

EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN 2015 SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL *

Por

SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 43 (2016)

RESUMEN: Este Informe deja constancia de los cambios normativos más relevantes y de las tendencias judiciales más paradigmáticas del ordenamiento laboral en 2015. En él se observa el imparable dinamismo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España. El documento, consciente de tal mutabilidad, recoge una minuciosa selección de cuestiones esenciales, a juicio de las personas que abordan cada una de las materias, de las que son especialistas; los autores y las autoras, que forman parte de la Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se adscriben a los grupos temáticos por afinidad con sus principales líneas de investigación y su labor docente universitaria. En síntesis, en el Informe “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España en 2015” se puede encontrar información muy útil para los profesionales del iuslaboralismo en materia de derechos fundamentales inespecíficos, contratación laboral y empleo, vicisitudes del contrato de trabajo, derechos colectivos, igualdad y corresponsabilidad, Seguridad Social o prevención de riesgos laborales.

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo en 2015; jurisprudencia constitucional; jurisprudencia del Tribunal Supremo; modalidades contractuales; extinción del contrato de trabajo; protección social; prevención de riesgos.

SUMARIO: I. Derechos fundamentales inespecíficos.- II. Novedades en materia de contratación laboral y empleo.- III. Vicisitudes en el contrato de trabajo.- IV. Derecho colectivo del trabajo.- V.

* Han participado en la elaboración del presente Informe, Carmen AGUILAR MARTÍN, Henar Álvarez Cuesta, Antonio ÁLVAREZ DEL CUVILLO (Coordinador de la sección “Derechos fundamentales inespecíficos”), Ricardo Barona Betancourt, Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Inmaculada Baviera Puig, Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, María Angustias Benito Benítez, Carolina BLASCO JOVER, Joaquim CASANOVAS SAINZ, Vanessa CORDERO GORDILLO, Ana DOMÍNGUEZ MORALES, Alfonso ESTEBAN MIGUEL, Maravillas Espín Sáez, Miriam FERNÁNDEZ MINGO, Olga FOTINOPOULOU BASURKO, Olga GARCÍA COCA, M^a José GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA (Coordinadora de la sección de “Contratación laboral y empleo”), Luis GORDO GONZÁLEZ, David GUTIÉRREZ COLOMINAS (Coordinador de la sección de “Vicisitudes en el contrato de trabajo”), Djamil Tony KAHALE CARRILLO (Coordinador de la sección “De la conciliación a la corresponsabilidad”), Remedios MENÉNDEZ CALVO (Coordinadora de la Sección Juvenil), Patricia NIETO ROJAS, Alexandre PAZOS PÉREZ, Daniel PÉREZ DEL PRADO, Patricia PRIETO PADIN, M^a Isabel RIBES MORENO, Iván Antonio Rodríguez Cardo (Coordinador de la sección de “Seguridad Social”), Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, María SALAS PORRAS, Mariola SERRANO ARGUESO, Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ, Adrián TOLODÍ SIGNES, Juan Alberto TORMOS PÉREZ, Teresa VELASCO PORTERO, Alicia VILLALBA SÁNCHEZ, y Helena YSÀS MOLINERO (Coordinadora de la sección “Derecho colectivo del trabajo”).

De la conciliación a la corresponsabilidad.- VI. Seguridad Social.- VII. Prevención de riesgos laborales.

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW IN SPAIN IN 2015

ABSTRACT: This report has as aim leaving a record of the most relevant normative changes and the most paradigmatic judicial trends in Labour Law in 2015. One can easily observe the unstoppable dynamism of Labour and Social Security Law in Spain. The document, conscious of that mutability, collects a thorough selection of key issues, according to the judgement of the authors, all of them specialists and all of them members of the Young Scholars' Section of the Spanish Association for Labour and Social Security Law. They are part of thematic groups, linked to their main research lines and their teaching task. Summing up, in this report "Labour and Social Security Law in Spain in 2015", one can easily find useful information for labour lawyers in subjects such as unspecific fundamental rights, work contracts and employment, issues of the labour relationship, collective rights, equality and co-responsibility, Social Security or occupational risk prevention.

KEYWORDS: Labour Law in 2015; constitutional case law; Supreme Court's case law; types of contract; termination of the work contract; social protection; occupational risk prevention.

SUMMARY: I. Unspecific fundamental rights.- II. New issues on work contracts and employment.- III. Issues on the labour relationship.- IV. Collective labour law.- V. From work-life balance to co-responsibility.- VI. Social security.- VII. Occupational risk prevention.

I. DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS*

1.1. Introducción

En el ordenamiento español es pacífica la consideración de que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución resultan de aplicación directa a las relaciones privadas, incluyendo el ámbito laboral, sin necesidad de desarrollo legislativo. Así pues, toda una serie de derechos "de ciudadanía", aunque no están concebidos de manera específica para el campo laboral ("derechos inespecíficos") se aplican automáticamente a la relación de trabajo, con algunas matizaciones, sin necesidad de un especial desarrollo normativo. Estos derechos fundamentales del ciudadano que se proyectan sobre la relación laboral serían la prohibición de discriminación; los derechos de intimidad, honor y propia imagen; las libertades de pensamiento y comunicación; la garantía de indemnidad derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, etc.

El desarrollo normativo de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo es muy escaso (y en muchos casos, inexistente), por lo que adquiere una importancia trascendental la doctrina emanada de las resoluciones judiciales, abordando conflictos

* Han colaborado en la redacción de este apartado Antonio ÁLVAREZ DEL CUVILLO (Coordinador), Ana DOMÍNGUEZ MORALES, Olga GARCÍA COCA, y Alexandre PAZOS PÉREZ.

concretos que afectan a estos derechos. No se ha detectado ninguna novedad legislativa durante el año 2015, de modo que este informe se dedica a relatar los pronunciamientos jurisprudenciales más destacados.

1.2. Igualdad y no discriminación

1.2.1. Principio de igualdad

En relación con el principio de igualdad, es preciso mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 140/2015, de 22 de junio, que resuelve una cuestión de constitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco contra el apartado 1 del art. 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que se refiere al periodo de prueba de 1 año en los contratos de trabajo de apoyo a los emprendedores por posible vulneración de los arts. 9.3, 14, 24.1, 35.1 y 37.1 CE. Esta sentencia mantiene la misma línea jurisprudencial sostenida en otras anteriores referidas a esta materia. Con respecto a la pretendida vulneración del art. 14 CE, el TSJ del País Vasco vuelve a cuestionar la constitucionalidad del precepto que establece la duración injustificada e indiferenciada del período de prueba para el contrato de apoyo a emprendedores en circunstancias ajenas a las diferencias derivadas del concreto puesto de trabajo, las tareas a realizar o la titulación de la persona trabajadora. El Tribunal recuerda que la misma pretensión ha sido rechazada por la STC 119/2014 de 16 de julio, que sostenía que este período de prueba no vulnera el principio de igualdad, dado que desde el punto de vista empresarial la medida tiende a verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo. Constituye, por lo demás, un instrumento adecuado para crear empleo estable en pequeñas y medianas empresas. Estos argumentos, unidos a la finalidad de facilitar el mutuo conocimiento de las partes y de las condiciones de prestación de la actividad laboral, son razones suficientes -en opinión el TC- para descartar la desigualdad injustificada.

1.2.2. Prohibición de discriminación

Por otra parte, la STC 66/2015, de 13 de abril resuelve un recurso de amparo que denuncia la existencia de *discriminación por razón de edad*, al tomar en consideración para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo la edad superior a 55 años. El Tribunal corrobora, en atención a la doctrina jurisprudencial que le precede, que la edad supone un factor de diferenciación sometido al canon de constitucionalidad más estricto.

En base a ello, no se consideró legítima la justificación de la empresa de que los trabajadores más próximos a la edad de jubilación eran menos rentables, porque su eventual cese en la actividad laboral en los próximos años determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje.

En cambio, el Tribunal acoge como justificación objetiva y no arbitraria la consideración del menor perjuicio que supone el despido colectivo para los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años, dado que son objeto de una mayor protección social, siempre que el despido venga acompañado por medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos. En ese sentido, la empresa se obligó a abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en los términos previstos en la Ley general de la Seguridad Social (art. 51.9 ET). Junto a ello, existe la posibilidad de acceder a un subsidio por desempleo para mayores de 55 años con rentas bajas. Además de lo anterior, la empresa estableció determinadas mejoras voluntarias de la prestación por desempleo para los trabajadores de mayor edad.

Por otra parte, también en relación con la discriminación por razón de edad, la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) nº 5660/2015 de 19 de noviembre, resuelve un recurso planteado en el contexto de un conflicto colectivo respecto al Convenio Colectivo del Sector de las Colectividades de Cataluña. Este convenio incluía una doble escala salarial que suponía un tratamiento diferenciado para los trabajadores menores de 35 años. El Tribunal entiende que la medida es discriminatoria, puesto que no puede considerarse suficiente la justificación que hacía el precepto, que estaba basada en la crisis del empleo. Del mismo tenor es el pronunciamiento de la Audiencia Nacional (AN) en su Sentencia 36/2015 de 5 marzo, referida a una doble escala salarial relacionada con la fecha de ingreso, aunque este caso se resuelve en aplicación del principio general de igualdad (sin plantearse si puede existir discriminación indirecta por razón de edad).

En materia de *discriminación por razón de sexo*, destacan varios pronunciamientos del TS en relación con la tutela objetiva en los despidos objetivos (institución que no implica una declaración de discriminación pero que se orienta claramente a combatirla).

En primer lugar, la sentencia de de 31 marzo 2015 estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora que había sido cesada tras la reincorporación de un período de suspensión por maternidad sin que hubiesen transcurrido 9 meses desde el nacimiento del hijo. La empresa formalmente acude a la vía del despido objetivo ex art. 52.c) ET, pero incumple los requisitos de forma. La falta de acreditación de la causa que motiva el despido impide que sea considerado procedente. *Sensu contrario*, la tutela objetiva de la mujer trabajadora prevista en el art. 55.5 b) ET, exige la declaración de nulidad del mismo. El mismo argumento resolutivo utiliza el TS en su sentencia de 20 enero 2015 para declarar la nulidad del despido de la

trabajadora dos meses y medio después de que comenzase el periodo de reducción de jornada por cuidado de hijo contra la declaración de extinción de resolución contractual por finalización del contrato temporal por obra o servicio que había sido objeto de dos prórrogas.

Por otra parte, en su sentencia de 27 mayo 2015, el TS desestima el recurso de casación interpuesto por «S.A.P España Sistemas Aplicaciones y Productos en la Informática SA», confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional que consideraba discriminatoria la práctica empresarial de considerar las seis semanas de descanso obligatorio por maternidad, como "ausencias" o "permisos retribuidos" a los efectos del cobro de bonificaciones o remuneraciones variables del Plan Global de Bonificaciones.

Por último, respecto a los *efectos de la declaración de discriminación*, resulta de interés la STS de 16 de septiembre de 2015, que estima en parte el recurso presentado contra una sentencia del TSJ de Asturias que había estimado que concurría "discriminación" favorable a los trabajadores fijos-discontinuos -en detrimento de los demás- respecto a las encomiendas de trabajo de superior categoría, puesto que estos no tenían límite temporal, mientras que al resto de los trabajadores se les imponía una rotación de ocho meses. Ante el TS no se cuestiona esta calificación, sino la restricción que aplica el TSJ a los efectos de su propia sentencia, excluyendo las encomiendas en vigor que no hubieran superado el período de ocho meses. El Supremo considera que esta restricción no puede aplicarse, una vez que el TSJ ha declarado la vulneración de un derecho fundamental.

1.3. Derechos al honor, la intimidad y a la propia imagen

1.3.1. Intimidad y protección de datos personales del trabajador

En las últimas décadas, la utilización masiva de las tecnologías de información y comunicación en todos los ámbitos -incluyendo, por supuesto, el laboral- ha incrementado la importancia de la la protección de los datos personales o privados del trabajador, en relación con el derecho constitucional a la intimidad. En este contexto, la normativa específica de protección de datos puede desplegar efectos sobre la relación laboral.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015 ha considerado abusiva la cláusula contractual en la que se obliga al trabajador a ofrecer su teléfono móvil personal o email para que el empresario se ponga en contacto con él por medio de estos mecanismos. Según el Tribunal, una cosa es que la lógica de las relaciones de trabajo pueda, en un determinado momento, hacer necesario el manejo de los datos relativos al teléfono móvil y correo electrónico, pero cosa distinta ocurre cuando

la petición y posteriormente archivo de esos datos se presenta como obligatoria a la hora de la firma del contrato de trabajo, ya que no se considera un dato esencial para cumplir el objetivo del trabajo, recordando que hasta hace no mucho las relaciones laborales funcionaban sin ellos.

También es importante mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2015, relativa a las “listas negras” de trabajadores “conflictivos”. En este caso, la empresa para la que el trabajador prestaba servicios previamente informó de las circunstancias de su despido (que había sido declarado improcedente) y situado en una lista de trabajadores “conflictivos” de otra empresa, que, por tanto, se negó a contratarlo. El Alto Tribunal considera ilícita la cesión de esa información, puesto que no cumple las exigencias de la Ley Orgánica de Protección de Datos para que la misma pueda efectuarse y porque debería haberse cancelado la información personal de ese trabajador de los ficheros empresariales cuando finalizó su relación laboral con la empresa.

Por otra parte, podría tener impacto en el ámbito laboral la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2015, relativa al llamado “derecho al olvido” digital. La resolución está directamente vinculada con la dictada el año pasado por el Tribunal de Justicia de la UE en el llamado ‘caso Google’. En ella se establece que las informaciones perjudiciales que afecten a personas sin relevancia pública no deberán estar accesibles en los buscadores de internet cuando el paso del tiempo haya hecho perder relevancia a la noticia. La decisión del Pleno de la Sala Civil establece que, en esos supuestos, los propios medios de comunicación deberán encargarse de impedir que la noticia pueda ser archivada en los buscadores de internet. Esta sentencia puede ser relevante en el ámbito laboral en la medida en que se pueda obligar a las empresas a eliminar los datos de sus trabajadores de los buscadores masivos de internet.

Por último, puede contemplarse desde la óptica de la intimidad o la protección de datos la STSJ de Madrid de 10 de junio de 2015, que versa sobre la validez de la supuesta “dimisión” de una trabajadora realizada a través de la aplicación “*Whatsapp*”. El TSJ considera que la prueba de la conversación mantenida mediante la aplicación del whatsapp es totalmente lícita y que de ella se desprende de modo indiscutible la voluntad de la trabajadora. En este caso no se cuestiona la validez de la prueba desde el punto de vista de la protección de datos, lo que podría resultar una cuestión controvertida.

1.3.2. *Intimidad y propia imagen*

En el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia, la STSJ del País Vasco de 14 de abril de 2015 se refiere a la utilización de cámaras de videovigilancia. El Tribunal

considera que la instalación de cámaras de videovigilancia sin haber informado previamente al trabajador y con la finalidad de controlar su actividad laboral supone una lesión del derecho a la intimidad y a la propia imagen del trabajador. Por tanto, la utilización de las imágenes y el audio de la grabación producida por estas cámaras como prueba del incumplimiento laboral del trabajador debe considerarse como ilícita.

1.3.3. *Intimidad y reconocimientos médicos*

El derecho a la intimidad se vincula también a la regla general de que los reconocimientos médicos laborales sean de carácter voluntario, puesto que, de un lado, suponen una intromisión directamente física en el cuerpo del trabajador y, de otro lado, permiten obtener datos de carácter privado. No obstante, esta regla general puede excepcionarse en relación con la prevención de riesgos para los trabajadores y usuarios. En este sentido, La STS de 10 de junio de 2015 considera que estos reconocimientos son obligatorios para el personal de las brigadas de prevención y extinción de incendios de TRAGSA, puesto que el correcto estado de salud de los trabajadores permite evitar o minimizar los peligros derivados del indiscutible riesgo de dicho trabajo, tanto para el propio trabajador como para los compañeros y terceras personas; en todo caso, entiende que el convenio colectivo no puede ampliar los supuestos de obligatoriedad de los reconocimientos previstos en la ley.

1.4. **Libertades de pensamiento y comunicación**

La STC 187/2015 estima el recurso de amparo de un funcionario que se vio sancionado por las manifestaciones vertidas en un escrito a través del cual denunciaba un supuesto acoso en el trabajo, difundido únicamente a la autoridad competente para conocerlo. Aunque la sentencia se plantea en el ámbito de una relación de servicios de naturaleza administrativa, resulta también de interés en el ámbito laboral. En este caso, el TC conecta la libertad de expresión con el derecho de defensa, lo que supone un reforzamiento de la posición del trabajador. Por otro lado, valora que las expresiones, siendo coloquiales o quizás incluso inadecuadas en un contexto formal, no resultaban verdaderamente injuriosas en tomando en consideración la gravedad de los hechos mencionados. De cualquier modo, estas manifestaciones no resultan desproporcionadas respecto al propósito de ejercicio del derecho de defensa del trabajador, tomando en consideración su difusión limitada y el dato de que el trabajador carecía de conocimientos jurídicos.

En cambio, en relación con la libertad de expresión sindical (vinculada formalmente a la Libertad Sindical), la STC 203/2015 desestimó el amparo solicitado por un trabajador

que había sido despedido por manifestaciones injuriosas realizadas respecto a una trabajadora que resultaban completamente innecesarias en relación con el conflicto laboral y sindical de base. En este caso se aprecia que las manifestaciones proferidas son realmente insultantes y que resultan desproporcionadas respecto al propósito sindical.

1.5. Garantía de indemnidad

En lo que refiere a la “garantía de indemnidad” del trabajador (proyección sobre las relaciones laborales del derecho a la tutela judicial efectiva), despliega una notable importancia la STC 183/2015, de 10 de septiembre, que desestima el recurso de amparo interpuesto por la trabajadora despedida, invirtiendo la tendencia expansiva que hasta el momento han tenido las interpretaciones judiciales de este derecho.

Los hechos se basan en la comunicación de una reducción de jornada y salario por motivos económicos a una trabajadora. Esta decide presentar una demanda, pero llega a un acuerdo ante el secretario judicial, produciéndose la revocación de la decisión de la empresa y el consiguiente archivo de la demanda. Ocho días después del acto conciliatorio, la empleadora despidió a la trabajadora por motivos económicos, tras haberle ofrecido otra reducción de jornada, sin éxito. En la propia carta de despido se hace referencia a la resistencia de la trabajadora a aceptar la reducción de jornada y a la impugnación judicial de la medida impuesta por la empresa. En un primer momento, impugnado el despido, el Juzgado de lo Social lo calificó como nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, pero recurrida la sentencia en suplicación, el TSJ declaró el despido como procedente.

La importancia de esta sentencia radica en que es la primera vez que se plantea ante el TC un caso en el que la decisión de la empresa potencialmente vulnerable de la garantía de indemnidad invoca un fundamento objetivo de carácter económico, y no uno de carácter disciplinario. El TC desestimó el amparo solicitado al considerar que la empresa había demostrado la existencia de causas económicas y que, además, había ofrecido a la trabajadora una nueva reducción de la jornada en condiciones distintas a la primera antes de proceder al despido. A juicio del tribunal, todo ello desvirtuaba el panorama indiciario presentado por la trabajadora.

La sentencia tiene un interesante voto particular que insiste en que, cuando se trata de extinciones por causas económicas, acreditar el motivo no debe excluir la hipótesis de la lesión indiciariamente probada de un derecho fundamental. Considerando que el empresario no justificó con solvencia el cambio de criterio producido en solo unos pocos días y donde antes era suficiente una reducción de jornada ahora era necesario un despido. Por tanto, la empresa no habría conseguido acreditar la desconexión entre la

extinción del contrato y el previo ejercicio de una acción judicial por parte de la trabajadora. En todo caso, este voto particular no discrepa de la doctrina aplicada por la mayoría, sino más bien de la concreta valoración de las circunstancias del caso respecto a la carga de la empresa de desvirtuar los indicios de vulneración del derecho fundamental.

1.6. Conclusión

Como viene siendo habitual en los últimos años, durante el año 2015 no se han identificado cambios legislativos que afecten directamente al ejercicio de los derechos básicos de ciudadanía en el ámbito laboral. En cualquier caso, sí que se han producido pronunciamientos de interés por parte del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y algunos Tribunales Superiores de Justicia, que afectan al principio de igualdad, la prohibición de discriminación, el derecho a la intimidad en diversas facetas (protección de datos, reconocimientos médicos, grabación del trabajador...) y la garantía de indemnidad.

Ciertamente, estas sentencias no han supuesto cambios o innovaciones sustanciales en la doctrina jurisprudencial -como sí ha sucedido otros años-; no obstante, el estudio de estos pronunciamientos permite profundizar en la comprensión y en el análisis crítico del discurso general que hacen los tribunales respecto a estos derechos.

II. NOVEDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL Y EMPLEO*

2.1. Introducción

Durante el año 2015, y tras la destrucción masiva de puestos de trabajo de los años precedentes, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ha sufrido modificaciones de calado con el fin de reducir los problemas más relevantes de nuestro mercado laboral, como son el alto índice de temporalidad, la incapacidad de políticas de empleo para dar una respuesta eficaz a la grave situación de desempleo, así como las altas tasas de paro que afectan especialmente a los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada. Para ello, se ha actuado en una doble dirección. Primero, el uso de la contratación temporal como instrumento de la política de empleo sigue siendo una constante en los debates sobre las reformas laborales, mientras que la doctrina y los Tribunales siguen poniendo de manifiesto la necesidad de evitar la huida del principio de estabilidad en el empleo

* Han colaborado en la redacción de este apartado Carmen AGUILAR MARTÍN, Miguel BASTERRA HERNÁNDEZ, Carolina BLASCO JOVER, Miriam FERNÁNDEZ MINGO, Olga FOTINOPOULOU BASURKO, M^a José GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA (Coordinadora), María SALAS PORRAS, Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ, y Daniel PÉREZ DEL PRADO.

mediante el control de cláusulas como el período de prueba, de los contratos para el fomento del empleo (contrato en práctica y para la formación) o del uso abusivo de la contratación temporal. Al mismo tiempo que siguen ensayándose fórmulas para fomentar nuevos yacimientos de empleo, como el teletrabajo, sobre el que han recaído importantes pronunciamientos judiciales, o se han producido novedades relevantes sobre la inmunidad de jurisdicción.

Segundo, otra de las vías utilizadas ha sido, como en otras ocasiones, el impulso de la actividad económica, a la que se suma como novedad la creación de normas dirigidas a la agilización de los trámites y a la amortiguación de los costes en caso de fracaso empresarial. De estas disposiciones de fomento del empleo, pueden destacarse el RD. 44/2015, de 2 de febrero, el RD. 127/2015, de 27 de febrero, y el RD 867/2015, de 2 de octubre, que tratan de agilizar las gestiones administrativas de creación y disolución de las empresas mediante los Puntos de Apoyo al Emprendedor. Asimismo, también debe subrayarse el RDL. 1/2015, de 27 de febrero, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, así como la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, pudiendo destacarse el mínimo exento de cotización a la Seguridad Social para favorecer el empleo indefinido dispuesto en la Ley 25/2015. En esta misma dirección, otras disposiciones se han dedicado a mejorar los instrumentos de la política de empleo, que sigue asistiendo a una reordenación de las competencias entre Estado-CCAA o Entes Locales, pudiendo destacarse el RDLeg. 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo o los pronunciamientos judiciales recaídos en la materia, que han tratado de mejorar el estatuto jurídico del demandante de empleo, así la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo, que continua siendo una de las asignaturas pendientes de nuestro sistema laboral, como se pone de manifiesto en los datos aportados en el último epígrafe de este capítulo.

A estas destacadas novedades en materia de contratación y empleo se dedicarán los siguientes apartados, con la pretensión de indicar las normas o pronunciamientos claves del 2015, analizando estas cuestiones de forma valorativa y crítica.

2.2. El período de prueba, una cláusula contractual revisable

El periodo de prueba actualmente está regulado por el art. 14 del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores aprobado por el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre

(en adelante ET), concretamente dentro del capítulo dedicado al contenido del contrato de trabajo y de la sección destinada a la duración del mismo.

El período de prueba constituye un elemento fundamental dentro del contenido del contrato de trabajo, su buen uso aporta seguridad jurídica a ambas partes, a priori desconocedoras, por un lado, de las aptitudes del trabajador para el desempeño de las funciones y tareas encomendadas y por otro lado, de las condiciones reales del puesto de trabajo que, en caso de ser insatisfactorias para cualquiera de las dos partes, permite rescindir el contrato libremente respetando algunos límites¹.

Desde un punto de vista legal, la regulación sobre este pacto ha evolucionado poco desde el primigenio art. 14 del año 95 hasta la actualidad (veinte años después) y, en esencia no ha cambiado nada, ni la finalidad para la que fue creado², ni tampoco otros parámetros por los que se rige. Los únicos cambios que se han podido apreciar en su regulación son la introducción de un nuevo límite en la duración máxima del mismo para los contratos temporales de duración determinada del art. 15 ET y también la inclusión de algunos supuestos que, añadidos a los ya considerados desde el principio, pueden suponer nuevas causas de suspensión del periodo de prueba si así lo acuerdan las partes, como son: el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia, la paternidad³ y la guarda con fines de adopción⁴.

Básicamente y de forma resumida, el régimen jurídico del art. 14 ET contempla los siguientes aspectos clave:

- Forma: Por escrito. De este modo, es Jurisprudencia reiterada del TS⁵ que el *"período de prueba es de aplicación solamente cuando hubiera sido acordada como pacto "escrito" en el momento de la celebración del contrato"*.

- Duración: El apartado 1 del art. 14 ET regula la duración máxima del mismo en defecto de convenio colectivo. Por lo que, prima la negociación colectiva y, en defecto de la misma, contempla algunos límites temporales en función de: la duración del contrato, de si el puesto a ocupar es para un técnico titulado o no (lo

¹ AGUILAR MARTIN, M. C., Período de prueba: validez de un segundo pacto, en VV.AA, *Hitos jurisprudenciales de 2014 en materia social*, Murcia, Laborum, 2015, pg. 25 y ss.

² Permite que ambas partes, de un modo recíproco, se conozcan profesionalmente para decidir si continúa la relación laboral o si se extingue por no haber superado el período de prueba. Vid. STS de 12 de diciembre de 2008 y de 20 de julio de 2011. También en STS de 12 de julio de 2012 se establece que "la finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado".

³ Supuestos incluidos por el RDL. 16/2013, de 20 de diciembre.

⁴ Este último supuesto ha sido incluido por el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre.

⁵ Vid. STS de 12 de julio de 2012.

que antes denominábamos categorías o clasificación profesional) y de si la empresa tiene menos de veinticinco trabajadores.

- Objeto y finalidad: Empresario y trabajador están obligados a la realización de *“las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”*. Así, tal y como manifiesta el TS en Sentencia de 12 de julio de 2012, *“la finalidad o razón de ser del instituto del período de prueba del contrato de trabajo es facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado”*. Por otro, *“en términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así: en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el art. 14 ET, de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos”*.

- Consecuencia jurídica en caso de uso abusivo del pacto: Nulidad. Para limitar su uso, se sanciona con la nulidad del mismo en el caso de que se *“establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresas, bajo cualquier modalidad de contratación”*⁶.

- Derechos y obligaciones: Principio de no discriminación. El apartado segundo de este artículo, establece que el trabajador durante el periodo de prueba tendrá los mismos derechos y obligaciones que un trabajador de plantilla que ocupe el mismo puesto de trabajo, excepto *“los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante el transcurso”*. De este modo, la facultad de desistir, esto es, de extinguir el contrato le corresponde ambas partes⁷. Se puede hacer uso de ella en cualquier momento y sin necesidad de seguir una forma concreta⁸, por lo tanto *“es ejercida libremente y sin preaviso”*⁹, siempre que se respeten los límites temporales establecidos legal o convencionalmente¹⁰ o no se tratara de un desistimiento abusivo discriminatorio

⁶ Sobre esta causa, vid. STS de 14 de enero de 2014.

⁷ Para mayor abundamiento, SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2013.

⁸ Vid. STS de 12 de diciembre de 2008.

⁹ Vid. Art. 14.2 ET y STS de 12 de julio de 2012, nº rec. 2789/11.

¹⁰ Vid. STS de 2 de abril de 2007.

o atentatorio a derechos fundamentales¹¹. Además, la extinción por desistimiento dentro de un período de prueba aunque el trabajador afectado estuviera en situación de IT no podía considerarse abusivo o contrario a ningún derecho fundamental¹².

En cuanto a la justificación del cese del trabajador, el TS¹³ ha considerado que *"la libertad de desistimiento durante el período de prueba supone que ni el empresario ni el trabajador tienen, en principio, que especificar los motivos del cese, ni acreditar los hechos o circunstancias determinantes del mismo, ni tampoco expresar la decisión extintiva mediante una forma preestablecida"*.

Además, "a tal efecto, durante el período o plazo de prueba, cuyo pacto cabe incardinar genéricamente entre *"las causas (de extinción) consignadas válidamente en el contrato"* art. 49.1.b) ET, no rigen las reglas comunes del despido o de la dimisión del trabajador; ni se exige "carta de despido" (art. 55.1 ET), ni el empresario ha de expresar o acreditar las causas que motivan su decisión (art. 55.4 ET), ni tampoco el trabajador se encuentra vinculado por un deber de preaviso (art. 49.1.d) ET)".

En cuanto a la discriminación, concretamente a la no discriminación por razón de sexo, el TC en Sentencia de Pleno de 10 de octubre de 2013 concluye que durante el periodo de prueba no es de aplicación el sistema el sistema de tutela objetiva establecido en el art. 55.5 b ET, por lo que la nulidad de la decisión extintiva en este supuesto exige acreditar indicios de discriminación. En este caso el Tribunal rechazó la pretensión de la trabajadora embarazada de extender la regla sobre la nulidad automática del despido en caso de embarazo al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.

- El tercer apartado hace alusión al tiempo de después, es decir, una vez transcurrido el período de prueba *"el contrato producirá plenos efectos"*. Además este tiempo, el que dura el periodo de prueba, sí computará a efectos de antigüedad del trabajador en la empresa.

- Por último, se contemplan varios supuestos¹⁴, ampliados recientemente, que interrumpen el cómputo del periodo de prueba *"siempre que se produzca acuerdo"*.

¹¹ Vid. STS de 12 de noviembre de 2007, nº de rec. 4341/06.

¹² Vid. STC de 16 de octubre, nº 84/1984 y en STS de 3 de octubre de 2008, nº de rec. 2584/07.

¹³ Vid. STS de 12 de julio de 2012.

¹⁴ En la redacción inicial se contemplaban (incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento), después el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, amplió los supuestos a (riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y paternidad) y, en última instancia, el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre ha incluido el supuesto de "guarda con fines de adopción".

entre ambas partes”.

Si bien, la regulación del periodo de prueba no parece plantear muchas dudas, la realidad de los trabajadores es tan variada y rica en supuestos que, en ocasiones, es necesaria la jurisprudencia para solucionar los conflictos planteados. De este modo, los tribunales de justicia han suplido los vacíos dejados por la regulación del periodo de prueba. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, aspectos que han sido interpretados recientemente por los tribunales son los siguientes:

- Validez de un segundo pacto, es decir, *“si, a los efectos de considerar cumplimentado y superado el periodo de prueba, es suficiente con que, antes de la suscripción de un segundo contrato, el trabajador hubiera prestado idénticos servicios previamente en la misma empresa, o si, por el contrario, es necesario, además, que la prestación laboral, sumado el tiempo trabajado al amparo de ambos contratos, supere el período establecido al respecto en la disposición convencional aplicable”*¹⁵. Finalmente, la Sala de lo Social del Alto Tribunal en unificación de doctrina¹⁶, el 20 de enero de 2014 zanja esta cuestión primando el elemento material frente al formal, esto es primando que lo decisivo es que *“ambas partes dispongan del tiempo establecido a estos efectos en el convenio colectivo de aplicación”*, por lo que *“siendo esta finalidad lo relevante, sin que se haya completado el período total durante el que podían realizarse esas “experiencias”, hemos de concluir que, en realidad, no se produjo un despido sino la no superación del período de prueba. Lo crucial es ese “período” para comprobar la aptitud del trabajador y no la finalización de una breve relación anterior en absoluto cuestionada”*.

- Validez de un periodo de prueba de un año de duración. Un tema que ha sembrado controversia ha sido el periodo de prueba de un año del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, sobre el que tuvo ocasión de pronunciarse el TC (Pleno) en Sentencia nº 119/2014, de 16 de julio de 2014. Posteriormente, en febrero de 2015¹⁷ el conflicto llega al TJUE, sin embargo éste se declara incompetente para responder si es contrario al Derecho de la Unión, por entender que tal cuestión no está dentro de su ámbito de aplicación. Por el momento, se permite celebrar un periodo de prueba de un año para este tipo de

¹⁵ Vid. FJ de derecho 3º de STS de 20 de enero de 2014, nº de rec. 375/2013. El convenio colectivo establecía un período de prueba de dos meses, mientras que el tiempo acumulado en ambos contratos no excedía ese límite temporal.

¹⁶ La Sentencia de contraste invocada es la dictada por el TSJ de Canarias de 23 de diciembre de 2005, nº recurso 1039/05.

¹⁷ Vid. TJUE de 5 de febrero de 2015, Asunto C-117/14.

contratos de trabajo¹⁸.

A modo de conclusión, conviene reflexionar sobre la importancia del uso correcto de la inclusión de esta cláusula en el contrato de trabajo que da comienzo a la relación laboral y que une a empresario y trabajador mediante un débil vínculo, con derecho al desistimiento por ambas partes y con posibilidad de fortalecerse una vez superado éste. Sobre todo, la negociación colectiva tiene un papel fundamental a la hora de acordar los límites para su aplicación.

2.3. El respaldo al contrato de apoyo a emprendedores: las SSTC8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio

2.3.1. Introducción

El contrato indefinido de apoyo a emprendedores fue catalogado como el instrumento “estrella” de la reforma laboral articulada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, un contrato llamado a potenciar la contratación indefinida en las pequeñas y medianas empresas (de menos de 50 trabajadores) de ciertos colectivos especialmente vulnerables en el mercado de trabajo, los jóvenes, las mujeres y los mayores de 45 años. Sus principales bazas, la articulación de toda una batería de bonificaciones a la contratación y su extenso período de prueba de un año de duración. Ahora bien, si nos fijamos meramente en los datos estadísticos¹⁹, no puede decirse que este contrato haya tenido la repercusión que el legislador buscaba, pues al menos en este período de tiempo no se ha conseguido variar, ni tan siquiera muy mínimamente, los perjuicios que el empresariado español posee hacia la contratación indefinida y el consecuente favor por la contratación temporal. Siendo ello así, se torna en extremadamente dificultoso justificar el diseño de este contrato por lo que se refiere, no ya tanto a las bonificaciones a él anudadas, sino a la prolongada duración de su período probatorio, cuestión ésta que, desde su creación, se ha tornado en el punto más controvertido de esta nueva modalidad contractual y sobre el que tanto la doctrina como los tribunales pronto enfocaron su atención. Pues bien, ha sido el Tribunal Constitucional, en sentencia 119/2014, de 16 de julio, el que dio respuesta a las dudas planteadas sobre la constitucionalidad del mismo y el que le ha dado el espaldarazo definitivo a este contrato

¹⁸ Relacionado con este tema, Vid. STS de 4 de noviembre de 2015, nº de rec. 926/2015.

¹⁹ Analizados en BLASCO JOVER, C.: “El contrato indefinido de apoyo a emprendedores: balance de situación”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 176, 2015, pp. 81-102.

con las sentencias que aquí se comentan, la STC 8/2015, de 22 de enero y la STC 140/2015, de 22 de junio

2.3.2. Los argumentos de las SSTC 8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio

El Tribunal considera en estas sentencias y en la línea ya marcada por la STC 119/2014 que el contrato de apoyo a emprendedores -obsérvese la confusión que se plantea entre la figura contractual y una parte del mismo, su período de prueba, que es el elemento controvertido- es legítimo, razonable y proporcionado en atención al “escenario de grave crisis económica” que padece el país y que este contrato, de suyo, está llamado a paliar, eso sí, en la medida de sus posibilidades.

De este modo, se afirma que el contrato persigue una finalidad legítima, como es la de incentivar en las pequeñas y medianas empresas, con mayores reticencias a la hora de incorporar trabajadores a sus plantillas, la contratación estable de los colectivos especialmente vulnerables en el mercado de trabajo, jóvenes, mujeres y mayores de cierta edad. Partiendo de esta premisa es cómo el Tribunal salva el escollo que supone lidiar con las exigencias que derivan de ciertos preceptos constitucionales, destacadamente, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Porque para los magistrados existen poderosas razones, económicas que no jurídicas, para elevar la coyuntura financiera española a parámetro de constitucionalidad con el que limitar los contornos de otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos.

Es, pues, este valor y no otro el que justifica para el Tribunal -cometiéndose aquí el mismo error que ya se apreció en sentencia del año 2014- la aparición de este contrato en el panorama legislativo español. Si lo que se desea es potenciar que las PYMES contraten a trabajadores estables, nada mejor -valga la expresión- que crear un contrato con un período de prueba dilatado que facilite a los empresarios desistir del contrato durante todo un año y ayudarles a superar las reticencias que supone el hacer uso de la contratación indefinida. Un año, además, que no resulta ser modulable por la negociación colectiva, porque, de nuevo se insiste en que, si lo que se pretende es potenciar la creación de empleo estable, mal encajaría ello con el hecho de los que los interlocutores sociales pudieran acortar la duración del período probatorio y frustrar con ello la finalidad pretendida por el legislador.

Es más, dada la conexión que se plantea entre el contrato de emprendedores, la coyuntura económica y el fomento del empleo estable, no se tiene reparo alguno en

acometer una revisión profunda y a todas luces desproporcionada de aquello que debe ser el período de prueba. Si esta institución fue creada para permitir al trabajador y al empresario la experimentación mutua de las tareas objeto de prueba, ahora resulta que, en el supuesto del contrato de apoyo a emprendedores (¿se extenderá a más contratos?) el período de prueba sirve, además, para valorar si el puesto de trabajo es viable económicamente y ponderar, por ende, los riesgos que supone la contratación indefinida. Desde luego, no hace falta agotar argumentos para sostener lo polémico e inadecuado, desde el punto de vista jurídico, de la redefinición de una institución de tan clara finalidad como la del período de prueba. Tal vez desde una perspectiva económica podría estarse de acuerdo con este planteamiento. Ciertamente, una pequeña o mediana empresa sí que puede encontrarse en la difícil tesitura de tomar la decisión de contratar o no a un trabajador al no tener la seguridad de que el puesto de trabajo ofrecido pueda mantenerlo económicamente. Pero, si nos ajustamos a la estricta perspectiva jurídica, no se entiende el modo de razonar de los magistrados... a no ser que su objetivo haya sido forzar, a cualquier precio, el encaje constitucional del período de prueba en el contrato de emprendedores, llegando, para ello, hasta el extremo de plegar el instituto probatorio a elementos puramente economicistas y desvirtuando con ello la que debe ser su verdadera finalidad. No obstante y sea como fuere, lo cierto es que este modo de retorcer el instituto probatorio le da pie al Tribunal para negar que el contrato de apoyo a emprendedores contradiga las exigencias derivadas del principio de igualdad, en tanto que, aunque ciertamente el legislador habría fijado un período de duración de un año para todos los trabajadores sin distinguir por su categoría o circunstancias, ello se encontraría más que justificado por el hecho de que el alargamiento del período de prueba en este contexto serviría, como se ha dicho, no sólo para permitir el mutuo conocimiento entre las partes, sino que, además, contribuiría a medir la sostenibilidad económica del puesto de trabajo ofertado y su mantenimiento en el tiempo.

Y, de nuevo, en fin, es el argumento de la crisis económica y de la dificultad de crear empleo en estas condiciones el que hacen sostener a los magistrados que el contrato en sí es razonable y proporcionado. Así, se defiende, en primer lugar, que hay que ponderar la contribución de este contrato al bienestar general si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas a la situación de desempleo. Lo que implica, básicamente, reconocer que existe un adecuado sacrificio entre la estabilidad en el trabajo del trabajador contratado y los beneficios que puede representar el alargamiento del período de prueba para el interés colectivo del fomento y creación de empleo estable. En segundo lugar, se alega la naturaleza perentoria del contrato de apoyo a emprendedores (a concertar hasta que la tasa de desempleo en España baje del 15%), lo que de por sí implica que no se va a prolongar indefinidamente

en el tiempo la posibilidad de someter al trabajador a un año de prueba. Y, en tercer lugar, se entiende que este contrato es una modalidad contractual compensada, pues al tiempo que se instaura un período de prueba tan dilatado, se prevén importantes cautelas para obtener los beneficios económicos que se derivan del mismo (las obligaciones de mantenimiento del empleo) y se le otorga al trabajador la posibilidad de compatibilizar el salario recibido con la prestación contributiva por desempleo o, en caso contrario, de mantener el derecho a su percepción una vez finalizado el contrato.

