

INFORME: EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN 2013. ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS

Por

SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL¹

jmmiranda@usc.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 40 (2015)

RESUMEN: Este documento intenta reflejar algunos de los principales cambios y novedades del ordenamiento laboral español en 2013, levantando acta de cómo la mutabilidad de nuestro Derecho del Trabajo es imparable. Este informe, consciente de ello, ofrece una selección de elementos esenciales, a juicio de sus autores, especialistas en cada una de las materias, encuadrados en la Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En él, conforme a la organización de dicha Sección en grupos de trabajo, se abordan las novedades más relevantes en materia de derechos fundamentales inespecíficos, contratación laboral, vicisitudes del contrato de trabajo, Derecho colectivo, conciliación y corresponsabilidad, protección social y prevención de riesgos laborales

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo en 2013, jurisprudencia constitucional, jurisprudencia del Tribunal Supremo, modalidades contractuales, extinción del contrato de trabajo, protección social, prevención de riesgos.

SUMARIO: 1. Novedades en materia de derechos fundamentales inespecíficos.- 2. Novedades en materia de contratación laboral y empleo.- 3. Vicisitudes del contrato de trabajo.- 4. Derecho colectivo del trabajo.- 5. De la conciliación a la corresponsabilidad.- 6. Novedades legales y jurisprudenciales en materia de protección social.- 7. Prevención de riesgos.

REPORT: LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW IN SPAIN IN 2013. SOME CRITICAL ISSUES

ABSTRACT: This paper tries to show some of the many changes and novelties in Spanish Labour Law during 2013, drawing up a record of the unstoppable character of our Labour legal system. This report offers a selection of essential elements, according to its authors, all of them

¹ Este informe ha sido coordinado por JM Miranda Boto (autor de la introducción). La autoría del texto corresponde a D. Álvarez Alonso, A. Álvarez del Cuvillo (coordinador de sección), E. Carrizosa Prieto, A. Domínguez Morales y A. Pazos Pérez (epígrafe 1); M.C. Aguilar Martín (coordinadora de sección), M. Basterra Hernández, C. Blasco Jover, M. Salas Porras, E. M. Sierra Benítez y E. Taléns Visconti (epígrafe 2); L. Gordo González, D. Gutiérrez Colominas (coordinador de sección) y R. Menéndez Calvo (epígrafe 3); R. Barona Betancourt, P. Nieto Rojas, S. Perán Quesada y H. Ysàs Molinero (coordinadora de sección) (epígrafe 4); V. Cordero Gordillo, D. T. Kahale Carrillo, E. Rodríguez Rodríguez, M. Serrano Argüeso (coordinadora de sección) y T. Velasco Portero (epígrafe 5); H. Álvarez Cuesta, M. Espín Sáez (coordinadora de sección), A. Fernández-Peinado Martínez e I. A. Rodríguez Cardo (epígrafe 6); y B. Fernández Collados, A. Ginés i Fabrellas, J. Llorens Espada, M. Navas-Parejo Alonso, M. Rodríguez Egío y B. Rodríguez Sanz de Galdeano (coordinadora de sección) (epígrafe 7).

specialists in each one of the subjects, being part of the Young Scholars' Section of the Spanish Association for Labour and Social Security Law. According to the organization of the said Section in working groups, we can find novelties concerning unspecific fundamental rights, work contracts, the life of the work contract and collective Labour Law, reconciliation and co responsibility, social protection and occupational risk prevention

KEYWORDS: Labour Law in 2013, constitutional case law, Supreme Court's case law, types of contract, extinction of the work contract, social protection, occupational risk prevention.

SUMMARY : 1. New issues on inespecific fundamental rights. 2. Novelties on work contracts and employment. 3. Vicissitudes of the work contract. 4. Collective Labour Law. 5. From reconciliation to co-responsibility. 6. New legal issues and case law on social protection. 7. Occupational risk prevention.

INTRODUCCIÓN

El presente documento² representa el esfuerzo colectivo de la Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la elaboración de un texto que ofrezca al lector un panorama de buena parte de los eventos más destacados en el ordenamiento laboral español a lo largo del año 2013, ya sean legales³, jurisprudenciales o convencionales.

Sobre este párrafo es necesario hacer dos precisiones. En primer lugar, debe caracterizarse la "juventud" de los autores. Tal denominación obedece a la etiqueta común acuñada por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en 2013. De acuerdo con lo adoptado en asamblea en Girona en 2013 en el marco del Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se consideran tales los miembros de los cuerpos docentes universitarios menores de 40 años y el restante personal docente e investigador con vínculo laboral o beca, sin límite de edad. En esta definición entran, por lo tanto, profesores titulares de Universidad,

² Cuando no se indica lo contrario, las sentencias citadas son del año 2013 y proceden de la Sala de lo social del órgano correspondiente. A lo largo de este texto se utilizan las siguientes abreviaturas: CE, Constitución Española; ET, Estatuto de los Trabajadores; TC, Tribunal Constitucional; TS, Tribunal Supremo; RD-L, Real Decreto-Ley; RDL, Real Decreto Legislativo; RD, Real Decreto; LPL, Ley de Procedimiento Laboral; LRJS, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; LISOS, Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; LPRL, Ley de Prevención de Riesgos Laborales; LOI, Ley Orgánica de Igualdad; LOPD, Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal; EBEP, Estatuto Básico del Empleado Público; LGSS, Ley General de la Seguridad Social; CC, Código Civil; CP, Código Penal; LEC, Ley de Enjuiciamiento Civil; LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial; CCNCC, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

³ A lo largo del texto se citarán únicamente por su número la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 27/07/2013), el RD-L 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 03/08/2013), la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE de 28/09/2013) y el RD-L 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE 21/12/2013).

profesores contratados doctores, ayudantes doctores, ayudantes, profesores asociados y numerosos tipos de becarios.

La segunda precisión obedece a la necesidad de seleccionar, que es el reverso de la exhaustividad. Intentar reflejar todos los cambios y las novedades es una tarea titánica, que exigiría una monografía de cientos de páginas para levantar acta de cómo la mutabilidad del ordenamiento laboral es imparable. Este informe, consciente de ello, ofrece una selección de elementos esenciales, a juicio de sus autores, especialistas en cada una de las materias, y que han elegido y condensado los episodios más destacados de 2013. De esta manera, el lector puede localizar el punto de arranque de sus propias reflexiones e investigaciones, sabiendo que parte de buen puerto.

No están, por supuesto, ni todas las novedades ni todos los jóvenes. Pero cada uno de los autores ha trabajado sobre un tema en el que tiene probada trayectoria y ha destilado lo esencial de los cambios es el valor añadido que este texto ofrece. Merece la pena destacar, por añadidura, cómo un mismo hito normativo o jurisprudencial será abordado desde distintos puntos de vista, ofreciendo así una perspectiva poliédrica de aquéllos.

I. NOVEDADES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS

1. Introducción

En el ordenamiento español, la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales de ciudadanía en el ámbito laboral⁴ es muy escasa, más allá de algunas menciones poco detalladas en el Estatuto de los Trabajadores y de las normas que transponen las Directivas comunitarias de igualdad de trato y no discriminación. No obstante, por otra parte, es pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional la consideración de que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución tienen eficacia directa (sin necesidad de desarrollo normativo) y que esta se despliega, con algunas matizaciones sobre las relaciones entre particulares (como puede ser la relación laboral).

La ausencia de desarrollo normativo y la eficacia directa de los preceptos constitucionales sobre las relaciones privadas, unidas a la dependencia que generalmente tiene la aplicación de los derechos fundamentales de las circunstancias

⁴ La doctrina laboralista española distingue entre los derechos fundamentales “específicos” de la relación laboral (libertad sindical, huelga y, en su caso, negociación colectiva) y los derechos “inespecíficos” de la relación laboral, que son los derechos de ciudadanía que tiene el trabajador como persona, pero que pueden tener efectos sobre la relación laboral (como la intimidad, la libertad de expresión o la libertad religiosa). En este apartado nos ocupamos únicamente de estos últimos.

del caso concreto, han determinado que en el Derecho español, el contenido y los límites de estos derechos se hayan ido concretando y delimitando en la práctica a través de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional y otros órganos judiciales.

En este contexto, durante el año 2013 no ha habido apenas novedades normativas significativas en la regulación de estos derechos, pero sí que se han producido resoluciones judiciales muy significativas. Así pues, este informe se configura principalmente como un estudio de la jurisprudencia relevante en la materia en este período; aunque se centra particularmente en las resoluciones más importantes del TC, complementa la información con la consideración de algunas sentencias del TS, y también de los TSJ. Ordenaremos estos datos en cinco categorías: “derecho a la intimidad”, “prohibición de discriminación”, “prohibición de violencia en el trabajo”, “derecho al honor y libertad de expresión” y “garantía de indemnidad”. No obstante lo anterior, en este período ha aparecido una norma de rango legal que resulta relevante en lo que refiere a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad y que se expondrá en el apartado correspondiente.

2. Derecho a la intimidad

La STC 170/2013 trata sobre el despido disciplinario de un trabajador por revelar información industrial a una empresa de la competencia, transgresión de la buena fe que fue evidenciada mediante la interceptación de las comunicaciones electrónicas de dicho empleado y, en particular, de los correos electrónicos por él enviados desde la cuenta del servidor de la compañía empleadora. El Tribunal Constitucional resuelve sobre este asunto principalmente a partir de la delimitación del alcance de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, acudiendo para ello a la doctrina de las “expectativas razonables de confidencialidad” perfilada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la particular caracterización del segundo de los citados derechos como garantía aplicable exclusivamente a los canales cerrados de transmisión.

La sentencia, que desestima el amparo, niega que con respecto a los correos electrónicos interceptados pudiera albergar el trabajador una “expectativa razonable de confidencialidad” cubierta por el derecho a la intimidad, ya que en las cláusulas sobre régimen disciplinario del convenio colectivo aplicable (Convenio sectorial nacional de la Industria Química) se contemplaba explícitamente como falta sancionable el uso inadecuado o para fines extra-profesionales del correo electrónico de empresa. Entiende el Tribunal que de dicha regulación prohibitiva se deducía implícitamente como previsible la monitorización empresarial del uso de esa herramienta informática, lo que a su juicio enervaría cualquier expectativa de confidencialidad y, en último término, llevaría a rechazar la calificación de la actuación empresarial como intrusión sobre la intimidad o

como una ilegítima interceptación de conversaciones mantenidas mediante canal cerrado de transmisión protegido por el secreto de las comunicaciones. Por otra parte, el control empresarial objeto de enjuiciamiento se considera proporcionado, toda vez que se adoptó a partir de una previa sospecha fundada de incumplimiento laboral y se practicó sólo en la medida estrictamente imprescindible, afectando tan sólo a un reducido número de mensajes de contenido exclusivamente profesional, no personal o privado.

Así pues, en este caso se desestima la invocada lesión de la intimidad y del secreto de las comunicaciones, solución polémica y discutible, pues, entre otras cosas, es dudoso hasta qué punto la mera tipificación del uso inadecuado del correo electrónico como falta sancionable en el convenio colectivo puede ser considerada como advertencia previa suficiente sobre el control empresarial que haga decaer toda expectativa de confidencialidad y legitime en consecuencia cualquier clase de intrusión por parte del empleador. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, quizá objeto de defectuosa recepción, parece requerir información anticipada más clara y precisa no solo sobre lo que puede ser sometido a supervisión, sino también sobre la forma, instrumentos e incluso la frecuencia con la que cabe esperar el control.

Por otro lado, cabe destacar que esta sentencia se mueve en una línea ya iniciada por la precedente STC 241/2012, en la que se resolvía un supuesto relativo a la interceptación empresarial de las comunicaciones electrónicas de dos empleadas a través de un programa de mensajería instantánea. También en este caso el amparo había sido desestimado, validándose la actuación de control por parte de la empresa a partir de una fundamentación similar, esto es, una rigurosa delimitación del ámbito protegido de los derechos fundamentales implicados con apoyo en la doctrina de las “expectativas razonables de confidencialidad” y en la concepción del secreto de las comunicaciones como garantía referible únicamente a canales cerrados de transmisión. Ciertamente, a diferencia de aquella decisión del año anterior, la STC 170/2013 añade también un análisis del supuesto desde el prisma del principio de proporcionalidad. Ahora bien, esto último se hace sólo en el último fundamento jurídico, casi de modo residual, como complemento o refuerzo de la argumentación principal antes comentada. Contemplando las dos sentencias anteriores en conjunto, tal vez pudiera parecer a primera vista que el modelo de enjuiciamiento incorporado en esta jurisprudencia constitucional reciente conlleva intrínsecamente cierta inclinación a favor de un amplio margen para el control empresarial y un correlativo estrechamiento del espacio de privacidad reconocido al trabajador, denotando tal vez un giro en la postura tradicional del Tribunal Constitucional sobre estas cuestiones.

Sin embargo, esa impresión podría quizá atenuarse a la vista de la STC 29/2013, que trata del uso de videocámaras con fines de control laboral a la luz del derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE). El caso se refiere a un empleado de la Universidad de Sevilla a quien le fue impuesta una sanción disciplinaria por continuos incumplimientos de su horario laboral, constatados principalmente en virtud de la grabación de su frecuente falta de puntualidad por medio de las cámaras de seguridad instaladas con fines de control de acceso a los edificios. Apartándose del que, desde la STC 186/2000, venía siendo el paradigma generalizado en la jurisprudencia - constitucional y ordinaria- para abordar las controversias en torno a la video-vigilancia en el ámbito laboral, esta sentencia prescinde de la ponderación y de la aplicación del principio de proporcionalidad. En efecto, el asunto se resuelve simplemente aplicando la normativa legal que desarrolla y delimita el derecho a la protección de datos, centrándose en particular en un ingrediente concreto de su contenido legalmente delimitado: el derecho de los afectados a ser informados previamente a la recogida de datos personales (incluida la captación de la propia imagen), establecido en el art. 5 LOPD.

