo quinto: Discriminación retributiva. Contamos con un escenario jurídico suficiente que prohíbe cualquier forma de discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, especialmente por razón de género y en materia retributiva. Igualmente, contamos con un conjunto estructural y organizativo adecuado para la consecución del mandato legal. No obstante, la realidad, las actitudes y los valores muestran la insuficiente asunción de un modelo retributivo no discriminatorio por razón de género, siendo éste el reto en el que la negociación colectiva puede realizar una gran aportación.

Capítulo sexto: El tiempo de trabajo y su organización. Nuestra sociedad sigue desarrollándose de acuerdo a un esquema tradicional de reparto de las responsabilidades familiares de forma tal que, a pesar de que en los últimos años se ha avanzado en la corresponsabilidad, las mujeres siguen asumiendo –en mayor medida que los hombres– las tareas del hogar y el cuidado de menores y dependientes. De ahí el interés de examinar la respuesta que la negociación colectiva haya brindado a estos temas.

Capítulo séptimo: Excedencias por motivos familiares y excedencia voluntaria. Hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias; por tanto, se trata de una institución directamente conectada con el principio de igualdad por razón de sexo.

Capítulo octavo: Conciliación de la vida familiar. Los convenios colectivos han tratado la situación del embarazo desde tres perspectivas distintas: previendo la situación de embarazo para acomodar el desarrollo de la actividad laboral a las exigencias que impone la nueva situación laboral; organizando la suspensión contractual por maternidad; y previendo una regulación –más o menos detallada– de los derechos relacionados con la atención y cuidado del recién nacido. Perspectivas íntimamente relacionadas con el principio de igualdad.

Capítulo noveno: La discriminación en materia de prevención de riesgos laborales. La mayoría de los convenios colectivos contienen cláusulas relativas a la prevención de riesgos laborales o a la seguridad y salud de los trabajadores. Pero el género en materia de prevención de riesgos laborales es considerado en los convenios colectivos casi exclusivamente en relación con el embarazo y la lactancia, sin mejorar ni ampliar las

previsiones de su normativa específica. Por tales motivos, el principio de transversalidad sólo se ha cumplido parcialmente en temas relacionados con el embarazo y la maternidad al percibirse como únicas realidades fisiológicas específicamente femeninas, siendo la perspectiva de género casi inexistente.

Capítulo décimo: El acoso (laboral, sexual y por razón de sexo). Con la finalidad de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo arbitrando procedimientos específicos para su prevención, la negociación colectiva se erige en materia fundamental con la que continuar alcanzando logros sobre esta temática.

Capítulo undécimo: La violencia de género. Sobre esta materia tan delicada y de enorme repercusión social, son muy pocos los convenios que prestan atención específica al problema, lo que de por sí muestra un terreno en el que debe avanzarse de manera relevante.

Capítulo duodécimo: Planes de igualdad. Los planes de igualdad de ámbito sectorial, conscientes del papel secundario que ocupan, se limitan a reproducir la obligación legal pasando a continuación a enumerar el elenco de previsiones que no puede olvidar recoger el plan de cada empresa, conteniendo únicamente indicaciones básicas que tienen como finalidad simplificar la negociación en el ámbito empresarial, marcándose los pasos de actuación, el contenido mínimo y las directrices generales que deberá respetar todo plan de igualdad que se apruebe en su ámbito de aplicación.

Capítulo decimotercero: Régimen sancionador. En el contenido de la negociación colectiva en cuestiones relacionadas con la no discriminación, son muy pocos los convenios que precisan infracciones relacionadas directamente con la igualdad entre hombres y mujeres o con los derechos y deberes que de dicho principio jurídico se dimanen para el ámbito laboral.

Capítulo decimocuarto: La discriminación por orientación sexual e identidad de género en los convenios colectivos. En el contenido de la negociación colectiva no existe referencia expresa a la discriminación por orientación sexual. Al respecto, sólo se hace mención genérica al mismo cuando se establece que la empresa no realizará ningún tipo de discriminación entre sus trabajadores por razón de sexo.

Capítulo decimoquinto: La discriminación por edad en los convenios colectivos. Al igual que en el capítulo anterior, sólo se hace mención genérica a la discriminación por edad cuando en las cláusulas se señala que la empresa no realizará ningún tipo de discriminación entre sus trabajadores por razón de edad o en cuanto al ingreso de personal en la empresa.

Capítulo decimosexto: La discapacidad en los convenios colectivos. La contemplación de este tema se desarrolla atendiendo a la persona con discapacidad que trabaja y a la persona que trabaja y es familiar de otra con discapacidad. En la negociación colectiva suele incluirse el compromiso de la compañía para el crecimiento de las personas que forman parte de este colectivo así como el crecimiento de la propia empresa. En suma, se establece el compromiso social de incorporar a trabajadores con discapacidad que no incurran en ningún riesgo laboral incompatible con su discapacidad.