Por lo demás y en cuanto a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, señala el Tribunal, en consonancia con el planteamiento que hasta el momento había seguido de facilitar (o forzar) el encaje constitucional del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores, que ninguna quiebra con el derecho al acceso a la justicia se aprecia puesto que el trabajador siempre podría acudir a los Tribunales para impugnar decisiones empresariales de desistimiento del contrato durante el período de prueba, eso sí, que resultasen vulneratorias de derechos fundamentales.

Es, pues, con estos argumentos con los que el Tribunal Constitucional avala de nuevo la inclusión en el panorama legislativo laboral del contrato de apoyo a emprendedores y de su período de prueba de un año de duración. Argumentos que resultan, no obstante, más bien endeble y de muy relativo valor jurídico, ya que se sustentan en un escenario económico adverso que muy dudosamente es elevado a parámetro de constitucionalidad sobre el que construir la limitación a derechos constitucionales que poseen un contenido esencial que debe respetarse y no desvirtuarse cuando resulte conveniente, como bien y muy razonadamente se señala en el voto particular que contiene la STC 8/2015. Y argumentos, en fin, que tampoco se sostienen de realizarse una lectura cabal de las principales normas internacionales que resultan afectadas (señaladamente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada, el Convenio nº 158 OIT y la Carta Social Europea.). Por todo ello, no puede más que concluirse que lo que procede, antes que otra cosa, es una declaración de inconstitucionalidad del apartado tercero del art. 4 Ley 3/2012 y la consiguiente reforma del precepto en un sentido tal que se logre el adecuado equilibrio entre los intereses del empresario y los derechos del trabajador, que, ciertamente, no pueden quedar menguados bajo el pretexto de una situación de crisis económica.

2.4. Los contratos temporales estructurales, y el contrato indefinido fijo no de plantilla como solución judicial a las irregularidades del sector público

2.4.1. Planteamiento general

Con una tasa de temporalidad muy superior a la media europea, las modificaciones legislativas y los pronunciamientos judiciales de este año han incidido, como en otras ocasiones, en los denominados contratos temporales estructurales (obra o servicio determinado, interinidad y eventual), con el fin de reforzar el principio de estabilidad en el empleo (Directiva 70/1999/UE y el art. 15 TRET), controlando el uso abusivo y fraudulento de los contratos temporales, especialmente en el conocido como sector público, pudiendo destacarse las siguientes normas.

Por un lado, el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24-10-2015), en adelante TRET, que entró en vigor el 13 de noviembre, ha establecido una previsión con carácter general para todos los contratos de trabajo en el art. 8.3, por la que el empresario estará obligado a comunicar en el plazo de 10 días a la Oficina de Empleo el contenido de los contratos de trabajo y las prórrogas, dado que el art. 8.3 del ET disponía: “posteriormente, dicha copia básica” (y no contenido del contrato) “se enviará a la oficina de empleo” (sin plazo), y tampoco se hacía referencias a las prórrogas, lo que facilita el control de los contratos temporales estructurales. En segundo lugar, el TRET ha modificado el régimen de derecho transitorio contenido en el antiguo ET, con el objetivo de asegurar los derechos y las situaciones consolidadas, introduciendo una nueva disposición primera, lo que tiene su trascendencia a los efectos de los contratos temporales estructurales, en lo que aquí interesa, dada la corta duración de las relaciones establecidas en virtud de estas modalidades contractuales. Además, las modificaciones más relevantes del TRET se concentran en la alteración de las disposiciones adicionales y transitorias, concretamente las 13 disposiciones transitorias del ET pasan a ser 12 disposiciones en el TRET, y en su conjunto, 10 de las 12 nuevas disposiciones transitorias se dedican a contratos temporales y extinciones de contratos, refiriéndose concretamente 4 disposiciones a los contratos temporales estructurales²⁰.

²⁰ Primero, la DA 3ª tiene un nuevo contenido: “lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”. Segundo, la DA 4ª (modalidades contractuales y negociación colectiva) precisa que la duración máxima de los contratos para obra o servicio determinado se realizará teniendo en cuenta lo dispuesto en los convenios colectivos antes del 19 de septiembre de 2010). Tercero, la transitoria quinta (referida al encadenamiento de contratos) dispone que “1. lo previsto en el artículo 15.5 será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir del 18 de junio de 2010. 2. Respecto a los contratos suscritos por el trabajador antes del 18 de junio de 2010, seguirá siendo de aplicación, a los efectos del cómputo del número de contratos, lo establecido en el artículo 15.5 según la redacción dada al mismo por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, siempre que los contratos se hubieran celebrado a partir del 15 de junio de 2006. Respecto a los contratos suscritos por el trabajador antes de 15 de junio de 2006, a los efectos del cómputo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomará en consideración el

Por otro lado, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE 30-10-2015) establece, en el marco de un contexto de contención presupuestaria y mantenimiento de una rígida tasa de reposición que únicamente ha experimentado un ligero crecimiento, que la contratación será siempre excepcional en las empresas públicas, lo que incide en la conversión de los contratos temporales en los contratos indefinidos en este ámbito, así como en la concertación de nuevas relaciones laborales.

Junto a estas modificaciones normativas, los pronunciamientos judiciales recaídos en 2015 han incidido, como antes de indicó, igualmente en los contratos temporales estructurales, con el alcance que se analiza en los siguientes apartados por modalidades contractuales, debiendo destacarse algunos pronunciamientos relevantes de carácter general, que han afectado a los contratos temporales estructurales. Por un lado, algunos pronunciamientos han recordado la doctrina sobre la “unidad esencial del vínculo laboral”, con el fin de extender la antigüedad del contrato a todo el período trabajado cuando existe sucesivas contrataciones temporales de corta duración, sin tener en cuenta pequeñas interrupciones (en concreto uno de los casos hacía referencia a 45 días) a los efectos del cómputo, STS, Sala de lo Social, de 15 de mayo de 2015 (rcud. nº 878/2014), añadiéndose la antigüedad causada mediante el contrato temporal al tiempo que prestó servicios con el contrato indefinido, STS, Sala de lo Social, de 29 de junio de 2015 (rcud. 2400/2015). Por otro lado, se ha entrado también a conocer sobre la suspensión de la disposición 15.5 ET, para denegar la aplicación de la regla de transformación de los contratos temporales de larga duración y/o sucesivos, dada la suspensión del art. 15.5 ET realizada por el art. 5 del RDL 10/11 de 26 agosto, y el art. 17 de la Ley 3/12, destacando como exponente de esta posición la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 12 de enero de 2015 (rec.sup. 795/2014).

2.4.2. Contrato para obra o servicio determinado

Pensado para acordar “la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa”, de duración limitada en el tiempo y generalmente incierta [art. 15.1.a) TRET], los pronunciamientos judiciales del año 2015 han conocido nuevamente sobre contratos para obra o servicio

vigente a 15 de junio de 2006. 3. A los efectos de lo establecido en el artículo 15.5, quedará excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta meses a que se refiere el citado artículo el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas”. Y cuarto, la disposición transitoria decimotercera (sobre indemnización por finalización de contratos temporales) incluye la previsión de que las indemnizaciones recogidas en este precepto no se aplicarán en el caso de extinciones producidas antes del 4 de marzo de 2001.

determinado en los que no queda suficientemente delimitado el objeto del contrato, bien porque quedaban condicionada su duración al percibo de subvenciones, STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 25 mayo de 2015 (rec.supl. 1712/ 2015), o bien en los que se identificaba de manera genérica sucesivos contratos de obra o servicios vinculados a diversos proyectos no individualizables, STSJ Madrid, Sala de lo Social, 3 julio de 2015 (rec.sup. nº 382/2015), o bien cuando se produce una concatenación de contratos para obra o servicios determinados que superan lo dispuesto en el art. 15 TRET, STS, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 2015 (rec. 468/2014), para calificarlos como no conformes a derecho. Por otro lado, los pronunciamientos judiciales también han vuelto a incidir en la descentralización productiva (Contratas y Empresas de Trabajo Temporal) cuando utilizan el contrato para obra o servicios determinados para soportar estas formas de organización empresarial, considerando que existe cesión ilegal de trabajadores si emplean esta modalidad contractual cuando la prestación de servicios debía organizarse de manera distinta por tratarse de actividades permanentes, STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 3 julio de 2015 (rec.sup. 382/2015), cuando la empresa contrata no tiene sustantividad propia, y los trabajadores realizan mediante el contrato para obra o servicio la misma actividad que los trabajadores de la empresa principal, STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2015 (rec.sup. 2424/2014), o cuando se produce el cese de un trabajador con contrato para obra o servicios determinado, calificando la extinción contractual como despido improcedente, si se continua la actividad de la contrata, STS, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2015 (rcud. 1016/2014) y STS, Sala de lo Social, de 20 de mayo de 2015 (rcud. 699/2014).

2.4.3. *Contrato eventual*

Igualmente, la falta de delimitación del objeto del contrato de trabajo ha suscitado pronunciamientos judiciales en relación con el contrato eventual, que se utiliza, como es conocido, para atender la acumulación de tareas o el exceso de pedidos [art. 15.1.b) TRET], cuando la actividad no estaba basada en la concurrencia de circunstancias excepcionales u ocasionales, sino que se utilizaba este contrato para cubrir trabajos de carácter intermitente o cíclico, con intervalos temporales de cierta homogeneidad, STS, Sala de lo Social, de 7 de mayo de 2015 (rcud. nº 343/2014). También se ha vuelto a suscitar el deslinde entre el contrato eventual y el contrato de interinidad, en lo que hace a la modalidad contractual que debe emplearse para la cobertura de las vacaciones cuando la misma plaza había sido atendida previamente mediante un contrato de interinidad, pudiendo utilizarse ambas modalidades contractuales, aunque se reitera que el contrato eventual resulta más adecuado para cubrir estas situaciones, STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 12 de enero de 2015 (rec.sup. 795/2014). Pudiendo

destacarse igualmente, por lo que se refiere a los derechos de los trabajadores eventuales, la STJUE de 9 de julio de 2015 (C-177/14) *Regojo Dans*, donde se considera contrario al Derecho de la UE que no perciban los trienios a los que tienen acceso los funcionarios.

2.4.4. Contrato de interinidad

De acuerdo con el art. 15.1.c) ET, el contrato de interinidad se emplea para “sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución” o “cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva”. Sin embargo, debe destacarse, en relación con las novedades judiciales de 2015, la contradicción existente entre varios pronunciamientos judiciales que han conocido acerca de si pueden concertarse sucesivos contratos de interinidad con la misma persona. Por un lado, la STS, Sala de lo Social, de 1 de julio de 2015 (rec. 2349/2014) interpretó que la concatenación de sucesivos contratos de interinidad obstaculiza la independencia de los distintos contratos, aunque existan causas justificativas para celebrarlos, apreciando por este motivo el fraude de ley. No obstante, otros pronunciamientos judiciales, entre los que puede destacarse la STS, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2015 (rec. 394/2013), han considerado, en relación con los Jueces y Magistrados sustitutos, que la renovación temporal sucesiva del sustituto, al existir un proceso de cobertura reglado que no supera el trabajador interino, por lo que es conforme a Derecho.

Junto a los anteriores pronunciamientos, nuevamente se ha conocido sobre la extinción de los contratos de interinidad cuando se produce la amortización de la plaza, reforzando la línea judicial instaurada con la STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), recordando que, de acuerdo con la STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), estas extinciones deben realizarse mediante las reglas del despido, en aplicación de la disposición adicional 20 ET, STS, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2015 (rec. 2186/14), calificando dicha extinción como nula cuando no se respeta los trámites del despido colectivo²¹, o como improcedente cuando se trata de un despido objetivo²². Todo lo que ha venido a reforzar esta interpretación judicial, al rechazar los recursos planteados sobre pronunciamientos anteriores a la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), recordando la necesidad de acudir al despido, sin que pueda

²¹ STS, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2015 (rcud. 2186/14) y STS, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2015 (rcud. 1569/2014).

²² STS, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2015 (rcud. 2244/14).

extinguirse por las causas consignadas en el contrato de trabajo, por tratarse de la anterior doctrina que la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) rectifica²³. También han conocido sobre la extinción del contrato de interinidad en caso de cobertura de la vacante, considerando que el contrato se extingue por condición resolutoria, sin que sea necesario acudir al despido, y sin que se generen derechos indemnizatorios, STS, Sala de lo Social, de 19 de mayo 2015 (rec. 2552/2014).

2.4.5. Contrato indefinido no fijo de plantilla en el empleo público

Creado como forma de solucionar la contratación temporal irregular en la Administración Pública por el TS, y confirmada por el TJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-86/14) la necesidad de adecuarse a la regulación de las Directivas europeas adoptando medidas para que esta solución sea más eficaz, sobre todo en el caso de concatenación de contratos temporales, la interpretación sentada por la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) antes citada también se ha aplicado al contrato indefinido no fijo de plantilla²⁴, entrando igualmente a conocer los pronunciamientos judiciales de 2015 sobre la extinción en la amortización de la plaza y la cobertura de la vacante. Por lo que se refiere a la amortización de plazas, algunos pronunciamientos vuelven a la tesis de la condición resolutoria, por entender que los cambios introducidos en la STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013) y la DA 20ª ET, al tratarse de situaciones anteriores, no resultan aplicables²⁵. Además, las posiciones también han sido divergentes en lo que se refiere a la calificación judicial, apreciando unos la nulidad, por la propia existencia del fraude de ley en relación con el contrato temporal que es calificado como indefinido no fijo, por no haber seguido el procedimiento del despido colectivo²⁶, o por aplicación de la garantía de

²³ STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2015 (rec. 545/2015) y STS, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2015 (rcud. 2812/2014).

²⁴ Este pronunciamiento resuelve las dudas suscitadas en cuanto a su resolución, que parten de la STS, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2002 (rcud. 2591/2001), donde se aplicaba la condición resolutoria, produciéndose en 2013 diversos pronunciamientos judiciales contradictorios, unos que se referían a la condición resolutoria (STS, Sala de lo Social, de 22 de julio de 2013, rec. 1380/2012), otros que entendían que se trataba de un término, por lo que era necesario acudir al despido para extinguir estos contratos.

²⁵ STS, Sala de lo Social, 26 de enero 2015 (rec. 3358/2013), STS 17 de marzo 2015 (rec. 753/2014), STS, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2015 (rcud. 376/2014), entre otras, lo que ha llamado la atención de la doctrina, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: ¿Límites a la aplicación retroactiva del cambio de doctrina de indefinidos no fijos? (STS 17 de marzo 2015, rec. 753/2014), <http://ignasibeltran.com/>.

²⁶ STS, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 2015 (rec. 2186/2014), STS, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2015 (rec. 391/2014), STS, Sala de lo Social, de 7 de julio de 2015 (rcud. 2598/2014) y STS, Sala de lo Social, de 13 de julio de 2015 (rcud. 2405/2014).

indemnidad²⁷; mientras que otros califican la extinción como improcedente con el nacimiento de la indemnización del art. 56 TRET²⁸. En este contexto, los pronunciamientos judiciales de 2015 han creado una nueva solución a la resolución de los contratos indefinidos no fijos de plantilla, aplicando la denominada extinción “por imperativo legal” cuando el cese se funda, como ha sucedido en relación con los promotores de empleo del Servicio Andaluz de Empleo, en una causa legal, evitando con esto que se califique como despido y por tanto sea declare la nulidad por no seguir el procedimiento, y calificando estas extinciones como improcedentes, STS, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2015 (rcud. 1235/2014) y STS, Sala de lo Social, de 22 de octubre de 2015 (rcud. 2859/2014).

Sin embargo, los pronunciamientos judiciales de 2015 no han aplicado esta solución para la extinción de contratos cuando se produce la cobertura de la vacante por el procedimiento regular previsto, aclarando que la extinción de estos contratos sigue rigiéndose por la condición resolutoria, STS, Sala de lo Social, 18 de mayo de 2015 (rcud. 2135/2014)²⁹. Declarándose conforme a Derecho cuando se produce la reincorporación del trabajador sustituido, STS, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 2015 (rcud. 2156/2014), o no se supera el proceso selectivo previsto, STS, Sala de lo Social, de 9 marzo 2015 (rcud. 892/2014)³⁰. Como novedad, el ATS de 14 de mayo de 2015, que aclara la STS de 31 de marzo de 2015 antes citada, determina que le corresponde una indemnización de ocho días por cada año de servicio prevista en el art. 49.1 c) ET, cuando se produce el cese de un trabajador con contrato indefinido no fijo de plantilla mediante la cobertura de la plaza, siendo confirmado este criterio por la STS,

²⁷ STS, Sala de lo Social, de 17 de junio de 2015 (rcud. 2217/2014), STS, Sala de lo Social, de 7 de julio de 2015 (rcud. 2598/2014); STS, Sala de lo Social, de 10 de septiembre de 2015 (rec.3555/2014) y STS, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2015 (rec.3799/2014).

²⁸ STS, Sala de lo Social, de 19 de febrero de 2015 (rcud. 51/2014), STS, Sala de lo Social, de 9 de abril de 2015 (rec. nº 2582/2014), STS, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2015 (rcud. 1080/2014), STS, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2015 (rcud. 1200/2014), STS, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 2015 (rcud. 2003/2014), STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2015 (rec.3648/2014) y STS, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2015 (rec.2824/2014).

²⁹ STS, Sala de lo Social, de 19 de mayo de 2015 (rcud. nº 2154/2014), STS, Sala de lo Social, de 6 octubre de 2015 (rcud. 2592/2014) y STSJ de Madrid y Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2015 (rec.sup. 475/2015).

³⁰ STS, Sala de lo Social, de 10 marzo 2015 (rcud. 1363/2014), STS, Sala de lo Social, de 14 abril 2015 (rcud. 2085/2014), STS, Sala de lo Social, de 16 abril 2015 (rcud. 1100/2014), STS, Sala de lo Social, de 16 abril 2015 (rcud. 1565/2014), STS, Sala de lo Social, de 24 junio 2015 (rcud. 1730/2014), Sala de lo Social, de 1 de julio de 2015 (rcud. 1092/2014), STS, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2015 (rcud. 2595/2014), STS, Sala de lo Social, de 21 julio 2015 (rcud. 2672/2014), STS, Sala de lo Social, de 15 de octubre de 2015 (rcud. 2869/2014) y STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2015 (rec.1702/2014).

Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2015 (rcud.2592/2014), con lo que parece iniciarse una solución a la desprotección del trabajador en estos casos ³¹.

2.5. Avances sobre la in evolución de la reforma del art. 13 ET en la gran transformación del trabajo. Del trabajo a domicilio al trabajo a distancia (2015)

2.5.1. Introducción

De entre las reformas puestas en marcha en el año 2012 mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante Ley 3/2012), la del art. 13 ET es de las que menos atención ha recibido tanto por parte del legislador como por los estudiosos del Derecho del Trabajo. La razón es bien sencilla, dado que la reforma afectó a una modalidad de trabajo, formalizada como contrato de trabajo, cuya realización es difícil de detectar al incluirse entre las prestaciones de servicios ocultas o integrantes de la economía informal y/o trabajo negro: el trabajo a domicilio.

La reforma del art. 13 ET de 2012 fue más programática que real, y se ha quedado en una declaración de intenciones dentro del Preámbulo de una de las leyes quizás más “reformistas” del Derecho del Trabajo español. No obstante, la doctrina judicial y jurisprudencial ha sido la que con sus pronunciamientos ha logrado la aplicación de un “denostado” art. 13 ET cuando los particulares lo han requerido al reclamar la necesaria protección de la relación laboral a distancia. Aún así, no es que nos hallemos ante un “levantamiento del velo del trabajo a domicilio o trabajo a distancia” por parte de esta instancia, algo que sería deseable y posible si el legislador hubiera hecho realidad las pretensiones y buenas intenciones reflejadas en el preámbulo de la citada Ley 3/2012, de cara a lograr la ansiada modernidad de las normas acorde con los nuevos tiempos tecnológicos. En esta materia las sentencias del año 2015 no son un dato significativo para realizar este apartado del informe, dado que el estudio del art. 13 ET supone atender a un tipo de trabajo que, si bien hoy no es el más común, será el más generalizado en un futuro próximo si tenemos en cuenta los avances de las nuevas tecnologías digitales que están creando nuevas formas de trabajo digitalizado.

En el informe de Eurofound 2015 se identifican “formas de empleo que son nuevas o que han adquirido una importancia creciente desde el año 2000. Aunque son distintas

³¹ ARENAS VIRUEZ, M. “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”, *Temas Laborales*, nº 120, 2015, pp. 167-168; PÉREZ DEL PRADO, D.: “El indefinido no fijo”, en VVAA: *Hitos jurisprudenciales de 2014 en materia social*, pp. 190. A favor del nacimiento de derechos indemnizatorios, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: “Extinción de indefinidos no fijos por cobertura de plaza: ¿indemnización por extinción si o no?”, <http://ignasibeltran.com/>.

entre sí, en todas aumenta la flexibilidad para las empresas, para los empleados, o para ambas partes". Como es obvio, estas nuevas formas de empleo necesitan mecanismos legales de seguridad para los trabajadores desde el ámbito jurídico laboral³². El título de esta parte del informe incluye una denominación que no se encuentra definida por la Real Academia Española (RAE), pero proviene de la combinación de la palabra evolución (los cambios) e involución (detención y retroceso de una evolución social del trabajo). La denominación del trabajo a domicilio ha desaparecido para incluirse en el denominado trabajo a distancia, concepto que actúa como "cajón de sastre" (¿o deberíamos decir "cajón *desastre*"?) mediante una inadecuada interpretación del Convenio 177 OIT sobre el trabajo a domicilio³³, que ha abogado por la desaparición, en vez de por la adaptación, del conocido contrato de trabajo a domicilio. Puede que *in evolución* sea una palabra inexistente, pero está dentro de la realidad del trabajo a distancia realizado manualmente o artesanalmente en el domicilio o en otro lugar o a distancia mediante las nuevas tecnologías digitales o mediante el trabajo robotizado. Los nuevos trabajos existen en la realidad, pero son inexistentes o permanecen ocultos para el legislador o regulador de las prestaciones dependientes y por cuenta ajena³⁴. Y mientras esta realidad no sea tenida en cuenta por la disciplina laboral atendiendo a la gran transformación del trabajo, hablaremos de crisis o desaparición del Derecho del Trabajo. No nos cabe la menor duda de que el Derecho del Trabajo no va a desaparecer sino que, más bien al contrario y como de costumbre evolucionará aunque desaparezcan viejos postulados, siempre que se respeten las "líneas rojas" del Derecho del Trabajo como, por ejemplo, los principios informadores del Derecho del Trabajo así como el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Estas reflexiones nos conducen a tratar el papel que en el año 2015 han tenido los tribunales en relación con el reformado art. 13 ET, contrato de trabajo a distancia, para lo que vamos a examinar a continuación varias sentencias al respecto.

³² Véase el estudio de Eurofound, *Nuevas formas de empleo*, 2015, EMCC, 2015 en <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/executive-summary/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment-executive-summary> (última visita 19-12-2015).

³³ La expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; a cambio d una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales y otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales (art. 1, C. OIT 177).

³⁴ Según la UE si Europa no actúa a nivel europeo y nacional, de aquí a 2020 faltarán 900.000 profesionales informáticos, en Comisión Europea, Agenda Digital para Europa. Relanzar la economía europea, Bruselas, 2014, p. 5 en http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/digital_agenda_es.pdf (última visita 19-12-2015).

2.5.2. La existencia de relación laboral y la relevancia de la nota de la subordinación

En relación con la existencia de relación laboral, nos encontramos con dos sentencias de cierta relevancia: una del TSJ de Cataluña, de 12 de enero 2015 (Rec. 4797/2014), y otra de Navarra, de 15 de diciembre 2014 (Rec. 520/2014). En el primer caso se trata del reconocimiento de la existencia de relación laboral entre una empresa televisiva catalana y un traductor que desde el año 1995 realizaba encargos mediante un contrato de servicios, por períodos cuya duración podía ser de meses o días, siendo su objeto siempre el mismo, es decir, realizar traducciones y transcripciones. Mediante este contrato el trabajador se comprometía a prestar el servicio personalmente sin poder ser sustituido por otra persona, quedando los trabajos realizados en propiedad de la empresa televisiva y estableciéndose que la empresa no quedaba obligada a grabar ni a emitir el producto que se derivaba de la prestación contratada. Estamos ante un supuesto tradicional de prestaciones a domicilio que requieren cierta presencia en los locales de la empresa (en este caso, por ejemplo, una vez a la semana en horario fijo), puesto que el resto de los encargos los realiza el trabajador desde su propio domicilio y utilizando su propio ordenador. Sin duda alguna estamos ante un supuesto de hecho tradicional en trabajos a domicilio realizado mediante las nuevas tecnologías que no es novedoso en la jurisprudencia social. No obstante, resaltamos la relevancia de la nota de la subordinación laboral como característica esencial del contrato de trabajo, porque es necesario “que el trabajador se halle comprendido en el círculo organizativo y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (SSTS 7 de noviembre 1985 y 9 de febrero 1990)”³⁵. Es obvio que para que exista relación laboral es necesario que concurren las notas caracterizadoras de la misma (art 1 ET), sin que sea suficiente la mera realización de una determinada prestación por cuenta ajena, teniendo en cuenta que la dependencia no se configura en la actualidad como una subordinación rigurosa e intensa, sino por el contrario flexible, bastando para ello con que el trabajador esté dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona denominada empleador. Como se ha dicho más arriba, ésta no es en sí misma una sentencia novedosa. No obstante, en la era de la digitalización recobra cierta importancia desde el momento en que es la nota de la subordinación laboral la que justifica la existencia de relación laboral que, junto a la técnica jurisprudencial de los indicios de la laboralidad de una prestación de servicios, permite que los jueces puedan modular la subordinación de acuerdo con la realidad social, en este caso, tecnológica y digital del trabajo.

³⁵ FJ nº 3, STSJ 12 de enero 2015 (Rec. 4797/2014).

Por ejemplo, en el año 2015 un Tribunal de lo Mercantil de Madrid suspendió la actividad de UberPop ante una reclamación de la patronal del taxi por competencia desleal, entre otros motivos. Uber es una empresa de Google con presencia en todo el mundo que se dedica a ofrecer servicios de transporte de pasajeros por conductores de vehículos particulares mediante una aplicación o *app* instalada en los móviles inteligentes. Esta actividad ha provocado protestas de la industria del taxi en todo el mundo, y aunque hay países como España que han suspendido su actividad (al igual que en Francia, Bélgica o algunos estados de EEUU), en otros como el Reino Unido, México y la India están actuando legalmente. A efectos laborales el problema que se plantea es si cabe apreciar que constituye una relación laboral el vínculo de los conductores privados que ofrecen sus automóviles para realizar esta actividad mediante la *app*, que es la que establece las condiciones del servicio, cobrando un tanto por ciento por la “mediación” y el coste del trayecto en su totalidad. Recientemente el BOE ha publicado una serie de modificaciones a la normativa de transporte que abre la posibilidad de que esta empresa pueda actuar mediante conductores privados, como autónomos que hayan obtenido la licencia de VTC, personas o empresas que dispongan de licencias de vehículos con conductor³⁶. El problema se ha resuelto exigiendo a los conductores que sean profesionales, es decir, autónomos o empresas que tengan la correspondiente autorización administrativa de transporte, por lo que la empresa Uber ha optado por el agrupamiento de trabajadores aparentemente profesionalizados (autónomos) que, con el paso del tiempo pueden convertirse en trabajadores autónomos económicamente dependientes o, aunque es difícil, en trabajadores asalariados. No nos cabe la menor duda de que los casos dudosos se encuadran dentro del problema de las fronteras del Derecho del Trabajo (trabajo asalariado y trabajo autónomo económicamente dependiente) donde habrá que ver la tendencia de flexibilidad a la que ha llegado hasta ahora la nota de la subordinación laboral. Si, en su caso, habrá un acercamiento hacia la nota de la dependencia económica (trabajo autónomo) o a la jurídica (trabajo asalariado). Entiendo que en caso de conflictividad serán, de nuevo, los tribunales los que tendrán el papel protagonista en torno a la nota de la subordinación.

En relación con esto mismo, traemos a colación la segunda sentencia que hemos mencionado más arriba, la STSJ Navarra 15 de diciembre de 2014 (Rec. 520/2014) que reconoce la existencia también del carácter laboral de una trabajadora autónoma que

³⁶ RD 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (BOE de 21 de noviembre de 2015), RD1055/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por RD 818/2009, de 8 de mayo (BOE de 21 de noviembre de 2015).

prestaba trabajos de contenido similar a los realizados con anterioridad cuando estaba empleada en la misma empresa pero como trabajadora asalariada y posteriormente contratada como trabajadora autónoma (análisis de sentencias, revisión de monografías y análogos desde su propio domicilio). En este caso el tribunal declara la existencia de concurrencia de los requisitos esenciales del contrato llevando a cabo una interpretación flexible de la nota de la dependencia en los términos que hemos visto en la anterior sentencia.

2.5.3. La reducción de jornada por guarda legal de un menor y la extinción del contrato de trabajo en el teletrabajo

Con respecto al tiempo de trabajo, en el año 2015 destaca el pronunciamiento de un Tribunal de Cantabria respecto a la reducción de jornada por guarda legal de un menor, dado que es posible acordar que la jornada laboral se complementará mediante el teletrabajo que realice el trabajador diariamente, “sin perjuicio de que la jornada laboral pueda ser, previo mutuo acuerdo, complementada con otras gestiones que tenga que realizar la trabajadora fuera del horario preestablecido (viajes, ampliaciones puntuales del horario, visitas...) y, por supuesto, no conlleve la realización de horas extraordinarias (STSJ Cantabria 28 de abril 2015, Rec. 152/2015).

En relación con la extinción del contrato de trabajo, cabe mencionar las sentencias que nos remiten indirectamente al trabajo a distancia, realizando alguna mención al teletrabajo, tanto en los procesos de despidos por causas objetivas (art. 52 ET) como en los despidos colectivos en empresas con dificultades (art. 51 ET). Así, por ejemplo, cuando existe “una clara causa objetiva, que justifica la medida extintiva al precisarse menos empleados para desempeñar la actividad (...)” se ha por acreditado que las funciones de la recurrente se han distribuido entre los 5 coordinadores a los que daba soporte (aunque en la práctica la redistribución se realizase solo con dos coordinadores, porque los otros se encuentran en situación de baja en IT de larga duración, y otra trabajadora presta servicios en régimen de teletrabajo), el tribunal ha declarado que con ellos ha sido suficiente para realizar el trabajo de la recurrente (STSJ Madrid 28 de octubre 2015, Rec. 592/2015). E igualmente en aquellos casos que se alega la causa técnica que justifica la medida extintiva del art. 51 ET, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción y se haya adoptado previamente al teletrabajo para disminuir la carga y el tiempo de trabajo en la empresa (SSTSJ Cantabria 2 de octubre 2015, Rec. 575/2015; 28 de septiembre 2015, REC. 603/2015). No obstante en muchas ocasiones, no son suficientes las medidas de política

de reducción generalizada de gastos que acometen las empresas como, por ejemplo, mediante un cierre de un centro de trabajo convirtiendo el contrato de trabajo en prestación de servicios en régimen de teletrabajo. Dado que si persiste la crisis de empresa cabrá realizar la extinción del contrato de trabajo por la vía del art. 51 ET. En estos casos la empresa puede alegar, por ejemplo, causa económica siempre que amortice el puesto de trabajo del trabajador despedido realmente y no sea ocupado por otro trabajador, pues en ese caso cabría calificar la improcedencia del despido (STSJ Madrid 25 de mayo 2015, Rec. 171/2015). En lo que respecta a la representación de los trabajadores es importante resaltar que cuando una Sección Sindical decide no renovar un acuerdo de teletrabajo suscrito entre la empresa en contra de la voluntad de los teletrabajadores, los representantes de los trabajadores pueden ser revocados del mandato conforme el procedimiento previsto en el art. 77 ET (STSJ Andalucía 6 de mayo 2015, Rec. 421/2015).

2.5.4. La compatibilidad del teletrabajo con la prestación económica por IPA/GI

Por último, en materia de Seguridad Social es digno de destacar que los tribunales vienen confirmando la compatibilidad de actividad laboral con la prestación económica por incapacidad permanente absoluta, dado que la jurisprudencia más reciente del TS ha declarado “la plena compatibilidad de la pensión por IPA/GI con el trabajo remunerado en jornada ordinaria” y que atiende a la actual realidad social desatada por las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo que consienten pluralidad de actividades laborales a jornada completa a quienes se encuentran en situación de IPA (STSJ Madrid 23 de septiembre 2015, Rec. 202/2015 en los mismos términos que las SSTs 23 abril de 2009, Rec. 2512/2008; 30 de enero 2008, Rec. 480/2007; 10 de noviembre 2008, Rec. 58/2008. En otros casos se ha denegado la revisión del grado de IPA cuando el trabajador no carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral (...) STSJ Santa Cruz de Tenerife 18 de junio 2015, Rec. 969/2014.

2.5.5. Conclusión

En conclusión, aunque los tribunales no han realizado grandes pronunciamientos que vengán a cubrir la insuficiente regulación del art. 13 ET, el papel de los jueces sigue siendo determinante cuando se trata de reconocer la existencia o no de relación laboral en la prestación de servicios realizada a distancia por un trabajador de acuerdo con los indicios de laboralidad y la interpretación flexible de la nota esencial que caracteriza la existencia de contrato de trabajo: la subordinación.

2.6. Novedades en materia de competencia judicial internacional y contrato de trabajo durante el año 2015

2.6.1. Introducción

El año 2015 ha arrojado un buen número de novedades legislativas y pronunciamientos jurisprudenciales que afectan de manera directa o indirecta a distintas parcelas en las que se divide nuestra disciplina. De entre ellas, es probable que hayan pasado más o menos desapercibidas algunas normas que, por su denominación o por el tradicional reparto de materias entre las distintas ramas del conocimiento jurídicas, no parecen tener *a priori* incidencia sobre la misma. Pero nada más lejos de la realidad, ya que el pasado año se adoptaron varias leyes que regulan la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contratos de trabajo plurilocalizados. Entre las nuevas leyes adoptadas debemos mencionar -en primer lugar la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 174, de 22 de julio). Asimismo, podemos encontrar otras leyes de nueva cuña (si se me permite la expresión) como es el caso de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE nº 182, de 31 de julio) o también, la más reciente de todas ellas, la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE nº 258, de 28 de octubre), cuyo art. 10 hace referencia expresa a los procesos relativos a los contratos de trabajo. Sea como fuere, lo cierto es que la adopción de este conjunto normativo incide sobre el Derecho procesal internacional en nuestro país y, por ende, también sobre las reglas de competencia judicial internacional de los tribunales españoles cuando se enfrentan al conocimiento de un litigio laboral transfronterizo. Por esta razón, consideramos que es necesario dar cuenta de las principales novedades operadas sobre el particular, siquiera con carácter general, a sabiendas de que un análisis pormenorizado de todas ellas debería ser objeto de un trabajo específico en otro lugar y de una mayor extensión.

2.6.2. La reforma de la LOPJ en relación con la competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo

Comenzando por un breve comentario, en el mismo orden señalado, de las normas citadas, lo cierto es que la LO 7/2015, que reforma la LOPJ de 1985 ha dejado incólume lo dispuesto en el art. 25 LOPJ. No obstante, y a pesar de lo anterior, la LOPJ se ha visto “sensiblemente” alterada, dado que ha introducido novedades significativas en los arts.

21 y 22, incorporando -de manera asistemática y con cierta incoherencia- numerosos apartados en el art. 22. Con carácter general, podemos decir que la inclusión de una serie de apartados en esta disposición obedece, de acuerdo con la exposición de motivos, a la necesidad de hacer coincidir nuestra regulación interna con el instrumento de la UE en materia de competencia judicial internacional, sin perjuicio de que -obviamente- la operatividad de la reforma realizada por el legislador español vaya a ser residual o muy limitada, dado el alcance del Reglamento Bruselas I bis que regula esta materia en relación con el contrato individual de trabajo. A pesar de lo apenas señalado, conviene subrayar que, si bien la intención del legislador es bienintencionada, no se comprenden los motivos por los cuales no se ha modificado el art. 25.1 LOPJ para "ajustarlo" a lo dispuesto en la sección 5ª del Reglamento Bruselas I, si ésta era su pretensión. Y ello así, porque el actual art. 22 LOPJ se encuentra dividido en nueve sub artículos donde, entre otras materias, se regulan determinados foros que también son de aplicación al contrato de trabajo, como es el caso de la regulación de la sumisión expresa o tácita (art. 22 bis) o la que se refiere al foro general del domicilio del demandado (art. 22 ter), así como la remisión que se realiza a la ley concursal (art. 22 septies) o finalmente las reglas de litispendencia y conexidad (art. 22 nonies). Así, y por lo que se refiere a los foros de sumisión expresa o tácita, el art. 22 bis LOPJ regula la cuestión con carácter general, introduciendo también las reglas específicas relativas a la forma del acuerdo de sumisión, así como una referencia a los límites al juego de la autonomía de la voluntad. Con posterioridad, es el art. 22 ter LOPJ donde se reconoce el efecto derogatorio de las cláusulas de elección del foro, esto es, la posibilidad de atribuir la competencia a tribunales de terceros Estados. Sin perjuicio de ser conocedores de que las reglas de sumisión contenidas en este instrumento jurídico vayan a ser poco operativas en la práctica, puesto que en la mayor parte de los casos se aplicará el Reglamento Bruselas I bis por parte de nuestros tribunales, lo cierto es que no se entiende porqué esta disposición no contempla los límites a los que sí se ve sometido un acuerdo de sumisión expresa cuando éste se realiza en el marco de los contratos de trabajo de acuerdo al instrumento de la UE. En efecto, de acuerdo al art. 23 del RBI bis, para que la sumisión expresa pueda jugar en el ámbito de los contratos de trabajo es necesario que el acuerdo se produzca con posterioridad al surgimiento del litigio, así como que dicha opción permita someter el conflicto a foros distintos a los determinados por el resto de foros de aplicación en función de lo dispuesto en la sección 5ª del Reglamento. En este sentido, no se comprende bien este "olvido", por cuanto que el art. 22 bis, segundo párrafo sí recoge parcialmente esta limitación pero sólo para los supuestos de sumisión expresa en relación con los consumidores o seguros (en remisión al art. 22 quinquies, letras d) y e) respectivamente). Asimismo, tampoco se señala nada

en relación con la sumisión tácita y los contratos de trabajo, donde el actual art. 26.2 RBI bis establece la obligación del órgano jurisdiccional que conociere del asunto y con anterioridad a asumir su competencia de informar al contratante débil en relación con su derecho a impugnar la competencia tácita y las consecuencias que conlleva el que éste comparezca o no ante el tribunal en cuestión.

Por su parte, el art. 22 ter regula el foro general del domicilio del demandado, incluyendo una nueva disposición que incorpora una definición del domicilio de las personas físicas y también de las personas jurídicas y que, obviamente son las nociones a tener en cuenta para demandar al trabajador o al empresario en nuestro país. En este sentido, para los primeros se considera que cuentan con domicilio en España cuando tengan su residencia habitual en nuestro país, mientras que para los segundos y, de manera incomprensible, no se acoge el mismo concepto que el empleado por el instrumento comunitario al entender que las personas jurídicas tienen su domicilio en España cuando radique aquí su sede central. Pero es que además de lo anterior, nada se dice sobre el supuesto de demanda al empleador cuando en España radique un establecimiento secundario, esto es, sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, lo cual supone otro "olvido" inadmisibles si la intención -se insiste- era adecuarse a la normativa europea. Sí que es cierto que, como novedad reseñable, se encuentra la introducción de un foro especial para los supuestos de pluralidad de demandados, esto es, el foro por conexidad, de tal manera que será posible demandar a dos empresarios cuando uno de ellos tenga su domicilio en España. Ahora bien, dada la laguna anteriormente señalada, parece ser, al menos por el tenor de la norma, que ello será factible en el caso de que la administración central de cualquiera de las dos se encuentre situada en España y no en el supuesto de que cualquiera de las dos tuviera un establecimiento secundario en nuestro país. Ahora bien, desde aquí entendemos que sería factible una interpretación analógica con respecto al Reglamento comunitario para evitar que, muy eventualmente, determinados litigios pudieran quedar fuera del ámbito de conocimiento de nuestros tribunales. El resto de disposiciones incluidas en la LOPJ y que pudieran afectar a la competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo son simples recordatorios, ya que el art. 22 sexies determina que los tribunales españoles serán competentes para adoptar medidas cautelares o provisionales cuando tengan la competencia sobre el fondo del litigio, ya sea cuando éstas deban cumplirse en España como cuando deban cumplirse en otro Estado. Finalmente, los arts. 22 septies o nonies a los que se ha hecho referencia líneas más arriba son simplemente normas de remisión, ya que -en lo que a nosotros atiene- simplemente se remite a las normas específicas en materia concursal o remite a las reglas de litispendencia y conexidad contempladas en las normas generales que regulen las leyes procesales.