Pues bien, desde esta perspectiva, se declara vulnerado el derecho del art. 18.4 CE por no haberse satisfecho adecuadamente la exigencia de información previa del art. 5. LOPD en relación con la aplicación de las cámaras de seguridad a fines de control del cumplimiento de las obligaciones laborales. Según se razona en los fundamentos jurídicos de esta decisión, pese a que la instalación de las videocámaras había sido autorizada conforme a las exigencias legales y estaba debidamente publicitada mediante carteles informativos en relación con finalidades de garantía de la seguridad de los edificios e instalaciones, no había existido sin embargo advertencia anticipada a los trabajadores sobre su utilización para el diferente propósito de vigilancia y control de la actividad laboral, que en consecuencia debe considerarse un uso desviado o subrepticio por cuanto contraviene directamente la garantía de información previa que la LOPD incorpora al contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Ello conduce ya inexorablemente al otorgamiento del amparo solicitado, sin necesidad a juicio del Tribunal de realizar ulteriormente una ponderación o un test de proporcionalidad, cuya sustanciación podría quizá haber conducido a un resultado distinto, más favorable para la empresa que para al trabajador, según parece apuntar el Voto Particular del Magistrado Ollero Tassara. Pero, operando en el plano de la delimitación legal del derecho fundamental, el parecer mayoritario de la Sala se inclina por considerar que el desarrollo legislativo es en este caso suficientemente explícito y taxativo como para resolver la controversia, quedando así cerrado el paso al juicio ponderativo y al análisis de proporcionalidad, de los que expresamente se prescinde por entenderlos

improcedentes, tal y como se subraya en la propia fundamentación de la sentencia y se critica en la mencionada opinión discrepante.

Por otra parte, los tribunales ordinarios también se han ocupado de conflictos relacionados con la intimidad del trabajador. Los asuntos más controvertidos durante el año 2013 han versado sobre la obligación empresarial de vigilar la salud de los trabajadores y, consecuentemente, la práctica empresarial de imponer reconocimientos médicos. A este respecto, la normativa existente (sustancialmente art. 22 LPRL), que se centra en establecer un cúmulo importante de límites y garantías, no evita que surjan innumerables cuestiones en torno a la incidencia que provoca esta práctica sobre el derecho a la intimidad corporal y la protección de datos personales (art. 18 CE). En este ámbito han recaído numerosos pronunciamientos interesantes que han resuelto y analizado la lesión de estos derechos desde perspectivas muy diferentes.

Uno de más polémicos ha sido la STSJ Extremadura de 5 de febrero, que analiza el despido por indisciplina y desobediencia de un vigilante de seguridad por negarse de forma reiterada a someterse a un reconocimiento médico. El tribunal, que no encuentra lesión del derecho a la intimidad, se limita a declarar: a) que en el supuesto concreto se está ante un supuesto de excepción a la voluntariedad en el reconocimiento médico, aunque no entra a concretar el supuesto específico que justifica la limitación; b) que el trabajador ha sido informado por parte del Gerente de la empresa, sin que se valore la importancia y el alcance que tiene el suministro de esa información, y c) que la empresa cliente exigía que los trabajadores hubieran pasado el oportuno reconocimiento médico, como si dicha exigencia constituyese, por sí sola, un requisito válido para demandar su obligatoriedad.

El razonamiento, ciertamente, se sustenta en la doctrina constitucional expuesta en las SSTC 196/2004 y 70/2009, pero no entra a analizar la proporcionalidad de la medida limitadora. Ambos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sostienen que tratándose de reconocimientos médicos, existen dos posibilidades de evitar la lesión del derecho a la intimidad de los trabajadores: mediante la existencia de autorización (consentimiento informado) por parte del trabajador o bien amparándose en una habilitación legal que permita prescindir de este consentimiento o autorización. Sentada esta doctrina, se efectúa una atenta consideración sobre la forma y condiciones en las que se debe expresar el consentimiento y sobre la interpretación restrictiva que debe efectuarse de las excepciones a la voluntariedad que en materia de reconocimientos médicos regula el art 22 LPRL.

En este caso, el Tribunal Superior de Justicia se limita a declarar la legitimidad de la exigencia empresarial, amparándose en que existe habilitación legal expresa. Hubiera sido oportuno, que además de constatar la existencia de habilitación legal, el Tribunal

hubiera valorado si la limitación efectuada sobre el derecho a la intimidad, estaba justificada de acuerdo con las circunstancias, esto es, que hubiera hecho la ponderación necesaria para determinar qué derecho o interés debía ceder en el contexto analizado.

No obstante, algunas sentencias enfocan la cuestión desde otra perspectiva. Así sucede con la STSJ Comunidad Valenciana de 24 de enero, sobre conflicto colectivo generado al pretender la empresa (dedicada al transporte urbano de pasajeros) aplicar con carácter obligatorio una revisión médica a los menores de 45 años cada 4 años, cada 2 años entre los 45 y los 60 años y anual para mayores de sesenta años. Las pruebas tratan de determinar, entre otras, la existencia de enfermedades neurológicas, déficits sensoriales o de coordinación, enfermedades metabólicas y endocrinológicas, cardiovasculares, respiratorias, mentales y trastornos adictivos; el examen culmina con una valoración del trabajador como idóneo, no idóneo temporal por riesgo de accidente, no idóneo definitivo por riesgo de accidente, y, en observación sanitario-laboral. El pronunciamiento parte de la doctrina constitucional sobre la incidencia de los reconocimientos médicos obligatorios en el derecho a la intimidad de los trabajadores pero, a diferencia del pronunciamiento anterior, en lugar de dar por supuesto que la existencia de una habilitación legal exime de recabar el consentimiento del trabajador, se centra en analizar si las medidas impuestas por el empresario son adecuadas, necesarias y proporcionadas, al margen de la existencia de esta habilitación. El análisis de las medidas adoptadas lleva al Tribunal a concluir que existe lesión del derecho a la intimidad de los trabajadores pues no se daban las circunstancias que justificaban la obligatoriedad, esto es, que no existió proporcionalidad entre la medida propuesta y el riesgo laboral, puesto que podrían plantearse medidas menos incisivas que contribuirían al mismo fin y porque la medida cuestionada no era determinante de la evitación del riesgo. Tampoco se aprecia un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable como lo es el riesgo de enfermedad profesional o el riesgo específico de terceros.

3. Prohibición de discriminación

1. Conciliación y discriminación por razón de sexo

Una de las sentencias más relevantes en esta materia es la STC 173/2013, sobre extinción de la relación laboral durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada, sin que se hubiera probado que la empresa conocía dicho estado de gestación.

La actora imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad y no

discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), por haber rechazado la nulidad de la extinción en dichas circunstancias, en virtud de lo dispuesto en el art. 55.5.b) ET. Este precepto -según han interpretado las SSTC 92/2008 y 124/2009-, determina que el despido de la trabajadora embarazada es objetivamente nulo salvo que se declare su procedencia, sin necesidad de aportar indicios de discriminación o de acreditar que la empresa conocía esta circunstancia. Así pues, este despido nunca puede ser declarado “improcedente”.

En este caso, el TC considera que esta doctrina no es aplicable a la extinción durante período de prueba, por tratarse de una institución diferente al despido durante la cual la extinción es libre. En este contexto, la extinción durante el período de prueba solo podrá calificarse como nula si se produce en vulneración de derechos fundamentales; en el caso del embarazo habría de aportarse algún indicio de que la extinción es una reacción frente a esta circunstancia. El TC avala las consideraciones ofrecidas por el TS en la sentencia impugnada, relativas a la ausencia de indicios de discriminación en este caso, por no quedar acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora; por otra parte, en la misma fecha de extinción del contrato de la recurrente se extinguió también por el mismo motivo el contrato de otro trabajador varón, contratado en idénticas condiciones y fechas; estos elementos excluirían el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva. En opinión del TC, el razonamiento del TS satisface plenamente las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas que impone la afectación de los derechos reconocidos en los arts. 24.1 CE y 14 CE. Presenta voto particular disidente el Magistrado Valdés dal-Ré, al que se adhieren Asúa Batarrita, Ortega Álvarez y Xiol Ríos, que argumenta a favor del mismo trato para la trabajadora embarazada frente a la extinción en cualquier momento de la relación laboral.

En relación con esta materia, el TS en su sentencia de 25 de enero resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, aplicando el 55.5 b) ET. El TS determina la nulidad del despido de la trabajadora por haberse producido durante el disfrute de una reducción de jornada para cuidado de un menor, aunque no se haya acreditado un móvil discriminatorio. Dicho supuesto, advierte el Tribunal, se encuentra recogido en el mismo plano que el del despido de la trabajadora embarazada y es por ello que se han de aplicar las mismas consideraciones de objetividad de la nulidad del despido, institución igualmente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, en base a la aplicación de la jurisprudencia del propio TS y del TC.

Por su parte la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 13 de noviembre desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada frente a la sentencia del Juzgado de lo Social que estimaba la vulneración del derecho de la trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo. La trabajadora había solicitado una reducción de

jornada (a 20 horas semanales) por nacimiento de su segundo hijo y a partir de ese momento dejó de percibir un complemento y puesto de trabajo al no poder desempeñar funciones de dirección de obra; en cambio, este complemento se redujo proporcionalmente solicitó la primera reducción de jornada (a 25 horas semanales), sin que quedara acreditado ningún elemento nuevo para suprimir el complemento a la actora cuando se hace la segunda reducción de jornada y no con la primera. Esta práctica empresarial genera, en opinión del tribunal, una discriminación indirecta por razón de sexo.

Por otra parte, la STSJ Andalucía de 3 de octubre condena la práctica de una empresa que, para reconocer un permiso de lactancia, obligaba a los trabajadores varones a justificar que su cónyuge no había hecho uso de este derecho, circunstancia que no exigía a las mujeres.

II. Discriminación por razón de discapacidad

Respecto a la discriminación por razón de discapacidad es importante tomar en consideración la aprobación del RDL 1/2013 que promulga la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social.

Anteriormente a esta normativa, la atención a la discapacidad en el ordenamiento jurídico español se había realizado a través de un cúmulo disperso de disposiciones normativas que contemplaban esta realidad desde distintas perspectivas. La adaptación al ordenamiento español de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad puso de manifiesto la necesidad de superar esta dispersión normativa, de modo que se ha elaborado una nueva ley que deroga a sus predecesoras, unificando el marco normativo básico de protección de las personas con discapacidad. La nueva normativa establece un concepto unificado de discapacidad que elimina las contradicciones que se podían plantear entre las definiciones establecidas en diversos textos normativos. Así pues, el RDL 1/2013 define a las personas con discapacidad como «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Además, también tendrán esta consideración aquellas personas «a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento». Y al igual que sucedía con la regulación anterior, la norma establece que «se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente

para el servicio o inutilidad». Este concepto puede considerarse ligeramente más restrictivo que el que se desprendía de la normativa de 2013, que hablaba de deficiencias “a largo plazo”, mientras que en la definición actual se insiste en que estas dificultades sean “previsiblemente permanentes”.

En relación con la discriminación por razón de discapacidad, la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2013, asunto *HK Danmark y otros* (C-335/11 y C-337/11), si bien dictada sobre la base de la normativa danesa, puede desplegar efectos sobre el ordenamiento español. De hecho, ya ha tenido consecuencias respecto a la jurisprudencia interna. El Tribunal resuelve sendas cuestiones prejudiciales que sobre la compatibilidad con la Directiva 2000/78/CE de una norma que permite el despido de los trabajadores con un preaviso abreviado cuando acumulan faltas superiores a 120 días en un periodo de 12 meses, a pesar de que esas bajas sean consecuencia de una discapacidad, y sin que se hayan practicado los oportunos ajustes razonables (a modo de reducción horaria) que el trabajador requería en base a sus circunstancias personales.

Al margen de las consideraciones relativas al concepto de discapacidad, dentro del que incluye desde ahora las enfermedades curables o incurables de larga duración que acarreen una limitación que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, el Tribunal establece unas consideraciones cuyo impacto en nuestro territorio es apreciable en la SJS de Barcelona Nº 3 de 17 de diciembre.

En efecto, el Tribunal considera contraria a la Directiva la disposición danesa que permite acudir al despido por faltas justificadas cuando las bajas son consecuencia de la discapacidad. En estos términos la disposición legal *puede suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad* puesto que *un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad*.

En cambio, el art. 52 d) ET admite el despido objetivo por acumulación de bajas sin hacer distinción entre los que causen baja por enfermedad común, enfermedades asimiladas a la discapacidad o por discapacidad. En aplicación a la doctrina expuesta del Tribunal de Justicia, el Juzgado de lo Social de Barcelona cuestiona incluso la constitucionalidad del precepto estatutario, cuando las bajas por enfermedad asimilada a la discapacidad constituyen causa justificada de despido objetivo. En base a ello, interpretando la norma legal conforme a la Constitución y a la normativa de la Unión Europea estima la pretensión de la actora y declara nulo el despido objetivo por discriminación directa en razón a su discapacidad.