Capítulo decimoséptimo: La discriminación por enfermedad o incapacidad temporal en los convenios colectivos. La negociación colectiva contiene diversas previsiones sobre esta temática, pero no tanto en relación con la prevención o prohibición de discriminaciones sino más bien como medidas asistenciales.

Capítulo decimoctavo: La discriminación por razón de apariencia física. La apariencia física es un factor que tiene influencia tanto en el momento de la selección del trabajador como en el desarrollo o incluso en la extinción de la relación laboral. A pesar de la importancia del tema, la realidad es que no existe un corpus normativo que se ocupe expresamente de ello.

Capítulo decimonoveno: La discriminación por razón de origen racial o étnico y la discriminación por motivos religiosos. Las referencias realizadas en los convenios colectivos sobre esta temática son prácticamente anecdóticas.

Capítulo vigésimo: La discriminación por motivos sindicales en los convenios colectivos. Al igual que el capítulo anterior, hay escasos convenios colectivos que hagan referencia expresa a la discriminación por motivos sindicales.

Acometer un estudio sobre el principio de igualdad en la negociación colectiva supone trabajar sobre un fenómeno que no tiene unos contornos claros ni institucionalizados y que

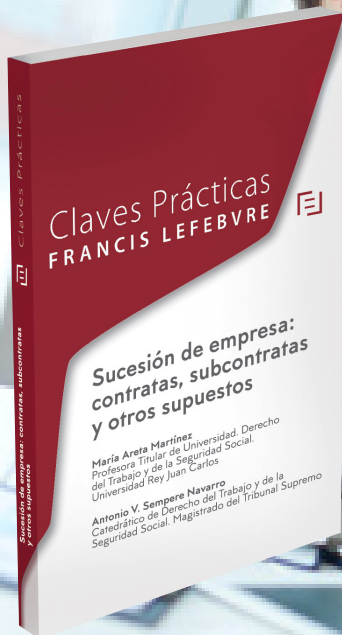
puede referirse a una variedad de situaciones heterogéneas que terminan contraponiéndose en la sociedad. Es por ello que esta investigación, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, políticas y sociales, pone de manifiesto una serie de propuestas y recomendaciones con las que avanzar en el desarrollo del principio de igualdad en la negociación colectiva en España, que en buena medida están basadas en las inquietudes y necesidades del Estado español, de los trabajadores y de los empresarios.

Asumiendo como propia esta problemática, el presente libro da muestras esperanzadoras de su dinamismo y capacidad de respuesta reflexiva desde el ámbito de la política del Derecho y de la técnica jurídica, las dos dimensiones necesarias del estudio científico de cualquier institución jurídica. En esta obra no sólo se visita este tema y su consideración clásica, sino que además, se expone el estado actual de los problemas que se suscitan desde el punto de vista de las citadas dimensiones, de manera que se registran las novedades, se realiza un análisis crítico y se formulan replanteamientos para el progreso; proponiéndose, en definitiva, nuevos rumbos y caminos a seguir pero sustentados en la misma figura jurídica: el principio de igualdad. Nos situamos, ciertamente, en una localización "epocal": es decir, el fin de una época. Una nueva fase histórica de importantes conflictos y cambios estructurales donde se produce una inflexión cualitativa en las tradicionales formas de negociación colectiva.

Este libro no trata sólo de garantizar la supervivencia futura de los convenios colectivos sino también de la necesaria invención de nuevas técnicas jurídicas e institucionales que permitan

un mayor desarrollo e importancia del escenario que ha de dispensar esta materia. Se asiste, por lo demás, a trabajos de gran calidad, en los que se combina un criterio preciso y unas pautas metodológicas asumidas, lo que proporciona al conjunto no solo variedad sino también conexiones, vínculos y concepciones plurales particularmente enriquecedoras para el lector. Y es que, acaso, una de las mayores virtudes que quepa apreciar en esta obra es la gran libertad con que los autores han desplegado su argumentación sin que el pensamiento haya debido discurrir necesariamente por el cauce temático que a veces se observa en otro tipo de obras colectivas. El margen de autonomía que a la creatividad se le ha permitido hace de esta publicación un importante venero de ideas para toda la ciencia jurídica muy necesaria por la actual situación de la nación española.

En suma, el objetivo de esta obra es ofrecer una visión actualizada, desde un punto de vista práctico y útil para el operador jurídico, de una materia que, siendo muy reconocida en nuestro ordenamiento, suele abordarse de manera fragmentada y sectorial. Dada la evolución normativa, social y jurisprudencial que los temas de igualdad y no discriminación en la negociación colectiva vienen experimentando, resulta especialmente interesante realizar un balance de su estado actual, permitiendo así el contraste con el pasado reciente y preparándolo con el futuro a medio plazo. De ese modo, podrá constatarse si asistimos a un estado de transformación o, por el contrario, de estancamiento, a la vez que se evalúa la respuesta de los interlocutores sociales a los desafíos existentes en la materia.