2.6.3. La incidencia de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, en relación con los litigios derivados del contrato de trabajo conectado con más de un ordenamiento jurídico

Como se acaba de señalar, el art. 22 nonies de la LOPJ remite a las normas generales que regulen las leyes procesales las cuestiones de litispendencia y conexidad. Éstas materias se encuentran actualmente reguladas en el título VI de la Ley 29/2015, de 30 de julio, donde expresamente se señala, además, que su contenido (más allá de las materias referidas), son de aplicación a los contratos de trabajo (art. 2.1 Ley 29/2015). De este modo, es necesario hacer una pequeña mención a esta norma, dado que la misma incluye, junto a los aspectos ya señalados, la regulación de los actos de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, la práctica y obtención de pruebas (Título I); la prueba e información del Derecho extranjero (Títulos II y III respectivamente), así como el régimen general en relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos extranjeros (Título V), que también -se insiste- son de aplicación al ámbito laboral. Teniendo en cuenta que una disección de la norma es, por motivos de extensión, imposible; aquí simplemente realizaremos una pequeña mención a la cuestión de la prueba del Derecho extranjero, dada la incidencia que sobre la posición interpretativa del TC al respecto han tenido asuntos que tienen como protagonistas a trabajadores en el extranjero. En este sentido, se ha de señalar que el art. 33 de la Ley 29/2015 no supone una modificación sustancial sobre el régimen jurídico establecido sobre particular, no en vano lo único que hace es remitir a estos efectos a lo dispuesto en la LEC y confirmar el criterio del TC, que señala que cuando no sea posible probar el Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español (art. 33.3). Además de lo apenas señalado, el art. 33 determina que los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor de la prueba del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 33.2), afirmando además que ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles (art. 33.4).

2.6.4. La LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros y su implicación sobre los contratos de trabajo plurilocalizados

La LO16/2015, de 27 de octubre, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*, entró en vigor el día 28 de octubre de 2015. Se trata de una norma que ha sido bien recibida por parte de la doctrina internacionalista, ya que pone fin a una situación de absoluta laguna legislativa,

en la medida en que carecíamos de una normativa específica que regulara las inmunidades de las que pueden gozar tanto los Estados extranjeros, como los agentes diplomáticos, consulares, organizaciones internacionales y sus funcionarios, etc. ante los tribunales de nuestro país. Es verdad que a priori hay que celebrar que por fin se clarifique una situación normativa silente, dado que hasta la fecha solo contábamos con la referencia contenida en el art. 21.2 LOPJ, donde se aclaraba que la competencia judicial internacional de nuestros juzgados y tribunales para el conocimiento de litigios con elemento extranjero que se susciten en territorio español no gozaba de un alcance absoluto o ilimitado, de acuerdo con las normas de Derecho internacional público. Esta realidad ha llevado a que nuestros tribunales distinguieran a esos efectos entre actos de soberanía, poder público u oficiales (actos de *iure imperii*) de aquellos otros de naturaleza privada (actos *iure gestionis*), de tal manera que los primeros recaerían bajo la inmunidad de jurisdicción y/o ejecución, mientras que los segundos podían ser perfectamente litigios objeto de conocimiento por parte de nuestros tribunales. Y aunque esta distinción no arrojaba soluciones unánimes, ya que los conflictos interpretativos surgidos a propósito de esta distinción se seguían produciendo, sí que era cierto que nuestros tribunales optaban por una interpretación de inmunidad restringida en todos los supuestos.

Para paliar los inconvenientes anotados, esto es, con la finalidad de precisar el contenido, el alcance y los beneficiarios de estas inmunidades, el legislador ha adoptado esta norma, donde -entre otras- se contiene un art. 10 que regula la inmunidad de jurisdicción por lo que respecta a los procesos relativos a los contratos de trabajo, al que hay que añadir el art. 17 que regula la inmunidad del Estado extranjero con respecto a las medidas de ejecución. Pues bien, el art. 10, que es una copia inexacta de lo dispuesto en el art. 11 de la Convención de las UN sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2 de diciembre de 2004 (y que no ha entrado en vigor aún, aunque España lo ratificó en el año 2011); establece como criterio general, *la imposibilidad de hacer valer la inmunidad de jurisdicción antes los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España*. Desde esta perspectiva, la norma es positiva por cuanto que, en principio, el foro de la *lex locilaboris* mantiene toda su operatividad en el marco de los litigios que enfrenten a un trabajador de un organismo internacional u Estado extranjero, que ejecute la prestación de servicios en nuestro país, con aquél. Así, nuestros tribunales del orden de lo social en principio mantendrían su competencia para el conocimiento de esta tipología de litigios con elemento de internacionalidad. No obstante, acto seguido el legislador español recoge un segundo párrafo donde el

principio general apenas anotado sufre una conversión, en la medida en que a la luz de la dicción de la misma, éste se convierte, o mejor, puede convertirse en mera excepción. De hecho, y cito textual, se determina que “2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a los que dicho apartado se refiere, en los siguientes supuestos:a) Cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público;b) Cuando el empleado sea:i) Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961;ii) Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; oiii) Un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional.c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador;d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad;e) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; of) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador”.

Como es visible, a juzgar por la dicción del precepto son unas cuantas las dudas que surgen a propósito del mismo, fundamentalmente en todos aquellos supuestos en los que la posibilidad de acordar la inmunidad de jurisdicción, esto es, que nuestros tribunales del orden social no puedan conocer de determinados asuntos, se produce con carácter general, como es el caso de cualquier proceso que tenga por objeto la contratación del trabajador, la renovación del contrato o la readmisión, pero también en otros supuestos que pretenden ser más o menos concisos, como los casos de despido en el supuesto que se regula en el apartado d) de esa misma disposición, por citar algunos de los más relevantes por su excesiva generalidad y escaso ajuste con respecto a la norma internacional anteriormente citada. Asimismo, surgen recelos, al menos por mi parte, en relación con la compatibilidad de esta norma con la interpretación que sobre asuntos similares se ha realizado desde instancias europeas, como es el caso de la sentencia del TJUE, de 19 de julio de 2012, caso Mahamdia, Asunto C-154/11, donde el tribunal de Luxemburgo se pronuncia sobre un asunto de estas características y no en el sentido precisamente del que se regula en esta norma. Asimismo, entendemos - lógicamente que este precepto, aunque parece que está llamado a “matizar” el que ha sido nuestro devenir interpretativo y restrictivo sobre el particular, debe continuar por la

misma senda, de tal manera que lo que debe seguir interesando a la hora de determinar o no la inmunidad de jurisdicción de nuestros tribunales y juzgados de lo social es que el trabajador que preste servicios en nuestro país ejercite prerrogativas públicas soberanas que afecten al Estado extranjero como empleador. No obstante, la dicción “etérea” de la norma nos lleva a interrogarnos acerca del objetivo que se persigue con la introducción de este tipo de regulaciones en nuestro ordenamiento jurídico. ¿Se trata de una fórmula dirigida a excepcionar nuestro régimen general sobre la materia para determinados Estados no europeos con los que queremos tener unas “buenas relaciones diplomáticas”? Y de ser esto cierto, ¿con qué Estado/s se va a suscribir acuerdos de excepción de esta naturaleza? Es por esta razón que, en nuestra opinión, esta norma debería haber sido objeto de mayor concreción para evitar dudas que incluso podrían alcanzar a su propia constitucionalidad, al menos en alguno de sus apartados. No en vano, como bien señalara la Audiencia provincial de Madrid en la sentencia de 27 de septiembre de 1993, “*una inmunidad de jurisdicción absoluta supondría un privilegio contrario a la tutela judicial efectiva*” (AC 1993\1971).

2.7. Mínimo exento de cotización a la Seguridad Social para favorecer la creación de empleo indefinido: el art. 8 de la Ley 25/2015

Resulta sobradamente conocido que uno de los principales problemas del mercado de trabajo en nuestro país es el de su excesiva temporalidad. En efecto, las tasas de contratación temporal en España superan con creces a las del resto de países comunitarios; pues, mientras la media absoluta de la UE ronda el 14%, España llega hasta el 24%, siendo superada únicamente por Polonia en esta sonrojante clasificación. Así, esta realidad, ligada a otros factores, lleva a que las cíclicas crisis económicas destruyan empleo en el mercado español con una celeridad y voracidad que no encuentran parangón en nuestro entorno jurídico y económico. Pues, como resulta natural, la fragilidad intrínseca a este tipo de mercados laborales hace que los niveles de empleo, y consiguientemente confianza y consumo, se resquebrajen brutalmente y con efectos inmediatos frente las situaciones de recesión económica.

El legislador, plenamente consciente de toda esta problemática, ha tratado de corregir las deficiencias del mercado de trabajo español a través de una serie de medidas dirigidas tanto al régimen de los contratos temporales como al de los contratos indefinidos y que, en los últimos años, han conseguido reducir moderadamente la agudeza de la afección. En efecto, si se observa la evolución de la tasa de temporalidad en España durante la última década se aprecia una reducción de hasta diez puntos porcentuales. Sin embargo, aún queda mucho recorrido por delante hasta alcanzar los estándares deseados, por lo que las acciones legislativas dirigidas a fomentar la

contratación indefinida y reducir el abuso sistemático de la temporal continúan sucediéndose.

En este contexto destaca el art. 8 de la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, que, en este año 2015, ha introducido una importante herramienta para favorecer la creación de empleo indefinido a corto plazo. Así, se fija para los contratos de duración indefinida un tramo inicial de la base de cotización por contingencias comunes a la Seguridad Social que quedará exento de aplicación del tipo de cotización en la parte correspondiente a la empresa. Con este incentivo se pretende, en los términos expuestos en el propio preámbulo de la Ley, reducir en mayor medida las cotizaciones sociales de los trabajadores con menores retribuciones; lo que favorece a aquellos colectivos con más dificultades para acceder a un puesto de trabajo estable, como son los desempleados de larga duración, los jóvenes sin experiencia laboral y los trabajadores con escasa formación.

Concretamente, el tramo inicial de la base de cotización por contingencias comunes correspondiente a la empresa que quedará exento será el de los primeros quinientos euros para los contratos a jornada completa. Por su parte, en los contratos a tiempo parcial el tramo exento se reducirá de forma proporcional a la diferencia de jornada existente entre estos trabajadores, y los trabajadores a tiempo completo, comparables. Ahora bien, la jornada del trabajador a tiempo parcial habrá de ser igual o superior a la mitad de la jornada anual del trabajador a tiempo completo, pues en caso contrario ni siquiera habría lugar a que la empresa se beneficiase de este programa de incentivos.

Debe aclararse que tales reducciones en las cotizaciones serán asumidas, con carácter general, por la propia Seguridad Social, aunque cuando el trabajador contratado estuviese a su vez encuadrado en el Sistema nacional de Garantía Juvenil, las cuotas empresariales dejadas de ingresar se bonificarían con cargo del Servicio Público de Empleo Estatal. De este modo, no cabe ninguna duda de que la aplicación de estas reducciones o bonificaciones no afectarán a la cuantía de las prestaciones económicas que surgiesen a favor de los trabajadores afectados, pues éstas se calcularían de acuerdo a la base de cotización íntegra correspondiente.

Tal y como se ha apuntado ya, la medida está enfocada a favorecer la creación de empleo estable a corto plazo, de modo que, en principio, cualquier contrato indefinido, ya fuese con una jornada de trabajo completa o parcial (pero de al menos la mitad de la jornada completa comparable), celebrado entre el 31 de marzo de marzo de 2015 y el 31 de agosto de 2016 podrá dar lugar a la aplicación de estudiadas ventajas. Éstas se extenderán durante los veinticuatro meses siguientes a la celebración del contrato indefinido, aunque las empresas con menos de diez trabajadores podrán prorrogar su disfrute todavía doce meses más, si bien reduciendo el tramo exento a la mitad (que

sería, por tanto, de doscientos cincuenta euros para los contratos a jornada completa y la proporción que correspondiese para los contratos a tiempo parcial). En fin, debe tenerse en cuenta además que, cuando las fechas de alta y baja del trabajador no coincidiesen con el primer o el último día del mes, el importe al que se aplique este beneficio será proporcional al número de días de alta durante el mes en cuestión.

En cualquier caso, además de celebrar estos contratos en el periodo fijado, las empresas deberán cumplir una serie de requisitos para poder beneficiarse de estas bonificaciones o reducciones en sus cuotas a la Seguridad Social. En primer lugar, como resulta habitual en cualquier contrato bonificado o subvencionado de uno u otro modo, el contrato indefinido por el que la empresa pretendiese acogerse a estas ventajas deberá celebrarse siempre por escrito. Además, lógicamente, también deberán hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, tanto en la fecha de efectos del alta de los trabajadores como durante la aplicación de los beneficios previstos por este art. 8 de la Ley 25/2015.

Pero sobre todo, las principales exigencias a la empresa van referidas a evitar el llamado “efecto sustitución”, que implicaría que los nuevos contratos bonificados no supusiesen un incremento neto del empleo, sino que simplemente reemplazarían a otros trabajadores que hubiesen perdido su puesto de trabajo. Así, las empresas que pretendiesen acogerse a este programa no podrán haber extinguido contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hubiesen sido declarados judicialmente improcedentes, ni tampoco por despidos colectivos declarados no ajustados a derecho, en los seis meses anteriores a la celebración de estos nuevos contratos indefinidos; si bien la exclusión afectará, únicamente, al mismo número de nuevas contrataciones que de extinciones efectuadas en estos términos. Por otra parte, los nuevos contratos deberán suponer un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como de empleo total en la empresa. No obstante, no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios no declarados improcedentes ni las llevadas a cabo mediante despidos colectivos que no hubiesen sido declarados no ajustados a derecho, así como tampoco las causadas por dimisión muerte, incapacidad permanente (en los grados de total, absoluta o gran invalidez). Y, por último, la empresa deberá mantener al trabajador contratado a través de un contrato indefinido en su plantilla durante, al menos, treinta y seis meses y que, durante todo ese periodo, tampoco se reduzca el nivel de empleo que se alcanzó en el momento de dicha contratación. El incumplimiento de todas estas condiciones supondría el reintegro de las cantidades dejadas de ingresar, con el correspondiente recargo e interés por mora.

Finalmente, por lo que se refiere al apartado de las incompatibilidades, debe resaltarse que los beneficios devengados a raíz de este programa no pueden acumularse a los derivados de otras medidas de fomento del empleo, con dos únicas excepciones: los incentivos previstos por el art. 107 de la Ley 18/2014 para los beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil y la ayuda económica de acompañamiento del art. 8 del RDL 16/2014 para las personas adscritas al Programa de Activación para el Empleo. Así, ambas medidas serán, tanto en uno como en otro caso, perfectamente compatibles con las bonificaciones y reducciones previstas por el art. 8 de la Ley 25/2015.

2.8. Distribución de competencias en materia de empleo entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales

La aprobación del RDLeg. 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo, no ha supuesto modificación alguna en lo que respecta a la previsión que, sobre distribución competencial, ya se preveía en las primeras redacciones de la norma citada. En realidad, la refundición que introduce este Real Decreto, sólo arroja un poco de orden estructural y organizativo al aglomerado de instrumentos y órganos que el legislador ha ido paulatinamente incorporando en modo deslavazado, tal vez siguiendo un esquema extraño por su desconocimiento y por no ser de creación propia.

Pues bien, en nuestro intento de ofrecer aquí un reflejo lo más breve posible, del estado de la cuestión en esta materia, consideramos esencial comenzar bosquejando siquiera el modo en que está estructurado todo el engranaje de herramientas que componen la política de empleo española, así como la función que cada organismo está llamado a desempeñar.

De este modo, con la finalidad de configurar un más eficiente Sistema Nacional de Empleo - por primera vez reconocido normativamente como tal -, el RDLeg. 3/2015 dispone en su art. 9 que los instrumentos de coordinación la Estrategia Española de Activación para el Empleo (EEAE, en adelante), el Plan Anual de Política de Empleo (PAPE, en adelante) y el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, siendo los dos primeros aquellos cuya implementación puede provocar y provoca, como se verá discusiones competenciales entre el Estado y las CC.AA. La plasmación práctica de este, apriorísticamente complejo engranaje de políticas e instrumentos, es la que sigue.

Las Directrices europeas para el Empleo ordenan el marco de actuación del SNE, el cual se adaptará a la idiosincrasia española mediante la EEAE, definida en la propia norma 3/2015 como un instrumento que permitirá la colaboración y coordinación entre el

Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos. En la EEAE deben incorporarse, de un lado, los principios de actuación y objetivos estratégicos y estructurales a alcanzar en materia de políticas de activación para el empleo; de otro, las políticas activas de empleo para el conjunto del Estado y, por último, el marco presupuestario, fuentes de financiación y criterios de gestión de los fondos -art. 9.2 en sus letras b) y c), RDLeg. 3/2015 .

Ahora bien, la materialización de este diseño para los años 2014 2016 comenzó con la aprobación, mediante el RD 751/2014, de 5 de septiembre (BOE nº 231, 23 septiembre), de la EEAE, la cual permitió elaborar, para el año 2015, el Programa de Activación para el Empleo (PAE, en adelante) aprobado por el RDL 16/2014, de 19 de diciembre (BOE nº 307, 20 diciembre, cuyo contenido se analizó en el Informe que esta Sección Juvenil presentó para el año 2014). La concreción de los objetivos a alcanzar en todo el Estado y en las distintas Comunidades Autónomas, así como los indicadores que se utilizarían para conocer y evaluar el grado de cumplimiento de los mismos, fueron previstos a partir de la Resolución de 29 de julio de 2015, que aprobó el Plan Anual de Política de Empleo (BOE nº 191, martes 11 de agosto). En él se contienen, además, los servicios y programas de políticas activas de empleo que van a llevar a cabo el Servicio Público de Empleo Estatal y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias de ejecución de las políticas activas, siendo importante subrayar aquí que la prestación de esos servicios y programas, sin perjuicio de los recursos propios adicionales que cada comunidad autónoma decida destinar a su ejecución , cuenta con el apoyo económico de la reserva de crédito establecida en un presupuesto de gastos que se apruebe anualmente. Así, para el año 2015 es la Orden ESS/1978/2015, de 17 de septiembre, la que distribuye territorialmente para su gestión por las comunidades autónomas las subvenciones destinadas a la ejecución de las competencias del Programa de Activación para el Empleo (BOE nº 234, de 30 de septiembre), siendo que la adjudicación de la parte mayor de tales ayudas económicas responde al criterio de una obligación de resultados. Así el 60% del total de la cantidad asignada a cada Autonomía sólo se percibirá atendiendo al porcentaje de beneficiarios del servicio que ha logrado su inserción socio laboral -Anexo I, letra a) de la Orden ESS/1978/2015 . Mientras que el 40% restante va a depender del número potencial de usuarios de los servicios de empleo.

Si este es el modo en que el legislador estatal ha materializado las previsiones competenciales contenidas en los arts. 149.1.7 y 149.1.13 de nuestra Constitución, la cuestión que resta resolver en este informe es si los actores implicados comulgan con la configuración dada al Sistema Nacional de Empleo. En este sentido debemos comenzar por subrayar la mudez impuesta a los entes locales, relegados a debilitados, y casi

desconocidos, gestores en materia de empleo. Un error este que tampoco ha sido denunciado por la LX Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales -celebrada en abril de 2015 y que podría haberse subsanando si se hubiera observado la realidad internacional más próxima, puesto que en países como Francia, Alemania y el Reino Unido, son precisamente el punto de partida en el diseño de las políticas activas de empleo. En lo que respecta a las Comunidades Autónomas, son dos las que han planteado cuestiones de inconstitucionalidad al diseño configurado en materia de empleo por considerar que vacía la competencia que les corresponde. La primera de esas cuestiones ha sido resuelta desfavorablemente a la pretensión y, la segunda, si bien admitida a trámite, se halla aún en vía de pronunciamiento.

El primero de los asuntos mencionados resolvió el recurso de inconstitucionalidad nº 1763 2004, interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra el art. 3.1, párrafo segundo, en lo referente a la expresión “fomento del empleo” en relación al apartado 2 del mismo artículo; el art. 3.3, párrafo segundo; el art. 13 e), apartados 1 y 2 y la DA 4ª, todos ellos de la Ley 56/2003. En términos generales, el argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional (TC, en adelante), es que la redacción de los preceptos cuya constitucionalidad se discutía -idéntica tras la refundición del texto no llevaban a desposeer a las Comunidades Autónomas de su capacidad normativa para regular, financiar y desarrollar sus propios programas de fomento de empleo, puesto que los Planes Autonómicos de empleo no necesitan del visto bueno de ningún organismo estatal, sino que basta con que “sean conformes al Plan Nacional”. Sin embargo, no llega el TC a indicar quién o cómo debe otorgarse esa conformidad, por lo que, además de la inseguridad jurídica que genera a las Autonomías, deja absolutamente incontestada -a nuestro juicio la cuestión.

La segunda cuestión corresponde al recurso de inconstitucionalidad nº 1571 2015, promovido por el Gobierno Vasco contra los arts. 1; 3, apartados a) 7º y b); 4; 5, apartados cuarto y quinto; 6, apartado sexto; 7; 9, apartados primero y tercero; DAs 1ª y 2ª, y DFs 1ª y 6ª del RD. Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

Por consiguiente, podría concluirse que aunque el estado de la cuestión respecto al reparto de competencias previsto por la ordenación del Sistema Nacional de Empleo poco ha variado desde que se elaboró en el año 2003 la primera versión de la Ley 56 de Empleo, se hace preciso subrayar que asistimos al comienzo de un -a nuestro juicio adecuado viraje hacia la coordinación. La inicial libertad en la configuración de las políticas activas de que por omisión, gozaban las Autonomías, estaba sin duda desembocando en un modelo de sistema cuya descoordinación respondía a criterios económicos y de opción política, lo que hacía quebrar con claridad meridiana los

principios de igualdad y unidad territorial previstos en nuestra Carta Magna. Sin embargo tampoco puede obviarse la distancia que, a nuestro juicio, resta por recorrer al legislador en materia de servicios de colocación en lo que a calidad y cantidad se refiere. La omisión de los entes locales y el desconocimiento del gran valor que aportan a todo sistema de empleo eficiente y eficaz, así como una mayor claridad en los objetivos y sistema de evaluación de los servicios autonómicos, junto a una más numerosa inversión en recursos humanos y materiales, se postulan, conforme a experiencias propias y externas, en ejes centrales para alcanzar las cuotas de integración laboral que toda sociedad democrática demanda.

2.9. Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo en tiempos de crisis: líneas generales de reforma normativa encaminadas a la activación del desempleado

Demandantes de empleo son los trabajadores que se inscriben en los servicios públicos de empleo para la búsqueda de un empleo o mejorar el que ya poseen (intermediación laboral), para recibir otros servicios ajenos al empleo (orientación para el autoempleo, formación ocupacional...) o por la obligatoriedad de inscribirse para percibir una prestación contributiva o un subsidio³⁷. Sin embargo, demandante inscrito no equivale a trabajador en paro³⁸. Por otra parte, el Anexo I del REGLAMENTO (CE) No 1897/2000 DE LA COMISIÓN de 7 de septiembre de 2000 recoge la definición operativa de desempleo³⁹.

³⁷ http://www.madrid.org/tdpcweb/html/web/Notas_m.htm

³⁸ La Orden Ministerial de 11 de marzo de 1985 determina los criterios estadísticos para medir el paro registrado, en base a las situaciones administrativas en las que una demanda de empleo puede encontrarse. El método es sobre los demandantes inscritos, ir descontando por orden a los demandantes inscritos sin disponibilidad, a los demandantes de empleo no parados y finalmente a los demandantes de empleo parados. Entre los demandantes de empleo no parados se encontrarían además los trabajadores fijos discontinuos, los demandantes de teletrabajo, los que demandan un trabajo solo fuera de su comunidad de residencia y los demandantes que exportan su prestación, aunque estos colectivos no se enumeren explícitamente en esta OM; aunque no ha sido expresamente modificada sí ha sido actualizada desde 1985 a la actualidad.

³⁹ «1. De acuerdo con las normas aprobadas por la OIT en las decimotercera y decimocuarta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (CIET) a efectos del muestreo sobre población activa en la Comunidad, son desempleados las personas con edades comprendidas entre los 15 y los 74 años que se hallen: a) sin trabajo durante la semana de referencia, es decir, que no dispongan de un empleo por cuenta ajena o de un empleo por cuenta propia (durante al menos una hora); b) disponibles para trabajar, es decir, disponibles para iniciar una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia dentro del plazo de las dos semanas siguientes a la semana de referencia; c) en busca de trabajo activa, es decir, que hayan tomado medidas concretas para buscar un empleo por cuenta ajena o un empleo por cuenta propia en un período de cuatro semanas que se termine al final de la semana de referencia, o que hayan encontrado trabajo y empiecen a trabajar en un período de tres meses como máximo. Según la letra c) del punto 1, se considera como medidas concretas: — estar en contacto con una oficina pública de empleo con el fin de encontrar trabajo, cualquiera que sea la parte que haya tomado la iniciativa (la renovación de la inscripción por razones puramente administrativas no constituye un planteamiento activo), — estar en contacto con una oficina privada (oficina de empleo temporal, empresa especializada en

En otro orden, por Estatuto Jurídico se entienden el conjunto de normas que rigen las instituciones jurídicas o una situación determinada. Si bien, no siempre se recogen en un único cuerpo normativo. De hecho, cuando se acuña el término “Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo”, en realidad se está haciendo referencia al conjunto de derechos y obligaciones que regulan las relaciones de los demandantes de empleo como sujetos de las políticas de empleo con los SPEE.

Es así que el demandante de empleo tiene una serie de obligaciones derivadas de la demanda de empleo, esencialmente la obligación de buscar empleo y de participar en las ofertas de formación, existiendo las correspondientes sanciones previstas en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobado por RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto para los supuestos de incumplimiento.

De igual forma, existen una serie de derechos con importante proyección en este ámbito, tales como el derecho a la igualdad (arts. 1, 9, 23, 149 CE) y no discriminación (art. 14 CE) en el acceso al empleo, el derecho a la protección de sus datos personales, la protección de la garantía de la intimidad (art. 18 CE) y la dignidad (art. 10 CE) del trabajador, el derecho a la formación profesional, al reciclaje y a la promoción profesional, el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio o a la autodeterminación de la dimensión profesional de la persona (art. 35 CE), el derecho a la protección social (art. 39 CE) de las transiciones en el mercado de trabajo, así como el derecho de acceso a los SPEE y a la asistencia en la búsqueda de empleo, en el marco de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo (SNE). Por consiguiente, el sistema de tutela de la persona en el mercado de trabajo, encuentra un claro anclaje en los derechos sociales constitucionalizados.

contratación, etc.) con el fin de encontrar trabajo, — enviar una candidatura directamente a los empleadores, — indagar a través de relaciones personales, por mediación de sindicatos, etc., — anunciarse o responder a anuncios en los periódicos, — estudiar las ofertas de empleo, — participar en una prueba, concurso o entrevista, en el marco de un procedimiento de contratación, — buscar terrenos, locales o material, — realizar gestiones para obtener permisos, licencias o recursos financieros. 2. La educación y la formación se consideran medios de mejorar la capacidad de empleo, pero no constituyen métodos de búsqueda de empleo. No se considerará a las personas sin trabajo que cursen estudios o realicen una formación como desempleadas si no es a condición de estar «disponibles para trabajar» y «en busca de trabajo», de acuerdo con las definiciones de las letras b) y c) del punto 1. 3. Se considera a las personas despedidas como desempleados si no reciben un sueldo o salario significativo (es decir, $\geq 50\%$) de su empleador y si se hallan «disponibles para trabajar» y «en busca de trabajo». Las personas despedidas se equiparán a los trabajadores en situación de excedencia a iniciativa del empleador, incluso en caso de financiación del permiso por entidades o fondos públicos (decimosexta CIET). En tal caso, se considera a los despedidos como personas activas si se ha acordado una fecha de reanudación de las actividades y si esta fecha está prevista dentro de un plazo de tres meses. 4. Durante la temporada baja, no se puede considerar que un temporero conserva un vínculo formal con su empleo de temporada alta. Un temporero no percibe en efecto ningún salario o sueldo de su empleador, aunque reciba garantías de volver a trabajar. Si no trabajan durante la temporada baja, no se les considera desempleados si no es a condición de hallarse «disponibles para trabajar» y «en busca de trabajo», de acuerdo con las definiciones de las letras b) y c) del punto 1.»

La Ley 20/2014, de 29 de octubre en su art. uno. f) encomendaba al Gobierno la elaboración de varios textos refundidos, entre los que no solo se mencionaba el Estatuto de los Trabajadores, sino también el correspondiente a la normativa de empleo. En este último se regulan, aclaran y armonizan la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LE), las disposiciones adicionales sexta y decimoséptima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, la disposición adicional primera, el último párrafo de la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y las normas con rango de ley que hubieran introducido en ellas modificaciones y las que, afectando a su ámbito material, se promulgaran antes de la aprobación por Consejo de Ministros del citado texto refundido, quedando todas ellas sin efecto a 13 de noviembre de 2015.

Como novedades normativas destacables del año 2015, hay que señalar el RDLeg. 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el reciente Texto Refundido de la Ley de Empleo (TRLE), que aunque no parece aportar novedades significativas que afecten al Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo, recoge en un solo texto las normas que la modifican y trata de enfatizar la más reciente orientación de los servicios y programas - antes denominados, acciones y medidas- de las políticas activas de empleo, puestas en relación con las políticas pasivas de empleo y con un creciente impulso a la colaboración, no solo del Estado con las CCAA, sino también con el sector privado como garante de calidad en la consecución de los objetivos planteados a través de la intermediación laboral. De tal forma, el art. 2 del TRLE recoge en su letra c) entre los objetivos generales de la política de empleo, adoptar un enfoque preventivo frente al desempleo, especialmente de larga duración, facilitando una atención individualizada a los desempleados, mediante acciones integradas de políticas activas -y matiza en su nueva redacción, “de empleo”- que garanticen su ocupabilidad. Por su parte, la letra d) del mismo artículo recoge el objetivo de asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, principalmente jóvenes, mujeres, personas con discapacidad -sustituyendo en su antigua redacción a los “discapacitados”- parados de larga duración y mayores de 45 años, entre otros. Añade además un nuevo art. 5 que especifica cuáles son los instrumentos de la política de empleo (Título III TRLE): a) La intermediación laboral; b) Las políticas activas de empleo; c) La coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo.

a) Capítulo I. La intermediación laboral (arts. 31 a 35 TRLE): entendida como el

conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo para su colocación, también se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial (art. 31 TRLE). La Ley de Empleo ha pasado de contemplar un concepto de intermediación laboral clásico y restringido a un concepto mucho más moderno y amplio basado, entre otros, en el Convenio 181 OIT sobre agencias privadas de colocación. Pero con independencia del agente que la realice, en todo caso tiene la consideración de un servicio de carácter público. A efectos del SNE la intermediación laboral en el mercado de trabajo se realiza a través de los SPEE, sus entidades colaboradoras, las agencias de colocación (AC)⁴⁰ y de forma novedosa las empresas de trabajo temporal (ETTS) -siempre que cumplan los requisitos establecidos en el art. 33 TRLE⁴¹, incluida la obligatoriedad de garantizar a los trabajadores la gratuidad por la prestación de servicios⁴²- y aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para trabajadores en el exterior, debiendo velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo, conforme al art. 35 TRLE. En particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar y, en todo caso, cuando esté basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico. Por tanto, entre los principios de la intermediación laboral se encuentran el respeto al principio de igualdad y no discriminación, el respeto al derecho a la intimidad y protección de datos y la gratuidad en la prestación de los servicios para los trabajadores y sus empleadores (art. 34 LE). Este artículo señala que tendrán exclusivamente la consideración de demandantes de empleo quienes se inscriban como tales en los

⁴⁰ El reciente RDL 8/2014 introduce un cambio en su regulación y, a partir de ese momento, las agencias de colocación no deben solicitar autorización al servicio público de empleo correspondiente para realizar esa actividad, sino que deben presentar con carácter previo a su inicio una declaración responsable ante estos servicios. El Acuerdo Marco de Intermediación Laboral recoge las agencias de colocación que van a ser colaboradoras de los servicios públicos.

⁴¹ Se reubica la DA 2ª LE "empresas de trabajo temporal" en el art.33 TRLE "agencias de colocación".

⁴² La DF 3.2 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre y el art. 21.2 del RDL 4/2015, de 22 de marzo, modificaron levemente la LISOS para endurecer las infracciones en materia de empleo, siendo considerada muy grave ejercer actividades de intermediación laboral, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber presentado, con carácter previo a la actuación como agencia de colocación, una declaración responsable, de reunir los requisitos establecidos en la LE y su normativa de desarrollo, o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados (art. 16.1 Ley 30/2015); y en el caso de las ETTS que hubieran presentado una declaración responsable para actuar como AC, deberán reunir los requisitos de la LE y desarrollo (art. 16.2 Ley 30/2015).

SPEE (art. 34.5 TRLE). El acceso a determinados servicios del SNE requerirá la inscripción tanto de las personas desempleadas como de las ocupadas (art. 27.3 TRLE).

El Capítulo II del Título II sobre los servicios del SNE prestados por los SPEE recoge los preceptos relativos al acceso de las personas desempleadas a estos servicios (arts. 28 a 30 TRLE). La articulación del itinerario individual y personalizado de empleo se configura como un derecho para las personas desempleadas y como una obligación para los SPEE (art. 28.2 TRLE). Dos novedades se aprecian en el art. 29 TRLE. De un lado, otro cambio de denominación por cuanto el catálogo de servicios a la ciudadanía de los SPEE pasa a denominarse Cartera Común de Servicios del SNE a partir del RDL 8/2014, de 4 de julio, que culminó con la publicación en el BOE de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia⁴³. Las personas y empresas usuarias de estos servicios se contemplan en el Capítulo I del Título II (arts. 26 y 27 TRLE). De otro lado, se incorpora lo recogido en la DT 2ª RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, sobre aplicación de los itinerarios individuales y personalizados de empleo, cuya elaboración se extenderá a toda la población desempleada⁴⁴, siendo necesaria la suscripción y firma de un acuerdo personal de empleo, que en el caso de las personas beneficiarias de prestaciones y subsidios por desempleo formará parte del compromiso de actividad que se establece en el art. 41 TRLE. Mediante este acuerdo, por una parte, la persona beneficiaria del itinerario se compromete a participar activamente en las acciones para la mejora de su empleabilidad y de búsqueda activa de empleo, o la puesta en marcha de una iniciativa empresarial, y, por otra parte, el SPEE se compromete a la asignación y planificación de las acciones y medidas necesarias.

⁴³ El RDL 8/2014 ya modificaba la LE, de modo que su Título I Bis llevaba la rúbrica “Servicios a la ciudadanía prestados por los servicios públicos de empleo” y hoy se denomina “servicios del sistema nacional de empleo prestado por los servicios públicos de empleo”; y aunque se ha sustituido la acepción “Catálogo de Servicios” por “Cartera Común de Servicios”, sigue aludiéndose al catálogo con asiduidad. Posteriormente, la Ley 8/2014 suprime los arts. 19 quater y 19 quinquies LE, relativos al contenido y actualización del catálogo de servicios a la ciudadanía respectivamente.

⁴⁴ El RDL 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, especificaba además que la elaboración del itinerario individual y personalizado de empleo se extendería a toda la población desempleada a partir de enero de 2013, alusión temporal que es omitida por derogación de la DDU c) TRLE. Por otra parte, en el Dictamen 13 2015 sobre el Proyecto del RDLeg. por el que se aprueba el TRLE, el CES llama la atención acerca de la contradicción entre los arts. 28 y 29, dado que en el primero se establece el comienzo “si procede” de un itinerario para la persona desempleada mientras que en el segundo se garantiza su carácter universal.

b) Capítulo II. Las políticas activas de empleo (arts. 36 a 40 TRLE): la incorporación de un nuevo art. 39, que integra la disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, insiste en la necesidad de evaluación continuada de las políticas activas de empleo. El otro cambio relevante es sin duda la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, operada por Ley 30/2015, de 9 de septiembre (art. 40 TRLE)⁴⁵.

c) Capítulo III. La coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo (arts. 41 y 42 TRLE): por último, la disposición derogatoria única b) del TRLE suprime la disposición adicional sexta introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, introduciendo una nueva DA 5ª en aras a reformar la normativa que regula las prestaciones por desempleo con el objetivo de aumentar la vinculación de éstas con las políticas activas de empleo.

Claro exponente de dicha vinculación son los trabajos de colaboración social dirigidos a la contratación de trabajadores desempleados (política activa de empleo) que a su vez son perceptores de prestación o subsidio por desempleo (política pasiva de empleo), de tal forma que la Administración contratante complementa la prestación del SPE con una cuantía equivalente a la diferencia entre la correspondiente base reguladora y dicha prestación. El problema jurídico se plantea cuando la controvertida activación del demandante⁴⁶ -de por sí beneficiario de un derecho a prestación reconocido-, obligado a participar en el programa en el marco del compromiso de actividad, se realiza además en actividades normales y permanentes de la Administración contratante, obviando el necesario carácter de temporalidad entre otros requisitos recogidos en el RD 1445/1982, de 25 de junio, que estableció diversas medidas de fomento del empleo y en el art. 272.2 LGSS, cuyo incumplimiento produciría un fraude de ley que daría lugar a la consideración de la relación como laboral y a las extinciones de contrato como de despido improcedente⁴⁷.

⁴⁵ Sustituye al art. 26 de la derogada LE.

⁴⁶ El RD 751/2014, de 5 de septiembre, aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016.

⁴⁷ Véase la Sentencia Nº 160/2015 del Juzgado de lo Social Nº 2 de Móstoles, por la que se condena al Ayuntamiento de Alcorcón a readmitir e indemnizar a diecisiete trabajadores contratados en trabajos de colaboración social. El art. 6.4 del CC dispone que «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido 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».

En este sentido, podría cuestionarse el principal de los derechos reconocidos en el Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo: el derecho al trabajo; no solo de la persona participante en los trabajos de colaboración social por cuanto éstos carecen de algunas de las notas de laboralidad de una verdadera contratación laboral -como la voluntariedad-, sino también de los potenciales trabajadores que no podrán ser contratados por la Administración beneficiaria al estar ocupándose puestos estructurales con trabajadores desempleados en trabajos de colaboración social, lo que por otra parte pone en entredicho el cumplimiento de los principios constitucionales de acceso a la función pública de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (arts. 9.2, 9.3 y 103.3 CE), plasmados en el Estatuto Básico del Empleado Público (exposición de motivos y arts. 1.3, 10.2, 14, 16, 18.1, 55.1, 78.1 y DT 4ª 2 EBEP).

Concluyendo, los cambios detectados en el Estatuto Jurídico del Demandante de Empleo en 2015 reflejan la dispar evolución del Derecho Laboral y del Derecho del Empleo, motivados por medidas gubernamentales adoptadas durante los últimos años de crisis del mercado de trabajo -de ahí la necesaria referencia a normativas previas a 2015-, durante los que se han ido reformulando las políticas activas de empleo hacia las políticas de activación, desdibujando fronteras entre éstas y las políticas pasivas e impulsando la colaboración público privada.

2.10. Formación y empleo: datos para el debate

La crisis económica que hemos atravesado ha puesto en evidencia a alguno de los principales problemas de la sociedad española, especialmente en materia económica y de empleo, a la vez que constituye también una oportunidad para intentar superarlos. Entre las soluciones que se han puesto encima de la mesa en materia de lucha contra el desempleo destaca la transformación de nuestro modelo productivo hacia actividades con mayor valor añadido y la mejora de nuestra productividad.

La formación de la población es un elemento esencial para el avance de una sociedad y para la transformación de su economía. La estrecha relación entre estructura productiva y educación implica una estrategia coordinada, dadas las recíprocas interacciones entre ambas. Igual que puede afirmarse que la situación actual de la educación en España es una buena muestra de nuestra estructura productiva y que ésta a su vez es fiel reflejo de los materiales de los que se nutre y que son moldeados desde lo formativo; su transformación exige un sistema educativo que provea de trabajadores suficientemente formados para los nuevos sectores que se quieran desarrollar, lo que es sinónimo de una educación radicalmente diferente a la actual.

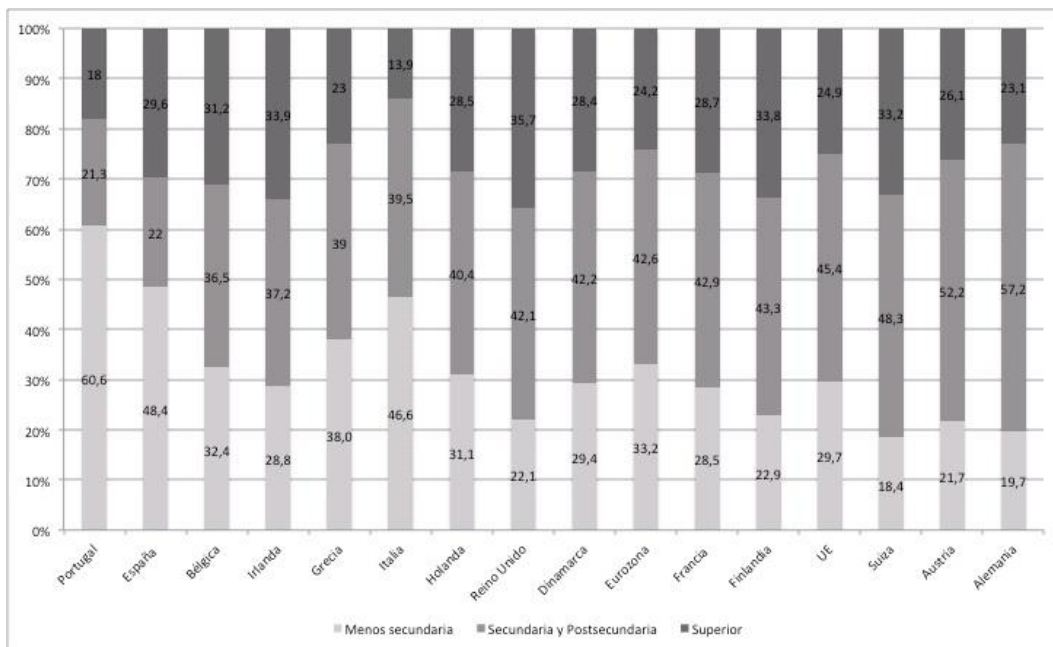
¿Cuál es el punto de partida de esta hipotética transformación? El siguiente gráfico muestra el porcentaje de población según el nivel educativo alcanzado. Integran la

muestra una serie de países integrantes de la UE, la media de la Unión, de la Eurozona y Suiza.