III. Prohibición de discriminación y Seguridad Social

La STC 41/2013 resuelve la cuestión de constitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 -letra c)-, de 4 de diciembre, que reconocía el derecho a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho cuando, habiéndose producido el fallecimiento del causante antes de la entrada en vigor de dicha norma, existieran hijos en común. De acuerdo con el TC, la norma impugnada infringe el art. 14 CE introduciendo una discriminación frente a aquellas parejas de hecho homosexuales que por motivos biológicos no pueden concebir hijos comunes y el hecho causante se haya producido antes de la posibilidad legal de adopción. El causante había muerto antes de la entrada en vigor de la ley catalana que permite la adopción por pareja de hecho del mismo sexo.

Atendiendo a las consideraciones propias del principio de igualdad, el TC no considera que el requisito esté justificado por la conveniencia de acreditar de forma inequívoca una efectiva y estable convivencia *more uxorio* entre el causante y el beneficiario, a fin de evitar posibles reclamaciones abusivas o fraudulentas, ni tampoco en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad, y además conduce a un resultado desproporcionado. De ésta forma, la disposición legal es contraria al derecho a la igualdad consagrado por el art. 14 CE, y por ello inconstitucional y nula, lo que hace innecesario efectuar consideraciones acerca de la discriminación por razón de la orientación sexual.

En el mismo sentido, la STC 77/2013 resuelve un asunto similar, relativo a la pensión de viudedad a parejas transexuales, por vulneración de la no discriminación por orientación sexual, en virtud de la denegación basada en la inexistencia de hijos comunes, sobre la base de la misma DA 3ª, letra c, de la ley 40/2007.

En virtud de la declaración de inconstitucionalidad de dicha disposición legal por la STC 41/2013 anula la disposición administrativa que deniega por ésta razón la pensión de viudedad y las posteriores resoluciones judiciales retrotrayendo la causa al momento anterior de dictarse la resolución administrativa.

Sin embargo, requisito *sine qua non* para la concesión de la pensión de viudedad en los términos del vigente art. 174.3 LGSS es la inscripción en registro específico de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución", de forma que la ausencia del mismo, a pesar de una convivencia de más de veinte años con el causante es motivo suficiente para denegar la prestación sin que se entienda vulnerado el art. 14 CE, tal y como determina la STSJ C. Valenciana de 14 de noviembre, en base a la STS de 18 de julio de 2012.

Por otra parte, resulta de interés la STC 61/2013, que resuelve la cuestión de constitucionalidad planteada por el TSJ de Galicia cuyo objeto era determinar, si el modo de cálculo de los periodos de carencia de los trabajadores a tiempo parcial a resultas de la aplicación del inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, sobre cuya base se causa derecho a las diferentes prestaciones del sistema únicamente en función de las horas efectivamente trabajadas, vulnera el art. 14 CE en sus dos vertientes de derecho a la igualdad y prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo.

La modificación introducida por el RD-L 15/1998, de 27 de noviembre al TRLGSS se encargó de revisar los criterios de cómputo de los períodos de cotización, establecidos en el art. 12.4 ET declarado inconstitucional -STC 253/2004 - introduciendo reglas correctoras al estricto criterio de proporcionalidad inicialmente previsto: división entre cinco de las horas efectivamente trabajadas y aplicación del coeficiente de 1.5 para calcular las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente.

En este caso, el TC determina que con estas nuevas reglas sigue existiendo discriminación indirecta por razón de sexo porque la norma de tipo neutro tiene resultados desproporcionados respecto a los trabajadores, a tiempo parcial y esto incide de forma peyorativa en el colectivo femenino (pues los datos estadísticos muestran que el trabajo a tiempo parcial afecta predominantemente a este). En consonancia con la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno*, el TC determina que los criterios elegidos por el legislador tanto en el establecimiento del criterio estricto de proporcionalidad en los días teóricos de cotización como los sistemas de corrección no resultan justificados en base a la persecución de un equilibrio financiero o al principio de contributividad. Tampoco resultan proporcionales, dado que no evitan resultados especialmente gravosos y desmesurados a los que puede conducir. En consecuencia, el TC declara inconstitucional y nula toda la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima LGSS.

En otro orden de cosas, la STSJ Asturias de 26 de abril, admite la existencia de vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo -y no por motivo de la orientación sexual- de la aplicación del RD 1030/2006 en virtud del cual solo pueden ser beneficiarias del derecho a la reproducción asistida en el servicio público de sanidad aquellas mujeres a las que se le haya diagnosticado una esterilidad o por indicación clínica establecida, y no a las mujeres que por razón de su homosexualidad acuden al dicho proceso de gestación. Si bien dicha exclusión no aparece en la ley de reproducción asistida 14/2006 de 26 de mayo, ese requisito se mantiene aún en el citado RD, y así se encuentra en trámites una reforma legal en ese sentido restrictivo, que además limitará el acceso a dichas técnicas en función de la edad. Sin embargo el fallo

considera que tal exclusión obligaría a una persona de orientación homosexual a tener relaciones heterosexuales para alcanzar la procreación. De ésta forma estima el recurso y obliga a servicio público de sanidad asturiano a practicarle la técnica de reproducción asistida requerida.

4. Violencia en el trabajo

Durante el año 2013 no se han producido sentencias del TC o TS en relación con la violencia en el trabajo. En cambio, las resoluciones de tribunales inferiores han sido bastante numerosas.

En muchas ocasiones, los Tribunales Superiores de Justicia han determinado la inexistencia de acoso moral o mobbing, sosteniendo que simplemente existe una situación de conflictividad entre empleado y empresario (entre otras, SSTSJ Madrid de 18 de octubre; Galicia de 11 de octubre; Andalucía de 3 de octubre; Cataluña de 31 de mayo).

Por otra parte, la STSJ Cataluña de 18 de diciembre, no sanciona a la empresa por inactividad frente a una situación de acoso cometida por un superior jerárquico. Aunque esta situación era conocida y tolerada por la empresa, el Tribunal entiende que no se le puede imputar de manera directa, es decir, que no se le puede aplicar la sanción grave del 8.1 LISOS in perjuicio de que puedan ser sancionada por falta grave con arreglo al art. 7.10 LISOS.

En cambio, la STSJ Cantabria 466/2013 condena a la empresa por tratamiento dado a una trabajadora, a la que se asignaron labores claramente inferiores a su categoría como represalia por el ejercicio de derechos de conciliación, constituyendo un acoso discriminatorio por razón de sexo. Asimismo, la STSJ Galicia de 19 de abril estima la pretensión de la actora y sanciona a la empresa por el acoso cometido por un superior jerárquico, que se reiteró después de la reincorporación de la trabajadora tras una condena previa por acoso.

5. Libertad de expresión y derecho al honor

Con respecto al conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor, la STC 216/2013 indica que las declaraciones hechas en una rueda de prensa llamando "corrupto" a un secretario de ayuntamiento por la incompatibilidad de su cargo con el trabajo como abogado en la defensa de intereses particulares, así como su presencia en determinadas empresas privadas, no tienen como finalidad el puro insulto, sino que pretenden denunciar la incompatibilidad de los intereses públicos y privados en el ámbito urbanístico. Así pues, el TC considera que la información tiene relevancia pública porque

es de interés general, haciendo prevalecer la libertad de comunicación frente al derecho al honor.

6. Garantía de indemnidad

Varias sentencias del Tribunal Supremo mantienen la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la garantía de indemnidad, que implica la prohibición de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos, considerándolas contrarias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En ese sentido, la STS de 6 de marzo declara nulo el despido de una trabajadora, al estar el cese motivado en una represalia por una previa reclamación sobre cesión ilegal de trabajadores. Por otra parte, la STS de 5 de julio declara nulo el despido de una trabajadora, puesto que se le extinguió un contrato temporal fraudulento tras haber reclamado la consideración de la relación como indefinida; en este caso se acreditaron indicios suficientes por parte de la trabajadora para producir el desplazamiento de la carga de la prueba y la Administración empresaria no demostró que el cese se hubiera producido por motivos legítimos y ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Por último, la STS de 11 de noviembre indica que la protección de la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de acciones judiciales. En el caso concreto, en un supuesto de contratación temporal fraudulenta, se declara el despido nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, porque la extinción del contrato se produjo antes de que terminase el proyecto de investigación al que estaba adscrita la trabajadora, motivada por la reclamación previa que esta había presentado.

7. Conclusiones

Durante el año 2013 no ha habido novedades significativas de carácter normativo en materia de Derechos Fundamentales, más allá de la unificación y clarificación de la normativa de protección de las personas con discapacidad. Esto no resulta extraño, dado que sobre esta materia la regulación es muy escasa, adquiriendo una notable importancia la interpretación de la jurisprudencia. En este sentido, ha habido algunas sentencias bastante significativas. Probablemente las más importantes de este período hayan sido dos sentencias del TC, una de ellas relacionada con el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad del trabajador en el uso del correo electrónico y la otra dirigida a determinar si la protección adicional frente al despido de las

trabajadoras embarazadas se aplica al período de prueba. Ambas decisiones han adoptado una posición restrictiva respecto a la extensión de los derechos fundamentales en juego, de modo que han resultado muy polémicas.

II. NOVEDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL Y EMPLEO

El Derecho del Trabajo, como ciencia “viva” en constante evolución, debe adaptarse a las circunstancias del mercado de trabajo pero, sin olvidar su esencia, mantener el justo equilibrio entre los principales actores: empresarios y trabajadores. En materia de contratación y empleo son numerosas y significativas las modificaciones que, con ocasión de la crisis, han dejado huella en el Derecho del Trabajo durante el año 2013. Así, a lo largo de esta apartado se abordan ambas cuestiones por separado, pues representan aspectos diferentes del Derecho.

En materia de empleo se han hecho algunos avances durante el 2013, como la firma de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven o el Plan Anual de Política de Empleo 2013, entre otros. Además, en este año se han aprobado importantes normas con incidencia sobre el empleo y la contratación, como son las Leyes 11/2013 y 14/2013 y los RD-L 11/2013 y 16/2013.

Sin ser un cambio de envergadura, fruto de la modernización, también se aprobó la Orden ESS/1727/2013, por la que se modifica la Orden TAS/770/2003, por la que se desarrolla el RD 1424/2002, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquélla.

Por otro lado, durante este ejercicio, se han alzado voces acreditadas sobre la simplificación de modelos de contratación, incluso se habla de “contrato único”, coincidiendo, en parte, con el propósito manifestado por el Gobierno de cubrir la necesidad de simplificación administrativa de trámites para llevar a cabo la contratación; pues en cierto modo, la cantidad de modelos de contrato de trabajo, el programa de incentivos y el resto de obligaciones derivadas del inicio de una relación laboral, como el alta en seguridad social, etc, hacen que resulte un proceso complejo para el empresario, al contrario de lo que, en teoría, se pretende, es decir, facilitar la contratación para evitar el fraude.

Además, en materia de contratación se han hecho cambios para coadyuvar a solucionar algunos problemas importantes en España como: el paro de larga duración, el desempleo juvenil, la excesiva contratación temporal o la necesaria adaptación de la contratación a tiempo parcial, entre otros. Para ello se han hecho algunas reformas en los contratos formativos, se ha creado un nuevo contrato indefinido de apoyo a emprendedores y se han introducido medidas flexibilizadoras en materia de contratación

a tiempo parcial, trabajo a distancia y contratación temporal. A continuación, de modo resumido, se presentan los aspectos más relevantes en materia de contratación.

1. Contratación a tiempo parcial

Las modificaciones introducidas por el RD-L 11/2013 pretenden adecuar a las exigencias constitucionales⁵ y a las derivadas del ordenamiento comunitario⁶ las reglas aplicadas al acceso a las prestaciones de Seguridad Social por parte de las personas que realizan trabajos por cuenta ajena bajo la modalidad de contratación a tiempo parcial⁷. En la misma se facilita el acceso a prestaciones del sistema de Seguridad Social por parte de los trabajadores que acrediten períodos de cotización bajo la modalidad de contratación a tiempo parcial.

2. Contratación temporal

Uno de los principales problemas relacionados con el empleo en España, por todos conocido, es la excesiva contratación temporal, en ocasiones abusiva por no cubrir necesidades temporales del puesto de trabajo. Durante este último periodo, se han modificado algunos aspectos encaminados a limitar la contratación temporal, por ejemplo, se ha acortado la duración del periodo de prueba en los contratos de duración determinada cuya duración no sea superior a seis meses, se ha limitado la duración máxima del contrato de obra o servicio a tres años, se ha reanudado la limitación del art. 15.5 ET para evitar la sucesión de contratos temporales. Sin embargo, se deben seguir haciendo esfuerzos porque ésta sea una contratación residual y sobre todo, causal.

3. Contrato de primer empleo joven

La Ley 11/2013 introdujo una serie de contratos para estimular la contratación de jóvenes desempleados⁸. En concreto, su art. 12 instaura una modalidad para la contratación de jóvenes menores de 30 años que, además de desempleados, no hayan

⁵ Vid. STC. 61/2013, de 14 de marzo, por la que se declara inconstitucional y, por tanto, nula, la regla segunda e la disposición adicional séptima de la LGSS.

⁶ Vid. STJUE de 22 de noviembre de 2012 (caso *Elbal Moreno*), por la que se declara contraria al ordenamiento comunitario la legislación española de Seguridad Social aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, por establecer una discriminación indirecta, en contra de las trabajadoras.

⁷ También se ve reflejado el Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores, a tiempo parcial, suscrito entre el Gobierno y los interlocutores sociales el 31 de julio de 2013.