TEN LA SEGURIDAD DE
QUE SE HACE BIEN

NUEVO CLAVES PRÁCTICAS SUCESIÓN DE EMPRESA: CONTRATAS, SUBCONTRATAS Y OTROS SUPUESTOS

Esta obra aborda la dimensión laboral y de Seguridad Social de la sucesión de empresa desde un triple punto de vista: el del cedente, el del cesionario y el del trabajador afectado. El estudio profundiza tanto en los elementos constitutivos de la transmisión de empresa como en sus efectos jurídicos y en los instrumentos habilitados para transmitir.

Los autores, Antonio V. Sempere Navarro y María Areta Martínez, analizan todos aquellos aspectos del tema considerados de mayor interés por haber sido recientemente objeto, bien de conflictividad, bien de reforma normativa, bien de cambio de criterio jurisprudencial; todo ello desde un punto de vista práctico, armonizando claridad y rigor.

SUMARIO

 28€ 4% IVA NO INCLUIDO  150 PÁGS. APROX.

Prólogo Introducción

Parte I. Sucesión legal de empresa

- Capítulo 1. Concepto de sucesión legal de empresa ex ET art.44.
- Capítulo 2. Mecanismos de transmisión empresarial.
- Capítulo 3. Efectos de la sucesión legal de empresa en la relación laboral del trabajador afectado.
- Capítulo 4. Subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones de Seguridad Social del cedente.
- Capítulo 5. Derechos de los representantes de los trabajadores en la sucesión legal de empresa.
- Capítulo 6. Responsabilidad solidaria del cedente y del cesio-

- nario a efectos laborales y de Seguridad Social.
- Capítulo 7. Efectos de la sucesión de empresa que acontece en sede concursal.
- Capítulo 8. Responsabilidad administrativa y penal en materia de sucesión legal de empresa.

Parte II. Sucesión convencional de empresa

- Capítulo 9. Supuestos de sucesión de contratas y de concesiones administrativas por mandato del convenio colectivo.

Parte III. Sucesión contractual de empresa

- Capítulo 10. Novación subjetiva del contrato de trabajo por cambio de empresario ex CC art. 1205.

ADQUIÉRELO AHORA LLAMANDO AL 91 210 80 00
en www.efl.es o en clientes@lefebvreelderecho.com



TENDRÁS LA SEGURIDAD DE ENCONTRAR TODAS LAS RESPUESTAS

**NUEVO MEMENTO PRÁCTICO
SEGURIDAD SOCIAL 2017**

> 10% DE DESCUENTO

OFERTA VÁLIDA HASTA LA FECHA DE PUBLICACIÓN DE LA OBRA

~~125€~~ **110,70€** 4% IVA NO INCLUIDO

El Memento Seguridad Social 2017 es una **referencia de consulta esencial para la Administración Pública, para el responsable de personal en la empresa y para el asesor laboral**, que ofrece al instante, sin rodeos, soluciones concretas y prácticas sobre todas las cuestiones relacionadas con la Seguridad Social: cotización, recaudación, procedimientos de reclamación y tramitación, devengo de prestaciones, sus características, su cuantía, incompatibilidades...

En él se estudian de forma específica las **particularidades** propias de diversos grupos de trabajadores, como trabajadores a tiempo parcial, autónomos, artistas, empleados de hogar, representantes de comercio, emigrantes etc.

SUMARIO

1.850 PÁGS. APROX.

PLAN GENERAL

Introducción
Competencias normativas
Organización administrativa
Campo de aplicación de la Seguridad Social

Obligaciones en materia de Seguridad Social

Inscripción de empresas
Afilación de trabajadores
Altas y bajas en el Régimen General
Cotización
Recaudación
Sistema RED
Convenios especiales

Acción protectora

Prestaciones

Accidente de trabajo y enfermedad profesional
Maternidad y paternidad
Incapacidad temporal
Incapacidad permanente
Jubilación
Asistencia sanitaria
Prestaciones familiares
Desempleo
Muerte y supervivencia
SOVI

Colectivos específicos

Artistas
Autónomos
Cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales
Deportistas
Empleados del hogar
Empresas de exhibición cinema-

tográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiesta
Estudios de mercado y opinión pública
Frutas, hortalizas y conservas vegetales
Industrias resineras
Minería del carbón
Penados en talleres penitenciarios
Profesionales taurinos
Representantes de comercio
Servicios extraordinarios de hostelería
Tomate fresco destinado a la exportación
Trabajadores migrantes
Trabajadores extranjeros
Trabajadores del campo
Trabajadores de la mar

Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo
Víctimas de violencia de género

Infracciones y sanciones

Infracciones, sanciones y reclamaciones de deudas por cuotas de la Seguridad Social

Procedimientos en materia de Seguridad Social

Procedimientos administrativos
Procedimientos judiciales

Previsión social complementaria

ANEXOS

ADQUIÉRELO AHORA LLAMANDO AL 91 210 80 00

* Cita el código promocional 14444 para beneficiarte del descuento al adquirir esta obra.