La primera y principal conclusión que se deriva de su análisis es que España padece un problema por los extremos, pues comparada con el resto de países de la muestra y con la media de la Unión Europea y de la eurozona, cuenta con unos porcentajes de población poco cualificados y muy cualificados más elevados. Dicho de otra forma, los datos corroboran la tesis de que nuestro país sufre un problema tanto de infra como de sobrecualificación o, si se prefiere, de hipotrofia para los grupos intermedios que han superado la educación secundaria y postobligatoria no universitaria.

En concreto, en la franja de los que cuentan con un nivel de formación inferior a la obligatoria, España está cerca de veinte puntos por encima de la media europea, que se encuentra en el 29,7%, frente al 48,4% de nuestro país. Si se compara con el resto de países de la zona euro, la diferencia es de quince puntos. España se integraría así, junto con Portugal (60,6%), Italia (46,6%) y Grecia (38%), el grupo de Estados con menores niveles de cualificación, por superar las barreras marcadas por la media europea y de la eurozona. En el otro extremo, los que cuentan con un porcentaje de población poco cualificada menor, estarían Suiza (18,4%), Alemania (19,7%) y Austria (21,7%).

Gráfico 1. Porcentaje de población según nivel educativo alcanzado



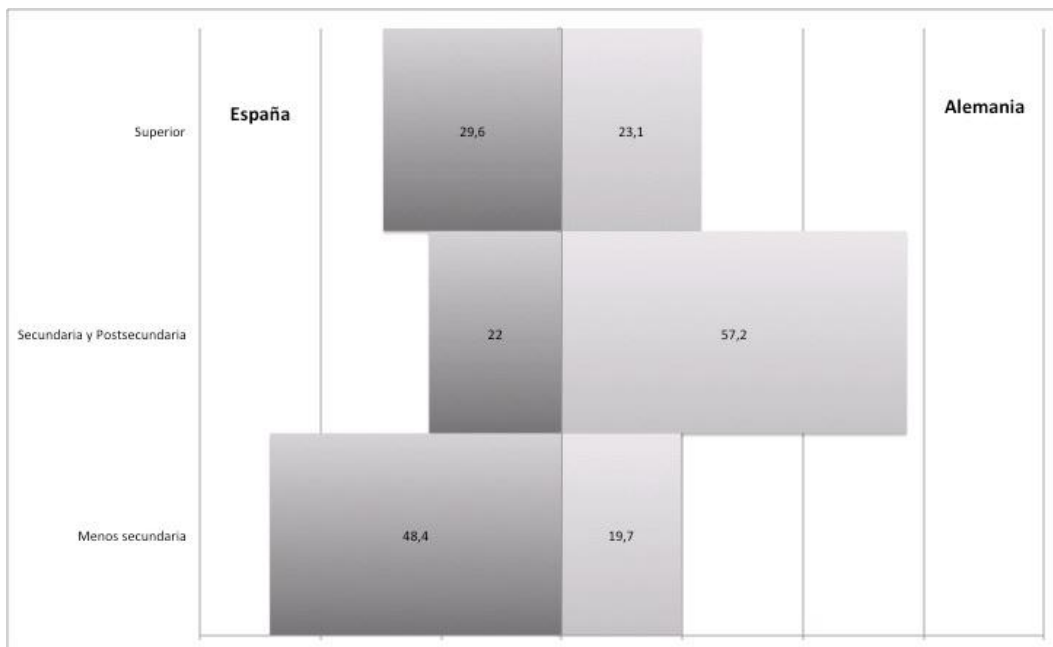
Fuente: Eurostat. Año 2014. Los niveles educativos están clasificados de acuerdo con el *International Standard Classification of Education* (ISCED), elaborado por la UNESCO, en su versión de 2011. “Menos de secundaria”: menos de educación primaria, primaria y secundaria de primer ciclo (niveles de 0 a 2); “secundaria y postsecundaria” comprende a los que han culminado la educación secundaria y quienes han continuado estudios posteriores no universitarios (niveles 3 a 5); “superior” incluye la educación universitaria de grado y postgrado (niveles 6 a 8). Franja de edad: de 15 a 74 años.

De otra parte, en la franja superior también tendríamos, como decíamos, un problema de sobrecualificación, al menos desde un punto de vista comparativo. En nuestro país, el 29,6% de la población cuenta con un título universitario de grado o de postgrado, lo que nos sitúa 4,7 puntos por encima de la media de la Unión Europea y 5,4 puntos por encima de la media de la zona euro. Nuestro país se encontraría en una situación comparable a países como Francia (28,7%), Holanda (28,5%) o Dinamarca (28,4%), pero alejada de los que se sitúan en cabeza, como el Reino Unido (35,7%), Finlandia (33,8%), Irlanda, 33,5% y Suiza (33,2%). De otra parte, por debajo de la media comunitaria estarían Italia (13,5%), Portugal (18%), Grecia (23%) o Alemania (23,1%).

El análisis de estos datos relativiza el problema de sobrecualificación a que hemos hecho mención. Si contamos con un porcentaje de universitarios no especialmente destacado pero similar al de otros países de nuestro entorno, entonces puede que las deficiencias estén más bien en nuestra estructura productiva, que no sería capaz de absorber el número de trabajadores con estudios superiores que salen de las universidades españolas, lo que provoca que muchos de ellos deban dedicarse a tareas de inferior cualificación a las que les correspondería por su nivel estudios. Ello, no obstante, sin perjuicio de que para determinadas carreras el volumen de graduados pueda ser excesivo. En todo caso, teniendo como referente una estrategia que trate de cambiar el sistema productivo, los datos evidencian que no sería necesario tanto incentivar un trasvase a la formación profesional desde este grupo como que tal flujo se produzca desde los poco o no cualificados.

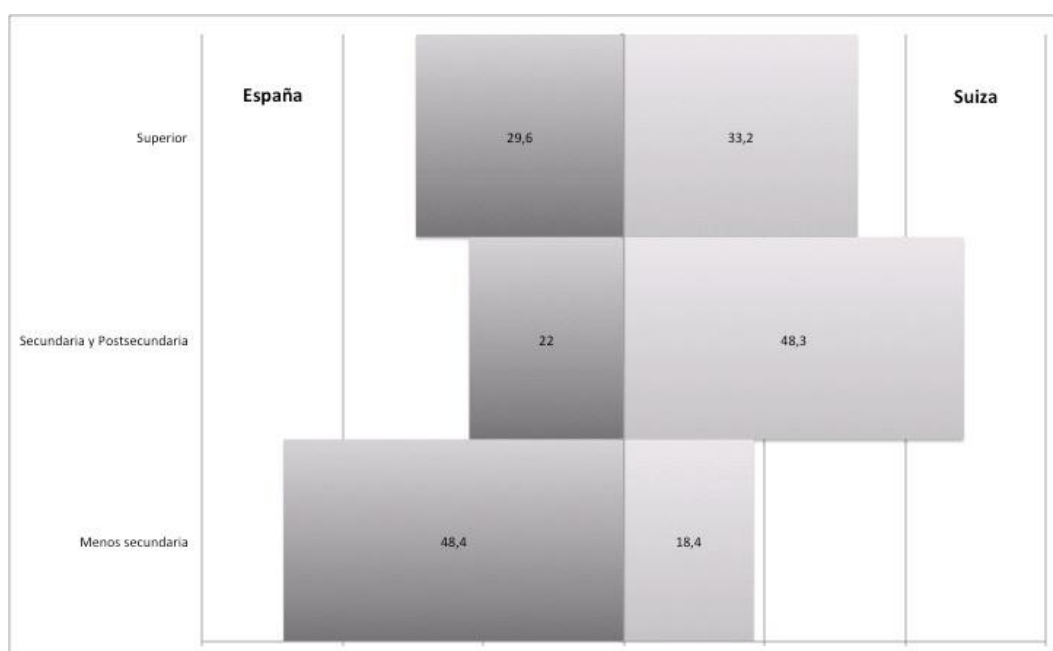
En este sentido no existe un modelo claro entre aquellos países que han apostado por la formación profesional como un elemento clave de su sistema educativo. Así, podríamos distinguir dos submodelos diferenciados: de una parte, aquél en el que la siguiente pieza central es la formación superior; de otra, aquel otro en el que ésta juega un papel muy reducido, de lo que se deriva una preponderancia absoluta de la postsecundaria de naturaleza profesional. Los siguientes gráficos nos permiten realizar la comparativa.

Gráfico 2. % población según nivel de estudios alcanzados para España y Alemania



Fuente: Eurostat. Año 2014. Los niveles educativos están clasificados de acuerdo con el *International Standard Classification of Education (ISCED)*, elaborado por la UNESCO, en su versión de 2011. “Menos de secundaria”: menos de educación primaria, primaria y secundaria de primer ciclo (niveles de 0 a 2); “secundaria y postsecundaria” comprende a los que han culminado la educación secundaria y quienes han continuado estudios posteriores no universitarios (niveles 3 a 5); “superior” incluye la educación universitaria de grado y postgrado (niveles 6 a 8). Franja de edad: de 15 a 74 años.

Gráfico 3. % según nivel de estudios alcanzados para España y Suiza



Fuente: Eurostat. Año 2014. Los niveles educativos están clasificados de acuerdo con el *International Standard Classification of Education (ISCED)*, elaborado por la UNESCO, en su versión de 2011. “Menos de secundaria”: menos de educación primaria, primaria y secundaria de primer ciclo (niveles de 0 a 2); “secundaria y postsecundaria” comprende a los que han culminado la educación secundaria y quienes han continuado estudios posteriores no universitarios (niveles 3 a 5); “superior” incluye la educación universitaria de grado y postgrado (niveles 6 a 8). Franja de edad: de 15 a 74 años.

En el gráfico 2 se compara el porcentaje de población según el nivel de estudios alcanzados entre España y Alemania, mientras que en el Gráfico la comparativa es con Suiza. Tanto Alemania como Suiza han apostado de una forma decidida por la formación profesional, lo que implica que el 57,2% de la población en el primer caso y el 48,3% en el segundo hayan culminado la educación secundaria obligatoria y/o estudios de formación postobligatoria. Ello a su vez se traduce en unos niveles relativamente bajos de poco cualificada (19,7% y 18,4% respectivamente). La situación es completamente diferente a la española (a la izquierda) que, como vimos, se caracteriza por unos altos porcentajes de población poco cualificada (48,4%) y bajos niveles de población con estudios secundarios y post obligatorios no universitarios (22%).

En lo que a la educación superior, las diferencias entre Suiza y Alemania son relativamente importantes, pues se distancian en cerca de 10 puntos porcentuales, a pesar de que ambas gozan de unos niveles superiores a la media de la Unión. España,

por su parte, se situaría en una posición intermedia entre ambos, con un 29,6% de población con estudios universitarios. Estos datos evidencian dos modelos diferentes que teniendo como denominador común el fomento de la formación profesional, dan una importancia diferente a la superior. Adicionalmente, el caso suizo evidencia, como también ocurre con Bélgica (31,2%), Dinamarca (28,4%) y, en menor medida, Austria (26,1%), que el fomento de la educación de niveles intermedios no tiene por qué ir en perjuicio de la educación superior.

De ahí que en el plano educativo lo verdaderamente importante sea mejorar la formación de la población con escasa o nula cualificación, de tal forma que se produzca un trasvase de efectivos de la franja baja a la intermedia. En el productivo, es importante desarrollar nuevos sectores que den cabida a esa población mejor formada, de tal forma que el problema de la sobrecualificación no se repita en esa segunda franja (y se reduzca consiguientemente también en la primera). En este sentido, no parece que tengamos un exceso de universitarios, sino un déficit de plazas o puestos de trabajo para tal nivel de cualificación. Por el contrario, sí tenemos un exceso de población poco o nada cualificada, cuya formación, es preciso mejorar.

III. VICISITUDES EN EL CONTRATO DE TRABAJO*

3.1. Introducción

Durante el año 2015 no se han producido cambios legislativos en materia de vicisitudes en el contrato de trabajo. Las mayores novedades las ha aportado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) y la doctrina judicial de la Audiencia Nacional (en adelante, AN), que han aportado claridad sobre multitud de problemas. Por destacar algunas de las cuestiones, debemos referirnos a la clarificación de las consecuencias de la constitución defectuosa de la Comisión negociadora en el marco de una modificación de condiciones sustanciales; el ámbito de cómputo que debe tenerse en cuenta para poder entender que se ha asumido una parte esencial de la plantilla de la contratista anterior; el alcance del control judicial de la causa en las decisiones extintivas tanto individuales como colectivas; qué sujetos se hallan legitimados para la impugnación de un despido colectivo; los documentos que deben aportarse en el marco de un despido colectivo; el contenido de la carta en las extinciones objetivas individuales por razones objetivas; la validez de un acuerdo de un despido

* Han colaborado en la redacción de este apartado Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Joaquim CASANOVAS SAINZ, Alfonso ESTEBAN MIGUEL, Luis GORDO GONZÁLEZ, David GUTIÉRREZ COLOMINAS (Coordinador), Remedios MENÉNDEZ CALVO, Adrián TOLODÍ SIGNES, Juan Alberto TORMOS PÉREZ, y Alicia VILLALBA SÁNCHEZ.

colectivo donde se pacta el pago fraccionado de la indemnización a cambio de una indemnización superior a la prevista legalmente; entre otras.

Así pues, este informe pretende poner de relieve las novedades más significativas a nivel judicial español, tarea que se efectúa a través de la selección de aquellos pronunciamientos de mayor relevancia jurídica en los principales ámbitos relativos a las vicisitudes en el contrato de trabajo dictados por el TS y la AN. Para ello, se ha procedido a efectuar una selección de las sentencias más relevantes, y concretamente, se han analizado un total de 42 sentencias. La estructura adoptada obedece a un esquema sistemático basado en la ordenación articulada de las materias en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, de tal suerte que el primer apartado es el relativo a reestructuraciones empresariales, que trata esencialmente sobre novedades en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (Art. 41 TRLET), y así sucesivamente.

3.2. Reestructuraciones empresariales

En materia de reestructuraciones empresariales, las aportaciones más trascendentales se centran en supuestos en los que se ha procedido a realizar una modificación sustancial, si bien algunos pronunciamientos también han tenido oportunidad de señalar cuestiones de interés respecto a otras medidas de flexibilidad interna.

La Sentencia del TS de 16 de julio de 2015 (Rec. 180/2014) aborda un conflicto colectivo surgido en el marco de la negociación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) que aglutina varias cuestiones de fondo. Por una parte, trata la defectuosa constitución de la Comisión Negociadora; la composición híbrida de la citada comisión -con representantes sindicales y comisionados *ad hoc*- no vicia el proceso de negociación en sí, como intenta alegar en sede judicial la parte demandada, conforme a la "*doctrina de los propios actos*". En segundo lugar, se denunciaba la presentación extemporánea de las cuentas anuales y la inexistencia de las cuentas consolidadas de la empresa matriz, así como de las cuentas anuales de las demás empresas del grupo societario; a juicio del TS, dado que la documentación dable por la empresa debe estar orientada a acreditar la concurrencia de la causa, la adecuación de la medida y, en su caso, a atender a la finalidad del periodo de consultas -y que, "*depende del caso concreto*", la documentación que ha de aportarse tratándose de modificación sustancial, en el supuesto examinado la obligación no comprende las cuentas consolidadas, ya que si bien se debe hacer una conceptualización de las causas en términos similares al despido colectivo, en el presente conflicto colectivo (que tuvo por origen una MSCT, cuya razón de ser está en un problema organizativo y productivo que

derivó en económico) *“debe ser menor el nivel de exigencia”*⁴⁸. Y, por último, respecto a la presunta vulneración de la buena fe negocial, la sentencia señala que el (consustancial) cambio de las posiciones de parte durante el periodo de consultas no implica la existencia de mala fe, y en tal sentido reitera en varias ocasiones que *“la obligación de negociar no comporta la de convenir”*⁴⁹.

Es paradigmático en materia de reestructuraciones empresariales el caso examinado por el TS en su sentencia de 22 de julio de 2015 (Rec. 130/2014) sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo y otras medidas de flexibilidad interna. Los demandantes reclaman la nulidad de las medidas adoptadas -entre las que se contemplaban modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, inaplicación del convenio, suspensión de contratos y reducción de jornada- por vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical en su vertiente del derecho a la negociación colectiva y del derecho a la igualdad de los sindicatos *minoritarios* demandantes reclamando la nulidad del Acuerdo suscrito entre la empresa y las organizaciones sindicales más representativas⁵⁰. Siguiendo la doctrina del Supremo sobre presencia sindical en las comisiones negociadoras del preceptivo periodo de consultas en tales supuestos de reestructuración se recoge en la sentencia que *“no puede preterirse a determinadas secciones sindicales por el hecho de que previamente hayan mantenido una actitud menos constructiva, sean minoritarias, no estén dispuestas a suscribir acuerdo alguno, posean menor implantación en el ámbito del conflicto, hayan presentado demanda de conflicto colectivo por separado, tengan la ocasión de adherirse al eventual pacto que se alcance o estemos ante un trámite no previsto expresamente en las leyes. La virtualidad de los preceptos de la Constitución y de la Ley Orgánica de Libertad Sindical que se han mencionado impide que esa actitud pueda considerarse válida”*. En síntesis, excluir de la

⁴⁸ La Sentencia de la AN de 29 de octubre de 2015 (Rec. 240/2015) versa sobre una reducción de retribuciones del personal de un grupo de empresas laborales. La Sala estima la nulidad de la modificación sustancial colectiva por aportar insuficiente documentación para justificar la causa alegada; no se aportaron las cuentas anuales de cuatro de las sociedades del grupo -entre las que se encontraba la empresa dominante - lo que era absolutamente necesario para comprobar la concurrencia de la causa económica *“que ha de referirse a la empresa, que en este caso son todas las empresas del grupo societario a efectos laborales”*.

⁴⁹ Sí se declara nula la MSCT, por haberse omitido tal negociación, en la Sentencia de la AN de 24 de julio de 2015 (Rec. 183/2015) al considerar la Sala que la decisión empresarial de modificar el horario de trabajo de forma unilateral extralimita su poder de dirección. La modificación de las condiciones de trabajo vigentes en la empresa -la alteración de la jornada intensiva de la que desde hace más de una década se beneficiaba la plantilla durante los meses de verano y todos los viernes del año, y la pérdida de la flexibilidad horaria para la entrada y salida de que disfrutaba el personal hacía cinco años - es nula cuando falta el acuerdo entre la empresa y la representación del personal. Esto es, se impone la necesidad de la negociación (de buena fe).

⁵⁰ Previo Acuerdo al procedimiento global de consultas, de acuerdo con lo establecido en los arts. 41, 47 y 83.2 ET, se hizo constar que todas las secciones sindicales *“ostentan la interlocución social con la entidad y la totalidad de la representación en los Comités de Empresa y Delegados de Personal en el grupo de empresas a efectos laborales”*.

negociación -preparatoria y previa del trámite formal (de Mediación) a diversas secciones sindicales legitimadas vulnera la libertad sindical y la buena fe negocial⁵¹.

En otro orden de cosas, cabe destacar, desde el punto de vista procesal, las Sentencias del TS de 20 de abril de 2015 (Rec. 100/2014) y de 15 de junio de 2015 (Rec. 589/2014), igualmente sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, que versan sobre competencia judicial en el primer caso, y sobre la recurribilidad del litigio en el segundo. En la Sentencia del 20 de abril se dirime la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional del conflicto colectivo surgido en una empresa establecida sólo en una Comunidad Autónoma con delegaciones internacionales; la existencia de seis trabajadores transnacionales -frente a un volumen de plantilla en España de 900- no puede alterar la competencia (judicial), puesto que las normas procesales sobre éste particular sólo serán aplicables “*en función del ámbito territorial del conflicto dentro de las fronteras españolas*”. Concluye el Supremo que no es equiparable este caso al de la empresa en la que, poseyendo centros de trabajo en varias regiones, se suscita una impugnación colectiva de la MSCT, y anulando la sentencia del Superior de Justicia, declara la competencia de la Sala de instancia. En el supuesto de 15 de junio el fallo del Tribunal Supremo admite que cabe el recurso de suplicación ex art. 138.6 LRJS ante una modificación de carácter colectivo, aunque su impugnación haya sido llevada a cabo individualmente; a juicio del TS dicho precepto -vigente al tiempo de interponerse la demanda- prevé que cabe acudir a suplicación no por la naturaleza colectiva del litigio, sino porque la decisión empresarial (de MSCT, en este caso) sea colectiva, con independencia que la medida empresarial sea demandada de manera individual o por los sujetos legitimados para combatir aquella decisión por el cauce del conflicto colectivo.

En el caso enjuiciado por la Sentencia de la AN de 27 de marzo de 2015 (Rec. 349/2014) se admite la nulidad de la modificación de condiciones reguladas en un convenio colectivo que contenía cláusula de ultraactividad tras el fin de su vigencia. Ahora bien, la peculiaridad del caso se halla en el instituto de la Litispendencia en tanto en cuanto la validación de la MSCT depende de la confirmación judicial sobre si el convenio colectivo aplicable ha perdido o no su vigencia lo que determinaría si el cauce

⁵¹ Dicha STS de 22 de julio también sienta doctrina sobre la posibilidad de impugnación de las medidas de flexibilidad aun finalizado el periodo de consultas. Si bien, asevera el Supremo que la mediación preprocesal ante el SIMA para impugnar tal decisión empresarial de llevar a cabo novaciones colectivas no comporta que se prolongue el periodo de negociación. Y como trámite obligatorio para impugnar la decisión de la empresa una vez terminada la fase de consultas, no le son aplicables las exigencias establecidas para la negociación colectiva de ésta ni las obligaciones informativas para ella requerida.

del art. 41 ET utilizado por la empresa para modificar las condiciones de trabajo era el adecuado o debió seguirse la vía del art. 82.3 ET⁵².

3.3. Transmisión de empresa

Las novedades interpretativas por parte del TS y de la AN alrededor de la aplicación del art. 44 ET han sido numerosas y significativas.

En primer lugar, la sentencia de la AN 27 de febrero de 2015 (Rec. 303/14) plantea por primera vez a nivel interno la aplicación de la doctrina de la STJUE 6 de marzo de 2014 (C-458/12), caso Amatori, y que, en síntesis, exige que, en virtud de la Directiva 2001/23, la unidad productiva preexista a la transmisión. El sindicato demandante (FES UGT) solicita que se declare la nulidad de la transmisión de empresa, producida a raíz de la venta del negocio de recobro del Banco de Sabadell a la empresa Lindorff, porque estima que la unidad productiva no preexistía a la sucesión. La AN (que cuenta con un fundamentado voto particular en contra), no obstante, desestima la pretensión del sindicato por entender precisamente lo contrario.

La sucesión de empresas en supuestos de actividades “desmaterializadas” también ha forzado a los tribunales a resolver numerosas dudas interpretativas. Así, la sentencia del TS de 27 de abril de 2015 (Rec. 348/14), que resuelve un supuesto de sucesión de contratos de servicios de soporte de los sistemas de información del Servicio Andaluz de Salud, siguiendo la doctrina del TJUE (por todas, sentencia 24 de enero de 2002, C-51/00, caso Temco), estima que se ha producido una “sucesión de plantilla” porque el activo principal transmitido fue, precisamente, la mano de obra o “capital humano” (un 80% de la plantilla del anterior), dada la escasa entidad de los elementos materiales (ordenadores, teléfonos móviles y software).

⁵² Recuerda la Magistrada Emilia Ruiz Jarabo Quemada en su Voto particular que *“el artículo 41.6ET establece que cuando se trate de modificar sustancialmente condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del propio ET, se podrá efectuar pero concurriendo acuerdo en el periodo de consultas; disponiendo el artículo 82.3 del ET el procedimiento para que las empresas puedan proceder a inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo, sea este de sector o de empresa, que afecten, entre otras materias, a la jornada de trabajo, y al horario y la distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, Sistema de remuneración y cuantía salarial, Sistema de trabajo y rendimiento, Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Para ello es necesario que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y que la Empresa siga el periodo de consultas en los términos del Art. 41.4 del ET. Si el periodo de consultas finaliza sin acuerdo, la empresa no está facultada para aplicar unilateralmente la medida, ya que el Art. 82.3ET contempla la intervención previa y sucesiva de la Comisión del Convenio, del SIMA en los procedimientos de mediación y/o arbitraje y, en última instancia, de la Comisión Nacional Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”*. En base a lo cual, disiente del acuerdo mayoritaria de la Sala de inadmitir la excepción de Litispendencia con las sentencias que habían declarado la pérdida de vigencia de los convenios en conflicto, *“dejando imprejuzgada la cuestión de fondo planteada en el presente procedimiento porque lo que se resuelva en los recursos de casación determinará esencialmente el presente litigio”*.

Siguiendo en el ámbito de la sucesión de plantillas, la sentencia del TS de 12 de marzo de 15 (Rec. 480/14) siguiendo el criterio de sus sentencias de 9 de diciembre de 2014 (Rec. 109/14); de 10 de julio de 2014 (Rec. 1051/13); de 9 de julio de 2014 (Rec. 1201/13); y de 8 de julio de 2014 (Rec. 1741/13) - ha dictaminado el ámbito de cómputo que debe tenerse en cuenta para poder entender que se ha asumido una parte esencial de la plantilla de la contratista anterior. A de la decisión de Carrefour de adjudicar una contrata de servicios auxiliares a una nueva empresa (Seguriber) que en diversos centros comerciales de la principal los mismos servicios que la anterior adjudicataria (Star Servicios Auxiliares), el TS entiende que no es la contrata es su globalidad como debe computarse el número de trabajadores asumidos, sino que debe operar en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar. Esto es a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en la que se asuma la mayor parte de la plantilla.

La determinación de las condiciones de trabajo a los trabajadores transferidos y la aplicación de los arts. 44.4, 44.9 y 41 ET también ha suscitado importantes controversias. Así, en virtud de las sentencias del TS 27 de enero de 2015 y 11 de febrero de 2015 (Rec. 3235/13 y 2613/13, respectivamente), caso OMBUDS - siguiendo el planteamiento de las sentencias del TS de 14 de mayo de 2014 (Rec. 2232/13 y 2143/13) , se ha dictaminado que un acuerdo (sobre jornada de trabajo y salario) negociado con anterioridad a la transmisión y aplicado justo después de la misma a los trabajadores transferidos no puede subsumirse en el marco del art. 44.4 ET, sino que debe calificarse como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (ex art. 41 ET) nula, porque no ha contado con la participación de sus representantes legales (pues, “Tal periodo de consultas, debiera de haberse iniciado una vez integrada la plantilla subrogada y, por tanto, con la posibilidad de que dicha plantilla estuviera representada”).

Y, en relación a los convenios colectivos en situación de ultraactividad tras la importante sentencia del TS de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 264/14) , la sentencia del TS de 6 de octubre de 2015 (Rec. 268/14) -siguiendo la doctrina de la sentencia del TJUE 11/9/14 (C-328/13), caso ÖsterreichischerGewerkschaftsbund- ha confirmando su aplicación a la entidad económica transmitida hasta que no pierda efectivamente su vigencia, o bien, entre en vigor un nuevo convenio colectivo en la cesionaria.

Finalmente, en virtud de las sentencias del TS de 23 de marzo de 2015 (Rec. 2057/14), 13 de octubre de 2015 (Rec. 2166/2014) y de 2 de noviembre de 15 (Rec. 3426/14) -rectificando la sentencia del TS de 17 de agosto de 2011 (Rec. 2502/10)-, se ha establecido como doctrina la extensión de la responsabilidad por recargo de prestaciones a la cesionaria causada con posterioridad a la transmisión. En particular, el

TS ha estimado que es de aplicación el art. 127.2 LGSS y no el art. 123.2 LGSS, porque el término “recargo” es, en este sentido, equiparable al de “prestación”; y el término “causada” al de “generada”.

3.4. La causa en las extinciones del contrato de trabajo

En materia de examen de las cuestiones suscitadas con ocasión de la causa en las extinciones del contrato de trabajo, se han dictado dos sentencias muy destacadas por el TS.

La primera de ellas es la sentencia del TS de 25 de febrero de 2015 (Rec. 74/2014), que se encarga de analizar el alcance del control judicial en el marco de los despidos colectivos. En este caso, el empresario alegó causa económica, amparándose en la existencia de pérdidas no significativas y pérdidas previsibles derivadas de la imposibilidad de renegociar un acuerdo sobre el precio de los servicios, circunstancia esta última que cambió una vez ya se efectuaron los despidos. Ante estos hechos, se plantea al Tribunal hasta donde alcanza el control de la causa alegada, y concretamente, si puede entrar a valorar la decisión empresarial a efectos de calificar los despidos efectuados. El criterio mayoritario sostenido en la sentencia se adecúa a la doctrina jurisprudencial plasmada por la Sala⁵³, es decir, que el análisis de los despidos en sede judicial significa el examen de legalidad y de razonabilidad entre causa y medidas adoptadas, sin que en ningún caso el control “[...] pueda abarcar la sustitución de la decisión empresarial por la del tribunal; ni siquiera por el hecho de que la empresa consiga renegociar el acuerdo con el cliente en términos más favorables a los que inicialmente anunciaba aquel [...]”⁵⁴. Ello supone que la decisión que toma finalmente el Tribunal sea declarar ajustado a Derecho el despido colectivo.

No obstante, se formula un voto particular por el Magistrado Jordi Agustí Julià, en el que argumenta que no concurren causas económicas ni productivas suficientes para entender que el despido debe ser calificado como procedente. Los argumentos que sostienen la tesis disidente se condensan en la escasa entidad de la disminución de ingresos económicos, que incluso llegan a registrar resultados positivos; y la variación sustancial de la entidad de la causa económico productiva para la extinción de los contratos, que sufrió una gran modificación y no se tradujo en un cambio en el número de extinciones. En este sentido, el magistrado recuerda la valoración que se efectúa en el pronunciamiento de instancia, el cual declaró que la decisión empresarial no era

⁵³ Vid. STS de 18 de febrero de 2014 (Rec. 96/2013) STS de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013) y STS de 17 de julio de 2014 (Rec. 32/2014).

⁵⁴ Vid. Apartado 5 del Fundamento de Derecho VIII.

ajustada a Derecho, y entiende que nos encontramos ante un escenario distinto al que se consideró inicialmente para extinguir los contratos de trabajo.

En segundo lugar, la sentencia del TS de 28 de abril de 2015 (Rec. 1016/2014) se pronuncia respecto a si un contrato temporal de obra o servicio determinado pactado con la Administración pública, y formalizado al amparo de una encomienda de gestión (art. 12.1 y 15 Ley 30/1992) fruto del encargo de realización del servicio por otra Administración que ostenta la titularidad de la competencia, puede extinguir el citado contrato de trabajo antes de que tal servicio se extinga. Más en particular, el Tribunal analiza si es posible la extinción por la administración encomendada a razón de la existencia de insuficiencia presupuestaria por parte de la administración encomendada.

Para resolver la cuestión, la Sala recuerda la doctrina sobre la extinción de los contratos temporales para obra o servicio adscritos a una contrata en el sector privado⁵⁵, que niega la posibilidad de que el acuerdo entre contratistas para poner fin a la contrata antes de la finalización de la obra, la decisión unilateral de la empresa o la resolución parcial del encargo de la empresa cliente pueda justificar la extinción de la relación laboral. La solución alcanzada por el Tribunal fue extrapolar dicha doctrina al supuesto que se planteaba en sede de unificación de doctrina, entendiendo que no constituye causa válida de extinción de contratos temporales por obra o servicio, por parte de la administración encomendada, la insuficiencia presupuestaria de la administración encomendada.

3.5. Procedimiento despido colectivo

En el año 2015 se han dictado varias sentencias del TS en las que se han abordado interesantes cuestiones en materia de procedimiento de despido colectivo. Por lo que respecta a la composición de la mesa negociadora, la sentencia del TS de 27 de enero de 2015 (Rec. 189/2014) contempla un caso de constitución de diferentes mesas negociadoras híbridas en empresas con empleados dispersos en varios centros de trabajo. El TS rechaza que el período de consultas se realice a través de múltiples mesas negociadoras con representación social variada según la mesa de que se trate. En el caso analizado, la mesa unas veces estaba constituida por una representación legal de trabajadores, otras por una comisión híbrida de la cual no constaba la forma de elección de sus integrantes y otras por una comisión de personas elegidas al efecto. Además, la Sentencia señala que no constaba la representatividad en dichas mesas, y que la negociación en algunas ocasiones se llevaba a cabo por centros de trabajo y en otras

⁵⁵ Vid. STS de 20 de marzo de 2015 (Rec. 699/2014). STS de 22 de septiembre de 2014 (Rec. 2689/2013), STS 17 de septiembre de 2014 (Rec. 2069/2013) y STS de 16 de julio de 2014 (Rec. 1777/2013).

por agrupaciones de centros. La consecuencia de este modo de negociar fue que las ofertas y contraofertas realizadas en la negociación en aspectos tan sensibles como el cálculo de la indemnización fueran dispares, por lo que, para el TS, la constitución aleatoria de las distintas mesas negociadoras dio lugar a una negociación distorsionada que condujo a la nulidad del despido colectivo.

Otra sentencia de interés, es la de 28 de enero de 2015 (Rec. 35/2014), que trata un complejo supuesto de legitimación para participar en la impugnación de un despido colectivo de un sindicato que ha sido llamado como “interesado”. Nos encontramos ante un supuesto en el que el sindicato CGT en su demanda llama al proceso como “interesados” a los sindicatos CCOO, UGT y CSIF. Tres sindicatos que teniendo implantación suficiente estaban legitimados para demandar pero no lo hicieron. Pues bien, el Tribunal de instancia niega las posibilidades de estos tres actores de participar en el proceso puesto que “no son demandantes ni demandados”. Por el contrario, el TS entiende que siendo interesados en el proceso y derivado del art. 7 de la CE, dichos sindicatos deben poder participar en el proceso sin embargo con limitaciones. En concreto, el Tribunal establece que la posición de los sindicatos llamados como interesados estará subordinada a la petición del demandante que los invocó en el proceso. De esta forma, aunque podrán presentar alegaciones y peticiones de prueba no podrán variar el contenido de la pretensión del demandante ni hacer modificaciones sustanciales a la demanda “pues eso no lo puede hacer ni siquiera el demandante principal (art. 85.1 *in fine* LRJS)”. En efecto, el llamamiento a sindicatos interesados se produce tras la demanda, momento en el que quedan fijadas las pretensiones y los hechos alegados -salvo hechos nuevos .

Estrechamente conectada a esta cuestión, la sentencia del TS de 21 de abril de 2015 (Rec. 311/2014) trata la legitimación para una impugnación colectiva de un despido colectivo por parte de dos de los miembros de la comisión negociadora. En este caso se trataba de una comisión “híbrida” compuesta por dos delegados de personal de una de las dos empresas sometidas al despido colectivo y tres representantes “*ad hoc*” de la otra empresa que carecía de representantes legales de los trabajadores. La sentencia, en primer lugar, estudia la legitimación de las comisiones híbridas para impugnar un despido colectivo dado que el art. 124 LRJS guarda silencio al respecto. El Tribunal afirma que existe dicha legitimación pues lo contrario impediría toda impugnación colectiva de este tipo de despidos colectivos careciendo tal solución de todo sentido. Posteriormente, el Tribunal estudia las posibilidades de impugnación individual por parte de los miembros de la comisión negociadora, concluyendo que estos carecen de legitimación individual dado que es la comisión, de forma colegiada, la que posee legitimación. Desestimando por tanto el recurso por falta de legitimación.

Continuando con los sujetos legitimados, en este caso para realizar las negociaciones durante el período de consultas, la sentencia del TS de 24 de febrero de 2015 (Rec. 165/2014) recuerda que por regla general es el comité de empresa, como representante legal y unitario de los trabajadores, el interlocutor durante el período de negociación. Ahora bien, el Tribunal recuerda que la nueva regulación del Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de que el interlocutor sean las secciones sindicales, siempre que lo acuerden y cumplan determinados requisitos de representatividad, circunstancias que no concurrían en el caso analizado. La misma Sentencia -en la que se impugnaba el despido colectivo en un Ayuntamiento- también señala que, en el ámbito de la Administración pública local y de acuerdo con la legislación básica en materia de régimen local, el Alcalde puede acordar el despido colectivo sin contar con el Pleno del Ayuntamiento. Otro aspecto en materia de procedimiento del que se ocupa la mencionada Sentencia es la buena fe negocial, respecto de la cual la Sentencia señala que no es congruente que la sección sindical -recurrente en el caso analizado- alegue mala fe negocial habiendo estado presente en el comité de empresa negociador a través de sus afiliados.

Asimismo, la sentencia del TS 25 de febrero de 2015 (Rec. 36/2014) declara la falta de legitimación de un delegado de personal para impugnar un despido colectivo en una empresa donde existen tres delegados de personal. El Tribunal establece que tanto durante el periodo de consultas como para la impugnación del despido los delegados de personal deben actuar de forma mancomunada por lo que un solo delegado no tiene legitimación activa para impugnar el despido.

En otro orden de cosas, otra sentencia destacada es la de 23 de marzo de 2015 (Rec. 287/2014), que declara que en las empresas sin representantes legales de los trabajadores no es obligatorio constituir una comisión “*ad hoc*” sino que los trabajadores también tienen la posibilidad de participar todos como interlocutores en el periodo de consultas. Esta admisión por parte del Tribunal viene matizada por el hecho de que era una empresa con reducida plantilla. Por su parte, a efectos procesales de impugnación colectiva del despido colectivo toda la plantilla de manera colegiada tendrá la legitimación activa y pasiva -en caso de que sea el empresario al que interese la declaración de procedencia del despido .

La sentencia del TS de 25 de marzo de 2015 (Rec. 295/2014) suscita varias cuestiones procedimentales relativas, entre otros, a los criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo en una base aérea norteamericana. Por lo que respecta a una supuesta discriminación por razón de nacionalidad, el TS señala que no puede apreciarse por el mero hecho de que el número de españoles afectados por el despido sea superior al de nacionales de otro Estado. La Sentencia señala que

nada impone al empleador el deber de guardar una proporción entre los nacionales de uno u otro Estado despedidos, máxime cuando el Tribunal considera que tampoco ha sido acreditada ninguna desproporción. Por lo que respecta a la determinación de los criterios de selección de los trabajadores afectados, la Sentencia rechaza que haya habido falta de concreción de los criterios, pues la empresa había realizado una evaluación de las necesidades de personal en cada área, indicando los trabajadores de los que se podía prescindir. Otra cuestión procedimental analizada es la de la negociación de buena fe durante el período de consultas, respecto de la cual el Tribunal señala que es necesario determinar si han existido o no propuestas concretas y si se han celebrado reuniones; en caso de realizarse propuestas y reuniones, como sucedía en el caso analizado, no cabe apreciar inexistencia de negociación.

La cuestión de la implantación suficiente para declarar la legitimación activa de las organizaciones sindicales en los procesos de despido colectivo, de acuerdo con el art. 124.1 LRJS, viene analizada en la sentencia del TS de 21 de octubre de 2015 (Rec. 126/2015). En ella se señala que la noción de implantación suficiente es un concepto jurídico indeterminado, el cual exige que haya una correspondencia entre el ámbito del despido colectivo y el marco de actuación de los sujetos legitimados. El Tribunal clarifica que, en el caso estudiado, no es posible inferir la implantación suficiente ni la representatividad del sindicato en la empresa, no siendo suficiente con la mera constitución de una sección sindical en la empresa.

Finalmente, debe destacarse la sentencia del TS 21 de julio de 2015 (Rec. 370/2014), que declara la incompetencia funcional del TSJ dado que no se está ante un despido colectivo sino ante un conjunto de despidos objetivos individuales. La empresa con anterioridad había iniciado un procedimiento de despido colectivo, pero queda acreditado que desistió de él de forma expresa.

3.6. Requisitos formales en la extinción del contrato de trabajo

En este ámbito, no se han dictado muchas sentencias que realicen aportaciones relevantes, dado que los años anteriores, y especialmente 2013, el TS y la AN ya ha tenido ocasión de entrar a analizar las cuestiones clave sobre los requisitos formales en el marco de extinciones del contrato de trabajo. Dicho esto, en el año 2015 han destacado como hitos jurisprudenciales tres sentencias: la Sentencia del TS de 20 de mayo de 2015 (Rec. 251/2014), la Sentencia de la AN de 26 de enero de 2015 (Rec. 205/2014) y la Sentencia de la AN de 13 de noviembre de 2015 (Rec. 257/2015).