⁸ El antecedente de esta Ley es el RD-L 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

tenido ninguna experiencia laboral⁹. Por lo tanto, la finalidad primordial que se desprende de este contrato se encuentra en insertar laboralmente a jóvenes que nunca hayan tenido una experiencia laboral, o que ésta hubiera sido inferior a 3 meses. Respecto a lo que debemos entender por experiencia laboral, ante el silencio de la normativa, parece conveniente realizar una interpretación favorable con el objetivo e incentivo de la norma y entender que esta se refiere exclusivamente a la derivada de una relación laboral.

Por su parte, el art. 12.2 de la Ley remite al art. 15.1 b) ET, es decir, a los contratos eventuales, si bien establece una serie de especialidades respecto a las causas y a la duración del contrato. De este modo, el legislador ha introducido una nueva causa de temporalidad o eventualidad, por lo que este contrato podría considerarse como una modalidad específica de contrato eventual. Esta sería, quizá, una de las opciones legislativas más criticables puesto que supone una cierta “descausalización” del contrato eventual al permitir celebrar un contrato de estas características cuya única causa estribe en la “adquisición de una primera experiencia profesional”. El art. 12.2 de la Ley 11/2013, en sus apartados b) y c) regula la duración mínima y máxima del contrato temporal de primer empleo joven. En este sentido, la duración mínima del contrato será de 3 meses. Por su parte, la duración máxima será, en principio, de 6 meses¹⁰. Ahora bien, se va a permitir la prórroga del contrato por una única vez más en caso de que el primero se hubiera firmado con una duración inferior a la máxima legal, sin poder sobrepasarse en ningún caso con esta prórroga el máximo legal o convencional. Por lo que respecta a la jornada de trabajo la Ley permite que éste se celebre a tiempo completo o a tiempo parcial. Si bien, en este último caso, y ya que la duración del contrato diseñada por el legislador es un tanto breve, se exige que la jornada rebase el 75% respecto de la de un trabajador a tiempo completo comparable.

A la vista de la duración temporal y de la regulación de la jornada establecida para el contrato de primer empleo joven, se podría convenir que, en principio, no se estaría fomentando la adquisición de un empleo estable, antes al contrario, estaríamos ante una forma de trabajo juvenil precario. Por un lado, la duración del contrato parece insuficiente como para poder adquirir cierta experiencia laboral. Por otro lado, esta situación de precariedad se acrecienta con la posibilidad de que el contrato de primer empleo joven pueda concertarse a tiempo parcial, aunque como se ha comentado, en este último caso el legislador pretende asegurar una jornada mínima superior al 75% de la realizada por

⁹El art. 12.1 comienza del siguiente modo: “para incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional”.

¹⁰ Pero, por medio de convenio colectivo esta duración podrá ampliarse hasta un máximo de 12 meses. Por lo tanto, en principio, solamente puede celebrarse un contrato temporal de primer empleo joven por un periodo comprendido entre los 3 meses y los 6 meses (o un máximo de 12 en caso de que así se prevea por medio de negociación colectiva).

un empelado a tiempo completo comparable. Para la validez de estos contratos se les va a exigir a las empresas que no hayan tomado en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato decisiones extintivas improcedentes¹¹.

No en vano, el legislador pretende incentivar la transformación de estos contratos en indefinidos. Así, cuando se haya celebrado un contrato de primer empleo joven y este se convierta en indefinido el legislador ha optado por bonificar al empresario. En este sentido, el art. 12.4 de la Ley 11/2013 contempla una bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año) durante 3 años en caso de que el contratado sea varón, y de 58,33 euros/mes (700 euros/año) en caso de que sea mujer (el legislador no explica esta disparidad ni en el precepto en cuestión ni en la Exposición de Motivos). Por otro lado, como puede apreciarse, la bonificación sobre las cuotas de la Seguridad Social es bastante generosa por lo que se refiere al lapso temporal de aplicación, puesto que se prolonga durante 3 años¹². Para poder aplicar estas bonificaciones, que tienen como finalidad el tránsito de una situación de temporalidad a otra de trabajo estable, tiene que haber transcurrido como mínimo 3 meses desde la celebración del contrato temporal de primer empleo joven, es decir, su duración mínima. Por lo tanto, cuando el contrato se haya firmado por un periodo superior a los 3 meses y se haya superado este plazo el empresario podrá convertirlo en indefinido en cualquier momento.

El segundo requisito para que se puedan aplicar las referidas bonificaciones es que la jornada pactada ocupe al menos el 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. Lo que se está permitiendo es la posibilidad de que se pueda convenir una jornada que represente la mitad de tiempo que la de otro trabajador a jornada completa comparable, lo que redundaría en la posibilidad de convertir el contrato temporal de primer empleo joven en otro indefinido con reducción de jornada (recordemos que el límite para el contrato temporal de primer empleo era de una jornada superior al 75%).

Junto con los anteriores requisitos, la empresa deberá mantener el nivel de empleo alcanzado con esta transformación contractual durante al menos 12 meses. Se exceptúa de esta obligación cuando el contrato se extinga por causas objetivas, por despido disciplinario o reconocido como procedente. Tampoco cuando sea por dimisión,

¹¹Extinciones que sean a partir del 24 de febrero de 2103 y para la cobertura de aquellos puestos del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo. Obviamente, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del RD-L 4/2013 el empresario no se podría plantear el hecho de extinguir contratos con trabajadores para dar entrada a modalidades contractuales incentivadas.

¹² Estas bonificaciones también se van a reconocer para la empresa usuaria en el caso en que el contrato se haya formalizado por medio de una Empresa de Trabajo Temporal.

muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez o por expiración del tiempo convenido para la realización de la obra o servicio o resolución durante el periodo de prueba. Sobre esta previsión o exigencia legal me remito, para evitar reiteraciones, a lo explicitado para el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa.

4. Contrato de relevo

Una de las medidas a través de las que el ordenamiento jurídico laboral procura cierto reparto del empleo entre trabajadores es el contrato de relevo. Muchas han sido las modificaciones a las que se ha visto sometida su regulación, siendo la última la llevada a cabo por el RD-L 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. No obstante y en cualquier caso, tanto su estructura como su finalidad siguen siendo las mismas desde que se incorporó por vez primera al ordenamiento laboral español por Ley 32/1984, de 2 de agosto: mediante esta modalidad contractual se pretende que un trabajador que haya cumplido cierta edad y desee jubilarse parcialmente (art. 166 LGSS) pueda ser sustituido por otro de la empresa contratado de forma temporal o, en su caso, por un desempleado inscrito en la Oficina de Empleo. Siendo así que el relevista accede a parte del trabajo del relevado, quien verá disminuida tanto su jornada, como su salario, quedando convertido, por consiguiente, su contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial.

Ahora bien, esto dicho, hay que tener en cuenta que no siempre y en todo caso será necesario suscribir el contrato de relevo, pues, como es conocido, el precepto que lo regula (art. 12 ET, en sus apartados seis y siete) prevé dos alternativas delimitadas muy claramente una de la otra por un hecho objetivo: el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. De esta forma, si el trabajador relevado no ha alcanzado todavía dicha edad, la empresa vendrá obligada a suscribir el contrato de relevo con el segundo trabajador, debiendo mantener en el empleo a ambos. Sin embargo, la situación contraria se produce si el jubilado parcial ya ha cumplido aquella edad, pues, en estos casos, la empresa se verá dispensada de realizar tal contratación.

Tomando esta distinción como punto de partida, se ha previsto que sean distintos los requisitos y formalidades que se requieren para celebrar este contrato. Requisitos, por cierto, que han quedado profundamente alterados y, de igual forma, endurecidos, tras la aprobación de la norma mencionada anteriormente, el RD-L 5/2013. Así, para los casos de acceso a jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo, es necesario que el trabajador haya cumplido la edad prevista en el art. 161.1.a) LGSS (67 años o 65 cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización) y

que reúna el resto de requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación. Además, y por lo que a la reducción de la jornada se refiere, es ineludible que ésta oscile entre un 25% y un 50%, cuando, antes de la reforma, era de entre un 25% y un 75%.

Por el contrario, si la empresa se encuentra en la obligación de suscribir el contrato de relevo, el jubilado debe haber alcanzado, no los 61 años, sino la edad establecida en la escala fijada en el art. 166.2 LGSS, edad que se incrementa año tras año hasta 2027 en función de los periodos de cotización acreditados en el momento del hecho causante (al final del período transitorio, será necesario haber alcanzado una edad de 63 años con 36 años y 6 meses cotizados o 65 años con 33 años cotizados). Además, también se le requiere al jubilado parcial que tenga una antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial, por lo que, aunque la norma silencie este extremo, debe entenderse como presupuesto que se mantiene una relación por tiempo indefinido con la empresa. De igual forma, ha de acreditar a la fecha del hecho causante un periodo de cotización de 33 años (antes era de 30), que baja a 25 años para el caso de personas con discapacidad igual o superior al 33%. Por su parte, se advierte de nuevo en el porcentaje de la jornada que debe liberar el jubilado parcial la tendencia anterior de restringir cada vez más la horquilla. Así, en estos supuestos, la reducción de la jornada debe situarse entre un mínimo del 25% y un máximo del 50% (antes era del 75%) o del 75% (antes era del 85%) para los casos en que el trabajador relevista sea contratado indefinidamente y a jornada completa. Con todo, se prevé, sin embargo, que, a pesar de esta reducción de jornada, tanto trabajador como empresario coticen por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando aquél a jornada completa.

Por lo que respecta a la duración de este contrato, todo dependerá, igualmente, de si el jubilado parcial ha alcanzado o no la edad de jubilación. En el caso de que ya la hubiera alcanzado, la duración del contrato de relevo (si es que lo hay) podrá ser indefinida o anual, prorrogándose, en este último caso, automáticamente por períodos anuales y extinguiéndose cuando se produzca la jubilación total del relevado. Si, por el contrario, aún no hubiera cumplido la edad de jubilación, el contrato de relevo podrá ser de duración indefinida o por el tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar aquella edad. Si, al cumplirla, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo podrá prorrogarse anualmente mediante acuerdo de las partes (no automáticamente, por tanto), extinguiéndose al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado. No obstante y como novedad, se prevé que, cuando el contrato de relevo se hubiese concertado de manera indefinida y a tiempo completo, deberá mantenerse al menos en una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador

sustituido para alcanzar la edad legal de jubilación. Previsión ésta que queda reforzada cuando se le impone, además, al empresario la obligación de celebrar un nuevo contrato por el tiempo restante si el primero se hubiera extinguido antes de alcanzar esa duración. El incumplimiento de tales previsiones se sanciona muy duramente, ya que el empresario vendrá obligado a reintegrar la pensión que hubiese percibido el jubilado a tiempo parcial.

En cuanto a las funciones a desarrollar en el marco del contrato de relevo, ya no es necesario que exista cierta identidad o proximidad en el puesto de trabajo a desempeñar por relevado y relevista. Tras la reforma de 2013, las posibilidades de sustitución que tiene la empresa se amplían, pues sólo como posibilidad se prevé que el relevista ocupe el mismo puesto de trabajo que el jubilado parcial. Ello quiere decir que el primero podrá desempeñar funciones idénticas a las del segundo, similares o, incluso, distintas, pues lo fundamental será que exista una correspondencia entre las bases de cotización de uno y otro, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

Por lo demás, sigue intacta la obligación del empresario de sustituir al trabajador relevista en el plazo imperativo de quince días cuando éste hubiera cesado por cualquier causa (englobándose aquí tanto el cese definitivo como el temporal) durante la vigencia del contrato de relevo. El incumplimiento de esta exigencia, así como de la de readmitir al trabajador jubilado parcial que ha sido objeto de un despido improcedente (o de cualquier otro tipo de extinción del contrato por voluntad del empresario o por causa ajena a la voluntad del trabajador), genera la responsabilidad del empresario, quien deberá abonar a la Entidad Gestora el importe de la prestación de jubilación parcial devengado hasta el momento.

5. Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores

Como es de sobra conocido, el ordenamiento jurídico español muestra una firme preferencia por la contratación laboral de duración indefinida, debido a razones de modelo social, productividad y dinámica de consumo. En tal contexto, el RD-L 3/2012 introdujo, en su art. 4, un nuevo modelo contractual, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, cuyos objetivos declarados son fomentar la creación de empleo por parte de las empresas de menos de 50 trabajadores y, de manera paralela, favorecer el acceso al empleo estable de aquéllos colectivos de trabajadores más castigados por la crisis económica, como es el caso de los jóvenes, los mayores y, de un modo general, las mujeres.

Tras su pertinente refrendo parlamentario, la ahora Ley 3/2012 establece que su régimen jurídico se sujetará a lo establecido con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores y las disposiciones de la negociación colectiva previstas para los contratos indefinidos, pero con dos importantes especialidades, dos diferencias significativas respecto al régimen general de los contratos de duración indefinida. La primera de ellas viene referida a que de dicho régimen general se exceptuará “la duración del periodo de prueba a que se refiere el art. 14 ET, que será de un año en todo caso.” Tras cierto debate doctrinal al respecto de esta cuestión, considero que se puede afirmar que la correcta interpretación de esta disposición legal es la siguiente: El periodo de prueba no pierde su carácter facultativo (es decir las partes siguen siendo libres de celebrarlo o no), la cuestión es que cuando, voluntariamente, decidan pactarlo, su duración será en todo caso de un año. A nivel general el periodo de prueba regulado en el art. 14 ET tendrá la duración que, dentro de los límites del convenio colectivo, fijen las partes. Y, en caso de que ningún límite prevea el convenio colectivo, las partes no podrán pactar un periodo de prueba superior a 6 meses para técnicos titulados ni 2 o 3 meses (en función de si la empresa tiene más o menos de 25 trabajadores) para el resto de puestos de trabajo. Así, el periodo de prueba durará como máximo 6 o 2 o 3 meses, salvo que el convenio colectivo reduzca o amplíe (con el límite del abuso de derecho) esa duración máxima. Pues bien, en el caso de que el periodo de prueba se pacte en el marco de un contrato de emprendedores, su duración será en todo caso de un año.