La primera de ellas se enmarca en un procedimiento por despido colectivo por causas económicas y de producción, y se plantean dos cuestiones centrales: las consecuencias del retraso en el depósito de las cuentas auditadas y la necesidad de ir el autor de esos

informes, depositados en registro público a ratificarlos en sede judicial⁵⁶. La importancia del análisis del depósito de las cuentas anuales es capital en este caso, pues los datos económicos que justifican el despido se presentaron en el Registro Mercantil cuatro meses después del despido. El Tribunal recuerda la inexcusable necesidad de acreditar la certeza de los hechos que originan la necesidad de adoptar la medida extintiva, y en este sentido, señala como posibilidad la subsanación en juicio de esta circunstancia, por medio de prueba pericial que demostrase la realidad de la causa productora. Ahora bien, en este caso no se ratificó el informe del auditor por su autor, y en consecuencia, el Tribunal entiende que los datos económicos no han sido debida y suficientemente explicados.

El segundo pronunciamiento judicial dictado en la materia es la Sentencia de la AN de 26 de enero de 2015 (Proc. 205/2014). En ésta, se analiza qué consecuencias se producen cuando existiendo obligación de auditar las cuentas anuales, éstas se aportan sin auditar como documento justificativo de la situación económica en el marco de un despido colectivo. La AN entiende que, en estos casos, el despido merecerá la calificación de decisión injustificada, que no nulidad, al amparo del art. 4.2 RD 1483/2012. En particular, el momento temporal en el que deberá aportarse las cuentas anuales debidamente auditadas es, según el órgano jurisdiccional, desde el lapso de un mes desde que las cuentas han de formularse por el órgano de administración. Esto puede significar que no se aporten auditadas al inicio del periodo de consultas de conformidad con el art. 2 RD 1483/2012, y la importancia de este pronunciamiento es que la AN contempla este escenario sin que ello suponga la calificación de no justificada. En esta línea, se señala que se trataría de una circunstancia subsanable el día de la vista, pues es posible auditar las cuentas anuales hasta su aprobación definitiva en junta a celebrar en los seis meses del ejercicio al amparo de los arts. 164, 253 y 270 de la Ley de Sociedades de Capital.

Asimismo, esta sentencia también es relevante porque expresa, con total claridad, que los motivos que pueden dar lugar a la nulidad son los tasados en el art. 124.11 LRJS, y en consecuencia, se descartan como hechos determinantes a efectos de nulidad el abono indiscriminado de nóminas a trabajadores que prestaban trabajos efectivamente, la no propuesta de medidas de acompañamiento, el ofrecimiento de indemnizaciones superiores a las legales, el uso de videoconferencias ni grabaciones de las reuniones, el cierre unilateral del periodo de consultas cuando se agota en el plazo de 30 días fijado legalmente y la no suscripción de un convenio especial para aquellos trabajadores afectados mayores de 55 años.

⁵⁶ También es objeto de tratamiento la existencia de grupo de empresas laboral, pero la decisión no aporta nada nuevo sobre este tema.

Por último, la Sentencia de la AN de 13 de noviembre de 2015 (Rec. 257/2015) se encarga de despejar algunas dudas sobre problemas comunes en el marco de despidos colectivos.

El primero de ellos es la determinación de las consecuencias derivadas del incumplimiento de la comunicación simultánea a la autoridad laboral prevista ex art. 6.1 RD 1483/2012. Según el órgano jurisdiccional, concurrirá causa de nulidad cuando el incumplimiento impida a la Autoridad Laboral cumplir con las obligaciones del art. 6 RD 1483/2012. En este caso, se valora como cuestión sumamente relevante la hora de finalización de la reunión, que fue posterior a la hora de cierre del registro, y en consecuencia, se recibió al día siguiente sin ninguna repercusión negativa en el periodo de consultas.

Otra de la casuística que aborda la sentencia es el tratamiento de la omisión informativa y qué requisitos son necesarios para entender que la documentación complementaria es pertinente. En este sentido, la AN destaca que corresponderá acreditar la relevancia del documento a la representación legal de los trabajadores, aduciendo oportunamente las razones que justifican el acceso a la documentación solicitada; que los documentos deberán ser consultados en el domicilio de la empresa, y por último, que el empresario podrá manifestar su desacuerdo con la pertinencia del examen de la documentación complementaria. Asimismo, el tribunal señala que cuando no exista acuerdo, será el órgano judicial el encargado de dilucidar la pertinencia de los documentos, correspondiendo probar la pertinencia a la parte que reclama su examen. En cualquier caso, la declaración de pertinencia sólo provocará la nulidad del despido cuando su omisión hubiere distorsionado los fines del periodo de consultas.

Por último, la sentencia citada se encarga de arrojar luz sobre cómo deben plasmarse los criterios de selección en despidos colectivos. El tribunal recuerda que la no aportación de los criterios selectivos es causa de nulidad, pero esta obligación no exige una completa exhaustividad en los citados criterios. De hecho, la exigencia de precisarlos se suaviza cuando se pacta un sistema de extinción voluntaria, y el requisito más importante es que se pacten conforme a criterios razonados, y en cuyo caso, sólo podrían ser impugnados cuando vulnerasen derechos fundamentales. Ahora bien, este pronunciamiento judicial deja apuntado *obiter dicta* que los criterios de selección debe ostentar un mayor grado de motivación cuando la causa del despido es productiva.

3.7. Extinción del contrato por causas objetivas

En lo que concierne a las cuestiones relacionadas con la extinción del contrato por causas objetivas, las novedades han sido más bien escasas y se han centrado fundamentalmente en la acreditación de la causa justificativa.

Concretamente, el TS, en su sentencia de 12 mayo 2015 (Rec. 1731/2014), ha abordado esta problemática en el sentido de exigir que la carta en la que se comunica el despido ha de expresar la causa del mismo [art. 53.1.a) TRLET], entendiendo por “causa” los hechos que han motivado la decisión extintiva, que serán objeto de prueba en juicio y, de resultar acreditados, determinarán su procedencia. Siendo imprescindible para impugnar el despido un conocimiento “claro, suficiente e inequívoco” por parte del trabajador de los hechos que se le imputan, se consideró que una referencia genérica al contenido de un acuerdo previamente alcanzado entre la empresa y la representación legal de los trabajadores —que no acompañaba a la comunicación escrita ni era reproducido en ella— no permitía al trabajador articular su derecho de defensa frente al despido.

También se refiere a la acreditación de la causa justificativa de la extinción del contrato de trabajo basada en circunstancias objetivas de índole económica la sentencia del TS de 23 febrero 2015 (Rec. 1031/2014), que entendió que la existencia de un considerable fondo de reserva voluntaria susceptible de reparar las pérdidas de la empresa no impide la procedencia de una extinción contractual cuando existan las “pérdidas actuales o previstas” a las que alude el art. 51.1 TRLET. Ello significa interpretar que el precepto considera tales pérdidas como un síntoma suficiente de la “situación económica negativa” que atraviesa la empresa, sin que se deba tener en cuenta otros aspectos a fin de valorar la procedencia de la medida adoptada.

3.8. Otras cuestiones aplicativas de interés

En sucesivos recursos de casación, el TS ha abordado multitud de temas de variada naturaleza, algunos ya tratados en resoluciones del Alto Tribunal y otros no.

Dentro de los pronunciamientos judiciales del 2015 relativos a despidos colectivos merecen especial atención diversas sentencias sobre el pago de las indemnizaciones.

La primera sentencia es la sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (Rec. 2358/2014) que analiza la validez de un acuerdo de un despido colectivo donde se pacta el pago fraccionado de la indemnización a cambio de una indemnización superior a la prevista legalmente. El Tribunal estima que se puede convenir un fraccionamiento o aplazamiento del pago de las indemnizaciones adeudadas por las extinciones contractuales, sobre todo cuando el aplazamiento está justificado para no poner en peligro la viabilidad de la empresa. De no ser así, el derecho a la negociación colectiva, reconocido en la Constitución y regulado por el ET a efectos de los despidos colectivos, quedaría vacío de contenido. En este sentido, el Tribunal recuerda que la exigencia de simultanear la comunicación del cese con la puesta a disposición de la indemnización legal no constituye un derecho necesario absoluto, sino que admite excepciones por razones

económicas, como la falta de liquidez para atender a todos los pagos exigibles en ese momento.

En segundo lugar, la sentencia de la AN de 5 de junio de 2015 (Rec. 77/2015) enjuicia la posible aplicación retroactiva de la DA 16ª de la Ley 27/2011, que exige una aportación económica al Tesoro Público cuando se realicen despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad. La empresa demandante cuestiona la inclusión de los trabajadores despedidos en los tres años anteriores al inicio del período de consultas como se interpreta de la redacción de la norma porque supone un manifiesto atentado contra la seguridad jurídica y comporta la aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos. La sentencia asevera que la aplicación retroactiva de esta norma a las extinciones producidas con anterioridad al inicio del periodo de consultas de un despido colectivo no vulnera la seguridad jurídica de la empresa ya que, se ajusta a lo dispuesto en el art. 9.3 CE, en relación con el art. 2.3. CC, sobre la aplicación retroactiva de las leyes.

Por último, la sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (Rec. 2161/2014) se vuelve a abordar la posibilidad de que en un procedimiento de negociación de un despido colectivo se posibilite el fraccionamiento del pago de las indemnizaciones en los supuestos de falta de liquidez de la empresa y siempre que el motivo del despido colectivo esté basada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ex art 51.1 TRLET (RDL 2/2015, de 23 de octubre). Además, el TS, si bien recuerda que la cuantía mínima indemnizatoria que establece la ley no se puede rebajar por ser un mínimo legal, sí cabrá fraccionar su pago, siempre que el aplazamiento que se convenga no sea desproporcionado. Igualmente en su hilo argumental, el TS recuerda que no permitir esta posibilidad sería equivalente a vaciar de contenido al derecho a la negociación colectiva recogido en el art 37 CE y refuerza la doctrina establecida en sentencia de TS de 2 06 2014(Rec. 2534/2013) en la que se abordaba la misma problemática y en el mismo sentido.

Respecto a la problemática de los grupos de empresas, se han dictado diversos pronunciamientos judiciales relevantes durante el año 2015. No sólo se ha atendido a la delimitación del denominado grupo empresarial patológico sino al momento procesal adecuado para alegar la existencia de dicho grupo, a la constitución de la mesa negociadora, a las unidades de negociación, a la información que debe aportar el grupo de empresas o cómo afecta el deber de buena fe durante el período de consultas.

A este respecto, en primer lugar, hay que destacar las sentencias del TS de 16 de julio de 2015 (Rec. 312/2014) y de 24 de septiembre de 2015 (Rec. 309/2015) donde se analiza la doctrina actual sobre la delimitación del grupo de empresas a efectos laborales. El TS en sentencia de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012), y en sentencias

posteriores, matizó su doctrina tradicional en torno a los elementos adicionales necesarios para delimitar la responsabilidad laboral de las diversas empresas de un grupo. De esta forma, por su importancia se reproducen aquí los criterios mantenidos en la actualidad por el TS: a) *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 la presencia de elementos adicionales.* b) *Que la enumeración de los referidos elementos adicionales 1) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente a favor de varias de las empresas del grupo; 2) la confusión patrimonial; 3) la unidad de caja; 4) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5) el uso abusivo -anormal de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores. No obstante, siguiendo el análisis del Tribunal es necesario matizar sobre los elementos adicionales: 1) que no ha de considerarse propiamente adicional la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo; 2) que el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial; 3) que la confusión patrimonial no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable aunque pueda ser un indicio al efecto de la mera utilización de infraestructuras comunes; 4) que la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable»; 5) que con elemento «creación de empresa aparente» se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»; y 6) que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio determinante de solidaridad cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores.*

Siguiendo con la problemática de delimitación de las fronteras de los grupos de empresas, la sentencia del TS de 19 de mayo de 2015 (Rec. 286/2014) recuerda que es responsabilidad de los demandantes traer al proceso a quienes consideren integrantes de un grupo empresarial en el momento de presentar la demanda, no pudiendo posponer tal decisión o propuesta al momento de su ratificación o incluirlos en el trámite de conclusiones. Asimismo, determina que tramitar el periodo de consultas a través de dos comisiones negociadoras independientes, una para cada empresa afectada, no debe considerarse obrar de mala fe. Aun existiendo un grupo de empresa laboral,

recogiéndose los resultados en un solo Acta, ya que fueron los representantes legales de los trabajadores los que se negaron a negociar en una sola comisión, como pretendían las empresas y, además, se aportó la documentación pertinente y se ofrecieron medidas paliativas al despido colectivo. Otra de las conclusiones a las que llega el Tribunal en esta sentencia es que, siguiendo la doctrina de la sentencia del TS de 12 de marzo de 2014 (Rec. 673/2013), es lícito llevar a cabo un expediente colectivo de extinción mientras está aún vigente un acuerdo de suspensión temporal de la relación contractual por causas económicas y productivas, siempre y cuando, concurra una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión o si se trata de la misma causa, exista un cambio sustancial o relevante en las circunstancias que motivaron dicha suspensión.

Sobre cuestiones procesales debemos destacar una serie de pronunciamientos de enorme trascendencia.

Las sentencias del TS de 16 de junio de 2015 (Rec. 324/2015) y de la AN de 2 de enero de 2015 (Rec. 263/2014) resuelven, entre otras, importantes problemas técnicos conectados con la impugnación de un despido colectivo. En la primera sentencia la Sala se pronuncia sobre los requisitos formales para interponer un recurso de casación, manifiesta que no es suficiente que en un recurso se dé por existente la indefensión derivada de una decisión sobre la prueba propuesta adoptada por el Secretario y no por el Tribunal, sino que se debe argumentar, máxime cuando en absoluto es claro el perjuicio, real o presunto. En la segunda sentencia la Audiencia examina la caducidad para presentar una demanda de impugnación colectiva del despido colectivo y si es posible una ampliación subjetiva posterior. Por otra parte, la Audiencia considera que solamente es admisible una ampliación subjetiva de la demanda de despido, cuando se descubran posteriormente circunstancias que determinen la responsabilidad de un tercero, comenzando a correr el plazo de caducidad de veinte días desde que se lleguen a conocer los hechos en virtud de los cuales se pretenda derivar la responsabilidad del tercero como auténtico empresario del trabajador despedido.

Dentro de este grupo, la sentencia del TS de 26 de enero de 2015 (Rec. 173/2014) resuelve recurso de casación ordinario basado en motivo del art. 207 b) LRJS de 36/2011, de 10 de Octubre. La cuestión central que se discute es la competencia funcional en materia de impugnación de despido colectivo en el marco concursal. Así, a pesar de considerar la empresa recurrente, que el juez de lo mercantil debería conocer de este procedimiento por haber sido la empresa declarada en concurso de acreedores mediante auto, siendo éste anterior a la interposición de dicha demanda por despido colectivo, el TS considera que la atribución de competencia vendrá determinada por el momento de la comunicación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de

consultas, así como por la comunicación a los representantes de los trabajadores de la extinción de los contratos de trabajo posibles, debiendo ser estos actos de comunicación posteriores al auto de declaración de concurso para que fuera competente el juez mercantil y no el órgano de la jurisdicción laboral. De esta forma, se sigue el criterio general fijado por el art. 64.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como lo establecido “a contrario sensu”, por el art. 29 RD 1483/2012, de 29 de octubre.

Entre las sentencias que enjuician la eventual *vulneración de derechos fundamentales*, la única que merece especial atención es la sentencia del TS de 20 abril 2015 (Rec. 354/2014), donde se aborda, entre otras cuestiones, la nulidad del despido colectivo decidido tras el proceso de integración dirigido a la creación de un grupo de empresas. Una vez iniciado el período de consultas, fue convocada una huelga total en uno de los establecimientos fabriles pertenecientes a una de las empresas del grupo, cuyo seguimiento fue masivo. El tal sentido, la decisión de llevar a cabo un despido colectivo no pudo ser considerada como una represalia, toda vez que fue adoptada con anterioridad a la convocatoria de la huelga. No obstante, la empresa procedió a abastecer a la clientela de este establecimiento con productos elaborados en otras factorías del grupo, neutralizando así los efectos de la huelga en la negociación y debilitando la posición de la representación de los trabajadores. Considerando que los hechos expuestos constituyen una suerte de “esquirolaje interno”, el TS entendió que la decisión empresarial fue tomada “en vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas” de los trabajadores. Procede aludir al voto particular formulado a esta sentencia, donde se rebate la nulidad del despido, habida cuenta de la buena fe constatada en la negociación, siendo mínimo el resultado la injerencia empresarial.

Finalmente, también se han dictado algunas sentencias que conviene destacar aunque no tengan cabida expresamente en las cuestiones mencionadas anteriormente.

La primera de ellas es la sentencia del TS de 16 de febrero de 2015 (Rec. 3056/2013), en la que se discute la naturaleza de la compensación económica o dieta recibida con ocasión de una prestación de servicios donde existía aparente desplazamiento del trabajador para realizar su actividad, en el marco de varios contratos por obra o servicio. En ese caso, se consideró que no existía desplazamiento a centro de trabajo alguno ya que la firma del contrato tuvo lugar en diferentes centros de trabajo donde la prestación laboral se desarrolló de forma sucesiva. Así, mientras que la empresa consideraba a efectos de despido y posterior indemnización, que la compensación económica tenía naturaleza extra salarial, por englobarlo dentro del supuesto regulatorio del art. 41 TRLET (RDL 2/2015, de 23 de octubre), el TS en el presente caso considera que nos encontramos ante un complemento salarial ya que no existía, según lo mencionado, ningún tipo de desplazamiento del trabajador por

producirse una concatenación de contratos por obra y servicio modificando el centro de trabajo en cada nuevo contrato.

Conviene también traer a colación la sentencia del TS de 17 junio 2015 (Rec. 2217/2014), donde se declara la nulidad del despido de una trabajadora cesada tras haber interpuesto una reclamación previa ante la entidad de derecho público empleadora. Tras haber prestado servicios en virtud de una concatenación de contratos administrativos, e incluso sin cobertura jurídica alguna, durante ciertos períodos, la trabajadora reclama a su empleadora el reconocimiento de una relación de carácter indefinido, con anterioridad a la finalización de la última prórroga de su contrato. Lejos de constituir una actuación tendente a propiciar una declaración de nulidad, el TS consideró que la reclamación interpuesta por la trabajadora no es sino un acto previo a la acción judicial dirigida a la tutela de los derechos de la trabajadora frente a la cual la empleadora no podrá adoptar medida de represalia alguna. En el caso de autos, la empleadora no aportó una justificación objetiva y razonable de la decisión adoptada, lo que comportó la declaración de nulidad del cese por considerar que mediante el mismo fue vulnerado el derecho a la indemnidad de la trabajadora.

Asimismo, el TS, en sentencia 16 Jun. 2015 (Rec. 273/2014) en un proceso en el que se discute la existencia o no de buena fe en el periodo de negociación en el marco de un proceso de despido colectivo, nos recuerda, siguiendo ya jurisprudencia reiterada, que "(...)el mero rechazo o la no consideración durante el periodo de consultas de las propuestas que pudiera formular una u otra parte no comporta por sí solo que, por una u otra parte negociadora, se pudiera afirmar la existencia de mala fe de la parte contraria en las negociaciones (...)".

Por último, la sentencia del TS de 27 de mayo 2015 (Rec. 160/2014) aborda diversas cuestiones de interés. Aduciendo una notable disminución en la demanda de los servicios ofrecidos por la empresa, se decide adoptar un ERTE por causas económicas y organizativas. El TS desestima los tres motivos alegados en los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la AN de 5 diciembre 2013 que lo estima procedente. El primero, discute la absoluta discrecionalidad percibida en la selección de los trabajadores afectados, entendiéndose que ello vulnera el principio de igualdad. La no designación de criterio alguno cuya utilización por parte de la empresa ponga en tela de juicio el respeto de dicho principio y la no identificación de un elemento comparativo que permita detectar un trato desfavorable impide considerar vulnerado el principio de igualdad. El segundo, consiste en la realización de nuevas contrataciones por parte de la empresa, circunstancia que no sirve para rebatir la existencia de causa justificativa, habida cuenta de las diferentes funciones que ostentaban los trabajadores contratados y los trabajadores afectados por el ERTE. El tercero, estriba en la tramitación sucesiva de

distintos ERTE en varios centros de trabajo de la empresa, considerando el TS que ello no está prohibido siempre y cuando concurren causas justificativas y su tramitación no obedezca a un propósito fraudulento.

IV. DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO*

El presente apartado del Informe tiene por objetivo repasar de forma sucinta las principales novedades que a lo largo del año 2015 han aparecido en materia de derecho colectivo del trabajo. Para ello nos hemos centrado en las novedades en materia de representación legal de los trabajadores en las empresas, y en particular, en dos cuestiones especialmente controvertidas: el principio de correspondencia como límite de actuación de los representantes unitarios en empresas pluricelulares y la acumulación del crédito horario de los representantes legales de los trabajadores durante sus vacaciones. Por otra parte, nos hemos fijado en las evoluciones en materia de negociación colectiva que, un año más, siguen siendo especialmente significativas. Destacan, además de la aprobación de un nuevo ANC, los pronunciamientos judiciales en materia de ultraactividad, pero también respecto a otras cuestiones vinculadas a la legitimación para negociar y a la inaplicación de convenios.

4.1. Cuestiones en torno a la representación legal de los trabajadores

4.1.1. El principio de correspondencia como límite de actuación

En la articulación de los esquemas representativos de base electiva, el legislador parte de una concepción muy simple de empresa lo que ni en el momento de aprobación del texto estatutario ni, mucho menos, en la actualidad supone la organización empresarial tipo, no siendo capaz de dar una respuesta satisfactoria a las empresas pluricelulares. Esta disfunción se agudiza por el hecho de que la única instancia representativa de base electiva a nivel de empresa (el comité intercentros -art. 63.3 ET) se condicione a una previa regulación convencional; decisión que no sólo veda la posibilidad de constituir esta instancia en empresas regidas por convenios que no prevean su constitución sino también en aquellas otras en las que nos encontremos ante su primer convenio. Ahora bien, dada la naturaleza legal de la representación de base electiva, articulada en torno al centro de trabajo -STS 11.2.2015, Rº 2872/2013 , un representante de primer grado no está legitimado para asumir la representación de trabajadores de centros que no participaron en su elección. Abunda en esta conclusión el

* Han colaborado en la redacción de este apartado Ricardo BARONA BETANCOURT, Patricia NIETO ROJAS y Helena YSÁS MOLINERO (Coordinadora).

hecho de que cuando el legislador ha querido dar una respuesta unívoca a la ausencia de representantes unitarios en un concreto centro lo ha hecho, y así el art. 41.4 ET admite que los trabajadores mandaten a representantes de otros centros, en cuyo caso, se está irradiando la representatividad porque el propio precepto así lo permite, no pudiendo extender esta solución a la negociación colectiva ni ante a una hipotética intervención en sede judicial. En estos casos, la única solución es que asuman esta negociación las secciones sindicales representativas, esto es, las que obtengan la mayoría de representantes en la totalidad de la empresa, aunque en algunos centros no acrediten esta mayoría, pues, a diferencia de la representación de base electiva, las instancias sindicales no tienen legalmente predefinido su ámbito de actuación, siendo una decisión interna de los afiliados la opción por constituir la sección sindical a nivel de centro o de empresa. Esta última interpretación se ha visto reforzada con la STS 18.7.2014 (Rº 91/2013), la cual considera que es una decisión sindical la de optar por el centro o la empresa en lo que hace a la designación de delegados ex art. 10 LOLS.

De la argumentación anterior se puede deducir que el problema se plantea cuando no todos los centros cuentan con representación estatutaria y no se ha constituido el comité intercentros SSTS 7.3.2012 (Rº 37/2011), 30.09.2008 (Rº 90/2007) , dado que un representante de primer grado sólo puede asumir la negociación de un convenio que afecte a dicho ámbito, no pudiendo negociar un convenio de empresa que afecte a otros centros de trabajo-entre otras muchas, SSAN 24.4.2013 (Proc. 79/2013), 17.7.2013 (Proc. 224/2013), 11.9.2013 (Proc. 219/2013), 16.9.2013 (Proc. 314/2013), 13.11.2013 (Proc. 424/2013), 29.1.2014 (Proc. 431/2013), 10.2.2014 (Proc. 449/2013), 17.2.2014 (Proc. 20/2014), 3.7.2014 (Proc. 58/2014), 28.3.2014 (Proc. 31/2014), o la más reciente SAN 9.3.2015 (Proc.2/2015) . O, dicho de otro modo, si hay varios centros de trabajo, los comités o delegados de personal estarán legitimados para negociar los convenios del centro o centro donde fueron elegidos pero no estarán legitimados para negociar convenios de empresa que vinculen a trabajadores de centros de trabajo que no participaron en su elección, conforme al principio de correspondencia.

4.1.2. Los permisos retribuidos de los representantes legales. Acumulación del crédito horario en vacaciones

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo (STS 23.3.2015) asume una interpretación restrictiva en relación al cómputo de los permisos retribuidos previstos para el ejercicio de funciones representativas, entendiendo que el crédito horario reconocido legalmente tiene carácter mensual y solo se genera “durante los once meses de actividad laboral, sin que se extienda a las vacaciones, pues así lo impone la

regulación estatutaria y la naturaleza jurídica del crédito como exención retribuida del trabajo”.

Para alcanzar esta conclusión, el Alto Tribunal parte la naturaleza del crédito como un permiso retribuido y entendiéndolo como tal, el mismo “está indefectiblemente ligado a la actividad laboral, pues en elementales términos lógicos el “permiso” [crédito horario] no es concebible sino como exención al cumplimiento de una obligación previa [actividad laboral]”; razón esta que fundamenta el fallo de la sentencia que pasa por rechazar el recurso de casación interpuesto y confirmar íntegramente la sentencia recurrida que reconocía el derecho de acumulación del crédito pero multiplicando el número de horas por once meses, no por doce.

A la sentencia le acompaña un Voto Particular formulado por la Excm. Sra. D^a María Lourdes Arastey Sahun, al que se adhieren cinco magistrados, que discrepa del fallo adoptado en el Pleno y que señala que “debe recordarse que el propio art. 68 ET permite la acumulación de las horas de la garantía horaria, cuando así lo disponga el convenio colectivo. Y esto es lo que, precisamente, expresa el texto convencional que es de aplicación en este caso, cuyo art. 63 no solo regula una acumulación “personal”, es decir, en uno o varios de los representantes, sino también “temporal”. Literalmente indica la clausula convencional controvertida que “la reserva de horas legalmente establecida será computada anualmente”, para pasar a combinar esa acumulación temporal con la personal, de suerte que las horas pueden acumularse en uno o varios de los representantes en cómputo anual”. Esta interpretación es, a nuestro juicio, mucho más consistente jurídicamente, pues la misma “pone en evidencia la irrelevancia de la situación personal de los representantes respecto de su descanso anual por vacaciones y, en suma, la necesidad de interpretar el cómputo anual como la suma de doce mensualidades, con independencia de la real y efectiva posibilidad de utilización de las horas de garantía en un momento concreto en que el sindicato carezca de delegado sindical en activo”.

Es más, de mantenerse la tesis restrictiva asumida por el Tribunal Supremo pudiésemos conocer una situación ciertamente singular, cual es que una sección sindical siempre podría, haciendo uso de la facultad de auto organización que asiste a los sindicatos, designar en el mes de inactividad del delegado a otro afiliado, siendo este el titular del crédito durante dicho mes; sustitución que, en ningún caso, podrá efectuar la representación de base electiva, creando una disparidad de trato entre ambas representaciones que todos los textos legales tratan de evitar.

En evitación de que ello ocurra, parece que la tesis más acorde con la intencionalidad legal es la de sostener que el crédito es un derecho que no se interrumpe en vacaciones, de modo que si el convenio aplicable admite la acumulación, esta debe calcularse

tomando como cómputo los doce meses. Sin embargo, esta interpretación no es la dominante como lamentablemente evidencia la recentísima SAN 3.12.2015 (Proc. 287/2015) que resuelve un conflicto colectivo planteado por varios sindicatos de la empresa SITEL en el que instan a la declaración de nulidad de la decisión empresarial adoptada de forma unilateral consistente en proceder al cálculo de las horas sindicales, computando once meses en vez de doce como había hecho hasta este momento, y basando dicha modificación en la STS referida.

La AN acoge esta doctrina jurisprudencial, recordando que “es imposible disfrutar de un permiso cuando no se está trabajando. Por consiguiente, si el representante unitario o sindical dispone de un crédito horario, cuya naturaleza es propia de un permiso retribuido, incompatible con el disfrute de vacaciones anuales, se hace absolutamente evidente que no puede ceder dicho crédito a la bolsa de crédito, por cuanto dicho crédito no estuvo nunca en el patrimonio de dichos representantes”. Sentado lo anterior, como la empresa demandada pacíficamente admitía que el cálculo se efectuase tomando como base doce meses, y no once, esta decisión voluntariamente adoptada por la empresa lleva a la AN a plantearse si, en tal caso, “la empresa demandada puede quebrar unilateralmente dicha práctica”, sosteniendo que ello no es posible, basando dicha fallo en la siguiente argumentación:

Como quiera que el cálculo de horas multiplicando por doce y no por once meses no tiene ni base ni legal ni convencional, dicha fórmula de cálculo “se ha incorporado pacíficamente en los contratos de los trabajadores, quienes son los destinatarios finales de la mejora de derechos de sus representantes”, no pudiendo suprimir unilateralmente este derecho sin quebrar lo dispuesto en el art. 1256 CC.

4.2. Cuestiones en torno a la negociación colectiva

4.2.1. El ANC 2015 2017

En cuanto a la negociación colectiva, cabe reseñar la ausencia de reformas legislativas a lo largo del año 2015. Sin embargo, debe destacarse la recuperación del diálogo social bipartito entre sindicatos y asociaciones empresariales, plasmado en la firma del III Acuerdo Para El Empleo Y La Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 por parte de los sindicatos y las organizaciones empresariales más representativas. La recuperación del diálogo social bipartito no ha ido acompañada de gestos de recuperación del diálogo tripartito, que se mantiene congelado desde el inicio de la crisis. El ANC se firma en un contexto que los negociadores definen como de recuperación de la actividad pero con un crecimiento limitado y con factores de vulnerabilidad de la economía. Los negociadores del ANC 2015 2017 afirman querer persistir en los objetivos

de los acuerdos anteriores e incorporar algunos nuevos: las materias sobre las que el Acuerdo contiene previsiones son: empleo y contratación, especialmente la contratación de jóvenes; formación y cualificación profesional; procesos de reestructuración; derechos de información y consulta; igualdad de trato y oportunidades -especialmente respecto a la igualdad de género y a las personas con discapacidad ; seguridad y salud en el trabajo; estructura salarial y determinación de incrementos salariales; información a los representantes de los trabajadores; previsión social complementaria; instrumentos de flexibilidad de las condiciones de trabajo; clasificación profesional y movilidad funcional; ordenación del tiempo de trabajo; inaplicación de convenios respecto a determinadas condiciones de trabajo; teletrabajo; incapacidad temporal; absentismo; ultraactividad; elementos del proceso negociador; y sistemas autónomos de solución de conflictos.

4.2.2. Novedades jurisprudenciales. Especialmente en materia de ultraactividad

Más allá del mencionado ANC, las novedades que se han producido en 2015 en materia de negociación colectiva se centran en las aportaciones de los tribunales. En este sentido debe destacarse la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2015 (Rec. num. 5610/2012), que confirma la constitucionalidad de la reforma laboral aprobada por la Ley 3/2012. El TC reitera los argumentos utilizados en la STC 119/2014, de 16 de julio: no vulneración del derecho de negociación colectiva ni del derecho a la libertad sindical, validez del despido colectivo y validez y constitucionalidad de la supresión de la posibilidad de acordar en convenios cláusulas de jubilación forzosa. A su vez, de las sentencias del TC se derivan las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (STS 2184/2015 y STS 2185/2015 de 19/5/2015; Rec 626/2012 y 534/2012), que desestiman los recursos interpuestos contra el RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en atención a que los problemas de constitucionalidad sobre los que se basaban las demandas han sido ya resueltos por el TC.

Pero sin duda 2015 se ha seguido caracterizando en materia de negociación colectiva por los abundantes pronunciamientos judiciales en materia de ultraactividad de los convenios colectivos. Muchos de tales pronunciamientos, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo -también los TSJ se han resuelto conflictos sobre la materia reiteran la doctrina establecida por la AN desde 2013 y que declara la vigencia de los convenios negociados con anterioridad a la reforma de 2012 y que establecían cláusulas de ultraactividad hasta la entrada en vigor del nuevo convenio, aunque la denuncia haya sido posterior a la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico de la ultraactividad (SSTS de 17 de marzo -Rec. 233/2013 , 2 y 7 de julio -Rec. 1699/2013 y 193/2014 y 11 de noviembre de 2015; SSAN de 16 y 27 de febrero de 2015 -Rec. 228/2014 y 336/2014).

Por otra parte, los tribunales han examinado otras cuestiones relacionadas con la ultraactividad. En este sentido la AN declara no ajustada a derecho la aplicación parcial por parte de una empresa de un convenio decaído (SAN de 27 de marzo de 2015, Rec. 349/2014). Asimismo, en sintonía con la STS de 22 de diciembre de 2014, la AN declara la contractualización de condiciones salariales establecidas en el convenio decaído (SAN de 4 de mayo de 2015 -Rec. 50/2015). Por su parte el TS entiende, en sentencia de 15 de septiembre de 2015 (Rec. 252/2014), que la comunicación de una asociación empresarial a sus asociados en la que sostiene la finalización de la ultraactividad de un convenio colectivo no puede ser objeto de impugnación por vía judicial. Finalmente, el TS declara la no aplicación del régimen de ultraactividad a un convenio colectivo extraestatutario (STS de 6 de mayo de 2015, Rec.167/2014).

Al margen de las sentencias en materia de ultraactividad, a lo largo de 2015 se han producido también algunos pronunciamientos judiciales de interés en materias relacionadas con la negociación colectiva. Es el caso de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS de 3/2/2015; Rec 64/2014), que determina que la comisión paritaria del convenio colectivo no puede tener funciones negociadoras, especialmente si las representaciones sindicales que suscribieron el convenio no están presentes en la misma.

También se ha pronunciado el Tribunal Supremo a lo largo de 2015 en materia de legitimación para negociar (SSTS de 15 y de 24 de septiembre; Rec. 308/2014, Rec. 54/2014), en particular, sobre los sujetos legitimados cuando se plantea la modificación de un convenio de empresa. Resuelve el Tribunal que estarán legitimados quienes sean representantes de los trabajadores en el momento en que tenga lugar la nueva negociación y no quienes lo eran en el momento de la negociación del convenio.

Finalmente, deben destacarse también las sentencias pronunciadas en materia de inaplicación de convenios colectivos. Destacan hasta cuatro sentencias del TS, referentes a las empresas Unipost -sentencia de 23 de septiembre, Rec. 314/2014 (confirma la Decisión dictada por la CCNCC), Air Europa -sentencia de 15 de septiembre, Rec. 218/2014 (anula la decisión de la CCNCL, en base a la no posibilidad de abrir nuevos procedimientos de descuelgue posteriores a otros no consumados si no median nuevas causas o nuevas propuestas de inaplicación), Air Nostrum -sentencia de 15 de julio, Rec. 212/2013 (el TS entiende que no ha existido vulneración del deber de buena fe por la parte empresarial en procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo) y Ariete Seguridad -sentencia de 7 de julio (el TS declara la irretroactividad de los acuerdos de inaplicación, Rec.206/2014).

4.3. El derecho de huelga

La Constitución reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, pero, permite al legislador que regule el ejercicio de este derecho para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Adicionalmente, este derecho fue regulado en el decreto 17 de 1977. En definitiva, en la materia no tenemos novedades legislativas en el año 2015. Sin embargo, en materia jurisprudencial tenemos las siguientes decisiones más relevantes en el año 2015:

En primer lugar, podemos indicar que el principio de proporcionalidad se ha convertido en canon constitucional para el control constitucional de las limitaciones y restricciones del derecho de huelga. Por ello, los Tribunales deben ponderar la razonabilidad de la medida, cuando se encuentran en juego derechos recogidos en la Constitución, cuando colisionar derecho como el de libertad de empresa, el derecho de huelga y el derecho al trabajo de los empleados que no siguen la huelga, así como de los no afectados por las medidas extintivas, dado que el despido colectivo no persigue la destrucción de empleo "per se", sino el mantenimiento estable del mayor número de puestos de trabajo a cambio de sacrificio de otros. Por ejemplo, el Tribunal Supremo Sala de lo Social⁵⁷ confirmó la nulidad del despido colectivo del Grupo Coca Cola, declarada previamente por la Audiencia Nacional, por vulneración del derecho de huelga. Los magistrados entendieron que, durante la huelga convocada en protesta por el cierre del centro de Fuenlabrada (Madrid), la empresa sustituyó la producción que esta planta había dejado de realizar por la de otras embotelladoras del grupo, perjudicando el adecuado desarrollo del periodo de consultas. La Sala de lo Social resolvió también que en los despidos colectivos declarados nulos la condena a readmisión debe llevar unida la condena al abono de los salarios de tramitación.

De otro lado, en materia de servicios de urgencias hospitalarias y extrahospitalarias durante el desarrollo de una huelga, podemos revisar la decisión del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso⁵⁸ relacionada con el Sindicato Médico Profesional de Asturias (SIMPA). En primer lugar, proceso de instancia fue iniciado por el Sindicato, mediante un recurso contencioso administrativo dirigido contra la resolución de la Consejería de Sanidad del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, de fecha 2 de noviembre de 2012. Esta resolución, en relación con la huelga convocada, en el ámbito de Atención Primaria y de Atención Especializada de Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, que se desarrollaría, en jornada de 24 horas, los días 6,7,9,12,14,16,19,21,23,26,28 y 30 de noviembre de 2012, estableció los servicios mínimos. Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias

⁵⁷ Fecha Sentencia: 20/04/2015, Recurso Número: CASACION 354/2014.

⁵⁸ Fecha Sentencia: 28/05/2015, Recurso Número: CASACION 1148/2014.

estimó el recurso contencioso administrativo y anuló la Orden recurrida; por ello, se presentó el recurso de casación. Finalmente, el Tribunal Supremo indicó que no había lugar al recurso presentado por el Principado de Asturias, porque, la Administración no ofreció concretos datos de hecho, contrastados con pruebas objetivas (como pueden ser antecedentes o estudios estadísticos), que demuestren, ese aumento de usuarios de los servicios de urgencias en situaciones de huelga en otros servicios sanitarios que es aducido; y, por tanto, no aportó los elementos de hecho que son inexcusables para poder ponderar si las necesidades a cuya atención van dirigidos los servicios mínimos guardan una debida proporcionalidad en relación con el sacrificio total del derecho de huelga que se impone a los trabajadores que han de permanecer activos en los servicios médicos.

Así mismo, el Tribunal Supremo Sala de lo Social⁵⁹ en el caso de la Confederación General del Trabajo de la Empresa Rotoencuadernación y logística S.L. sobre despido colectivo, indicó que huelga está reconocida como un derecho subjetivo de carácter fundamental a favor de los trabajadores precisamente para poder presionar a los empresarios en la obtención de sus intereses. En tal sentido, y por su condición de derecho fundamental, las únicas huelgas que en principio tienen la condición de ilícitas y abusivas por presunción legal, son las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, y las de celo o reglamento, con la consecuencia de que en todas las demás debe presumirse su validez y, sin que pueda excluirse que las circunstancias concurrentes la conviertan en abusiva, corresponde la prueba del abuso de derecho a quien interese. Adicionalmente, al valorar el Tribunal la totalidad de la prueba practicada, llega a la conclusión de que el despido de la totalidad de la plantilla, cuyos trámites se iniciaron el 21 de enero de 2013 y finalizaron con el efectivo despido comunicado el 11 de febrero siguiente, se produjo como reacción represiva a la huelga, preavisada el 27 de diciembre de 2012 e iniciada el día 2 de enero siguiente, es decir, el día inmediatamente anterior a la comunicación extintiva.

De forma similar, Tribunal Supremo Sala de lo Social⁶⁰ revisó el caso del Comité de Huelga de la Sección Sindical del Sindicato Unitario de Huelva en el ayuntamiento de Aljaraque, se encontró que este comité estaba compuesto por catorce miembros, de los cuales, nueve resultaron afectados por el despido colectivo y cinco de ellos, no vieron extinguidos sus contratos de trabajo. Sin embargo, el Tribunal no realizó protección alguna por lo siguiente: "...En efecto, como destaca la sentencia impugnada y, en

⁵⁹ Fecha Sentencia: 24/02/2015, Recurso Número: CASACION 1439/2015.

⁶⁰ Fecha Sentencia: 24/02/2015, Recurso Número: CASACION 852/2015

especial, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, el Ayuntamiento presentó al inicio del periodo de consultas la lista nominativa de los trabajadores afectados, lista que se modificó en virtud de la aplicación de los criterios acordados con el Comité de Empresa, por lo que la alegada animadversión del Ayuntamiento hacia los afiliados al Sindicato Unitario queda desvirtuada al desconocer su afiliación; además, en cuanto a la alegada vulneración del derecho de huelga, aunque fueran despedidos nueve de los catorce miembros del Comité de huelga, integrado por afiliados y vinculados al Sindicato Unitario, la Sala de instancia recoge, en el indicados HP 18, 19 y 20, los puestos de trabajo y las razones por las que fueron incluidos en la lista de afectados por el despido, al menos de siete de ellos, evidenciándose que su inclusión responde a la aplicación de los criterios acordados en la negociación y a la reorganización de los servicios llevada a cabo...”.

Finalmente, el Tribunal Supremo Sala de lo Social⁶¹ al revisar el caso del Grupo Prisa manifestó que hubo vulneración al derecho de huelga y de libertad sindical, por el hecho de que durante los días de huelga en la empresa PRESSPRINT los diarios se imprimieran en otras empresas del Grupo y se distribuyeran con normalidad. En definitiva, la doctrina que, con carácter general, formula el Tribunal es la siguiente: No sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro. Por lo tanto, también se vulnera el derecho de huelga cuando se utilizan medios mecánicos o tecnológicos para sustituir la actividad que correspondía realizar a los trabajadores huelguistas.

⁶¹ Fecha Sentencia: 11/02/2015, Recurso Número: CASACION 1217/2015.

5. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD*

5.1. Evolución jurisprudencial

El análisis de la jurisprudencia del año 2015 en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, a pesar del camino que aún queda por recorrer hasta alcanzar la corresponsabilidad, arroja una evolución positiva y protectora ante las actuaciones empresariales, que se ve reflejada en las sentencias que se indican a continuación.

El Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 14 de enero de 2015⁶² examina el caso de una trabajadora que, tras la maternidad, solicita una excedencia “por asuntos personales” y al pedir la reincorporación le es denegada al habersele reconocido una excedencia voluntaria y no existir vacantes de su categoría profesional. Entiende el tribunal, sin embargo, que aunque el comportamiento de la actora fue equívoco al solicitar la excedencia, bien por precipitación o por falta de asesoramiento al carecer del mínimo exigible de precisión, ello no puede erigirse en pretexto para no reconocer derechos de inequívoca transcendencia constitucional. Es por ello que, ateniéndonos a la prevalencia por encima de cualquier otra consideración de las normas que aseguran la protección de la familia y de la infancia, debe entenderse que la intención de la actora fue solicitar una excedencia por cuidado de menor al reunir los requisitos necesarios para ella. Este derecho subjetivo, de carácter necesario y por tanto irrenunciable (art. 3.5 TRET), debe prevalecer sobre cualquier error o equívoco de signo formal. También respecto a la excedencia, nos recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 23 de octubre de 2015⁶³ que el no cumplimiento de los requisitos legales impide, lógicamente, el disfrute de los derechos conciliatorios. Es este el caso del cuidado de un hijo de cinco años no enfermo, que no encaja ni en el párrafo 1º del art. 46 (excedencia por cuidado de hijos) ni en el párrafo 2º (excedencia por cuidado de familiares) que está previsto para los supuestos de enfermedad o cuidado de familiares en los grados de afinidad o consanguinidad señalados.

* Han colaborado en la redacción de este apartado Vanessa CORDERO GORDILLO, Djamil Tony KAHALE CARRILLO (Coordinador), M^a Isabel RIBES MORENO, Emma RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Mariola SERRANO ARGUESO, y Teresa VELASCO PORTERO.

⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, nº 7/2015, de 14 de enero, JUR/2015/250273.

⁶³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, nº 730/2015, de 23 de octubre, JUR/2015/258295.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de junio de 2015⁶⁴, que se pronuncia sobre la compatibilidad de trabajar durante la situación de excedencia por cuidado de hijos, siguiendo la estela marcada ya por la jurisprudencia anterior entiende que, siendo el trabajo desempeñado durante la excedencia más conciliatorio que aquél para el que se ha solicitado la misma, no existe transgresión de la buena fe contractual y el despido efectuado ha de considerarse nulo. Lo cierto es que, pesar del avance en materia de conciliación, sigue siendo práctica habitual de la empresa el despido de trabajadoras en disfrute de derechos de conciliación⁶⁵.

La reducción de jornada por cuidado de familiares es examinada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 1 de julio de 2015⁶⁶ ante la negativa de la empresa a aceptar la solicitud de un trabajador para el cuidado de su suegra de 89 años que por razones de edad no puede valerse por sí misma. La empresa, además de la acreditación de la necesidad de cuidado requerida por el art. 37.5 TRET exige al trabajador acreditar que va a ser él quién va a hacerse cargo del cuidado de esa persona y que su esposa se encuentra desempeñando actividad laboral en el momento actual, documentación no presentada por el demandante y motivadora de la denegación de la excedencia por parte de la empresa. La solicitud de dicha documentación es del todo improcedente para la concesión o no de la excedencia puesto que es un derecho neutro no supeditado a que la mujer del demandante pueda o no ocuparse del cuidado de su madre. Así lo entiende también el tribunal al considerar que se acreditan todos los requisitos exigibles por el TRET y, en concreto, que la invalidez personal requerida por la norma mediante Resolución de situación de dependencia, grado II, nivel 1 (dependencia severa) implica la necesidad de ayuda para tareas básicas de la vida diaria, dos o tres veces al día, sin apoyo permanente, lo cual puede quedar cubierto, con la ayuda que puede ofrecer el demandante a su suegra en virtud de la reducción de jornada interesada. En cuestiones de organización empresarial y conciliación, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en sentencia de 23 de abril de 2015⁶⁷ desestima la solicitud de cambio de turno de trabajo de un trabajador con el hijo de su

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, nº 1787/2015, de 25 de junio, AS/2015/1581.

⁶⁵ Declaran, en este sentido, la nulidad del despido efectuado por la empresa: la Sentencia del Tribunal Supremo, sala de los social, sección 1ª, de 20 de enero de 2015, RJ/2015/222; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, nº 45/2015, de 9 de enero, AS/2015/836; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, nº 1240/2015, de 7 de mayo, JUR/2015/188327; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, nº 1403/2015, de 14 de julio, JUR/2015/211360;

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, nº 429/2015, de 1 de julio, JUR/2015/180304.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, nº 472/2015, de 23 de abril, AS/2015/870.

pareja de hecho, cuya patria potestad la ostentan los padres biológicos. A pesar de que este supuesto también merece amparo desde el punto de vista de la conciliación, entiende el tribunal que tienen mejor derecho a obtener el cambio de turno las otras compañeras de trabajo con menos antigüedad en la empresa pero con hijos biológicos menores a su cargo.

El TS, en sentencia de 27 de mayo de 2015⁶⁸, entiende que constituye una vulneración del derecho fundamental a igualdad y no discriminación, la exclusión, como jornadas productivas a efectos del abono de la retribución variable extra convenio, del descanso obligatorio para las mujeres de seis semanas inmediatamente posteriores al nacimiento de un hijo, debido a la exigencia de presencia efectiva. Se falla, así pues, a favor del derecho de las trabajadoras a la percepción íntegra de dicha retribución.

5.2. El tratamiento de la igualdad en la negociación colectiva

5.2.1. Introducción

El art. 85 ET establece que, en la negociación colectiva, existe en todo caso el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad. Sin embargo, la realidad es que este tema no siempre se aborda en la negociación colectiva, siendo muy abundantes los convenios que se quedan en la simple inclusión de cláusulas generales de compromiso de igualdad y prohibición de discriminaciones y regulación de permisos por motivos familiares. En todo caso, es muy difícil hacer un resumen de lo que ha ocurrido este año en un campo tan amplio, variado y casuístico como son los convenios colectivos vigentes en nuestro país, por lo que nos limitaremos a señalar los aspectos relacionados con la igualdad que nos parecen más significativos haber sufrido alguna modificación legal reciente.

5.2.2. La distribución irregular de la jornada

La posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, que inicialmente estaba reservada a la negociación colectiva o al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, fue extendida por la reforma laboral de 2012⁶⁹ a la voluntad unilateral del empresario, con unos límites que han sido objeto de ampliación por el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, sección 1º, de 27 de mayo de 2015, RJ/2015/3148.

⁶⁹ RDL. 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

empleabilidad de los trabajadores. Así, según la nueva redacción del art. 34.2 ET, en defecto de pacto el empresario puede distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo, respetando los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley, teniendo derecho el trabajador a conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo. Además, el RDL 16/2013 amplió todavía más la flexibilidad, al posibilitar que las diferencias de jornada, por exceso o por defecto, se compensen en el año siguiente al momento en que se produzcan⁷⁰. La nueva regulación legal ha tenido repercusión en la regulación convencional de la jornada irregular, como era previsible. La mayoría de los convenios reiteran el derecho del empresario a distribuir irregularmente una parte de la jornada, sin necesidad de llegar a un acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Lo más habitual es que ese porcentaje coincida con el 10% previsto en el ET, aunque también hay casos en que es más e incluso menos (máximo de 5% de la jornada, del 8% de la jornada anual, hasta cien horas por trabajador y año...). En ocasiones, el convenio se limita a fijar los límites diarios o semanales y los descansos que en todo caso hay que respetar, pero sin establecer un límite de horas anuales ni de porcentaje con respecto a la jornada. Algunos convenios siguen exigiendo que el establecimiento de jornada irregular sea negociado con la representación legal de los trabajadores y otros establecen un sistema mixto, de manera que en primera instancia optan por la negociación pero, en caso de no llegar a un acuerdo, el empresario podría hacer uso de la facultad que le otorga el 34.2. ET de distribuir irregularmente el 10% de la jornada. También es relativamente frecuente que el convenio regule un plazo de preaviso inferior al previsto en el art. 34.2 ET. Se trata de una cuestión conflictiva, máxime después de la STS de 16 abril 2014, Rec. n.º 183/2013, según la cual dicho plazo constituye una norma de derecho necesario, aún en el supuesto de que la empresa y los representantes de los trabajadores acuerden reducir el porcentaje de un 10% establecido en dicho precepto. En cuanto a la posibilidad introducida por el RDL 16/2013 de que el empresario compense los excesos de jornada en los doce meses siguientes a que se produzcan, algún convenio ya contenía anteriormente cláusulas en este sentido. Sin embargo, lo más habitual es que se fijen periodos de recuperación más cortos, de dos meses, cuatro meses o seis meses.

5.2.3. *La reducción de jornada por motivos familiares, su concreción horaria y el preaviso*

⁷⁰“En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan”.

En este tema ha habido dos reformas recientes. Por una parte la ampliación por el RDL 16/2013 del límite de edad del menor que da derecho a la reducción (ahora menores de doce años), que ha sido recogida por lo convenios posteriores a partir de 2014. Por otra, la posibilidad que introdujo la reforma de 2012 de que los convenios colectivos establezcan fórmulas de concreción en atención tanto a los derechos de conciliación como a las necesidades productivas de la empresa. Algunos convenios han hecho uso de la autorización del nuevo 37 ET, estableciendo pautas para el horario de los trabajadores con jornada reducida u obligando a que coincida con el inicio o el fin de la jornada. Otro tipo de fórmulas utilizadas no exigen que la jornada reducida sea la ordinaria del trabajador, pero sí que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute se hagan “dentro de la estructura horaria de la compañía”.

Algunos convenios regulan el procedimiento para solicitar la reducción, normalmente consistente en una tramitación ante la Comisión de Igualdad, exigiendo resolución motivada e incluso concediendo alternativas. Algunos convenios tienen algunas peculiaridades, como señalar que aunque la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute corresponden al trabajador, éste “intentará adaptar su derecho a las necesidades del centro de trabajo”. Otras veces se hace remisión a posibles reglas de concreción fijadas en acuerdos de empresa. En algún caso se relativiza la obligación de que la reducción se haga con respecto a la “jornada ordinaria”, o bien se establece qué se entiende por jornada ordinaria, considerando por ejemplo que se refiere a “distribución en días y horas planificada en los cuadros horarios en vigor”.

5.2.4. *Otros temas*

Al margen de ello, la negociación sigue adoleciendo de una escasa atención a los temas de igualdad, que cuando se regula se centra mucho en igualdad entre mujeres y hombres (las referencias a otros motivos de discriminación son una absoluta excepción), y dentro de esto en temas de conciliación de vida familiar y laboral que en muchos casos repiten las previsiones legales.

5.3. Últimos pronunciamientos sobre maternidad y lactancia

Durante el año 2015 no cabe reseñar ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional relacionado con la maternidad ni con la lactancia; no obstante, pueden destacarse algunas sentencias del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia de interés en la materia que nos ocupa.

Por lo que respecta al Tribunal Supremo, la primera sentencia destacable es la STS de 27 de mayo de 2015 (Recurso de casación nº 103/2014) la cual enjuicia la existencia de una posible discriminación por razón de sexo en una práctica empresarial consistente en considerar las seis semanas de descanso obligatorio por maternidad, como ausencias o permisos retribuidos a los efectos del cobro de bonificaciones o remuneraciones variables. En concreto, la empresa estableció una retribución variable extra convenio para cuyo devengo se exigía presencia efectiva de los trabajadores, influyendo, entre otras circunstancias, las ausencias autorizadas (excepto vacaciones) de más de treinta días naturales en el año. Partiendo de la consolidada doctrina relativa a que las facultades de dirección y organización del empresario no legitiman el establecimiento de diferencias de trato que impliquen una discriminación, el Tribunal Supremo entiende que dicha práctica entraña un trato discriminatorio por cuanto son exclusivamente las mujeres quienes pueden disfrutar de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, exigiéndose a éstas un esfuerzo suplementario para alcanzar el 100% de la bonificación correspondiente.

La STS de 31 de marzo de 2015 (Recurso de casación para unificación de doctrina nº 1505/2014) se refiere a los supuestos de nulidad enumerados en el art. 55.5 ET en relación con los despidos por causas objetivas. El supuesto sometido a enjuiciamiento versaba sobre el despido objetivo fundado en el art. 52.c) ET de una trabajadora que se había reincorporado al trabajo tras el disfrute de una suspensión por maternidad, sin que hubieran transcurrido nueve meses desde el nacimiento, en el cual el empresario no había puesto a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita. El Tribunal Supremo entiende que la especial protección que la ley dispensa en los supuestos de despido disciplinario se extiende en términos idénticos a las extinciones por causas objetivas y, en consecuencia, cuando no sea posible declarar la procedencia del despido, ya sea por incumplimiento de requisitos formales, como acontece en el caso, o por falta de acreditación de la causa indicada en la comunicación escrita, la consecuencia que se impone es la declaración de nulidad.

En el ámbito de la protección social y, en concreto, en relación con la prestación por maternidad, la sentencia más relevante es la STS de 10 de febrero de 2015 (Recurso de casación para unificación de doctrina nº 25/2014) relativa a la consideración como situación asimilada al alta a efectos de la citada prestación, la situación de excedencia para cuidado de hijo, compatibilizada con una actividad profesional durante la misma. El supuesto de hecho se refiere a una trabajadora que había solicitado una excedencia por cuidado de hijo, había causado alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos para ejercer una actividad profesional cuyas características le

permitían conciliar con el cuidado del menor. Durante dicho periodo, nace un nuevo hijo y solicita la correspondiente prestación por maternidad que es concedida por la entidad gestora en el RETA pero denegada en el Régimen General por no encontrarse en alta ni en situación asimilada al alta. En este caso, la sentencia parte de que el art. 180.1 LGSS considera como periodo de cotización efectiva a efectos, entre otras, de la prestación por maternidad, los tres primeros años de excedencia por cuidado de hijos, de lo que se desprende que la trabajadora se encontraba en situación asimilada al alta cuando solicitó la prestación y, por ende, tenía derecho a la misma, sin que el hecho de desarrollar una actividad por cuenta propia impida llegar a dicha conclusión, pues la normativa no exige la dedicación exclusiva al cuidado de hijos y familiares durante el periodo de excedencia.

En cuanto a los Tribunales Superiores de Justicia, cabe destacar dos sentencias referidas al derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución. Esta cuestión estuvo de actualidad en el año 2014 debido a dos pronunciamientos del TJUE, ambos de 18 de marzo de 2014 (Asuntos C-167/12 y C-363/12), en los que estimó que la maternidad subrogada no puede equiparse a la maternidad biológica a efectos del reconocimiento de un permiso por maternidad y, en consecuencia, su denegación no puede considerarse una discriminación por razón de sexo ni tampoco una discriminación por razón de discapacidad. No obstante, los Tribunales españoles se han venido pronunciando de manera mayoritaria a favor de reconocer la prestación por maternidad en estos supuestos, aun después de las sentencias mencionadas.

Así ha sucedido a lo largo del año 2015 con la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2015 (Recurso de suplicación nº 2460/2015) y la STSJ de Castilla La Mancha de 27 de mayo de 2015 (Recurso de suplicación nº 1465/2014), reconociendo en ambos casos el derecho de uno de los padres, en una pareja homosexual, a obtener la prestación, sin que las SSTJUE de 18 de marzo 2014 impidan llegar a esta solución por cuanto debe tenerse en cuenta que la normativa comunitaria en la materia, es una norma de mínimos, por lo que los Estados miembros pueden aplicar disposiciones más favorables para los trabajadores y, si bien es cierto que el ordenamiento jurídico español no incluye la maternidad subrogada entre las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad, puede considerarse una situación análoga a la adopción y el acogimiento, interpretación que además es la más respetuosa con el principio general de prevalencia del interés superior del menor.

5.4. La violencia de género en el ámbito laboral

A nivel judicial se resalta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de marzo de 2015⁷¹. La sentencia de instancia desestima la demanda de la parte actora de que le sea reconocida pensión de viudedad que le fue denegada por la Entidad Gestora por no tener derecho en el momento de fallecimiento del causante la pensión compensatoria, por haber transcurrido un periodo de tiempo superior a diez años entre la fecha del divorcio o separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante conforme establece la DT 18ª de RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁷², así como por no acreditar su condición de víctima de violencia de género.

La mera denuncia no es suficiente para acreditar la situación de víctima de violencia de género, pero en este supuesto concurren diversas circunstancias que cabe destacar como son el indudable carácter violento del causante y la existencia de una situación insostenible para la convivencia familiar. Lo primero se deduce de la condena por amenazas a un hijo y por la propia admisión por parte del fallecido de la existencia de continuas discusiones en la casa familiar. Asimismo, en el propio convenio regulador de separación se hace constar por las dos partes que «existe causas graves y tensiones insalvable que imposibilitan la vida en común», lo que conlleva de manera inequívoca en el redactado de la época de un gravísimo deterioro de la relación familiar.

La Sala en anteriores sentencias ha señalado que el art. 174.2 LGSS permite que la condición de víctima de violencia de género resulte acreditada «por cualquier medio de prueba admitido en derecho, en los supuestos de ausencia de sentencia penal, orden de protección, o informe del Ministerio Fiscal»⁷³. Y en este supuesto tal prueba no se ha limitado a la simple denuncia (en todo caso, múltiple), sino que ha venido acompañada de parte médico de urgencias, al que ha de plena virtualidad probatoria.

En este orden de cosas, la expresión «en todo caso» utilizada por aquel precepto inclina a pensar que la exención del requisito de pensión compensatoria actúa siempre y en toda hipótesis a favor de las víctimas de violencia de género. De forma que las pensiones compensatorias reconocidas solo con carácter temporal o las que en su día lo fueron con carácter indefinido, pero se extinguieron por causa legal, no impiden el reconocimiento de la pensión de viudedad, porque el legislador ha querido otorgar una especial protección a aquellas víctimas y dispensarles siempre de la exigencia de

⁷¹ Rec. n.º 196/2015.

⁷² BOE nº 154, de 29 de Junio de 1994.

⁷³ STSJ de Cataluña, de 8 de enero de 2.014 - Rec. n.º 3566/2013 - y 27 de marzo de 2014 - Rec. n.º 5476/2013.

pensión compensatoria, tanto si nunca la tuvieran reconocido como si simplemente se les hubiera extinguido⁷⁴.

El Alto Tribunal ha señalado, en el ámbito penal, que los celos no justifican, con carácter general, la aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación en las agresiones de violencia de género, «sobre todo en casos de divorcio en los que, por definición, renace el derecho de ambos cónyuges a rehacer un proyecto propio de vida afectiva». Por tanto, «quien se sitúa en el plano injustificable de la prepotencia y la superioridad no puede pretender que su conducta se vea beneficiada por un reconocimiento de la disminución de su imputabilidad o culpabilidad»⁷⁵.

El Tribunal Constitucional ha señalado, en un procedimiento de ejecución hipotecaria en recurso de amparo, que, con independencia de que el Juez haya agotado todas las posibilidades de investigación del domicilio de la ejecutada, cuando ésta comparezca en el procedimiento e interponga incidente de nulidad de actuaciones en el que ponga de manifiesto que el desconocimiento de un domicilio, a efecto de llevar a cabo en él las correspondientes notificaciones, se debió a la situación de violencia de género que estaba padeciendo, dicha circunstancia debe ser objeto de una especial ponderación por el juez, valorando, en cada caso, la necesidad de salvaguardar el deber de confidencialidad debido a la situación de la víctima⁷⁶.

Una de las novedades de 2015 a nivel normativo ha sido la promulgación de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁷⁷, que en la disposición final sexta, modifica el apartado 1 del art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷⁸. En este sentido, «Las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, y a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos, una misma dirección letrada deberá asumir la defensa de la víctima, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten».

⁷⁴ STS de 5 de febrero de 2013, Rec. n.º 929/2012.

⁷⁵ STS de 27 de noviembre de 2015, Rec. n.º 10333/2015.

⁷⁶ STC de 20 de julio de 2015, Rec. de Amparo nº 6203/2013.

⁷⁷ BOE nº 239, de 6 de octubre de 2015.

⁷⁸ BOE nº 313, de 29 de diciembre de 2004.

La nueva modificación persigue, según el Preámbulo de la Ley 42/2015, es que la víctima será defendida por un mismo abogado en todos los procedimientos, siempre que sea posible, con ello se garantiza su intimidad y se disminuye la posibilidad de revictimización. Y, por otra parte, se impide que cualquier implicado, y no solo el agresor, en actos de violencia que sea causahabiente de la víctima pueda obtener dicho beneficio.

De igual manera, en otro orden de ideas, se promulga el RD. 850/2015, de 28 de septiembre, por el que se modifica el RD. 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo "Igualdad en la Empresa"⁷⁹. Por tanto, la norma modifica algunas disposiciones para, por una parte adecuar determinados requisitos de participación en las convocatorias a la legislación vigente y, por otra, ajustar los criterios de evaluación para la obtención de esta distinción con el objeto de incorporar o reforzar determinados aspectos para impulsar la igualdad efectiva de mujeres y hombres que no habían sido incorporados a la norma reguladora. A efectos de atender a las especiales características de las pequeñas y medianas empresas, define y delimita la dimensión de las empresas mediante la remisión a la regulación de la Unión Europea, en concreto a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

5.5. Los efectos de la reforma laboral sobre la corresponsabilidad

El contexto jurídico en el que se produce la reforma laboral española viene definido, en gran medida, por la denominada "Estrategia Europea de Empleo 2020"⁸⁰ que recoge, dentro de una iniciativa emblemática denominada "Una agenda para nuevas cualificaciones y empleos", el objetivo de "Promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar y políticas de envejecimiento activo e incrementar la igualdad entre sexos". En la misma línea, las Directrices Integradas Europa 2020 (2010 2014)⁸¹ se refieren a los programas de empleo de los Estados en términos de "crecimiento inclusivo", dentro del que se encuentran especificadas las mujeres como un colectivo

⁷⁹ BOE nº 245, de 13 de octubre de 2015.

⁸⁰ Se formuló por la Comisión Europea el 3 de marzo de 2010, en el documento "Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador". COM (2010) 2020.

⁸¹ COM (2010) 2020 de 3.3.2010.

susceptible de exclusión social. Más explícita es la séptima de las Directrices al señalar que “las medidas de conciliación de la vida personal y la vida laboral deberán conjugarse con la oferta de servicios sociales asequibles y con innovaciones en la organización del trabajo a fin de aumentar los índices de empleo, (...) en particular, que las mujeres altamente cualificadas en los ámbitos técnico y científico no abandonen sus empleos”.

En la misma línea, el art. 157.3 TFUE se refiere a la adopción de medidas a nivel europeo destinadas a garantizar la igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación⁸², lo que se relaciona directamente con la corresponsabilidad. Esta regulación evolucionó desde el reconocimiento de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, del Tratado de Roma, concepto sobre el que viene insistiendo hasta la actualidad la Comisión Europea⁸³, hacia el derecho de igualdad en el empleo.

No obstante, el legislador español prescindió de modificaciones que favoreciesen estos objetivos. Resulta significativa la STJUE, de 14 de abril de 2015, asunto “*Lourdes Cachaldora Fernández contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)* - C-527/13 en el que el Pleno del TJUE considera conforme a la igualdad por razón de sexo el método de cálculo de una prestación generada después de haber trabajado a tiempo parcial. No se estima discriminación indirecta, en contra del criterio del Abogado General y a pesar de las estadísticas nacionales que demuestran que se trata de un colectivo feminizado. Las repercusiones sobre las prestaciones sociales y los derechos de Seguridad Social, derivados de estas condiciones de trabajo atípico, parecen expulsar del mercado laboral a quién recurre a él. La diferencia de trato respecto de los trabajadores a tiempo completo no puede compartirse dado que no existe justificación en el principio de contributividad, pues el periodo sobre el que se reclama carece de cotización alguna. Además resulta muy criticable porque supone, de nuevo, un paso atrás en los derechos de igualdad entre hombres y mujeres en el empleo, más en concreto, de las trabajadoras a tiempo parcial que serán las principales afectadas. Este pronunciamiento confirma la interpretación restrictiva en la que prevalece la autonomía reconocida a los Estados miembro en materia de Seguridad Social sobre la igualdad y no discriminación sexista en el trabajo, específicamente, en el trabajo a tiempo parcial. El asunto “*Cachaldora*” ha

⁸² También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), arts. 20 y 21.

⁸³ Commission Recommendation on pay transparency and the gender pay, Bruselas, 7 de marzo de 2014. En este informe se pone de manifiesto que la diferencia salarial entre sexos es del 16% - en España el 18%, como consecuencia de la denominada “discriminación ocupacional” o “techo de cristal”. La Comisión considera que ésta es un área fundamental que debe corregirse para conseguir la verdadera igualdad, como ya puso de manifiesto en la “*Strategy for equality between women and men 2010-2015*”, COM (2010) 491 final, SEC (2010) 1079 and SEC (2010) 1080.

tenido una fuerte transcendencia en el derecho español pues ha servido de fundamento - entre otros - para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad promovida recientemente sobre la interpretación de la misma disposición controvertida de derecho interno⁸⁴.

Por su parte, la Ley 3/2012⁸⁵ se caracteriza por el incremento de la flexibilidad interna, en especial sobre el tiempo de trabajo, conlleva un paralelo aumento de las potestades empresariales de dirección y control que, en ningún momento, resultan atemperadas por el derecho al ejercicio del derecho fundamental de conciliación. Es más, la flexibilidad interna obvia esta temática en todas sus formulaciones y sólo se refiere a ella para reconducirla al ámbito de la negociación colectiva. Sin embargo, la flexibilidad y desregularización que se ha producido en el ámbito de la negociación colectiva, hace que el convenio colectivo, en último término, quede a expensas de las directrices empresariales y, por lo tanto, devenga incapacitado para delimitar esta ampliación del poder de dirección empresarial que se produce con esta nueva regulación.

En el ámbito interno, se puede destacar la STS de 10 de febrero de 2015⁸⁶ que reconoce la prestación de maternidad solicitada tanto en el Régimen General de la Seguridad Social, como en el RETA, ya que la Ley no exige la dedicación exclusiva en el cuidado del menor. Interpreta el Alto Tribunal que la solicitante, en situación de excedencia para el cuidado de hijos, se encontraba en situación asimilada al alta, lo que le da derecho a la prestación por otro hijo. Del mismo modo, dado que durante ese periodo realizaba una actividad profesional que le permitía conciliar el cuidado de su hijo, ha generado el derecho a prestación por esa cotización. También en sentido positivo, en cuanto favorecer la corresponsabilidad, la Sentencia del JS, nº. 13, Madrid, de 16 de noviembre de 2015, considera conforme al art. 37.6 ET, a la doctrina de la STC 3/2007 y al propio Convenio colectivo aplicable, advertidas las necesidades del puesto de trabajo, el derecho solicitado por el trabajador de flexibilizar su horario de entrada en el turno de mañana de lunes a viernes, en un máximo de una hora.

Por último, cabe mencionar, el compromiso del Gobierno de adoptar medidas dirigidas a promover la racionalización de horarios (DA 17ª, Ley 3/2012). Ahora bien, parece que esta sería una labor imposible sin la aprobación de un Proyecto de Ley que modifique el propio Estatuto de los Trabajadores y las reformas llevadas a cabo por esta propia norma legal.

⁸⁴ STC de 28 de mayo de 2015; cuestión de inconstitucionalidad nº. 2502/2014. Sigue la estela de la STC 156/2014, de 25 de septiembre. En ambas existe un voto particular disidente.

⁸⁵ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral. BOE de 7 de julio de 2012.

⁸⁶ RJ/2015/673; recurso de casación para unificación de doctrina 25/2014.

En conclusión, este aumento de la flexibilidad interna de las condiciones de trabajo, sin un instrumento realmente importante que contenga su aplicación, coloca en un segundo plano el derecho de conciliación y conduce al abandono del empleo de los trabajadores que no pueden asumir las modificaciones empresariales. La postergación del derecho fundamental de conciliación conlleva la disminución de empleo de los trabajadores con responsabilidades familiares y, por ende, hará imposible la corresponsabilidad.

5.6. Prevención de riesgos laborales

5.6.1. Lactancia

La situación de riesgo durante la lactancia ha sido interpretada durante el año 2015 en una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015 (RJ\2015\4275). Ha habido otro asunto que, aunque llegó al Tribunal Supremo, fue desestimado mediante sentencia de 21 de julio de 2015 por defectos de forma en el planteamiento del recurso.

Por tanto, en la primera de ellas se discute la denegación o no de la prestación por riesgo durante la lactancia natural a una trabajadora, educadora en un centro de reeducación de menores, desempeña tareas de intervención directa siendo responsable de la formación integral de los menores a su cargo. A tal efecto, realizaba su trabajo en régimen de turnos. Durante su embarazo solicita la suspensión por riesgo, que le es concedida, ya que en sus actividades laborales concurre posible riesgo de agresión por parte de los usuarios del centro y/o posible transmisión de enfermedades infecto contagiosas (entre las que figura la hepatitis B, el SIDA o tuberculosis). Tras reincorporarse después del parto, solicita reconocimiento de situación de riesgo durante la lactancia por las mismas razones y el cambio a otro puesto de trabajo en el que no existiesen las circunstancias descritas. Sin embargo, la dirección le comunicó la inexistencia de riesgo y que no concurrían circunstancias para el cambio, lo que igualmente fue denegado por la Mutua.

La Sala estima que no concurren causas para conceder la prestación al no existir en la evaluación de riesgos, que debe ser específica, resultados basados en agentes, condiciones o procedimientos que tuviesen una posible repercusión dicha situación, determinando la naturaleza, grado y duración de la exposición. Tampoco la realización del trabajo a turnos afecta a la lactancia salvo cuando resulta imposible la extracción de la leche, como sucede en tripulantes de cabina. Así, la Sala ante la ausencia de prueba sobre riesgos específicos deniega la pretensión de la trabajadora.

No obstante, la sentencia cuenta con un voto particular discrepando del criterio de la sala, cuyo contenido refiere precisamente a la constatación de la situación que había

dado lugar, asimismo, a suspensión durante el embarazo. Refiere el voto particular que dichos riesgos generales constituyen riesgos para lactancia y entiende que se trata de un supuesto que presenta las características exigidas por la doctrina para su valoración y, en consecuencia, obtener acogida favorable.

En sentido análogo, es interesante reseñar varias sentencias de Tribunales Superiores de Justicia resolviendo sobre situaciones de riesgo durante la lactancia relacionadas con profesionales de la sanidad, tomando en consideración sobre los riesgos que sufren dichas trabajadoras lo previsto en las Guías elaboradas por asociaciones profesionales con la colaboración del INSS, el Instituto de Salud Carlos III, la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario (ANMTAS) o la Asociación Española de Pediatría. En todos los casos el Tribunal estableció que cuando la trabajadora se encuentra en período de lactancia, aunque la actividad laboral implique el contacto directo con materiales infecciosos o agentes biológicos, la utilización de medios de protección adecuados podría evitar el peligro. Ello contrasta con lo que sucede en supuestos de embarazo, en los que la trabajadora solo puede estar expuesta a agentes químicos y/o biológicos si existen pruebas de que está suficientemente protegida por estar inmunizada a ellos. También se establece que debe demostrarse que, en su caso, las radiaciones ionizantes o los agentes químicos o tóxicos pueden afectar a la lactancia, reiterando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, puesto que refiere que quien reclama la prestación debe realizar "... una tarea de especificación de esos riesgos y de su alcance en el concreto puesto de trabajo (...) así como de su incidencia en la madre lactante, no en otra situación distinta como podría ser el embarazo...". Al mismo tiempo el mero hecho de prestar servicios en turnos o asignada al de noche no constituye por sí mismo una situación de riesgo durante la lactancia. Así, la sentencia del TSJ Andalucía de Sevilla en sentencia de 8 de enero de 2015 (AS\2015\502), denegó el reconocimiento de situación de riesgo durante la lactancia para una enfermera/DUE asignada por voluntad propia al turno de noche. La trabajadora estaba afecta a riesgos específicos como el contacto con agentes químicos (mutagénicos y teratogénicos y citostáticos) contacto con enfermos de SIDA y turnicidad, aunque con intensidad baja. Dicha sentencia refleja igualmente la diferente conceptualización del riesgo para el embarazo con el riesgo para la lactancia, haciendo referencia a la Guía Técnica para la Evaluación y Prevención de los Riesgos Relacionados con la exposición a agentes biológicos elaborada por el INSH. La Sala estableció que no existía riesgo al aunque tuviese en su actividad contacto directo con materiales infecciosos puesto que la utilización de medios de protección adecuados evita el peligro. Al mismo tiempo el mero hecho de prestar servicios en turno de noche no constituía *per se* una situación de riesgo para la lactancia. En el sentido indicado,

también han resuelto tres distintas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Así, la de 26 de enero (AS\2015\614), que desestimó la concesión previa de prestación por riesgo durante la lactancia a una trabajadora a turnos técnico especialista en radiodiagnóstico. Para la desestimación se tomó en consideración que no existía en el puesto riesgo específico de radiaciones con riesgo de contaminación radioactiva. Asimismo, la de 7 de abril (AS\2015\1151) sobre una trabajadora ATS/DUE en servicio de neonatología, sometida a radiaciones no radiactivas, y a riesgos físicos, biológicos - enfermedades infecciosas , químicos y tóxicos, pero no se prueba suficientemente que constituyan riesgos específicos. También la de 14 de mayo respecto a enfermera en servicio de UCI (AS\2015\1117), donde al igual que en la anterior concurren riesgos generales pero no específicos para la lactancia. A tal efecto, por las mismas razones, sí se reconoce situación de riesgo durante la lactancia en la sentencia del mismo Tribunal de 14 de Julio (JUR\2015\199202), a una enfermera con turno rotatorio complejo que debe evitar asistencia a pacientes sometidos a la técnica SPECT, técnica de medicina nuclear que conlleva riesgo específico.

5.6.2. *Acoso sexual*

En la sentencia analizada, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 26 febrero (AS\2015\1130), se confirma que la trabajadora que era auxiliar de enfermería había sido acosada sexualmente por el presidente del Consejo de administración de la compañía. La conducta consistía en comentarios de índole sexual, utilización de diminutivos para dirigirse a la trabajadora, regalarle flores y querer regalar zapatos, hacer comentarios sobre la vestimenta, tocarle el cabello, o realizar comentarios sobre la situación íntima de su pareja -que conformaban un trato intimidador, hostil, degradante y ofensivo- que ocasionó en la trabajadora una enfermedad psicosocial. La sentencia declara que la situación no es propia de una relación dentro del marco de la disciplina y jerarquía laboral, ya que obliga a la persona que se ve asediada a no responder por miedo a perder el puesto de trabajo. La sentencia, además, establece que al ser el acosador el máximo directivo no cabe alegar desconocimiento de dichas actuaciones por parte de la empresa. La sentencia confirma en el fallo que estas situaciones de acoso y riesgos psicosociales deben ser evaluadas y evitadas dentro del sistema de prevención de la empresa.

VI. SEGURIDAD SOCIAL*

Sin lugar a dudas, la novedad más relevante en materia de Seguridad Social durante este año 2016 ha sido la aprobación de un nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. No obstante, también cabe reseñar alguna otra aportación normativa y/o jurisprudencial en otros ámbitos, como la asistencia sanitaria, la dependencia, el trabajo a tiempo parcial, las pensiones no contributivas o las prestaciones por muerte y supervivencia.

6.1. El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

El RDLeg. 1/1994 ha sido derogado y sustituido por el RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, que entró en vigor el 2 de enero de 2016. Como se sabe, no es el único texto refundido con trascendencia sociolaboral que ha sido aprobado durante el último trimestre de 2015, pues también durante este período se han publicado nuevas versiones del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Empleo o del Estatuto Básico del Empleado Público. Desde luego, las novedades materiales que cabe apreciar en cada uno de esos textos cuentan con diferente intensidad, e incluso podría cuestionarse la pertinencia de una nueva norma, habida cuenta de que en ocasiones los cambios resultan meramente cosméticos. No es ese el caso de la Ley General de Seguridad Social, que ha sido objeto de una profunda revisión estructural para acomodarla a la multitud de reformas del sistema de Seguridad Social en estos últimos años.

La estructura de la nueva LGSS deja claro su propósito de convertirse en un verdadero marco normativo de referencia, pues ya no se limita a los tres Títulos clásicos (normas generales, Régimen General y desempleo), sino que se añaden el Título IV, dedicado al RETA, el Título V, que regula la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, y el Título VI, en el que se agrupa el régimen jurídico de las prestaciones no contributivas. Evidentemente, el contenido no es novedoso, por los evidentes límites de un proceso de refundición, pero la sistemática es diferente, y mucho más apropiada, como por ejemplo puede apreciarse en la denominada protección a la familia, que ahora agrupa beneficios de cotización de naturaleza similar en los arts. 235 a 237, desligándolos de las prestaciones no contributivas por hijos a cargo. De este modo, la LGSS adquiere una nueva dimensión como norma de referencia, lo que se traduce en una notable ampliación del número de artículos, que -al margen de las disposiciones adicionales, finales y transitorias- han pasado de 234 a 373.

* Han colaborado en la redacción de este apartado Henar ÁLVAREZ CUESTA, Inmaculada BAVIERA PUIG, María Angustias BENITO BENÍTEZ, Maravillas ESPÍN SÁEZ, Patricia PRIETO PADIN e Iván Antonio RODRÍGUEZ CARDO (Coordinador).

Por supuesto, cabría hacer alguna observación crítica al resultado final, al menos si el legislador perseguía que el texto definitivo fuera omnicomprensivo y sistemático. Es fácil apreciar a primera vista que han quedado al margen de la nueva LGSS parcelas de regulación que quizá habría sido conveniente incorporar, pertinentemente actualizadas. Desde luego, no cabe imputar esas omisiones al Ejecutivo, sino directamente al legislador, pues la delegación efectuada por el art. 1.c) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, no ofrecía demasiado margen de maniobra. Sin lugar a dudas, una vez que se decidió acometer una operación de esta envergadura habría sido conveniente incorporar al texto normativo de referencia el régimen jurídico básico de todas las parcelas del sistema de Seguridad Social. A modo de ejemplo, es difícil encontrar una explicación que justifique por qué el Régimen Especial de la Minería del Carbón sólo se menciona en la DA 1ª, y por qué el Régimen Especial de Estudiantes, si verdaderamente es un régimen de Seguridad Social, sigue regulado por normas de la década de los cincuenta del pasado siglo y queda siempre al margen de refundiciones.

En un sentido análogo, el art. 1.c) de la Ley 20/2014 podría haber ampliado las normas objeto de refundición, e incluso modificar el art. 10.3 LGSS, con el fin de sortear el obstáculo que exige que el Régimen Especial de Trabajadores del Mar se regule por una ley específica, la también reciente Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo pesquero. Esa exigencia cuenta con una evidente justificación en el caso de los regímenes especiales de funcionarios, que al igual que el de estudiantes no se integran materialmente en el sistema de Seguridad Social, pero no se encuentran razones suficientemente contundentes para que la protección social de los trabajadores del mar -o la de los mineros del carbón permanezcan al margen de la norma de referencia.