Esta primera especialidad ha sido el centro de la mayoría de críticas recibidas por esta modalidad contractual, bajo el entendimiento de que un plazo de un año durante el que se pueda resolver el contrato de trabajo sin causa, preaviso ni indemnización resulta, a todas luces, excesivo. Máxime cuando ello se desvincula absolutamente de las circunstancias que rodean a la prestación de servicios y que, ciertamente, en algunos casos sí permitirían la celebración de dilatados periodos de prueba. De hecho, esta característica del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores ha sido recientemente cuestionada en sede judicial, pues la STSJ País Vasco (Rec. 1868/2013) de 21 de enero de 2014 eleva una cuestión de inconstitucionalidad a este respecto.

La segunda especialidad consiste en que, cuando el trabajador contratado a través de esta modalidad haya percibido durante al menos 3 meses la prestación contributiva por desempleo, podrá compatibilizar la percepción de dicha prestación por desempleo con el cobro de su salario. La dinámica será la siguiente: dentro de los 15 días posteriores al inicio de la relación laboral, el trabajador podrá decidir libremente si quiere compatibilizar mes a mes el cobro íntegro de su salario con la percepción del 25% de la prestación por desempleo a que tuviese derecho. Dicha compatibilización se extenderá como máximo hasta la duración que tuviese prevista su derecho a la prestación por

desempleo. En caso de que el trabajador, por acceder de nuevo al desempleo, recupere esa prestación por desempleo, deberá descontar importe de la misma consumido durante la compatibilización (es decir el 25% del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo).

Sobre el sentido de esta previsión normativa, coincido con otros autores a la hora de señalar su razón de ser es fomentar el retorno al empleo de aquéllos trabajadores que estén percibiendo una prestación por desempleo. Resulta fácilmente imaginable que, en esta coyuntura económica, el trabajador que tiene asegurada una prestación por desempleo cierta y determinada en cuantía y duración, puede recelar de volver a un trabajo en el que ni la duración, ni la cuantía de la percepción económica van a estar aseguradas. Ello descontando la nada desdeñable posibilidad de que la retribución en ese nuevo trabajo sea inferior a la propia prestación por desempleo. Por tanto, considero que el objetivo de esta medida es alentar el retorno al trabajo del trabajador desempleado que percibe una prestación por desempleo.

En fin, debe destacarse que, inicialmente se exigía que este contrato se celebrase siempre a jornada completa. Sin embargo, el RD-L 16/2013 modificó el art. 4 de la Ley 3/2012 y, desde entonces, resulta perfectamente posible celebrar el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores a tiempo parcial.

Respecto a sus requisitos, existen una serie de exigencias específicas que condicionan la celebración de este contrato. En primer lugar, existe un requisito de carácter general que se traduce en que sólo podrá concertarse mientras la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15%. Pero además, existen otros dos requisitos relacionados con la empresa contratante y que consisten en que sólo podrán incorporar trabajadores a través de esta figura aquéllas que contasen con menos de 50 empleados y no hubiesen adoptado decisiones extintivas improcedentes en los 6 meses anteriores.

Por su parte, no existe ningún requisito específico para los trabajadores en cuestión. Pero, dado que uno de los objetivos declarados de esta figura contractual era, precisamente, favorecer la contratación de trabajadores pertenecientes a colectivos especialmente castigados por la crisis, se prevén una serie de incentivos empresariales en materia fiscal y de contribuciones a la Seguridad Social que solo podrán disfrutarse cuando el trabajador contratado reúna ciertas características subjetivas. En concreto se prevén distintas bonificaciones cuando el trabajador contratado sea menor de 30 años, mayor de 45 o, en ambos casos, mujer.

6. Contrato de trabajo a distancia

La legislación española ha incluido durante mucho tiempo, y desde las primeras décadas del siglo XX, algunas previsiones sobre el contrato de trabajo a domicilio. Tras la reforma introducida por el RD-L 3/2012 y confirmada por Ley 3/2012, esa tradicional fórmula contractual se ha reconvertido en el *contrato de trabajo a distancia*, más adaptado, tanto en su denominación como en su régimen jurídico, al concepto de *teletrabajo*.

La nueva redacción del art. 13 ET altera sustancialmente las previsiones que éste contenía con respecto al contrato a domicilio, ahora denominado “a distancia”. Y, aunque ambas modalidades mantienen similar configuración conceptual, existen diferencias importantes entre ambos, al punto de poder afirmar que son dos formas de trabajo muy diferentes. Entre otras, pueden citarse aquí las siguientes: 1) el derogado precepto entendía que el contrato a domicilio era un “contrato” de trabajo peculiar, mientras que el actual a distancia entiende que lo peculiar es el trabajo, no el contrato, por lo que podrá emplearse esta forma de trabajo en cualquier modalidad contractual que razonablemente lo permita. 2) La anterior regulación tenía una previsión concreta sobre que el trabajo se realizase en el domicilio del trabajador o en el lugar que libremente determinase éste, y ahora lo que se prevé es que tiene la consideración de “a domicilio” cuando la prestación laboral en esos mismos lugares se realice de “manera preferente”. Es decir, que no se excluye (como antes) que al trabajador así considerado puedan exigírsele obligaciones de presencia en la empresa en un determinado volumen horario. 3) Anteriormente se disponía que el trabajo se desarrollase “sin vigilancia del empresario”, exigencia legal ahora suprimida, por lo que pueden implementarse mecanismos de control de la actividad del trabajador a distancia, seguramente telemáticas. 4) El contrato a domicilio exige, para la concreción de los derechos de representación colectivos de los trabajadores a distancia, que “a estos efectos” dichos trabajadores estén “adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa”.

Los convenios colectivos pueden aportar reglas complementarias o más precisas en la ordenación de estas figuras contractuales. Y, en este sentido, incluyen cláusulas sobre teletrabajo no sólo los convenios colectivos del sector de telemarketing, sino, además, los convenios colectivos de la industria química, (por ejemplo el convenio colectivo de la empresa “Telefónica de España SAU” o el de “Repsol Petróleo SA).

La revisión de las últimas normas autonómicas elaboradas sobre trabajo a distancia, revela que son numerosas las administraciones de este nivel que se suman al tren del teletrabajo (País Vasco, Decreto núm. 92/2012, de 29 de mayo; Castilla y León, Decreto núm. 9/2011, de 17 de marzo; Castilla-La Mancha, Decreto núm. 57/2013, de 12 de agosto; Illes Balears, Decreto núm. 36/2013, de 28 de junio; Extremadura, Decreto núm. 127/2012, de 6 de julio; La Rioja, Decreto núm. 45/2013, de 5 de diciembre.

7. Contratos formativos. Especial referencia al contrato para la formación y el aprendizaje

Entre las modificaciones experimentadas en el texto original del art. 11 ET, el período más activo de actividad modificativa es el comprendido entre 2010 y 2013¹³. De todas las modificaciones recobra un especial interés el desarrollo reglamentario del contrato para la formación y el aprendizaje en el RD 1529/2012, donde se establecen las bases de la formación dual. Los contratos formativos contemplados en el art. 11 ET, (contrato en prácticas y contrato para la formación y el aprendizaje), son valedores de una importante política de bonificaciones reguladas en la reforma de 2013 (Ley 3/2012) en cuanto supongan la transformación en contratos indefinidos a tiempo completo o a tiempo parcial y la incorporación al mundo laboral de jóvenes sin experiencia profesional.

Según datos de la OIT, en el año 2013 alrededor de 74,5 millones de jóvenes entre 15 y 24 años han estado desempleados en el mundo (un millón más que en el año 2012). La tasa mundial de desempleo juvenil ha aumentado hasta el 13,1% (valor tres veces superior a la tasa de desempleo de los adultos). En España la duración media del desempleo es de 9 meses. Cuanto mayor es la duración de los períodos de desempleo mayor dificultad para una recuperación más rápida. El desempleo juvenil conlleva un elevado coste económico y representa una amenaza para el tejido social¹⁴. Desde el año 2010 existen una serie de medidas y reformas que tratan de facilitar la creación de empleo neto, sobre todo juvenil. La Ley 35/2010 dotó a los contratos de aprendizaje de una función de inserción laboral junto a la formativa. No obstante, no contribuyó a la estabilización del mercado de trabajo y a la reducción de la pérdida de empleo, aunque entre octubre de 2009 y mayo de 2010 hubo un repunte de conversión de contratos temporales en indefinidos, y de firma de contratos de formación y de contratos en prácticas. Posteriormente la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, incorporó alta dosis de flexibilidad en el marco de las relaciones laborales, pero no cubrió las expectativas inicialmente despertadas sobre la solución de los problemas del desempleo juvenil y la destrucción del empleo.

En el año 2013 se inició una segunda generación de reformas estructurales: la estrategia de emprendimiento y empleo joven 2013/2016, y el año 2014 ha arrancado

¹³ Véanse arts. 12.1 a 3 en relación con las DTs 7,8 y 9 del RD-ley 10/2010, de 16 de junio y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre; art. 1, DT 2 RD-ley 10/2011, de 26 de agosto [modifica apartado 2]; arts. 2.2 y Disposición Transitoria 9 del RD-ley 3/2012, de 10 de febrero y la Ley 3/2012, de 6 de julio [modifica el apartado 2]; Disposición final 2 del RD-ley 4/2013, de 22 de febrero y la Ley 11/2013, de 26 de julio [modifica el apartado 1.c)].

¹⁴ OIT. Tendencias Mundiales del Empleo Juvenil 2013 en <http://www.ilo.org/global/research/global-reports/global-employment-trends/youth/2013/lang-es/index.htm>

con la convalidación del RD-L 16/2013. Esta es una norma dirigida a facilitar la formalización de contratos de trabajo en prácticas para mejorar la incorporación de los jóvenes al mercado laboral, e introduce cambios en materia de contratos que pueden realizar las empresas de trabajo temporal, con la finalidad de aumentar las contrataciones de jóvenes cualificados, pero sin experiencia asociada a dicha cualificación. Igualmente introduce de nuevo cambios en el contrato para la formación y el aprendizaje, dado que son contratos que se están convirtiendo en un medio para la formación e inserción laboral de los jóvenes. Según la OIT, en España el índice de desajuste de las competencias aumentó entre 2002 y 2010, y refleja un empeoramiento de la posición de los trabajadores desempleados con un nivel de educación bajo. Esto significa que es necesario orientar políticas de empleo para promover el empleo juvenil como, por ejemplo, la inversión en educación y en formación para la empleabilidad, que faciliten la transición de la escuela al trabajo. El aprendizaje dual es un sistema de probada eficacia de promoción del empleo juvenil que explica los bajos niveles de desempleo joven en países como Alemania, Austria, Dinamarca y Suiza. Esto se ha tenido en cuenta en la reforma laboral española, que ha impulsado el contrato para la formación y el aprendizaje que facilita que los jóvenes adquieran formación oficial y experiencia retribuida (formación dual). Durante el primer año de la reforma, se celebraron 68.000 contrato de este tipo, un 22% más que en el año anterior. Y en el primer semestre de 2013 se incrementaron un 64% respecto a 2012. No obstante, hay un problema asociado a la estructura del tejido empresarial español, y es que la gran mayoría de las empresas son de tamaño mediano y/o pequeño. Esto puede suponer un inconveniente dado que la mayor implicación en el desarrollo de las actividades formativas corresponde a las grandes empresas.

Finalmente, y a modo de conclusión, debemos tener en cuenta que los contratos de formación y aprendizaje son los que más han aumentado desde el último año (un 79%), y los de prácticas han subido en enero de 2014 más del doble que en enero de 2013. Sin embargo, consideramos preocupante que sólo el 20% de los contratos en prácticas y de formación han pasado a un contrato indefinido (a enero de 2014). Y, sobre todo, porque el aumento de los contratos se está produciendo en los de modalidad temporal (en enero de 2014 representan el 91% de todos los que se firmaron). Entendemos que existen varias razones que justifican este aumento, una jurídica en el sentido de que existen nuevas sub-modalidades de contratos precarios "sin causa", como por ejemplo el contrato de primer empleo joven o "fraudulento", o el contrato indefinido de fomento del emprendimiento, junto con el fomento del auto-empleo y del emprendimiento. Otra razón es de contenido económico, debido a los desequilibrios macroeconómicos en el 2013, donde el PIB registró tasas inter-trimestrales negativas en los dos primeros trimestres (-

0,3% y 0,1% respectivamente); contracción de la actividad como consecuencia de la reducción de la demanda interna y una recuperación lenta en 2014 debido, entre otros motivos, al elevado endeudamiento de hogares y empresas no financieras. Y, por último, existe una razón real: adecuar la formación a las verdaderas necesidades, y dotar al sistema de un mayor control ante el aumento de la escasez de trabajo regular.

III. VICISITUDES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1. Introducción: Las extinciones y reestructuraciones tras un año de vigencia de la reforma laboral de 2012.