Por lo demás, la propia función y naturaleza de un texto refundido explica que las novedades materiales no sean reseñables, para evitar excesos en la delegación. Conviene destacar, en cualquier caso, que el art. 60 LGSS regula el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, pese a que en el momento de publicación del RDLeg. 8/2015 no había entrado en vigor. Es cierto que la técnica legislativa pueda resultar cuestionable, ya que el RDLeg. 8/2015 se publicó al día siguiente de la Ley 48/2015, de modo que ese complemento por maternidad no formaba parte todavía de la LGSS 1994 técnicamente, y con ello es dudoso que pudiera ser objeto de refundición. No obstante, en este punto el eventual desajuste técnico no debería ser considerado un obstáculo, y la actuación del Ejecutivo en la refundición debe ser calificada como diligente.

En relación con el contenido de este complemento por maternidad, sin duda una novedad, conviene efectuar alguna observación. Como es sabido, desde 1 de enero de

2016 se reconoce «un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente». Ese complemento de pensión asciende al 5% en el caso de 2 hijos, al 10% por 3 hijos y al 15% en el caso de 4 o más hijos, y su aplicación permitiría exceder del límite de la pensión máxima.

Sin cuestionar la pertinencia de una medida de esta índole -que desde luego exige una mayor explicación en un contexto donde la reforma de las pensiones ha derivado en una significativa reducción de su importe pretendidamente para garantizar la viabilidad económica del sistema , es cuestionable que se diseñe un complemento dirigido exclusivamente a las mujeres «por su aportación demográfica a la Seguridad Social», habida cuenta de que el principio de igualdad no parece muy compatible con establecer esas diferencias entre progenitores. Podría argüirse que el legislador no está queriendo atribuir mayor responsabilidad a la mujer que al varón en la decisión de concebir o en la crianza o educación de los hijos -máxime porque ello significaría perpetuar el rol tradicional de la mujer y sería contrario a las líneas de actuación más modernas que tratan de potenciar la corresponsabilidad como vía para garantizar la igualdad plena entre hombres y mujeres , sino que trata de hacer frente a las estadísticas que demuestran que las pensiones de las mujeres son inferiores a las de los hombres. En verdad, no parece ese el objetivo, porque en tal caso no quedarían excluidas las mujeres que no hayan sido madres o las que hayan tenido un solo hijo, porque la diferencia salarial que está en la base de la distinta cuantía de las pensiones no siempre se vincula a la mayor dedicación al cuidado de los hijos.

Resulta asimismo curiosa la equiparación entre la maternidad biológica y la adopción, pues la adopción -salvo que sea internacional no supone una «aportación demográfica», amén de que podría dar lugar a dos complementos (uno para la madre biológica y otro para la adoptiva). En fin, si el objetivo es la contribución demográfica (y para ello seguramente habría que exigir que el nacido sobreviviera un mínimo de tiempo) habría que explicar por qué se excluye del complemento la adopción internacional por parte de un varón o de una pareja homosexual formada por dos hombres, cuando sí podría generar el complemento una mujer en idéntica situación. El diseño de este complemento por maternidad resulta, así pues, deficiente, y la premura en la confección de su régimen jurídico y en su entrada en vigor seguramente se conectan a la cercanía de un proceso electoral.

6.2. Trabajo a tiempo parcial

El conocido como el mecanismo de integración de lagunas es un instrumento correctivo del principio de contributividad cuya aplicación tiene lugar a los efectos de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, y cuyo contenido es diverso según se trate de trabajador a jornada completa o a jornada parcial. En efecto, para los trabajadores a tiempo parcial la letra b) de la regla Tercera de la DA 7ª LGSS, actual art. 248.2 en el RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone que “la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”; por su parte el art. 7, apartado 2, del RD. 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, dispone que “en relación con las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, derivadas estas últimas de enfermedad común o de accidente no laboral, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar”. En cambio, para los trabajadores a tiempo completo los arts. 197.4 respecto de la incapacidad permanente y 209.1, letra b) para la jubilación del nuevo texto refundido, disponen que “si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima. En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía”.

Sobre esta diversidad de tratamiento se pronunciarían tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal Constitucional, actuando en primer lugar nuestro órgano nacional. El Tribunal Constitucional en la sentencia 156/2014, de 25 de septiembre, salvaría la legitimidad del precepto discutido acudiendo a una argumentación altamente cuestionable, pero que le permitirá superar la tacha de discriminación sexista planteada: y es que en tal ocasión, en el supuesto objeto de debate, el demandante no pertenecía al colectivo discriminado al tratarse de un varón. En efecto para el Tribunal Constitucional “una norma como la cuestionada podría, en su caso, tener un mayor impacto negativo en

las mujeres, en cuanto son éstas las que acceden más al empleo a tiempo parcial, pero no en los hombres. En consecuencia, entrar a valorar en la presente cuestión de inconstitucionalidad si la norma cuestionada es discriminatoria por razón de sexo supondría un control abstracto de la misma y una desconexión con el litigio a quo". Se aparta con ello de la defensa alegada por el Tribunal Supremo que señalaba que la norma, aunque en apariencia neutra, podría situar a las mujeres en una posición desventajosa a la hora de calcular el importe de sus pensiones. Posicionamiento que supone, además, una ruptura con la STC 61/2013, de 14 de marzo, en la que los efectos de la declaración de la nulidad e inconstitucionalidad de la norma desplegaría sus efectos, como sabemos, tanto a las mujeres como a los hombres.

Solventa el Tribunal Constitucional con suma facilidad la tacha de discriminación sexista al comprobar que el demandante es un varón, considerando irrelevante para la decisión a alcanzar en el proceso, el juicio sobre la posible vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Quedaba entonces aguardar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia. El tenor de la sentencia dictada en el asunto Elbal Moreno STJUE de 22 de noviembre de 2012 , y las conclusiones que emitiría el Abogado General Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, presentadas el 9 de octubre de 2014 sobre el asunto sometido a enjuiciamiento, hacían presagiar un cambio en la doctrina mantenida al respecto por el Tribunal Constitucional. En efecto, el Abogado General afirmaba que los datos concurrentes por los que se manifestaba un protagonismo indiscutible de las mujeres en las jornadas parciales, "demuestran la existencia de un fenómeno persistente y constante a lo largo de tres años, que, [...], no puede considerarse fortuito o meramente coyuntural, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [constituyendo], un indicio fiable y significativo que permite fundamentar la conclusión de que un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores puede efectivamente verse perjudicado por la aplicación del mecanismo corrector en cuestión".

Sin embargo, se desvanecería toda expectativa con la STJUE de 14 de abril del 2015, asunto Cachaldora, en la que finalmente se posicionará en la misma defensa mantenida por el Tribunal Constitucional. En el supuesto planteado la señora Cachaldora Fernández demandaba que en el cálculo de su pensión de incapacidad permanente se tomasen en consideración las bases mínimas de cotización vigentes para cada año en su cuantía íntegra y no en la reducida por lo que respecta al período comprendido entre marzo de 2002 y noviembre de 2005, periodo en el que dado que no se abonó ninguna cotización se había tomado las bases mínimas de cotización de cada uno de esos años reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de las últimas cotizaciones anteriores al mes de marzo de 2002. Se plantea, entonces, la cuestión prejudicial en base a la posible

vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo que protege la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, dado que, en la medida en que el mercado laboral español se caracteriza por una feminización de las jornadas parciales, las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal afectan mayoritariamente al colectivo de trabajadoras, dudándose de si la justificación propuesta, esto es, que “la integración de lagunas [de cotización] de forma proporcional a la jornada a tiempo parcial realizada obedece a un principio de lógica y equilibrio de la acción protectora de la Seguridad Social, que determina que la protección de dicho sistema nunca puede exceder de la previa contribución al mismo, con respeto a los principios de contributividad y proporcionalidad entre lo cotizado y lo amparado”, sea conforme a las exigencias del Derecho de la Unión.

El TJUE procede a un endurecimiento del único instrumento que hasta ahora y salvo error permite la acreditación del impacto adverso, la prueba estadística. No es suficiente para el Tribunal la mayor presencia de mujeres en el empleo parcial, sino que es exigible a su juicio, además, la acreditación de que el elemento discutido repercute, en efecto, en una mayor proporción al colectivo femenino, y ello en base a que el mismo no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuya jornada anterior a la existencia de lagunas hubiese sido de carácter parcial. La aportación por el Gobierno de los datos de los hombres y mujeres que resultan afectados por la medida objeto del litigio, reflejaban que no hay diferencias significativas en atención al sexo en el recurso a este mecanismo, siendo mayor el número de hombres, lo que le permitiría no apreciar una discriminación indirecta por razón de sexo en su formulación. Así, en el apartado 64 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, se indica que “según el Gobierno español, en 2010, 5 657 hombres se vieron afectados por la aplicación de ese mecanismo frente a 5 237 mujeres que fueron objeto del mismo; en 2011, las cifras fueron de 5 566 hombres y de 5 129 mujeres; en 2012, 5 568 hombres y 4 830 mujeres y, finalmente, en 2013, 5 935 hombres y 5 066 mujeres”, a lo que responde que “se trata de un dato relativo que depende del número de trabajadores activos en el Estado miembro y que no permite apreciar las proporciones respectivas de hombres y mujeres que componen el colectivo de trabajadores a tiempo parcial”.

Sin embargo, quedaría inalterado el precepto de la regulación española. No obstante, y pese a que el razonamiento aducido por el Tribunal de Justicia Europeo ha permitido avalar su decisión, al considerarse compatible con la sentencia dictada por el mismo órgano nos referimos a la STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno , y por la que se consideró discriminatoria la exigencia de un periodo de cotización proporcionalmente mayor para los trabajadores a tiempo parcial en el acceso a una

pensión contributiva, consideramos en cambio que el reproche sigue latente. Y es que como indicaba el órgano jurisdiccional remitente, “no es posible aplicar válidamente un criterio proporcional desde una perspectiva contributiva en relación con el mecanismo de cobertura de lagunas de cotización en la medida en que éste no obedece a una lógica contributiva como lo demuestra el que las lagunas se cubren con bases de cotización fijas que no dependen de las cotizaciones realizadas, sino que pretende corregir las disfunciones de tomar en consideración un período de cálculo de la base reguladora fijado con antelación”.

6.3. La pensión de viudedad: resumen de la jurisprudencia en 2015

Durante el año 2015 no sólo los cambios en la doctrina judicial han acabado afectando a las prestaciones por muerte y supervivencia, en concreto las prestaciones por viudedad, también la DF 10ª de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce los arts. 179 ter, quáter, quinquies y sexies de la LGSS en su versión de 1994, correspondiendo a los arts. 231 a 234 RDLeg. 8/2015.

En cuanto hace a las reformas legales, su idea vertebral consiste en impedir que el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio contra el causante de la prestación resulte beneficiario de la misma. A estos efectos, la Entidad Gestora podrá revisar, por sí misma y en cualquier momento, la resolución de concesión de la prestación en ese caso; así como suspender cautelarmente el abono de las prestaciones de muerte y supervivencia que hubiera reconocido, cuando recaiga resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el sujeto investigado es responsable de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas y establece el régimen jurídico de dicha suspensión cuando la sentencia fuera recurrida.

Dicha previsión afecta, lógicamente, a los beneficiarios de la pensión de viudedad de una víctima de violencia de género y causantes de su fallecimiento, pero su radio de acción es más amplio, en tanto no queda restringido al concepto recogido por la LO 1/2004, sino a cualquier muerte dolosa cuando mediare matrimonio, pareja de hecho, separación, divorcio o nulidad con derecho a prestación por muerte y supervivencia.

Respecto a la jurisprudencia recaída, las sentencias del Tribunal Supremo reflejan los puntos más controvertidos de la regulación legal en éste y en todos los aspectos, pero también atraen la atención sobre lagunas y fallos en la protección social dispensada. En este sentido, la mayoría de los pronunciamientos cuestionan el concepto de pareja de hecho y los requisitos que han de concurrir en la misma para acceder a la prestación comentada o las distintas situaciones vinculadas a separaciones y divorcios, en especial derivadas de la exigencia de pensión compensatoria.

Así, la pareja de hecho precisa, para ser considerada tal, acreditar falta de impedimento para contraer matrimonio (por ejemplo, dos excónyuges podrían constituir pareja de hecho, no así dos personas separadas entre sí⁸⁷), convivencia durante un mínimo de cinco años (que no podría cumplirse sumando períodos previos derivados de un matrimonio anterior disuelto entre los miembros de la actual pareja de hecho⁸⁸) y la inscripción como pareja de hecho durante dos.

Es más, los últimos requisitos temporales constituyen dos exigencias diferentes: la material, esto es la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante⁸⁹; y la formal, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante⁹⁰.

El registro como pareja de hecho (o la falta de él) ha sido objeto de revisión a partir de la jurisprudencia constitucional⁹¹ y frente a la interpretación que aplicaba la normativa menos exigente para justificar dicha condición (cualquier medio de prueba admitido en Derecho), desde el punto y hora en que por el Tribunal Constitucional se ha expulsado por nula la remisión a la legislación autonómica que llevaba a cabo el apartado quinto del art. 174.3 LGSS, dicha opción decae⁹². Por tanto, a día de hoy, la existencia de pareja de hecho debe acreditarse, bien mediante inscripción en registro específico de parejas de hecho, bien mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas⁹³ o "parejas de derecho"⁹⁴. No resulta bastante, por tanto, la constitución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral, realizada en escritura pública ante Notario, con más de dos años de antelación a la fecha de

⁸⁷ STS 20 julio 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3078/2014.

⁸⁸ STS 20 julio 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3078/2014.

⁸⁹ Sobre los medios de prueba que no acreditan la convivencia, SSTS 28 y 29 abril 2015, Recursos de casación para la unificación de doctrina nº 2414/2014 y nº 2687/2014.

⁹⁰ SSTS 9 febrero 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1339/2014 y nº 2220/2014.

⁹¹ SSTCo 45 y 51/2014, de 7 de abril.

⁹² SSTS 29 abril, 12 mayo y 29 junio 2015, Recursos de casación para la unificación de doctrina nº 2964/2014, nº 2709/2014 y nº 2684/2014.

⁹³ STS 28 abril 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2802/2014.

⁹⁴ SSTS 10 febrero y 23 junio 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2690/2014 y Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 2578/2014.

fallecimiento de la causante, los comparecientes fueron identificados como pareja de hecho, escritura registrada en el Registro Mercantil⁹⁵ u otras fórmulas semejantes.

También la exigencia de pensión compensatoria y la cuantía de la misma ha sido objeto de controversia judicial. En cuanto hace a la relación entre la cuantía de la pensión de viudedad y la pensión compensatoria anudada a esta en caso de separación o divorcio (como regla general), el Tribunal Supremo considera que para determinar el alcance de la limitación, debe estarse a la fijada en la sentencia firme de separación o divorcio, directamente u homologando el acuerdo alcanzado entre las partes sobre tal extremo, y no al importe que de hecho viniera, en su caso, percibiendo el acreedor/a de la pensión al fallecimiento del causante, sin modificación judicial de la medidas, en cuantía inferior o superior⁹⁶.

También la denominación dada a la misma, en tanto la proliferación de un panorama de pensiones innominadas, no cabe ceñirse exclusivamente a la denominación dada por las partes. Dicho de otro modo, “no cabe una interpretación literal que exija que la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad. Por el contrario, habrá que acudir a la verdadera naturaleza de la pensión fijada a cargo del causante, extraída de las circunstancias del caso y acudiendo, en suma, a una interpretación finalista del otorgamiento de aquélla. Así por ejemplo, en un hipotético supuesto de divorcio sin hijos, salvo que de modo expreso se establezca el pacto de alimentos, tendrá que presumirse que cualquier cantidad fijada en favor del otro cónyuge ostenta la condición de compensatoria. Por el contrario, la fijación de una sola pensión cuando haya hijos que quedan a cargo de quien después resulta ser el supérstite habrá de presumirse como pensión de alimentos a favor de éstos... Por consiguiente, el reconocimiento de la pensión de viudedad pasa en estos casos por determinar si en cada supuesto concreto el fallecimiento pone fin al abono de una obligación asumida por el causante con la finalidad de satisfacer ese concepto a que atiende la pensión compensatoria, excluyendo los excepcionales supuestos en que, en caso de divorcio, se hubieran pactado alimentos en favor del cónyuge supérstite”⁹⁷.

La férrea exigencia de pensión compensatoria para lucrar la de viudedad se vio flexibilizada, al establecer el legislador excepciones vinculadas a la violencia de género o al transcurso de determinados períodos temporales, entre ellas que entre la fecha del divorcio o separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante no hayan transcurrido más de 10 años. Dicha década debe computarse a partir del divorcio o de la

⁹⁵ STS 9 febrero 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1352/2014.

⁹⁶ STS 20 abril 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 1326/2014.

⁹⁷ STS 3 febrero 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3187/2013.

separación judicial, esto es a partir de la situación jurídica que se produzca primero, la separación judicial o el divorcio, porque así lo indica la conjunción “o” que es disyuntiva, de lo que se deriva que el cómputo se hace a partir de la producción del primer hecho (jurídico) que suceda. “Esta interpretación literal se ve avalada por la teleológica, porque el fin perseguido por la norma es compensar por el desequilibrio económico que producen la separación judicial o el divorcio, trastorno patrimonial que provoca la primera de tales situaciones que acaezca, razón por la que el plazo de diez años se debe computar a partir de ella, a partir del día en que se produjo la situación de necesidad que se compensa”⁹⁸.

Respecto a las víctimas de violencia de género conviene recordar, y así lo hace el Alto Tribunal, que “la exención del requisito de pensión compensatoria actúa siempre y en toda hipótesis a favor de las víctimas de violencia de género, de manera tal que las pensiones compensatorias reconocidas sólo con carácter temporal o las que en su día lo fueron con carácter indefinido pero se extinguieron por causa legal, no impiden el reconocimiento de la pensión de la pensión de viudedad, porque el legislador ha querido otorgar una especial protección a las citadas víctimas y dispensarles siempre de la exigencia de pensión compensatoria, tanto si nunca la tuvieron reconocido como si simplemente se les hubiera extinguido”⁹⁹.

En ambos casos, pareja de hecho o ruptura del vínculo sin derecho a pensión de viudedad desencadenan consecuencias en caso de existencia de hijos con derecho a orfandad, en tanto jurisprudencia consolidada niega el derecho a acrecer ésta como si se tratara de orfandad absoluta, si bien “*de lege ferenda*, la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad (lo que corresponde más bien a planteamientos de un concepto de familia tradicional y no tan amplio como el actual) sería incluir en la prestación correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfandad absoluta de derecho inexistencia de ambos progenitores como la que pudiéramos denominar orfandad absoluta de hecho cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad siendo entonces en este segundo caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje resultante de la aplicación de dicho precepto”¹⁰⁰.

6.4. Pensiones no contributivas: comentario a la STS 29 abril 2015 (rcud. 238/2014)

⁹⁸ STS 5 febrero 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 166/2014.

⁹⁹ STS 29 abril 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3082/2013.

¹⁰⁰ STS 25 febrero 2015, Recurso de casación para la unificación de doctrina nº 929/2014.

Un aspecto destacable en el año 2015 es la consideración llevada a cabo en la STS de 29 de abril de 2015 (rcud. 238/2014), sobre el límite de ingresos a efectos de las pensiones no contributivas en el caso de los separados de hecho. El supuesto analizado trata de una mujer que solicitó una prestación de jubilación no contributiva a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía. Esta hizo constar en la solicitud que no convivía con persona alguna y que carecía de rentas. Además, acreditó (por medio algunos recibos de alquiler y de su certificado de empadronamiento) que aunque ella y su cónyuge no habían solicitado separación o divorcio, se hallaban separados de hecho desde el año 2002. La Consejería de Igualdad y Bienestar Social le denegó la prestación solicitada, basada en la existencia de matrimonio vigente y en que los ingresos de jubilación ordinaria correspondientes a su cónyuge computaban en los ingresos de la unidad económica. Por el contrario, el Juzgado de lo Social nº 12 de Málaga le reconoció tal derecho el 4 de abril de 2013, con efectos desde el 1 de abril de 2011. Contra la resolución de instancia la Junta de Andalucía formuló recurso de suplicación, que fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia el 14 de noviembre de 2013, y confirmó la resolución recurrida. Finalmente, la Consejería de Igualdad y Bienestar Social interpuso contra esta última sentencia recurso de casación para la unificación de doctrina.

El núcleo de la cuestión debatida en el recurso es la determinación del cómputo de los ingresos del marido, a efectos de la prestación no contributiva del art. 144 LGSS, en caso de separación de hecho. Se designó como sentencia de contraste la STS de 15 de junio de 2011 (rcud. 921/2010), que denegaba una prestación de invalidez no contributiva porque la unidad económica de convivencia superaba el límite de acumulación de recursos, a causa de los ingresos del marido, pese a que la solicitante vivía sola y se encontraba separada de hecho desde hacía varios años. Esta sentencia concluye que tal situación no agota los deberes de protección recíproca de la institución familiar, esto es, la obligación de los esposos de contribuir a las cargas del matrimonio y la obligación de alimentos entre cónyuges. El razonamiento jurídico se realizó en los términos siguientes, que fueron seguidos en la sentencia del año 2015:

1 Constante matrimonio, es decir, sin haber formalizado judicialmente la separación de hecho con el correspondiente convenio económico regulador, persiste el vínculo matrimonial y con él el régimen económico de gananciales, que computa a cada cónyuge la mitad de los ingresos del otro a efectos de establecer el nivel de renta. Se trata de una presunción en cuanto a su destino, ya que idealmente se dirige a atender las necesidades del otro cónyuge.

2 La doctrina ha ido evolucionando [SSTS (Sala de lo Civil) 17 junio 1988; 4

diciembre 2002] hasta el punto de reconocer la separación de hecho como causa suficiente de disolución de la sociedad de gananciales, a causa de “una prolongada situación de absoluta desvinculación personal y económica, durante la cual ambos cónyuges hayan mantenido una vida personal y una economía autónoma e independiente”. Sin embargo, “una cosa es que la separación de hecho libremente consentida excluya el fundamento de la sociedad de gananciales y otra distinta que la ruptura matrimonial de hecho aparte al marido o mujer de sus obligaciones de contribuir a las cargas del matrimonio, pues a estos efectos debe considerarse vigente la sociedad legal de gananciales, por lo que uno y otro cónyuge mantienen el compromiso de atender a tales obligaciones, tratándose de una obligación compartida que tiene carácter de orden público y por tanto no disponible. Subsiste también de forma separada, la obligación de alimentos entre cónyuges (art. 142 y 143 del Código Civil) para el caso de que se den las circunstancias legales que lo conforman”.

3 El Juez debe aplicar la presunción de vigencia de la sociedad legal de gananciales mientras subsista el vínculo matrimonial, pese a la separación de hecho existente. En la resolución administrativa denegatoria, aparece implícita la participación de la actora en las ganancias de su marido, basada en “la intercomunicación de ganancias propia de una unidad de convivencia”, “no obstante la falta de convivencia efectiva”.

4 La solicitante de la prestación pudo solicitar de nuevo la prestación, una vez regularizada jurídicamente su situación matrimonial, poniendo fin con ello a la ambigua situación de comunicación de ganancias.

5 Consecuencia de todo lo dicho hasta ahora, “cuando se trate de prestaciones para cuyo nacimiento o permanencia se establezca como requisito carecer de rentas o medios propios de vida, no puede prescindirse de exigir al solicitante, que sea un cónyuge separado de hecho, que haya agotado los deberes de protección recíproca en el marco de la institución familiar” (así fue confirmado por la STS de 10 de febrero de 2004 [rcud. 1701/02] con respecto a las prestaciones en favor de familiares).

La doctrina expuesta fue aplicada al supuesto de la STS de 29 de abril de 2015 (rcud. 238/2014), por razones de seguridad jurídica, atendiendo a la finalidad asistencial de las prestaciones de carácter no contributivo. Por todo ello, estima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

6.5. Excedencia por cuidado de hijos y/o familiares

Entre las prerrogativas legales que ostentan quienes ejercen el derecho a conciliar la vida familiar y laboral a través de la figura de la excedencia por cuidado de hijos y/o familiares (art. 46.3 ET), se encuentra aquella que, en virtud del art. 237 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre (anterior art. 180 LGSS/1994), reconoce el derecho a ser considerado en situación asimilada al alta para lucrar las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad¹⁰¹ y paternidad durante el máximo de tiempo reconocido por el legislador tres años si el derecho se ejerce para proporcionar cuidado a un hijo o menor acogido (art. 237.1 LGSS/2015), o durante únicamente el primer año de disfrute cuando la atención va dirigida a otro familiar (art. 237.2 LGSS/2015), identificado en la ley como sujeto causante a estos efectos. Durante el tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia y supere los umbrales anteriores la cobertura se reduce al eventual acceso de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia (DA 4ª RD 295/2009, de 6 marzo).

Este notable beneficio conseguido sólo a raíz de una tortuosa evolución de la figura conciliatoria, y del que incluso cabría esperar mayor cobertura [pues el legislador no incluye en este abanico protector ni el acceso a la prestación de desempleo (salvo que el evento desocupacional partiera de una situación de pluriempleo o pluriactividad previa, conforme reconoce con matices o limitaciones el art. 15.3 RD 625/1985), ni a la cobertura de la incapacidad temporal, aun sabiendo que en este último caso bien pudiera manifestarse durante ese tiempo una enfermedad intercurrente o derivada directamente del parto o de la maternidad¹⁰²], no obstante, ha sido objeto de una doble vía de interpretación restrictiva: primero por la Entidad Gestora de la Seguridad Social, y posteriormente en sede judicial, cuando han examinado la pretensión de una trabajadora a percibir la prestación por maternidad en el Régimen General de la Seguridad Social, en los supuestos en los cuales, mientras el trabajador disfruta de esta especial excedencia en un empleo, inicia una actividad por cuenta propia y, a raíz del nacimiento de un nuevo hijo, solicita el derecho de maternidad en ambos regímenes de la Seguridad Social.

Frente a los argumentos destinados a no tratar esta situación como asimilada al alta que da derecho a la prestación por maternidad en el RGSS, fundadas sobre el hecho de

¹⁰¹ Sobre sus términos, interesante la reflexión contenida en la STSJ Madrid 28 enero 2015 (Rec. 569/2014).

¹⁰² Analizando el derecho de una Magistrada en excedencia por cuidado de hijo a suspender dicha situación para pasar a la situación de incapacidad temporal por haber tenido que someterse a una intervención quirúrgica que era complicación derivada de la cesárea que se le practicó con ocasión del nacimiento de su hijo, STS, Contencioso- Administrativo, 2 noviembre 2015 (Rec. 169/2015).

que, “con el inicio de tal dedicación productiva poco después de acogerse a la excedencia (...), ha quedado desvirtuada la causa a la que la Ley anuda el privilegio (...), por lo que el trabajador ha de ser considerado en excedencia voluntaria ordinaria”¹⁰³; el Tribunal Supremo¹⁰⁴, da un paso importante al entender que, “para llegar a unas consecuencias tan extremas (...), se debería contar con algún respaldo legal o, al menos, jurisprudencial del que carece”. Así, y corrigiendo el criterio anterior, decanta su parecer por reconocer el derecho de la trabajadora a la percepción simultánea de las prestaciones de maternidad, tanto en el Régimen General como en el RETA, pues, en definitiva, “en la medida que el nuevo trabajo resulte compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre de obtener unos ingresos que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia, unas consecuencias tan negativas”.

Como consecuencia de un pleito cuya discusión versaba sobre materia de Seguridad Social, y donde el máximo intérprete ordinario de la ley toma posición clara a favor de otorgar la cobertura prestacional, la nueva orientación viene a aquilatar el polémico asunto (existente hasta la fecha en los Tribunales Superiores de Justicia y a partir del cual constan múltiples resoluciones de inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina por falta del presupuesto de contradicción), en torno a la compatibilidad de la excedencia por cuidado de hijos con una prestación distinta. El interés por avanzar en los derechos de conciliación y dotarlos de mayor flexibilidad, así como de rechazar cualquier restricción injustificada, puede ser constatado en tres manifestaciones de indudable peso: 1) Rebate que el “privilegio” (así denominado por el empresario recurrente) se anude por Ley a la “dedicación exclusiva del cuidado de hijos o familiares”. 2) Afirma rotundamente cómo, “en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos unas consecuencias tan negativas”, conforme ocurre con la pérdida del derecho a reserva de su puesto de trabajo. En este sentido, interpreta que su degradación a mero derecho de reingreso preferente en la empresa si hay vacante (art. 46.3 *versus* 46.5 ET) supone un cambio de naturaleza que no es de recibo, como tampoco lo sería el propio despido. 3) Frente a las tesis que propugnan la admisión de excepciones a la compatibilidad, pero únicamente para el supuesto de desempeño ocasional de trabajos de poca duración o a tiempo parcial con escasa dedicación horaria (incluida la carga de la prueba para el empleado

¹⁰³ STSJ Castilla y León/ Valladolid 30 octubre 2013 (Rec. 1633/2013).

¹⁰⁴ STS 10 febrero 2015 (Rec. 25/2014).

de acreditar esa naturaleza marginal) rechaza “esas referencias a lo ‘ocasional’ o a lo ‘marginal’ por considerarlas de acuerdo también con el Informe del Ministerio Fiscal ‘un criterio que se antoja rígido y estricto’”.

En línea con los múltiples pronunciamientos dictados por el Tribunal Constitucional destacando la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde, el criterio del Tribunal Supremo constituye, sin duda, la base fundamental para solventar cualquier conflicto de intereses producido en esta materia¹⁰⁵. Resta por extender, no obstante, la interpretación *pro operario* a aquellos casos que, guardando relación con la protección social de los derechos vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar (y sus efectos en las carreras profesionales), debieran servir para computar como periodo de cotización a efectos pensión de jubilación el periodo de tiempo de excedencia por cuidado de hijo, aún con efectos retroactivos¹⁰⁶, tal y como se prevé con el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria; o en otro sentido, y *de legeferenda*, ya adelantada por reciente pronunciamiento judicial¹⁰⁷, contemplar el aumento de la cotización hasta el 100% en los contratos concertados a tiempo parcial que tuvieran por finalidad la conciliación, al igual que ya está previsto en los supuestos de reducción de jornada en el art. 237.4 LGSS/2015 (anterior art. 180.4 LGSS/1994) o, a efectos de la protección por desempleo, en el art. 270.6 LGSS/2015 (anterior art. 211.5 LGSS/1994).

6.6. Novedades en otras ramas de protección social pública: un año más de abandono

a) Introducción

En el año transcurrido desde el último informe en esta materia, sólo es posible actualizar los preocupantes datos que indican la debilidad de aquellas otras ramas del

¹⁰⁵ Considerando que el trabajador “no ha llevado a cabo un uso abusivo del derecho a la excedencia que le reconocía la Ley y por ello la negativa de la empresa a su vuelta debe considerarse no ajustada a derecho”, STSJ Andalucía/Sevilla 25 junio 2015 (Rec. 1810/2014).

¹⁰⁶ Amparando la negativa en el hecho de que “el disfrute de la excedencia, que fue agotado con anterioridad a la promulgación de la primera norma que reconoció el beneficio discutido, no puede generar el cómputo del período de cotización pretendido, al no existir disposición transitoria alguna que permita la aplicación retroactiva de la norma a un supuesto ya agotado en el momento de su entrada en vigor”, STSJ Galicia 29 mayo 2015 (Rec. 2829/2013).

¹⁰⁷ Resolviendo la cuestión susceptible de ser sintetizada en la determinación del porcentaje a aplicar a la base reguladora diaria de la prestación por desempleo en el supuesto de una trabajadora a tiempo completo que se acoge a la excedencia por cuidado de hijo y, durante ese tiempo, concierta un trabajo a tiempo parcial en otra empresa, volviendo posteriormente a prestar sus servicios en la primera entidad hasta que es despedida por causas objetivas, STSJ Cataluña 15 mayo 2015 (Rec. 1926/2015).

Sistema de Protección Social, construidas sobre la vocación de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y ciudadanas. Sistemas como el de dependencia, y poco a poco, el Sistema Nacional de Salud, presentan claros signos de “raquitismo” institucional.

En efecto, pilares del Estado como el sistema de dependencia, prestaciones redistributivas como la ayuda por hijo a cargo, o rentas activas de inserción no han experimentado cambios, y esa ausencia de cambios agudiza los efectos de los datos de desigualdad real en nuestro país. El Sistema de Protección Social se muestra así debilitado por la ausencia de reformas y por el patente incremento de las necesidades de la población.

Un año más, la Estrategia Europa 2020, una estrategia de crecimiento aprobada en 2010, cuyo objetivo compartido era conseguir una economía inteligente, sostenible e integradora como medio para generar altos niveles de empleo, productividad y cohesión social, se está incumpliendo, sin gran estruendo, pero de forma rotunda. Este incumplimiento es el resultado de la opción por las políticas de austeridad, con repercusión indudable en la materia que nos ocupa.

Conforme a los datos recogidos por la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (European Anti Poverty Network, EAPN), en Europa un 24,4% de la población. Desde 2009, el indicador AROE ha subido 4,5 puntos porcentuales hasta situarse en la cifra más alta desde que se calcula. Este porcentaje se traduce en que el riesgo de pobreza afecta a 122 millones de personas. En este marco, Grecia y España encabezan la lista de países en los que el número de personas amenazadas por la pobreza o la exclusión social aumentaron más. En concreto, la tasa en España se sitúa en un 29,2%. El incremento de la pobreza continúa afectando de manera preocupante a la infancia y se profundiza en el porcentaje de trabajadores pobres, que se sitúa en un 14,2%. Este último dato está muy relacionado con la evolución creciente de la jornada parcial, que en el cuarto trimestre de 2015 se situaba en un 16,05% del empleo total.

Ante esta mera muestra de la situación en nuestro país ¿cuál ha sido la respuesta del legislador español durante el periodo 2014 2015?

b) *“Novedades” en materia de Asistencia Sanitaria, Dependencia, y Asistencia Social*

En un año marcado por las elecciones autonómicas y nacionales, en el que ha habido mucho movimiento legislativo en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nada o muy poco ha cambiado en estas otras ramas de la Protección Social. Resulta llamativo el contraste entre la realidad del clamoroso silencio de una mayor número de niños y niñas en riesgo de exclusión, de un número creciente de trabajadoras y trabajadores pobres, de un descenso llamativo de la cobertura de la prestación de desempleo, y la ausencia de políticas de choque contra una situación que no debería

caber en un Estado Social y Democrático de Derecho. De hecho, en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, se aprecia un levísimo incremento del gasto social, situándose en 188.130 millones de euros, cuando en 2015 se destinaron 187.410 millones de euros. No obstante, resulta llamativo, que esa cantidad suponga el 57% del gasto total, mientras que la cantidad dedicada a esta partida en 2015 suponía el 57,09% del gasto.

En el ámbito de la Asistencia Sanitaria sólo es reseñable una norma de carácter puramente administrativo: el RD 69/2015 de 6 de febrero, por el que se regula el Registro de Actividad de Atención Sanitaria Especializada. Su razón de ser está en la búsqueda de transparencia en la información dentro de la complejidad sanitaria; información para los ciudadanos y también para los profesionales que prestan sus servicios con las dificultades añadidas por la mencionada complejidad. Así, establece un sistema de información que se integra en el Sistema de Información Sanitaria del Sistema Nacional de Salud ex art. 53 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Quizá tenga un mayor impacto la aprobación de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, aunque ello dependerá de la asignación presupuestaria para su ejecución, así como de las políticas de gestión que se pongan en marcha. Se trata de una norma que pretende integrar los cambios operados en el escenario legislativo estatal, con incidencia directa en la esfera normativa valenciana. Con ella se afrontan los nuevos retos de una administración autonómica más moderna, transparente y ágil. Se presenta como una norma motor global e integral, al servicio de la tutela de la salud pública, a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

En cuanto al Sistema de Dependencia, que tan ambiciosamente fue diseñado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, continúa desatendido legislativa y presupuestariamente. El RD 291/2015, de 17 de abril, viene a modificar el RD 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley de Dependencia. El Real Decreto modificado determina las intensidades de los servicios, incluida la intensidad del servicio de promoción de la autonomía para las personas en situación de dependencia en grado I. La modificación incorpora nuevos términos que identifican los servicios de promoción, tales como la habilitación y terapia ocupacional, atención temprana, estimulación cognitiva, promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional, habilitación psicosocial para personas con enfermedad mental, etc. Una vez más, es necesario insistir que el concepto jurídico "intensidad" queda vacío de

contenido si no va acompañado de los medios económicos necesarios para hacerlo realidad.

c) *Reflexión final: desesperanza o melancolía*

No se recuerdan tiempos en los que un pacto de lucha contra la precariedad y la pobreza en nuestro país fuera tan necesario y tan poco valorado como alternativa por las políticas legislativas. La distancia entre las necesidades de los ciudadanos y las políticas de protección de sus intereses es demasiado grande. En este período post electoral tan huérfano de soluciones políticas, cabe desesperar o dejarse invadir por la melancolía, pero también cabe exigir responsabilidad a los gestores del Estado para que recuperen la cordura y la conexión con las necesidades de la ciudadanía en la que se sustentan.

VII. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES*

El año 2015 se presenta como un año especialmente trágico en lo que al estado de la prevención de riesgos laborales se refiere, con un resultado de 479.577 accidentes de trabajo con baja (avance enero noviembre), lo cual supone un incremento del 7,7% respecto del mismo período del año inmediatamente anterior. A falta de una verdadera cultura preventiva eficaz, íntegra y transversal, son muchos los pasos todavía por caminar hacia la construcción de un sistema compensatorio y preventivo de los daños derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional, que logre el fin último de la disminución de la siniestralidad y la total reparación de los daños derivados de ésta.

No ha sido el año 2015 un período libre de conflictividad en la aplicación de la LPRL, y prueba de ello son la multitud de resoluciones judiciales que en este informe se presentan. Recurriendo a la idea básica que desde la sociología jurídica se hace sobre el proceso transformativo de las disputas legales, con los tres estadios *namimg*, *blaming and claiming*, diremos que todavía perviven complejas problemáticas necesitadas de aclaración.

Si el estado *namimg* se refiere al encaje que un determinado hecho o suceso recibe dentro del arquetipo legal, vemos como otro año más prosigue la labor del Alto Tribunal en la conformación de unos conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, tratando de delimitar la difusa línea entre la etiología común o profesional de los daños. Tampoco resulta ajeno a controversia el modo en el que nuestro sistema jurídico construye la atribución de la responsabilidad por la generación de tales contingencias,

* Han colaborado en la redacción de este apartado Anna GINNES I FABRELLAS, Julen LLORENS ESPADA (Coordinador), Mirentxu MARIN MALO, Marta NAVAS-PAREJO ALONSO, Beatriz RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, y Josefa ROMERAL HERNÁNDEZ.

etapa *blaming*, y prueba de ello es la incidencia de la jurisprudencia de 2015 en aportar claridad a temas como la determinación de la “deuda de seguridad” o la obligación de la vigilancia de la salud, con los consiguientes reconocimientos médicos, que convierten al empresario en acreedor. Del mismo modo, aparece en la jurisprudencia la responsabilidad de los terceros en materia de prevención de riesgos laborales. Finalmente, en lo que a la etapa *claiming* respecta, para con el modo en el se acomete la reparación final de los daños, la jurisprudencia del TS camina sobre la doctrina asentada en 2014, si bien la reciente publicación de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, genera nuevos interrogantes sobre el modo en el que la Sala social realizará su uso orientativo, a la espera del tan anhelado, a su vez proyectado y retrasado, baremo específico para el área de los daños derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Por todo ello, el presente estudio se ha diferenciado en ocho secciones que aglutinan las principales novedades, eminentemente jurisprudenciales, que se han alumbrado en el año 2015: accidente de trabajo: concepto y supuestos específicos; enfermedad profesional; reconocimientos médicos; protección de colectivos específicos: trabajadoras en situación de embarazo y lactancia; Prevención de riesgos y descentralización productiva: ETT; Valoración y reparación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional y recargo de prestaciones.

7.1. Accidente de trabajo: concepto y supuestos específicos

De acuerdo con lo dispuesto en el antiguo art. 115.3 LGSS (actual art. 156 tras la entrada en vigor del RDLeg 8/2015, de 30 de octubre) se presume, salvo prueba en contrario, que las lesiones que sufra el trabajador en tiempo y lugar de trabajo son accidente de trabajo. Se ha venido considerando que esta presunción también incluye las enfermedades de aparición súbita durante el trabajo. Los mayores problemas se han suscitado, en los casos de profesiones vinculadas al transporte, cuando la enfermedad se manifiesta en periodos en los que no existe prestación efectiva de trabajo pero en los que el trabajador se encuentra fuera de su domicilio por razón del trabajo. En estos casos se ha planteado también la posibilidad de aplicar la categoría acuñada por la jurisprudencia del accidente en misión, en virtud de la cual, se considera accidente de trabajo el sufrido por el trabajador durante el desplazamiento para la realización de una misión vinculada al trabajo.