Tras los convulsos años 2010 y 2012, en los que se acometieron sustanciales reformas en el régimen de la extinción del contrato de trabajo, las novedades legislativas del año 2013 podrían calificarse como menores. No han existido reformas legales sustanciales en materia de extinciones y reestructuraciones que merezcan especial comentario. En consecuencia, el régimen jurídico de las extinciones objetivas y los despidos colectivos aprobado tras la reforma se ha mantenido en idénticos términos.

No obstante, ello no significa que el año 2013 carezca de interés en el estudio de la materia que abordamos en este momento. Las novedades deben buscarse en los diversos pronunciamientos judiciales dictados a lo largo de todo el año. En este sentido, este informe ha optado por realizar una selección de aquellas decisiones judiciales de mayor relevancia jurídica en los principales ámbitos relativos a las vicisitudes en el contrato de trabajo, esto es, despidos colectivos, extinciones por causas objetivas y reestructuraciones empresariales.

2. La frontera entre el despido objetivo y el despido colectivo

En cuanto a la delimitación entre el Despido colectivo y el despido objetivo, el Tribunal Supremo ha reiterado la doctrina que ya había avanzado en su sentencia de fecha 23 de abril de 2012. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero señala que el día del despido del trabajador va a ser el día final del plazo (el *dies ad quem*) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial (*dies a quo*) para el cómputo del periodo de los 90 días siguientes que fija el art. 51.

En estrecha relación con esta cuestión, destacable es, también, la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de Septiembre, en la que se anula el despido colectivo, porque sumando los despidos objetivos, producidos en 90 días, los despidos disciplinarios cuya improcedencia se admitió, se superan los umbrales, sin tener en consideración los despidos por absentismo al ser inherentes al trabajador. Dicho pronunciamiento, que recuerda la doctrina del Tribunal Supremo en materia de análisis de la Directiva

98/59/CE sobre aproximación de legislaciones de los Estados miembros en despidos colectivos, declara la nulidad de la decisión extintiva atendiendo a que la cantidad de extinciones a valorar a efectos de considerar el despido colectivo serán aquellas por causas objetivas que puedan asimilarse a las causas relacionadas con la situación de las empresas.

Otro pronunciamiento judicial de interés en esta cuestión ha sido la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Noviembre en la que se valora si las extinciones a las que les ha seguido un acuerdo judicial o extrajudicial que reconoce su improcedencia y finaliza la relación contractual, deben computarse a efectos de los umbrales cuantitativos para considerarse despido colectivo. La Sala entiende que tales extinciones con acuerdo no pueden ser clasificadas como extinciones de mutuo acuerdo o por dimisión, las cuales no computarían a efectos del umbral establecido para considerar la existencia de despido colectivo, ya que el pacto entre empresario y trabajador para dar por extinguido el contrato previo acuerdo judicial o extrajudicial no altera la naturaleza del acto del despido, que procede inicialmente de la voluntad empresarial, pues sólo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial. En consecuencia, el Tribunal determina que aquellos despidos disciplinarios y objetivos reconocidos por la empresa como improcedentes son computables para determinar si hay o no un despido colectivo.

3. Requisitos formales en la extinción del contrato de trabajo

El Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 20 de marzo ha conocido por primera vez de un litigio surgido en un despido colectivo tras la reforma operada por el RD-L 3/2012. El fallo se produce antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, pero estando todavía vigente el Real Decreto 801/2011, en lo que no se opusiera a la nueva redacción dada por el RD-L 3/2012. El Tribunal declara el despido nulo por incumplimiento de los requisitos formales ante la falta de documentación aportada por la empresa durante la fase de negociación del despido colectivo. La finalidad del art 51.2 ET es la de que los representantes de los trabajadores tenga una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el art. 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ése periodo de consultas a que se refiere el art. 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. Y esa finalidad de proporcionar la información necesaria para

abordar con mínimas garantías el periodo de consultas o, de manera aún más elemental, de conocer documentalmente la situación económica real de la empresa sobre la que se justifican los despidos, ya se ha visto que en el caso examinado en absoluto se llevó a cabo, lo que supone una clara vulneración de lo previsto en el *art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores* , que de conformidad con lo previsto en el 124.9 LRJS (redacción anterior) ha de conducir a la nulidad de la decisión empresarial.

Similar argumento se sigue en la sentencia de fecha 26 de mayo, aunque con una matización muy relevante. El incumplimiento de requisitos obviamente supone la declaración de nulidad de la decisión extintiva. No obstante, el Tribunal Supremo concluye que no todo incumplimiento de las previsiones del RD 801/2011, todavía vigente para el caso enjuiciado, comporta la nulidad de la decisión empresarial. La enumeración de la documentación que se debe adjuntar en el proceso de extinción no tiene valor *ad solemnitatem*, de ello concluye el Tribunal Supremo que solo aquellos incumplimientos que se revelen como trascendentales para proporcionar la información que permita formarse un adecuado criterio sobre la situación de la empresa determinarán la nulidad de la decisión empresarial.

Especial consideración merece la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio, que se encarga de analizar, en el marco de un despido objetivo, el requisito relativo al pago simultaneo de la indemnización al trabajador en el momento de la entrega de la comunicación escrita de la extinción por causas objetivas. En este caso, el empresario procede a entregar el cheque por valor del importe de la indemnización dieciséis días después de la efectividad de la extinción. El Tribunal reitera la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 2001, y recuerda que dicha conducta supone como consecuencia la calificación de la extinción contractual como improcedente ya que uno de los requisitos a cumplir en caso de extinción contractual por causas objetivas es la puesta a disposición del importe de la indemnización de forma simultánea a la comunicación por escrito de la decisión extintiva. Estrechamente vinculada con esta cuestión, otra sentencia destacable es la dictada por el Tribunal Supremo el 16 de Julio, en la que se discutió jurídicamente si el abono por parte de la empresa del 60 % de la indemnización, remitiendo al Fondo de Garantía Salarial para el cobro del 40 % restante, cumple con la exigencia de la puesta a disposición simultanea de la indemnización en el momento de la comunicación escrita. La doctrina del Alto Tribunal en esta materia se ha mantenido inalterable durante más de 15 años, sosteniendo que la cantidad de la cual ha de responder el FOGASA le corresponde abonarla al citado organismo de forma directa. La expresión literal de la norma y el carácter de la obligación sitúan a los trabajadores como titulares del derecho a la prestación del Fondo como interesados en el procedimiento. Ello significa que la obligación de puesta a disposición por parte del

empresario se refiere únicamente al importe que legalmente debe abonar el empleador, sin que éste deba anticipar el importe cuya responsabilidad corresponde al Fondo de Garantía Salarial.

Más numerosos son los pronunciamientos de la Audiencia Nacional en materia de despido colectivo. En una primera sentencia, la Audiencia Nacional conoció de un litigio en el que se discutía si la empresa había respetado o no los requisitos formales impuestos por la normativa. Remitir a los representantes de los trabajadores un listado en el que se incluye la totalidad de la plantilla no supone, según declara la Audiencia Nacional, un incumplimiento de la obligación de concretar los trabajadores afectados (SAN de 10 de junio). En el supuesto controvertido, había motivos justificados que explicaban que la empresa no pudiera determinar los trabajadores afectados en el momento del inicio de las negociaciones. No obstante, la generalidad estaba limitada en tanto en cuanto la empresa cumplió escrupulosamente determinando los criterios objetivos de selección y el número máximo de despidos.

En este mismo sentido, no podemos omitir, por su importancia, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de octubre que declaró que el despido colectivo cumplió escrupulosamente el período de consultas, entregando más documentación de la precisa. La aportación que realiza este pronunciamiento judicial es capital en materia de documentación que debe presentar la empresa para “permitir que el período de consultas alcance sus fines” y la obligación de esta de “informar y razonar suficientemente la concurrencia de la causa en el funcionamiento de la empresa, porque dicha información es el requisito constitutivo para que el período de consultas pueda alcanzar buen fin”. Por consiguiente, afirma la Sala que no bastará con acreditar la concurrencia de la causa, “puesto que si solo tiene que acreditar la concurrencia de causa, las informaciones cuantitativas y cualitativas citadas serían irrelevantes, al igual que las finalidades del período de consultas, por cuanto la simple acreditación de la causa bastaría para que el empresario tome libremente la medida que estime oportuna”.

A *sensu* contrario, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de julio declaró nulo el despido colectivo en el que no se fijaron los criterios de selección por la empresa en el momento inicial así como tampoco durante el periodo de consultas. Concretamente, una de las afectadas por el expediente de regulación de empleo se hallaba en situación jurídica de reducción de jornada y, a la fecha del despido, en estado de gestación. El órgano judicial que al no existir acreditación razonable y proporcionada de la medida, declara la nulidad de la decisión empresarial por entender que la misma es discriminatoria por razón de sexo.

Otra resolución estrechamente vinculada a esta materia es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de Julio que valoró la existencia de una serie de

irregularidades que afectaron al ámbito de la negociación, para determinar finalmente que éstos no eran de tal entidad para la calificación de nulidad del despido colectivo. La Sala no aprecia mala fe empresarial ni posición inmovilista de la misma, ya que las propuestas iniciales se acompañaron de informes técnicos que justifican la razón de ser de las extinciones, pero añade una consideración de interés, que no es otra que la necesidad de manifestar los oportunos protestos en los momentos del periodo de consultas en los que se produzcan defectos formales (por ejemplo la presentación de documentación una vez avanzada la negociación), so pena de no ser consideradas tales irregularidades como causas de nulidad.

La última de las resoluciones de la Audiencia Nacional destacable en esta materia es la de 14 de noviembre, que declara ajustado a derecho el despido colectivo, porque la documentación reclamada no era exigible. Ello significó que no se impidiera alcanzar el acuerdo, habiéndose acreditado la concurrencia de causas económicas y productivas, y en consecuencia, tratándose de una decisión proporcional. Así, el órgano judicial opta por un criterio que valora la trascendencia de la información para el proceso negociador, declarando, en consecuencia, que la no aportación de aquellos documentos intrascendentes para la negociación no supondrán un defecto formal que merezca la nulidad de la decisión extintiva.

4. El procedimiento en el despido colectivo

Otra de las cuestiones capitales es el desarrollo del procedimiento colectivo. En este ámbito, podemos encontrar relevantes pronunciamientos sobre cómo y quién puede intervenir en las negociaciones de un despido colectivo. En su Sentencia de 25 de febrero la Audiencia Nacional afirmó que un grupo de empresas a efectos laborales, es decir, un grupo de empresas patológico, podía negociar de forma global el despido colectivo dentro de las empresas del grupo. Por el contrario, un grupo de empresas a efectos mercantiles no podría hacerlo, aunque ello fuera recomendable para mantener la coherencia en las negociaciones, en tanto en cuanto no lo prevea la normativa legal aplicable. Es esta, sin embargo, una materia controvertida sobre la que la Audiencia volverá en fechas posteriores para modificar su doctrina conforme a los criterios que fijará el Tribunal Supremo.

Respecto de la manera de acometer el procedimiento de negociación y las actuaciones que puedan suceder durante éste, se han dictado pronunciamientos por nuestros tribunales que deben ser objeto de comentario. La Audiencia Nacional ha declarado nulo el despido colectivo de una empresa que negoció la extinción colectiva centro por centro (SAN 4 de junio). Recordemos que la Audiencia Nacional declaró en diversos pronunciamientos *ultra vires* la regulación reglamentaria que permitía dicha

operación. En ese contexto, por tanto, la nulidad es consecuencia de que el periodo de consultas no hubiera respetado el procedimiento previsto en el art. 51 ET. En esta misma línea, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de Octubre también declara la nulidad del despido colectivo en el que se procedió a negociar en varias mesas negociadoras (una por cada centro de trabajo) existiendo representación legal de los trabajadores en tan solo 2 de los centros de trabajo, actuación ésta que la Sala considera contraria a Derecho pues en aquellas empresas en las que exista representación de los trabajadores, serán ésta quien asuma la representación de todos los trabajadores.

Asimismo, también resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre que valora la calificación jurídica de un despido colectivo tras la declaración de huelga indefinida de los trabajadores, fruto de tensiones en el proceso de negociación. En este supuesto, el empleador tomó la decisión inicial de despedir a un 25 % de la plantilla, y en consecuencia, se inició un periodo de consultas. Finalizado éste sin acuerdo, la totalidad de la plantilla se declaró en huelga indefinida, a lo que siguió la decisión empresarial de extinguir todos los contratos de trabajo. El Tribunal entendió que la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo incurre en vulneración del derecho de huelga de los trabajadores, y por lo tanto, declara la nulidad de la conducta empresarial consistente en la elevación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo. En consecuencia, la nulidad se extiende únicamente a los despidos que exceden el 25 % de la plantilla inicialmente acordada, porque lo que vulnera el derecho de huelga es el acuerdo de extender a toda la plantilla el despido, pero no los despidos ya proyectados antes de que se declarase la huelga. La justificación de tal declaración la justifica el Alto Tribunal mediante la afirmación relativa a la inexistencia de efectos retroactivos sobre las conductas adoptadas con anterioridad a la lesión del derecho fundamental en cuestión.

5. La causa económica, técnica organizativa o de producción.

El primer punto que debe tratarse en este apartado es el siempre problemático análisis de la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción, que también ha ocupado a nuestros tribunales en diversas ocasiones. El Tribunal Supremo entendió como causa organizativa justificada para proceder a la extinción de contratos de trabajo la finalización de una contrata, seguida de otra con la misma empresa, pero con un encargo menor (STS de 31 de enero). Por su parte, la causa económica fue objeto de análisis por parte de la Audiencia Nacional. En la Sentencia de 11 de marzo se reiteró que tras la reforma en la delimitación de la causa económica, técnica, organizativa o de producción ha desaparecido la necesidad de acreditar la justificación finalista de la medida extintiva adoptada. No obstante, no ha desaparecido la

conexión de funcionalidad. En este sentido, como ya ha señalado en diversas ocasiones la propia Audiencia Nacional, la extinción requiere superar tres fases: a. - Acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado; b. - Determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir, es decir, demostrar que han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva, y en esa medida han devenido superfluos; c. - Probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad. El razonamiento anterior también es aplicado en un proceso en el que se discutía si la pérdida de dos importantes clientes en un centro de trabajo justificaba el despido colectivo acometido por la empresa. La Audiencia Nacional concluye que la extinción era justificada al superar las tres fases descritas anteriormente y quedar acreditado que los contratos habían perdido su finalidad económica y productiva (SAN 4 de abril). Además, durante el periodo de negociación quedó de manifiesto que la empresa había intentado otras medidas menos traumáticas, como por ejemplo la movilidad geográfica a otros centros de trabajo, sin lograr la adhesión del número suficiente de trabajadores.

La causa económica y productiva también fue objeto de análisis en la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril. En este caso el interés de la sentencia radica en que el litigio se produce en el marco de una empresa pública, Paradores de Turismo de España. Ante la mala situación económica de la empresa, la dirección de la misma decide acudir a la posibilidad prevista en la Disposición Adicional vigésima de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que incorporó al Estatuto de los Trabajadores la posibilidad de realizar despidos entre el personal laboral de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La Audiencia Nacional entiende que concurre la causa económica al arrastrar la empresa unas pérdidas por más de cincuenta millones de euros entre los dos últimos años. Asimismo, en la línea de los pronunciamientos anteriores, la Audiencia Nacional entiende que no basta la concurrencia de causas, sino que es preciso, además, adecuar las mismas a los efectos sobre los trabajadores. Lo que se produce en este supuesto. En consecuencia, la Audiencia considera que la decisión es absolutamente razonable y proporcionada.

La Audiencia Nacional también ha tenido que afrontar el análisis de la causa económica en un despido colectivo en una entidad bancaria tras la reestructuración bancaria al albor del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). La sentencia 20 de mayo entiende que concurre causa económica a pesar de que el banco una vez reestructurado se encuentre en una situación más saneada, en contra de la

opinión de los sindicatos que consideraban al FROB como un inversor dispuesto a recapitalizar la sociedad y por lo tanto evitando la concurrencia de la causa económica. La Audiencia Nacional considera que la intervención del FROB pretende justamente garantizar la viabilidad futura de la entidad, por tanto entiende justificado el despido colectivo señalado como requisito previo de obligado cumplimiento por el FROB.

6. Otras causas extintivas

Las extinciones por causas objetivas han presentado otros problemas que merecen especial comentario por su relevancia e interés doctrinal. En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio resolvió la calificación de la readmisión por la que optó el empresario en un supuesto de despido objetivo declarado improcedente, en el cual el trabajador despedido fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta entre la fecha del despido y la sentencia de instancia. El Alto Tribunal entendió que la readmisión era del todo imposible por causa no imputable al empresario, y en consecuencia, el empresario debía proceder al pago de la indemnización máxima legal, la cual cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios aunque no se calcula en función de los mismos.

Otra Sentencia de interés es la dictada por el Tribunal Supremo el 16 de Octubre, en la que se plantea un supuesto de despido objetivo por faltas de ausencia justificadas algunas de las cuales se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor del RDL. 3/2012, norma ésta que ha establecido por primera vez el cómputo de ausencias justificada como motivo de despido objetivo. En concreto, el Alto Tribunal estima que la valoración de las ausencias no debe producirse en el momento del despido, sino en la fecha propia de las ausencias, ya que el ordenamiento jurídico español prohíbe la aplicación retroactiva de disposiciones sancionadoras no favorables (Art. 9.3 CE) y la inexistencia de efectos retroactivos salvo que la propia norma lo disponga (Art. 2.3 CC)

Paralelamente a los pronunciamientos judiciales derivados de extinciones por causas objetivas, también destacan decisiones judiciales sobre otras causas de extinción. Buena muestra de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre que resuelve un supuesto de extinción del contrato por retrasos reiterados en el abono del salario. En este caso, el trabajador percibía su salario con retrasos habituales durante un periodo de 22 meses. Los retrasos, que oscilaban en torno a los diez días y llegando en ocasiones a los 18, 23 o 28 días, fueron considerados por el órgano judicial como suficientes para justificar la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, teniendo en cuenta para la valoración del retraso criterios objetivos (independiente de la culpabilidad del empresario), temporal (persistente en el tiempo) y cuantitativo (cantidad adeudada)

7. Reestructuración empresarial

En materia de reestructuraciones empresariales, dos han sido las cuestiones más importantes: los grupos de empresa y su delimitación en supuestos de despido colectivo y la sucesión de empresarios.

Uno de los temas más recurrentes en las sentencias dictadas en 2013 por el Tribunal Supremo en materia de reestructuración empresarial -y objeto de varios votos particulares- es el de los grupos de empresa. El tema fundamental que abordan algunas sentencias, entre las que se encuentran la sentencia de 20 de Marzo, de 25 de Septiembre y 19 de Diciembre, es el relativo a la existencia de un concepto propio y diferenciado de «grupo de empresas» en el ámbito de las relaciones de trabajo y a los elementos adicionales que pueden determinar la responsabilidad solidaria de las distintas empresas que lo conforman. Esta cuestión se trata extensamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Mayo, en la que se sostiene que *el concepto de «grupo de empresas» ha de ser -y es- el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos -mercantil, fiscal, laboral- pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas; concretamente, como veremos, en el campo del Derecho del Trabajo es dable sostener una responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del «grupo» cuando en el mismo concurren (determinados) factores adicionales*”, que la sentencia somete asimismo a revisión, al afirmar que no puede valorarse propiamente como tal *“la apariencia externa de unidad, porque ésta es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél”, sin perjuicio de que la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio -determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante.*

En síntesis, la Sala sostiene que los elementos adicionales que determinan la responsabilidad solidaria de las diversas empresas del grupo son los siguientes:

1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, que tiene una proyección individual [prestación indistinta de trabajo - simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios];

2º) la confusión patrimonial, que *“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”;*

3º) la unidad de caja, que *“hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como «promiscuidad en la gestión económica» y que al decir de la jurisprudencia - STS 28/03/83 Ar. 1207- alude a la situación de «permeabilidad operativa y contable»*“;

4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; que es la que consiente la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo»; y,

5º) el uso abusivo -anormal- de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores.

Finalmente, conviene aludir en relación con los despidos colectivos y otros instrumentos de reestructuración, los casos en que exista una sucesión de empresa (adscripción del personal). Como es sabido, se admiten los ceses por finalización de la contrata sin que se haya producido su conclusión, o aun habiendo terminado, cuando no exista obligación de subrogación. Al respecto cabe destacar las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Febrero y de 26 de Marzo. En la primera, se estima la demanda del Comité de Empresa -con un voto particular- y en la segunda no -con dos votos particulares-, lo que parece evidenciar la falta de criterio judicial unificado sobre este particular asunto.

IV. DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

El presente apartado del Informe, dedicado a las novedades que a lo largo del año 2013 se han producido en materia de derecho colectivo del trabajo, se ha dividido a efectos sistemáticos en cuatro apartados. En el primero se tratan las novedades en materia de representación legal de los trabajadores en las empresas. Seguidamente, se trata la presencia del sindicato en la empresa, cuestión que sigue adquiriendo relevancia en el contexto normativo que se ha configurado en los últimos años. Por otra parte, las evoluciones en materia de negociación colectiva son especialmente significativas. Finalmente, se abordan las novedades en materia de huelga.

1. La representación de los trabajadores en las empresas

Pasados más de treinta años de la promulgación del ET, el legislador ha sido incapaz de resolver uno de los problemas endémicos del modelo de representación laboral, cual es qué ocurre en un número no determinado pero significadamente relevante de empresas en las que no se ha procedido a la elección de representantes legales pero es que tampoco ha materializado el mandato contenido en la DF 3ª del primigenio texto

estatutario en el que ya se contemplaba que: “el Gobierno, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, dictará las normas necesarias para la aplicación del Título II ET en aquellas empresas pertenecientes a sectores de actividad en las que sea relevante el número de trabajadores no fijos o el de trabajadores menores de dieciocho años, así como a los colectivos en los que, por la naturaleza de sus actividades, se ocasione una movilidad permanente, una acusada dispersión o unos desplazamientos de localidad, ligados al ejercicio normal de sus actividades, y en los que concurran otras circunstancias que hagan aconsejable su inclusión en el ámbito de aplicación del Título II. En todo caso, dichas normas respetarán el contenido básico de esos procedimientos de representación en la empresa”.

Las únicas soluciones normativas a este déficit representativo han sido abordadas de manera claramente insuficiente a través de fórmulas parciales y claramente ineficaces.

De un lado, a través de las comisiones *ad hoc* (art. 41.4 ET). El RD-L 10/2010 creó una instancia representativa ciertamente singular para articular la interlocución laboral en empresas que no cuenten con estructuras estables de representación ante procesos de reorganización productiva. Esta solución unitaria o transversal puede constituirse mediante dos vías sobradamente conocidas: bien una comisión designada por y entre los trabajadores, la denominada comisión laboral, bien una comisión designada entre los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Esta solución legal ha sido, como es de sobra conocido, objeto de una notable contestación doctrinal, considerando a esta figura, especialmente en su vertiente laboral, es decir, la comisión interna como una solución de contornos difusos en la cual los trabajadores actuaban como meros portavoces; tesis esta que no compartimos en el presente informe. A nuestro juicio, en línea con lo ya argumentado en la SAN de 13 de mayo de 2013 las mismas están legitimadas en el ámbito de sus competencias por una habilitación legal expresa (v. gr. Arts. 40, 41, 47, 51, 82,3 ET) para asumir esta interlocución, debiendo calificar a las mentadas comisiones como representantes legales de los trabajadores.

Esta interpretación ha sido confirmada por el TS en 2014 al considerar que aunque “sorprendentemente, el legislador no ha tenido en cuenta esa realidad a la hora de acomodar las reglas procesales por las que ha de regirse la eventual impugnación de la decisión empresarial adoptada sin acuerdo y, como se ha visto, al señalar a los sujetos legitimados para accionar por la vía del art. 124 LRJS, se ha limitado a mencionar a los representantes “clásicos” (...), la interpretación literal estricta que la empresa postula impediría la impugnación de las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo

en las empresas o centros de trabajo que carecen de representación legal o sindical. Ello supondría, no solo vaciar de contenido el derecho a tutela judicial efectiva que los trabajadores pueden tener desde la perspectiva colectiva, sino desvirtuar por completo el periodo previo de consultas en tanto que sobre él planearía la amenaza de que, de no alcanzarse un acuerdo con la comisión *ad hoc*, la decisión de la empresa devendría irrevocable, sólo pendiente de las eventuales acciones individuales de los trabajadores afectados, las cuales tienen una finalidad distinta y sirven a la tutela de intereses no comparables con los que el proceso colectivo trata de satisfacer”. Bajo estas premisas, concluye afirmando que “no es factible admitir que la dinámica y alcance de las herramientas de defensa y de conflicto entre las partes sean distintas según se haya constituido o no representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo. Entenderlo como la empresa pretende implica negar el cauce de impugnación del art. 124 LRJS en los despidos colectivos de las empresas sin representantes legales o sindicales”. Por ello, considera, en tesis que compartimos, que “la comisión *ad hoc* ha de ser incluida en el concepto de representación legal a los efectos del art. 124 LRJS lo demuestra, además, el que la acción pueda ejercitarse también, subsidiariamente, por el propio empresario en un supuesto en que, lógicamente, se ha de partir de la falta de acuerdo y en que en el caso de inexistencia de representación legal o sindical en la empresa, los únicos posibles demandados habrán de ser los integrantes de la comisión *ad hoc* en calidad de tal”.

La solución contenida en el art. 41.4 ET tiene aun así un carácter muy limitado, toda vez que su constitución solo está prevista en los procesos de reorganización productiva empresarial en los que el legislador prevea un proceso cualificado de consultas y, por tanto, las mismas no pueden erigirse nunca como una hipotética estructura representativa estable articulada en empresas en las que ni se haya procedido a la elección de representantes unitarios ni se hayan constituido secciones. Complejidad que se agudiza ante la ausencia de garantía de sus integrantes, su no inclusión en la LRJS o *in fine* la notable problemática que plantea que estas comisiones pueden ser las signatarias de un acuerdo de descuelgue convencional.

De otro lado, pueden localizar otras soluciones arbitradas por el legislador laboral para paliar este déficit representativo, bien a través del reconocimiento de cada vez mayores derechos de información y consulta de los representantes de la empresa principal sobre los trabajadores de las empresas contratistas o de trabajo temporal. Esta solución prevista tanto en el art. 42.6 ET como el art. 17 LETT supone que los representantes legales existentes en una empresa puedan asumir, en circunstancias muy tasadas, la representación de los trabajadores puestos a disposición o los trabajadores de otras empresas que comparten un proceso de subcontratación con la

principal. Advertidas las dificultades de este proceso, la otra modificación normativa de calado fue la iniciada por el RD-L 7/2011 con el convencimiento de que impulsar la negociación colectiva en estos nuevos ámbitos es la única vía para imponer determinadas condiciones de trabajo y de garantizar la toma de decisiones con el interlocutor empresarial real.