Sobre esta cuestión ha tenido que volver el Tribunal Supremo en tres sentencias de este año 2015. En la primera, de 4 de febrero de 2015 (rec. 197/2014), se discutía si debía considerarse accidente de trabajo un edema agudo de pulmón originado por una

cirrosis hepática sufrido por un trabajador, que prestaba sus servicios a bordo de un buque. El Tribunal aclara que no se está ante un accidente en misión, sino ante un accidente ocurrido en tiempo y lugar de trabajo. Considera el Tribunal que las peculiaridades del trabajo en el mar motivan que el buque sea considerado centro de trabajo y que el tiempo en que el trabajador permanece en el buque sea considerado tiempo de trabajo, ya que implica una permanente disponibilidad. En consecuencia, el Tribunal aplica la presunción del art. 115.3 y entiende, además, que no se ha desvirtuado la presunción de laboralidad ya que no se ha probado que la enfermedad tenga un origen ajeno a la prestación laboral.

En esta línea, la sentencia de 6 de julio de 2015 (rec. 2990/2013), considera que es accidente de trabajo la lesión en el nervio tibial sufrida por un patrón de pesca mientras dormía. Entiende que el accidente acaece en el lugar de trabajo, el buque, y, atendiendo a la singularidad del trabajo en el mar, concluye que, aunque no se trataba de jornada efectiva de trabajo, cabe considerar que estaba en tiempo de trabajo puesto que el trabajo en el mar obliga a una disponibilidad constante. Al igual que su predecesora, la sentencia considera que en este caso no se trata de un accidente en misión puesto que no existe una misión que obligue a un desplazamiento temporal.

En contraposición a estas dos sentencias, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015 (rec. 1487/2014), analizó desde la óptica del accidente en misión el siniestro sufrido por un interventor de Renfe que muere de un infarto en el hotel en el que descansaba tras haber finalizado su trabajo y antes de iniciar la ruta al día siguiente. El Tribunal recuerda su doctrina sobre el concepto de accidente en misión y aplica la interpretación estricta que había sostenido en las sentencias de 8 de octubre de 2009 y 11 de febrero de 2014, en las que entiende que no tiene la consideración de accidente de trabajo el sufrido por el trabajador en los periodos de descanso durante la misión. Aclara además que no se da ninguna circunstancia especial que justifique una interpretación extensiva. En consecuencia concluye que el infarto sufrido por el trabajador no constituye un accidente de trabajo.

Menor interés presenta la sentencia de 25 de mayo de 2015 (rec. 2163/2014). En este caso el Tribunal tuvo que determinar si debía considerarse accidente de trabajo el sufrido por un trabajador al ir a entregar el parte de baja. El problema en este supuesto es que no se acreditó que el objetivo del desplazamiento del trabajador fuera ir al centro de trabajo para entregar el citado parte de baja, por eso, el Tribunal desestimó la pretensión del trabajador.

7.2. Enfermedad profesional

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 157 LGSS, “se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

De esa manera, para que una patología obtenga la calificación de enfermedad profesional ésta debe ser consecuencia de trabajos desarrollados en condición de trabajo por cuenta ajena según art. 1.1 ET, con determinadas sustancias y en el desarrollo de específicas actividades, de modo que se encuadre en lo recogido por el listado del RD. 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social. Es decir, se exige la concurrencia de dos nexos causales: 1) La relación de causalidad entre la lesión y el trabajo que desarrolla el sujeto protegido, incluido en la lista de actividades que relaciona el cuadro de Enfermedades Profesionales vigente y 2) la conexión causal entre la dolencia y el agente enfermante o sustancia causante del daño (igualmente recogido en el reseñado cuadro), que está presente en el lugar de trabajo y que provoca la patología.

Ahora bien, la jurisprudencia realiza una interpretación flexible para evitar el carácter estático del que adolece nuestro sistema de lista, y admite que en aquellos casos en los que la profesión no esté expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional, pero se demuestre la coincidencia de las actividades inherentes a la profesión, se concederá la calificación de enfermedad profesional [STS de 18 de mayo de 2015 (rec. 1643/2014)].

En caso contrario, el art. 156 LGSS prevé la clasificación como accidente de trabajo de aquellas enfermedades sobre las que se pruebe como causa exclusiva el trabajo, así como de las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad pero de los que se pruebe su agravamiento como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente de trabajo. De no ser así, la enfermedad obtendrá la calificación de común.

Según los datos facilitados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en su Observatorio de las Contingencias Profesionales. En el primer semestre de 2015, se han declarado un total de 10.708 enfermedades profesionales en España. Con respecto a los datos de junio de 2014, ha habido un aumento de 1.235 enfermedades declaradas más, lo que corresponde a un incremento del 13%.

Otro años más, el devenir de las indemnizaciones relativas a las enfermedades profesionales derivadas de la exposición al amianto, ha deparado en los tribunales (entre otras, STSJ de Galicia, de 13 de marzo de 2015 [rec. 4304/2013] y STSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de junio de 2015 (rec. 2603/2014)). Nuevamente, se incide en la desacertada línea de moderar las ya escasas indemnizaciones que por exposición a

fibras de asbestos se reconocen, llegando ésta reducción a un 50% del *quantum* cuando el riesgo derivado del amianto comparta causa con el tabaquismo, bajo la argumentación de la falta probatoria del papel de cada riesgo en la generación de la patología. De esa manera, se equipará la infracción de medidas preventivas empresariales (cuestión probada) a la conducta individual del trabajador y, considerándose de igual grado el papel del trabajador y el empresario en la generación del riesgo desencadenante de la enfermedad profesional, se acomete un reparto del 50% de la carga generadora del riesgo [STSJ del País Vasco, de 17 de febrero de 2015 (rec. 40/2015) y STSJ de Galicia, de 16 de julio de 2015 (rec. 4229/2015)].

Al contrario, moviéndonos en el mismo área de la enfermedad profesional derivada de la exposición al amianto, considero acertada la solución estimada por el TS cuando entiende no haber lugar a una incapacidad permanente total de un trabajador en situación de jubilación, amparándose en la descorrelación de su situación médico funcional para con el grado de discapacidad solicitado (STS de 25 de marzo de 2015 [rec. 411/2014]).

Plausibles resultan las sentencias que desde la jurisprudencia civil, derivadas de una responsabilidad extracontractual de las empresas ex art. 1902 CC, se han alumbrado en 2015. La STS de 3 de diciembre de 2015 [rec. 558/2014], recuerda la competencia atractiva que desde la entrada en vigor de la LRJS, el orden jurisdiccional social ostenta para el supuesto de reclamaciones de indemnización por daño y perjuicio de las viudas cuando reclaman no por daños propios sino como mujeres de trabajadores fallecido por enfermedades profesionales derivadas de la exposición a fibras del amianto. Cuando las mujeres viudas soliciten tal indemnización en concepto de daños propios, generados como consecuencia de contraer una enfermedad generada por el mismo riesgo profesional, como sucede con el caso de mujeres que se vieron expuestas a las fibras de asbestos como consecuencia de la manipulación, lavado y planchado, de la ropa de trabajo previamente contaminada. El orden civil se hace competente y reconoce la cuantía indemnizatoria al respecto en concepto de responsabilidad extracontractual (Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara (Provincia de Guipúzcoa), de 22 de octubre de 2015; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), de 12 de febrero de 2015 [rec. 643/2013]).

7.3. Reconocimientos médicos

Una de las obligaciones específicas del empresario en materia de prevención de riesgos laborales es la de vigilar la salud de sus trabajadores. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 LPRL el empresario debe garantizar a los trabajadores la vigilancia periódica de su salud. Ahora bien, como el propio artículo señala, en el

cumplimiento de esta obligación el empresario ha de respetar el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador. La cuestión que tradicionalmente ha planteado más problemas es la determinación de los supuestos en los que la realización de reconocimientos médicos puede tener carácter obligatorio.

Sobre esta cuestión ha tenido que pronunciarse el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de junio de 2015 (RJ 2015/3387). En este supuesto se planteaba si es posible obligar al personal de brigadas de prevención y extinción de incendios de la empresa TRAGSA a someterse a reconocimientos médicos con carácter obligatorio. El Convenio Colectivo de la empresa obligaba a la realización de los citados reconocimientos. No obstante el convenio no estaba ya en vigor y la empresa, en contra del criterio de los representantes de los trabajadores, pretendía mantener la obligatoriedad del sometimiento a dichos reconocimientos. El Tribunal entiende que la pérdida de vigencia del convenio no tiene relevancia a efectos de resolver el litigio ya que, en cualquier caso, los reconocimientos médicos impuestos por el convenio solo son posibles si están amparados por la legislación. Partiendo de esta premisa, el Tribunal procede a analizar si en el supuesto de hecho, cabe imponer la realización de reconocimientos médicos obligatorios.

El Tribunal hace un repaso de la doctrina Constitucional sobre los límites a la vigilancia de la salud y la regulación contenida en el art. 22 LPRL. Recuerda que en este punto la regla general es la de la voluntariedad de los citados reconocimientos. Ahora bien, señala que es posible someter obligatoriamente a los trabajadores a dichos reconocimientos *“cuando sea imprescindible para verificar el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”*. El Tribunal entiende que en el caso objeto de la sentencia el trabajo de los brigadistas puede afectar a la seguridad de terceros porque el estado de salud de los brigadas *“Evita o minimiza los peligros derivados del indiscutible riesgo de dicho trabajo”*. En consecuencia con ello, entiende que en este caso está justificado el sometimiento de este tipo de trabajadores a reconocimientos médicos obligatorios.

7.4. Protección de colectivos específicos: trabajadoras en situación de embarazo y lactancia

La LPRL contempla normas específicas de protección para trabajadores especialmente sensibles que concreta en su art. 26 LPRL para las trabajadoras embarazadas o en situación de lactancia. De acuerdo con este artículo cuando exista un riesgo para la trabajadora y no exista posibilidad de adaptar el puesto de trabajo para evitar la exposición al riesgo se podrá suspender el contrato de trabajo.

La cuestión debatida en los últimos años es la de la prueba de la existencia de riesgos para la trabajadora en situación de embarazo y lactancia. El Tribunal Supremo ha sostenido que para reconocer la suspensión del contrato es necesario acreditar los riesgos específicos del puesto. No basta, por tanto, con una evaluación genérica, sino que es necesario concretar y valorar los riesgos del puesto en relación con la situación de lactancia o embarazo. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo resolviendo un recurso para unificación de doctrina mediante sentencia de 13 de mayo de 2015 (rec. 3114/2013) En este caso se analizaba si procedía la suspensión del contrato de una trabajadora que prestaba sus servicios en un centro de reeducación de menores. La trabajadora había solicitado la suspensión alegando la existencia de riesgo de agresión y posible transmisión de enfermedades infecciosas. El Tribunal, sin embargo, considera que no se ha probado la existencia de riesgos específicos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y la situación de lactancia. La sentencia tiene un voto particular de dos magistrados que, en contra del parecer mayoritario, entiende que se había probado suficientemente la existencia de riesgos específicos, ya que se había acreditado que el puesto de trabajo implicaba la posibilidad de transmisión de enfermedades contagiosas. Entiende también que se había probado que no existía puesto de trabajo de similar categoría en el que no existiera el citado riesgo.

Con posterioridad se han planteado recursos sobre la misma cuestión ante el Tribunal Supremo que han sido desestimados por motivos de forma, al entender el Tribunal que no se ha fundamentado la infracción legal cometida (Sentencia de 21 de julio de 2015, rec. 189/2015) o que no se acredita la existencia de contradicción (Autos de 12 de marzo de 2015, rec. 2904/2014 y de la misma fecha, rec. 2331/2014; de 25 de junio de 2015, rec. 3884/2014; de 8 de septiembre de 2015, rec. 3665/2014; de 20 de octubre de 2015, rec. 2871/2014).

7.5. Prevención de riesgos y descentralización productiva: ETT

El trabajo a través de Empresas de trabajo temporal se enmarca dentro del proceso de descentralización productiva, por el que la ETT pone a disposición de una empresa usuaria trabajadores para cubrir sus necesidades puntuales de producción. En esta relación triangular donde el trabajador es contratado por la ETT, mediante un contrato de trabajo, para prestar servicios en las dependencias de la empresa usuaria, mediante el contrato de puesta a disposición, el ordenamiento jurídico impone obligaciones en

materia de seguridad y salud a ambas partes para que la prevención de riesgos pueda ser efectiva.

El marco jurídico de estas obligaciones se encuentra en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las ETT; RD 4/1995, de 13 de enero, que desarrolla la anterior Ley, y el RD 216/1999, de 5 de febrero, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las ETTs. Las obligaciones se materializan en obligaciones generales y específicas para cada uno de ellos:

A) Obligaciones generales

El art. 28. 2 LPRL establece la obligación del empresario de adoptar las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad, los trabajadores de ETT reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos. Esta información debe materializarse en lo relativo a: la necesidad de cualificación o aptitudes profesionales, exigencia de controles médicos especiales, los riesgos específicos del puesto de trabajo a ocupar, y las medidas de prevención y protección de dichos riesgos.

B) Obligaciones de la empresa usuaria

1) La empresa usuaria será la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo de los trabajadores puestos a disposición por una ETT en todo lo relacionado con la protección de su seguridad y salud, asegurándose el mismo nivel de protección que a los restantes trabajadores de la empresa (arts. 28.5 LPRL y 5.1 RD 216/1999).

2) Cumplimiento de las obligaciones en materia de información conforme a las reglas generales descritas en el art. 28.2 LPRL. En tal sentido, la empresa usuaria deberá informar al trabajador puesto a disposición de los riesgos existentes para su salud y seguridad, tanto de aquellos que concurren de manera general en la empresa como de los específicos del puesto de trabajo y tareas a desarrollar, y de las correspondientes medidas y actividades de prevención y protección, en especial en lo relativo a las posibles situaciones de emergencia (art. 4.1 RD 216/1999).

3) Informar a la ETT, antes de la celebración del contrato de puesta a disposición, acerca de las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desempeñar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las capacidades y cualificaciones requeridas (arts. 28.5 LPRL y 2.1 RD 216/1999).

4) Informar a la ETT de los resultados de las evaluaciones de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores puestos a disposición, con el objeto de que aquella pueda

cumplir sus obligaciones de vigilancia periódica de la salud de dichos trabajadores (art. 5.3 RD 216/1999).

5) Recabar la información necesaria de la ETT para asegurarse de que el trabajador puesto a disposición reúne las condiciones exigidas por el puesto, ha sido declarado apto en los controles de salud, ha recibido la información relativa a las características del puesto y tareas a desarrollar, y los riesgos a que estará expuestos (art. 4.1 RD 216/1999):

6) Impedir el inicio de la prestación de servicios en la empresa de un trabajador puesto a su disposición hasta que no tenga constancia del cumplimiento de las circunstancias enumeradas anteriormente (art. 4.2 RD 216/1999).

7) Informar a los delegados de prevención o, en su defecto, a los representantes legales de los trabajadores, al servicio de prevención o, en su caso, a los trabajadores designados para el desarrollo de las actividades preventivas, de la adscripción de todo: trabajador puesto a disposición por una ETT (arts. 28.5 LPRL y 4.3 RD 216/1999).

8) Informar por escrito a la ETT de todo daño para la salud del trabajador puesto a su disposición que se hubiera producido con motivo del desarrollo de su trabajo, con el objeto de que aquélla pueda cumplir, en los plazos y términos establecidos, con la obligación de notificarlo por escrito a la autoridad laboral (art. 7.2 RD 216/1999).

C) Obligaciones de la ETT

1) Contratar al trabajador que reúna los requisitos exigidos por el puesto que va a desempeñar, asegurándose de su idoneidad (art. 3.1 RD 216/1999).

2) Trasladar a los trabajadores, antes de su adscripción, la información recibida de la empresa usuaria sobre las características propias del puesto de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas, así como de los riesgos profesionales a los que va a estar expuesto.

3) Cerciorarse de que el trabajador, previo a su puesta a disposición, posee la formación teórica y práctica necesaria en materia preventiva para el puesto que va a desempeñar, y en su caso proporcionársela (art. 28.5 LPRL y 3.3 RD 216/1999).

4) Vigilancia periódica de la salud de los trabajadores puestos a disposición, en los términos previstos en el art. 22 LPRL y en el art. 37.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención, previa información de la empresa usuaria de los resultados de toda evaluación de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores (arts. 28.5 LPRL, y 3.4 RD 216/1999).

D) Criterios jurisprudenciales

Este marco jurídico fragmentado se caracteriza por el establecimiento de responsabilidades individuales y compartidas entre ambas empresas. De materializarse el riesgo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de mayo de 2015, especifica que ambas empresas deben acreditar haber agotado toda la diligencia debida, más allá incluso de las exigencias reglamentarias. La inobservancia por parte de cualquiera de ellas de sus obligaciones, no eximirá a la otra de la responsabilidad por la inobservancia de las suyas. De forma que de concurrir incumplimientos de ambas empresas de los derechos de los trabajadores puestos a disposición, procede la responsabilidad solidaria de dichas empresas.

A colación de este pronunciamiento, el Tribunal, en la misma sentencia de 4 de mayo de 2005, matiza el *alcance de la deuda de seguridad*, doctrina que se ha ido construyendo y aplicando a partir de la sentencia de 8 octubre de 2001, hasta hacerse firme por la de 30 de junio de 2010, y que se fundamenta en los siguientes términos:

1) Contenido y consecuencias de la deuda de seguridad: La deuda de seguridad constituye una obligación del empresario derivada del contrato de trabajo, correlativo derecho de los trabajadores a su integridad física y a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene [art. 4.2 d) y 19.1 ET]. Esta obligación es desarrollada con mayor rigor por la LPRL, cuyos arts. 14.2 y 15.4 determinan que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado, al establecer que el empresario debe adoptar las medidas de protección que sean necesarias (STS de 8 de octubre de 2001). La existencia de esta deuda de seguridad derivada del contrato de trabajo sitúa al empresario en el marco de la responsabilidad contractual de art. 1101 CC, que impone obligaciones de “indemnizar los daños y perjuicios causados a los que incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas”. Para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo se mantiene la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en el grado y la prueba de su concurrencia.

2) Alcance de la exigencia de culpa: El TS señala que no puede mantenerse la exigencia de culpa en su sentido clásico, toda vez que la posición de empresario y trabajador respecto al riesgo derivado del trabajo no son parejas. El empresario es quien organiza y dirige la actividad productiva de la que se deriva el riesgo, mientras que el trabajador es quien lo sufre en su prestación laboral. Derivado de ello el empresario está obligado a evaluarlo y a adoptar las medidas preventivas que sean necesarias para evitarlo. De forma que la deuda de seguridad que corresponde al empresario determina que una vez materializado el riesgo, para

eximirse de responsabilidad debe acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá, incluso de las exigencias reglamentarias (STS de 30 de junio de 2010).

3) Diligencia exigible al deudor de seguridad: Según los arts. 14.2, 15 y 16 LPRL, la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas contemplen de forma expresa, máximo cuando la generalidad de dichas normas imposibilitan prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo. De otro lado, el término imperativo con el que el legislador define la deuda de seguridad en el art. 14.2 LPRL "...Deberá garantizar la seguridad... en todos los aspectos relacionados con el trabajo... mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad", y en el 15.4 LPRL "La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador", parecen apuntar más a una obligación de resultados que de medios, lo que impone una elevación de la diligencia exigible. Ello no implica una responsabilidad objetiva, toda vez que el empresario puede quedar exonerado de la responsabilidad cuando el resultado lesivo se hubiera producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia no previsible del trabajador, o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (SSTS de 18 de julio de 2008 y 23 de julio de 2009).

4) A quién corresponde la carga de la prueba: El Tribunal establece que aplicando de forma analógica el art. 1183 CC, el incumplimiento de la obligación se atribuye al deudor, en este caso el deudor de seguridad es el empresario, salvo prueba en contrario. Igualmente, teniendo en cuenta el art. 217 LECiv, corresponde al empresario probar los hechos constitutivos del daño causado, así como los expeditivos que acrediten la observancia de la diligencia exigible, pues es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario la concurrencia de esta. De la misma manera se pronuncia la LRJS en su art. 96.2.

En el caso de que el hecho lesivo se produzca por fuerza mayor o tenga causa en caso fortuito, por negligencia no previsible del trabajador o por culpa exclusiva de terceros, también corresponde al empresario acreditar la causa de exoneración dado que es el titular de la deuda de seguridad (SSTS de 18 de julio de 2008 y 14 y 23 de julio de 2009).

7.6. La responsabilidad de terceros

La responsabilidad de terceros es un aspecto fundamental en materia de prevención de riesgos laborales pues reconoce expresamente la existencia de posibles causantes y culpables de la producción de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales distintos del empresario. Durante el año 2015, se han producido distintos pronunciamientos judiciales, fundamentalmente en materia civil, que han incidido en distintos aspectos de la responsabilidad de terceros en los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Por una parte, en cuanto a la Jurisdicción competente para resolver la responsabilidad civil en estos casos. Incluso antes de la aprobación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ya se afirmaba que el orden jurisdiccional competente en el caso de las demandas de responsabilidad civil por accidente de trabajo es el Social, aun cuando en la misma se encuentren como codemandados sujetos ajenos a la relación laboral. Así se encarga de recordarlo la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 16 enero de 2015 (rec.2104/2013), realizando para ello un repaso de las distintas doctrinas jurisprudenciales. No obstante, se trata de una cuestión que continúa con retazos de las antiguas tendencias jurisprudenciales, pues aún se producen casos en que el conocimiento de la demanda de responsabilidad civil se produce por el Orden Civil justificándolo en el hecho de la demanda conjunta con sujetos terceros y, por tanto, ajenos a la relación laboral. Es el caso de la STS (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 2015 (rec. 3244/2012). Ésta es una circunstancia que se deberá ir produciendo cada vez en menor medida teniendo en cuenta lo establecido en la mencionada Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En todo caso, en donde no parece producirse ninguna duda es en la afirmación de que el ejercicio del derecho repetición sí se sustanciará por el orden Civil.

Por otra parte, en la forma de tratar la responsabilidad civil de terceros, pues tradicionalmente ha existido una diferenciación muy significativa entre cómo se sustancia la responsabilidad en el ámbito penal y en el ámbito civil, ya que en el primer caso el principio de personalidad de la pena impide que el empresario responda por los hechos causados por otro sujeto salvo en casos muy específicos como puede ser la solidaridad en el caso de la imposición de una multa. De esta forma, la responsabilidad penal tradicionalmente ha analizado la conducta de cada uno de los sujetos que tienen obligaciones preventivas, ya sean empresarios, trabajadores, miembros de servicios de prevención, arquitectos, etc. Es lo que dio lugar a la conocida cadena o cascada de responsabilidades. Un ejemplo de este tipo de pronunciamientos es la SAP Islas Baleares de 15 de abril de 2015. Mientras que en el ámbito civil, debido a la existencia de las instituciones de la responsabilidad por hechos de los dependientes o la de hechos de los auxiliares, lo normal es que las demandas indemnizatorias se dirijan contra el

empresario que, en virtud de estos mecanismos señalados, responden por el total del daño producido; si bien quedando posteriormente abierta la vía del derecho de repetición contra los participantes en el daño. Por lo que habitualmente se examina la responsabilidad del empresario por hechos de los terceros más que la responsabilidad de los terceros directamente. Un ejemplo de lo anterior es la STSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social) de 30 de marzo de 2015 (rec.301/2014), donde el papel determinante en el accidente fue el de una orden inadecuada del encargado perteneciente a la empresa principal.

En este sentido, se está observando una mayor tendencia a la utilización de la vía de la responsabilidad directa de los terceros en distintas sentencias por responsabilidad civil del año 2015, lo que ha supuesto que se analicen las conductas de sujetos como los arquitectos en obras de construcción, delegados de prevención, servicios de prevención ajenos, entre otros.

En relación con lo anterior, cabe señalar, por último, algunos aspectos en relación con el elenco de sujetos responsables y su tratamiento. En este sentido, por una parte se mantiene la presencia, aunque tampoco muy elevada, de sentencias que tratan la responsabilidad de los arquitectos en las obras de construcción, como son la STSJ Andalucía (Sala de lo Social), de 12 de febrero de 2015 (rec. 2393/2014) o la STS (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 2015 (rec. 3244/2012), en la que examina la responsabilidad de estos sujetos por la vía directa del art. 1902 CCiv. Una sentencia en que, si bien se trata el papel tanto del arquitecto como del aparejador en la producción de un accidente de trabajo con carencia de medidas de seguridad, se observa una especial atención al primero. Ello resulta relevante porque normalmente la jurisprudencia suele prestar más atención y condenar al arquitecto técnico (con una normativa más delimitada) más que al arquitecto superior. En efecto, suele considerarse que los arquitectos que únicamente realizan el proyecto no tienen obligación de presencia habitual en la obra, con lo que no puede considerarse que tengan obligaciones de vigilancia preventiva (STS 20 de mayo de 1988 (rec. 1394/2001)), lo cual suele llevar a su exoneración de responsabilidad. Sin embargo, en esta sentencia se observa una continuación de la jurisprudencia más estricta con el papel del arquitecto superior, afirmándose que el arquitecto director de la obra no puede exonerarse de responsabilidad en casos de patentes incumplimientos de medidas de seguridad de modo que “necesariamente hubiera tenido que advertirlo en sus visitas periódicas a la obra” (STS 16 de octubre de 2009 (rec. 1409/2005)). Así, pues, se hace referencia a ese deber de vigilancia del arquitecto que en ocasiones ha sido relativizado. Pero no sólo a un deber de vigilancia, sino que la STS de 17 de febrero de 2015 establece, ahora sí también en cuanto al aparejador, que la observación de dichos defectos graves de

seguridad, no meramente puntuales, habrían activado la obligación de estos sujetos de proceder a la paralización de los trabajos, con base en el art. 14 RD 1627/1997. Un precepto que, además, ha sido uno de los fundamentales, a la hora de atribuir responsabilidad penal por el art. 316 CP a los arquitectos técnicos.

A lo anterior hay que añadir la existencia de otro tipo de sentencias que examinan la responsabilidad de sujetos menos habituales. Es el caso de la mencionada STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 16 enero de 2015 (rec.2104/2013), cuya singularidad reside también en que trata de extender la responsabilidad al gerente y al delegado de prevención, pues aunque no desarrolla mucho el análisis en este sentido, es destacable habida cuenta de su especial papel en la empresa. No obstante, el Tribunal falla en contra de esta posibilidad al no existir condena penal. También destaca la SJS Pamplona de 18 de marzo de 2015, o la STSJ (Social) de Málaga de 2 de julio de 2015 (rec. 712/2015) que examinan la posible responsabilidad civil de un empresario y de su servicio de prevención ajeno.

7.7. Valoración y reparación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional

7.7.1. Diez criterios para resolver la enorme complejidad de la reparación del daño derivado de contingencia profesional

La reparación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional es y ha sido una cuestión especialmente compleja, generando en ocasiones un preocupante vaivén jurisprudencial en cuanto a los criterios de valoración y cuantificación del daño. Con ánimo de esclarecer este panorama, la STS, 4ª, 17.12.2015 (rec. 1219/2014) -objeto de comentario- resume los principios y criterios que, fruto de la evolución jurisprudencial, resultan de aplicación para la indemnización del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Primero. El principio de íntegra reparación del daño o *restituto in integrum*, propio de la responsabilidad civil (arts. 1101 y 1902 CC), resulta de aplicación también en este contexto, exigiendo la total compensación del daño sufrido por el trabajador accidentado o sus causahabientes.

Segundo. La íntegra compensación del daño exige, por tanto, la indemnización de las cuatro categorías básicas del daño -identificadas por la sala social del Tribunal Supremo en su sentencia de 17.7.2007 (rec. 513/2006)-: a) el daño corporal, integrado por las lesiones físicas y psíquicas sufridas por el accidentado; b) el daño moral, referido al sufrimiento psíquico o espiritual derivado del

accidente; c) el daño emergente, identificado con la pérdida patrimonial directamente derivada de la contingencia; y d) el lucro cesante, constituido por la pérdida de ingresos futuros.

Tercero. A fin de garantizar la completa reparación del daño, es aplicable el principio de compatibilidad de los cuatro instrumentos indemnizatorios del daño por contingencia profesional reconocidas en el ordenamiento laboral -prestaciones de la Seguridad Social (arts. 100 y ss. LGSS), mejoras voluntarias (arts. 39, 191 y ss. LGSS), recargo de prestaciones (art. 123.1 LGSS) e indemnización por daños y perjuicios (arts. 1101 CC y 42.1 LPRL). Así, según se deriva de los arts. 42.1 LPRL, 123.3 y 127.3 LGSS, la ocurrencia de una contingencia profesional puede generar simultáneamente los cuatro instrumentos resarcitorios del daño, pudiendo el trabajador accidentado o sus causahabientes ejercitar todas las acciones legales a fin de obtener la compensación total del daño (STS, 4ª, 9.2.2005 (rec. 5398/2003), 1.6.2005 (rec. 1613/2004), 24.4.2006 (rec. 318/2005) y 17.7.2007 (rec. 4367/2005 y 513/2006), entre otras).

Cuarto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado, no obstante, que el principio de compatibilidad no supone la acumulación de todas las indemnizaciones (por todas, STS, 4ª, 10.12.1998 (rec. 4078/1997), 17.2.1999 (rec. 2085/1998) y 2.10.2000 (rec. 2393/1999)). En aplicación de la técnica de la compatibilidad relativa de indemnizaciones, la sala social del Tribunal Supremo ha sido una fiel defensora del descuento de las prestaciones de la Seguridad Social del *quantum* indemnizatorio, impidiéndose el enriquecimiento injusto -aunque aceptando la acumulación del recargo de prestaciones debido a su función punitiva.

Quinto. La concurrencia de distintas vías de reparación -y a fin de garantizar la íntegra reparación del daño- exige identificar todos los conceptos indemnizatorios y excluir únicamente la reparación de aquellos daños íntegramente resarcidos por otras vías. Así, según afirma la sala social del Tribunal Supremo en esta sentencia de 17.2.2015, *“es la homogeneidad conceptual del daño la que, en su caso, excluirá una ulterior reparación, evitando, en suma, el enriquecimiento injusto.”* Por consiguiente, la valoración conjunta de los daños se entiende contraria al derecho a la tutela judicial efectiva -así fue declarado en la STC 78/1996-, requiriéndose identificar y concretar los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo o enfermedad profesional y determinar la cuantía indemnizatoria asignada a cada uno de ellos.

Sexto. Aunque puedan descontarse las prestaciones de la Seguridad Social de

la indemnización por daños y perjuicios, el descuento debe realizarse -en contraposición al descuento global- por conceptos homogéneos (STS, 4ª, 17.7.2007 (rec. 4367/2005 y 513/2006)). Las prestaciones públicas, en tanto rentas sustitutorias del salario, únicamente pueden descontarse de las partidas indemnizatorias que compense el lucro cesante, sin posibilidad de minorar aquéllas correspondientes al daño emergente, corporal o moral.

Séptimo. Como recuerda la STS, 4ª, 17.2.2015, la ausencia de criterios legales para la valoración del daño derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional, implica que la única regla de valoración y cuantificación del daño es la razonabilidad y proporcionalidad en interpretación y valoración por parte del juez de instancia.

Octavo. No obstante lo anterior, los problemas de valoración y cuantificación del daño -especialmente del daño corporal y moral- han conducido a la jurisprudencia social (por todas, STS, 4ª, 2.10.2000 (rec. 2393/1999), 17.7.2007 (rec. 4367/2005 y 513/2006), 15.12.2009 (rec. 3365/2008) y 15.1.2014 (rec. 917/2013)) a aceptar la aplicación orientativa en sede de contingencias profesionales del baremo de circulación.¹⁰⁸ El Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones (STS, 4ª, 17.7.2007 (rec. 4367/2005 y 513/2006) y 30.1.2008 (rec. 414/2007)). -resumidas de nuevo en la sentencia comentada- las ventajas de los sistemas de valoración tasada del daño; esencialmente, seguridad jurídica, igualdad de trato, facilitar la valoración del daño, evitar incertidumbre y variabilidad del *quantum* indemnizatorio y, consiguientemente, favorecer el “efecto preventivo de la litigiosidad, puesto que puede servir para conocer de antemano la respuesta procesal”.

Noveno. La aplicación orientativa del baremo de circulación impide, no obstante, su reproducción mimética, requiriéndose una acomodación a las características de la compensación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional. “La más evidente de todas las dificultades se pone de relieve al constatar que el Baremo de circulación no tiene en cuenta descuento alguno por lo percibido por otra vía para paliar el lucro cesante y ello porque la indemnización que fija dicho Baremo es igual para todas las víctimas, estén o no laboralmente activas. Esto ha venido generando situaciones paradójicas como aquéllas en que el accidentado pudiese ser indemnizado de forma menos

¹⁰⁸ Baremo anteriormente incluido en el Anexo del RDL 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el texto refundido sobre la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y desde el 1.1.2016 regulado en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

favorable por el hecho de ser un trabajador.” (STS, 4ª, 17.2.2015 (rec. 1219/2014)). La sala social del Tribunal Supremo, por tanto, ha introducido especialidades importantes en la aplicación del baremo en la cuantificación del daño derivado de contingencia profesional.

Décimo. En todo caso, el órgano juzgador conserva la capacidad para, justificadamente, apartarse del baremo y reconocer indemnizaciones si se acreditan daños mayores (STS, 4ª, 23.6.2014 (rec. 1257/2013)) o, incluso, cuantificar el daño conforme a otros criterios (STS, 4ª, 30.6.2010 (rec. 4123/2008)).

7.7.2. Especialidades en la aplicación del baremo de circulación en la indemnización del daño por contingencia profesional

Las especialidades en la aplicación del baremo de circulación introducidas por la sala social del Tribunal Supremo se centran, esencialmente, en la aplicación de las tablas del baremo para la cuantificación del daño corporal y moral en supuestos de incapacidad temporal, permanente y muerte por contingencia profesional.

En primer lugar, en la compensación del daño moral por IT, las indemnizaciones establecidas en la Tabla V deben entenderse referidas exclusivamente al daño moral y, por consiguiente, no pueden descontarse de las prestaciones de la Seguridad Social [STS, 4ª, 30.6.2010 (rec. 4123/2008)].

En los supuestos de muerte, en segundo lugar, las cuantías indemnizatorias básicas de la Tabla I, a pesar de establecerse que comprenden “*la cuantificación de los morales [y] de los daños patrimoniales básicos*”, compensan el daño corporal y moral STS, 4ª, 20.11.2014 (rec. 2059/2013)). Las prestaciones de viudedad y orfandad, al no ser conceptos homogéneos, no pueden descontarse de dichas cuantías, sino únicamente del factor de corrección «perjuicios económicos» de la Tabla II.

En tercer lugar, la STS, 4ª, 17.2.2015 -confirmando la posición introducida en su sentencia de 23.6.2014 (rec. 1257/2013) y, por tanto, creando jurisprudencia- establece las siguientes especialidades en la compensación del daño corporal y moral derivado de incapacidad permanente en aplicación del baremo de circulación:

i. Las indemnizaciones básicas de la Tabla III reparan el daño físico y moral causado por las secuelas permanentes, no pudiéndose, por tanto, descontar de estas cuantías las prestaciones de la Seguridad Social ni mejoras voluntarias.

ii. El factor de corrección «lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima» de la Tabla IV había sido interpretado tradicionalmente, y en consonancia con la jurisprudencia

de la sala civil del Tribunal Supremo (STS, 1ª, 25.3.2010 (rec. 1741/2004)), como un factor de corrección con doble naturaleza: indemnizatorio del lucro cesante y del daño moral (STS, 4ª, 30.1.2008 (rec. 414/2007)).Correspondía, por tanto, al órgano juzgador ponderar las circunstancias concurrentes para determinar la cantidad que compensa el lucro cesante y la correspondiente al daño moral (STS, 4ª, 17.7.2007 (rec. 4367/2005 y 513/2006)). Sin embargo, en la sentencia ahora comentada, el Tribunal Supremo reconoce que “*esa doctrina no ofrecía completa claridad y que pecaba de falta de criterios nítidos para que los tribunales pudieran afectar aquella separación conceptual*”. Abandona esta anterior técnica de reparto y le atribuye naturaleza exclusiva de compensación del daño moral.

A modo de conclusión, la sala social del Tribunal Supremo modifica las normas de aplicación del baremo de circulación en la cuantificación del daño en sede de contingencias profesionales. Ampliando el ámbito de la compensación del daño corporal y moral -esto es, atribuyendo exclusiva naturaleza compensadora de dicho daño a determinadas cuantías indemnizatorias del baremo-, el tribunal reduce asimetría provocada por el descuento de las prestaciones de la Seguridad Social del *quantum* indemnizatorio en supuestos de contingencias profesionales.

7.7.3. Nuevo baremo de circulación ¿y nuevas dudas en la jurisprudencia social?

La cuestión que surge -y cuyo análisis escapa del presente comentario- es determinar la validez de la jurisprudencia de la sala social del Tribunal Supremo en aplicación del nuevo baremo aprobado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Esto es, si a pesar de la mayor claridad en la configuración del nuevo baremo de circulación, el alto tribunal mantendrá o no ciertas peculiaridades en su aplicación en sede de contingencias profesionales, reinterpretando la naturaleza de ciertas cuantías indemnizatorias a fin de contrarrestar el efecto del descuento de las prestaciones de la Seguridad Social del *quantum* indemnizatorio.

7.8. Recargo de prestaciones

El recargo de prestaciones de la seguridad social por falta de medidas de seguridad se regula en el art. 123 LGGSS (art. 164 del nuevo RDL 8/2015 de 30 de octubre) de la siguiente manera: Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución

reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. La responsabilidad del pago del recargo establecido recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto en contrario que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Este artículo siempre ha suscitado algunas dudas respecto de su aplicación que ha generado abundante jurisprudencia en torno a diferentes puntos del mismo. En el último año, el Tribunal Supremo ha variado sustancialmente la interpretación del citado artículo en lo referido a la transmisión de la responsabilidad que en él se regula.

Tal como se observa en la STS de 23 de marzo de 2015 (rec. 2057/2014), hasta este momento se entendía que la responsabilidad que comporta el recargo - cualquiera que sea el momento de su declaración - es intransferible por la vía de la sucesión de empresa, pues así lo señala el art. 123.2 LGSS (art. 164 del nuevo RDL 8/2015 de 30 de octubre) declarando que será nulo cualquier pacto que se realice para cubrirla, compensarla o transferirla. Sin embargo, tras la sentencia mencionada la doctrina cambia para permitir que - en caso de sucesión de empresa - esta responsabilidad del pago del recargo sea una obligación transferible similar a otras que sí se transmiten en la sucesión de empresas. Así, la sala acaba señalando en la sentencia de referencia que debido al doble carácter - resarcitorio y preventivo - del recargo, debe prevalecer la faceta indemnizatoria del mismo. Por ello, la sala concluye rectificando su anterior doctrina, apoyándose, para ello, en dos argumentos. Por una parte, señala que el art. 123 LGSS (art. 164 del nuevo RDL 8/2015 de 30 de octubre) no contempla la específica incidencia de la sucesión empresarial en la responsabilidad por recargo de prestaciones y, en segundo lugar, se apoya en la redacción del art. 127.2 (art. 168.2 del nuevo RDL 8/2015 de 30 de octubre) LGSS al señalar que en los casos de sucesión... el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. Continúa la sentencia estableciendo.

Finalmente, la sentencia recuerda el nuevo criterio establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que establece que la responsabilidad empresarial por infracciones debe ser transferida, ya que de otro modo, se extinguiría. Puesto que el recargo de prestaciones surge de un incumplimiento del empresario de la LPRL, se entiende que debe ser transmitido en caso de sucesión de empresas.

En relación al mismo precepto, otro de los aspectos que da lugar a conflicto es el de la fecha a partir de la que debe aplicarse el recargo de prestaciones. A esta cuestión se refiere la STS de 9 de enero de 2015 (rec. 3483/2013). En este caso, la sala entiende que los intereses derivados de la capitalización del recargo de prestaciones no se generan por un retraso en el pago, sino por el propio derecho a la prestación derivado de un accidente de trabajo o enfermedad profesional con ausencia o inobservancia de las medidas preventivas adecuadas cuya responsabilidad es imputable al empresario. Por tanto, entiende el Tribunal Supremo que el recargo de prestaciones derivadas de accidente por infracción de las medidas de seguridad ... tiene la naturaleza de verdadera prestación de la Seguridad Social, de modo que el recargo sigue el mismo régimen que dichas prestaciones. Siendo esto así, como las prestaciones deben satisfacerse desde la fecha del hecho causante, esta será la fecha desde la que deba aplicarse el recargo. Es decir, los intereses de capitalización del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad deben aplicarse desde la fecha de efectos de la prestación, y no desde que se expida la correspondiente reclamación del importe de la deuda, tal como reclama la parte demandante en este caso.

Por último, en cuanto al sujeto obligado al pago del recargo por prestaciones, nos encontramos con la STS de 4 de marzo de 2015 (rec. 1307/2014). Esta sentencia analiza la redacción del art. 123.2 LGSS (art. 164.2 del nuevo RDL 8/2015 de 30 de octubre), en el que se establece que la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno. Esta redacción - tal como señala la sentencia - no deja la menor duda de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad es directa e intransferible a cargo del empresario, así como la imposibilidad de su aseguramiento, ya sea mediante un ente público o privado. Por tanto, no cabe invocar un posible desamparo del trabajador que no llegue a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia de la empresa, directamente condenada a su abono. Por todo ello concluye que el Instituto Nacional de la Seguridad Social no tiene obligación alguna en relación con el abono del recargo que se viene examinando.