No podemos concluir este informe sin hacer siquiera una breve mención al RD-L 11/2013, pues con su aprobación se modificaron distintos preceptos del ET que regulan la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar, en representación de los trabajadores, como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas que deberá tener lugar con carácter previo a la adopción de medidas colectivas de movilidad geográfica (art. 40), modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41), así como en los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47), de despido colectivo (art. 51.2) y de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos (art. 82.3). En todos estos procedimientos se establece que la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Con esta modificación, desaparece la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo, opción actualmente prevista en el RD 1483/2012, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Además, se prevé que la comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes en el periodo de consultas, en coherencia con el número de miembros de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa.

2. El sindicato en la empresa

La Constitución Española ha establecido que los sindicatos de trabajadores contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Por tal razón, su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Adicionalmente, su estructura interna y funcionamiento deben ser democráticos. Igualmente, todas las personas tienen derecho a sindicarse libremente, pero, la ley puede limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar; y regular las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. Finalmente, la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar

confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; sin embargo, nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato¹⁵.

Partiendo del alcance constitucional de la libertad sindical, señalaremos los principales cambios legislativos, a partir de la crisis. En primer lugar, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo, se puede previo desarrollo de un periodo de consultas, proceder a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: Jornada de trabajo, horario y la distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. En todo caso, se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. Así mismo, se entiende que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. De otro lado, se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado¹⁶.

Adicionalmente, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que puede negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tiene prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se

¹⁵ Arts. 7 y 28 de la Constitución Española.

¹⁶ Art. 14 RD-L 3/3012

atribuyen a los convenios de empresa; y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Así mismo, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación¹⁷.

Entonces, al observar los cambios legislativos producto de la crisis, señalemos los principales convenios colectivos suscritos entre las organizaciones empresariales y los sindicatos, así. En primer lugar, el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 que fue suscrito de una parte, por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) y, de otra, por las Confederaciones Sindicales de Comisiones Obreras (CCOO) y de la Unión General de Trabajadores (UGT), señala:

a) Los convenios colectivos deben facilitar que el empresario pueda distribuir irregularmente un 10% de la jornada anual ordinaria aplicable, pudiendo afectar con ello a la jornada máxima semanal o mensual, aunque no a la máxima anual.

b) Los convenios sectoriales y especialmente los provinciales, por su proximidad a la empresa, deben fijar las reglas generales de la flexibilidad del tiempo de trabajo.

c) Los convenios colectivos deben promover la racionalización de las estructuras salariales, para sustituir conceptos retributivos obsoletos e improductivos por otros vinculados a la productividad y retribuciones en la empresa. En tal sentido, la negociación colectiva constituye un instrumento adecuado para establecer la definición y criterios de una estructura salarial (conceptos fijos y variables, salarios mínimos, complementos u otros) adecuada a la realidad sectorial y de empresa, teniendo en cuenta su directa relación con los nuevos sistemas de organización del trabajo y los incentivos a la producción, la calidad o los resultados, entre otros. A tal fin, en la definición de los conceptos variables deberían tomarse en consideración criterios de objetividad y claridad en su implantación; la delimitación de porcentajes de retribución variable sobre la retribución total; los derechos de información y participación en la empresa de los representantes de los trabajadores y la consideración de realidades específicas de cada sector o empresa.

d) La negociación colectiva, antes de afectar de manera irreversible a los

¹⁷ Art. 12 Ley 3/2012.

contratos de trabajo, debería potenciar el uso de las medidas legales previstas para los EREs de suspensión y reducción temporal de la jornada, a fin de abordar las situaciones coyunturales y con ello el mantenimiento del empleo.

e) En el año 2012, el aumento de los salarios pactados no excedió el 0,5% y para el año 2013 fue del 0,6%.

Finalmente, en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los convenios colectivos, que fue suscrito, de una parte por CEOE y la CEPYME, y de otra, por las representaciones de CCOO y UGT; encontramos los siguientes aspectos:

a) La renovación y actualización de los convenios, en aras a la competitividad de las empresas y la estabilidad en el empleo de los trabajadores, respetando básicamente la autonomía de la voluntad de las unidades de negociación. Posibilitando la continuidad de las unidades de negociación, primándose para ello la buena fe negocial.

b) Los Convenios colectivos, para evitar la aplicación de mecanismos de flexibilidad externa, han de procurar la potenciación de los mecanismos de flexibilidad interna, a efectos de que el tiempo de trabajo, la clasificación profesional, las funciones y el salario, entre otras condiciones, tengan la necesaria adaptabilidad a las necesidades e intereses de los trabajadores y empresarios, con la participación de la representación legal de los trabajadores en los distintos procesos de adaptación.

c) Asimismo, es necesario que los convenios colectivos hagan una adecuada revisión e innovación a efectos de garantizar una mayor eficacia.

d) Agilizar e intensificar los procesos negociadores en curso a fin de propiciar el acuerdo antes del término legal de vigencia de los convenios. Por tal razón, antes de la finalización de dicho plazo, los negociadores se deben comprometer a seguir el proceso de negociación, garantizando durante la duración mutuamente acordada de dicho proceso el mantenimiento del convenio vencido.

3. La negociación colectiva

En materia de negociación colectiva, las novedades más importantes a reseñar en 2013 hacen referencia a los efectos de las reformas introducidas por la Ley 3/2012, y en especial a una cuestión de cabal importancia como es la ultraactividad, aunque también

presenta interés reseñar determinados datos referentes a cuestiones como el volumen de negociación o la inaplicación de convenios.

En primer lugar, debe resaltarse que el número de convenios colectivos firmados en 2013 ha aumentado sustancialmente respecto a los firmados en 2012 y en 2011 (1.844 convenios firmados en 2013 frente a 952 en 2011 y 1.086 en 2012¹⁸). Ello se explica en gran parte por la clarificación del marco normativo, sujeto a la expectativa de cambios y a la reciente aprobación de reformas de gran alcance en los años anteriores.

Debe también destacarse que en el año pasado se registraron un volumen significativo de inaplicaciones de convenios colectivos, concretamente 2.512 descuelgues, que afectaron a un total de 159.550 trabajadores. Las inaplicaciones afectaron de forma principal, aunque no exclusiva, a los salarios. En este sentido, 1.672 descuelgues afectaron exclusivamente a la cuantía salarial, otros 260 afectaron a la cuantía salarial y al sistema de remuneración, 77 exclusivamente al sistema de remuneración, mientras que 242 afectaron a la cuantía salarial junto con otras condiciones de trabajo como la jornada de trabajo, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, o las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Finalmente, 261 inaplicaciones afectaron a las materias enunciadas sin afectación a la cuantía salarial, o bien afectaron a otras condiciones de trabajo¹⁹.

En cuanto a las decisiones de los Tribunales en materia de inaplicación de Convenios Colectivos, debe hacerse referencia a la SAN 15/2013, de 28 de enero, dictada en el caso UNIPOST. La empresa UNIPOST había recurrido la decisión de la CCNCC que no había aceptado la solicitud de la empresa de inaplicación de las tablas salariales para 2013. La AN desestima la demanda presentada por la empresa, ratificando la decisión tomada por la CCNCC, entendiéndose que no procedía aplicar la medida de inaplicación del Convenio cuando dos meses antes la empresa había tomado otras medidas amparadas en las mismas causas económicas y productivas. El Tribunal entiende que la empresa no ha probado que hayan surgido situaciones extraordinarias que justifiquen una nueva medida en un plazo tan breve. El Tribunal admite que la CCNCC debe pronunciarse no sólo sobre las causas económicas alegadas por la empresa sino que también deberá valorar la adecuación de la medida propuesta en relación con la causa alegada y los efectos sobre los trabajadores afectados, debiendo la CCNCC examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, normalidad y proporcionalidad entre la causa

¹⁸ Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo. Comentario de principales resultados-Resumen de 2013. http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/CCT13DicAv/ANE/Resumen_CCT_diciembre_13.htm

¹⁹ *Ibid.*

alegada y la medida propuesta. Además del asunto mencionado, durante el año 2013 se dictaron otras cuatro sentencias en materia de inaplicación de convenios colectivos²⁰.

Como se ha anunciado, la cuestión que más debate doctrinal y resoluciones judiciales ha generado a lo largo del año 2013 en materia de negociación colectiva hace referencia al cambio legislativo que el RD-L 3/2012 y posteriormente la Ley 3/2012 operaron en materia de ultraactividad.

Es bien conocido que la nueva redacción del art. 86.3 ET *in fine* establece que *Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*. Dicho párrafo ha centrado los debates a un doble nivel: por una parte, la doctrina científica ha abordado la cuestión de qué sucede cuando transcurrido un año desde la denuncia el convenio colectivo decae. Por otra parte, los tribunales se han ocupado esencialmente de dilucidar el mantenimiento de la validez de los pactos de ultraactividad alcanzados en convenios firmados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral como “pactos en contrario” a efecto de que aquéllos no pierdan su vigencia.

Sobre la primera cuestión las aportaciones doctrinales son muy abundantes. Nos limitaremos a señalar el especial interés de dos aportaciones. La primera, el texto de Casas Baamonde “*La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos*” (RL, núm. 6/2013), en el que se abordan los muy distintos interrogantes suscitados por la nueva normativa, con especial atención al supuesto de vacío convencional que se produciría como consecuencia del fin de la ultraactividad de un convenio sin que hubiera uno superior aplicable. Se defiende la tesis según la cual las condiciones de trabajo se incorporan al contrato como condiciones contractuales individuales o plurales de efectos colectivos. En segundo lugar, cabe reseñar el texto firmado por 12 autores (M. E. Casas, M. F. Fernández, J. Cruz, J. Aparicio, A. Baylos, A. Merino, C. L. Alfonso, J. López Gandía, J. Agustí, J. Cabeza, J. L. Goñi y C. Molina) publicado bajo el título “*Sobre la ultra-actividad de los convenios colectivos en la reforma de 2012*” (RDS, núm. 61/2013)

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 19/06/2013, relacionada con la empresa AIR NOSTRUM LÍNEAS AÉREAS DEL MEDITERRÁNEO, S.A y sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 09/12/2013, relacionada con la empresa AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS, en ambos casos anulando la Decisión de la CCNCC en la que se acordaba estimar en parte la solicitud de la empresa; y sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de fecha 17/12/2013 relacionada con la empresa BRILLOSA, S.L., desestimando la demanda interpuesta por la citada empresa, contra la Decisión de la CCNCC de 1 de agosto de 2013, en la que se acordaba declarar la inadmisión de la solicitud empresarial por haberse excedido los límites temporales razonables para presentar la solicitud.

en la misma línea²¹. También deben señalarse aportaciones que propugnan que transcurrido el año de ultraactividad y a falta de convenio de ámbito superior, deberá recurrirse a la aplicación de la norma legal²².

Los Tribunales se han pronunciado a lo largo de 2013 en distintas ocasiones sobre el valor de los pactos sobre ultraactividad alcanzados anteriormente a la modificación normativa, considerando que efectivamente dichos pactos son eficaces como pactos en contrario a la pérdida de vigencia, aunque en el momento de concertarse no se contemplara por parte de la norma legal el fin de la ultraactividad²³. Se basan en la dispositividad del fin de la ultraactividad un año después de la denuncia del convenio, no caracterizándose el pacto en contrario como necesariamente posterior a la entrada en vigor de la norma. Asimismo, los Tribunales efectúan una interpretación sistemática del art. 86.3 ET y de la DT 4ª de la Ley 3/2012, que estableció el cómputo de la ultraactividad a partir de la entrada en vigor de la ley y no a partir del momento de la denuncia para aquellos convenios que ya estuviesen denunciados en el momento de entrada en vigor de la ley. Además, los Tribunales aplican el principio de conservación del negocio y atienden a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica y su incidencia en el ejercicio de la negociación colectiva.

Finalmente, cabe destacar que los interlocutores sociales más representativos alcanzaron en fecha 23 de mayo de 2013 un acuerdo a nivel estatal sobre la ultraactividad de los convenios colectivos, comprometiéndose a agilizar los procesos de negociación de los convenios colectivos, y estableciendo que antes de la finalización del término legal de vigencia del convenio a seguir el proceso de negociación, “garantizando durante la duración mutuamente acordada de dicho proceso el mantenimiento del convenio vencido”.

4. El derecho de huelga

La actual coyuntura de crisis económica en España, esta sirviendo - entre otras muchas cosas - de sustrato para debates enfrentados en torno a la necesaria regulación

²¹ También se han pronunciado a favor de la contractualización de las condiciones de trabajo Lahera Forteza, Martínez Moreno, Olarte Encabo, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Rojo Torrecilla y Valdés Dal-Ré.

²² Goerlich Peset, López Anierte, Mercader Uguina, Navarro Nieto, Roqueta Buj, Sala Franco, Purcalla Bonilla, Sempere Navarro, García Viña o Varela Aufrán.

²³ En este sentido SAN 23-7-13 Air Nostrum; SJS num 5 Vigo 29-08-13 CC Hospital Povisa; STSJ Murcia 28-10-13 CC Caramelos; STSJ Galicia 29-10-13 CC Ayuda a domicilio de Galicia; STSJ Madrid 18-11-13 Personal labora Comunidad de Madrid; SAN 23-7-13 Umivale Prevención; STSJPV 26-11-13 CC Centros de Enseñanza de Iniciativa Social del País Vasco; STSJ Catalunya 12-12-2013 CC de Transporte de mercancías; STSJ Madrid 19-12-13 CC Agencia Informática y de Comunicación CAM.

jurídica del derecho a huelga en nuestro país de un modo coherente con el espíritu del constitucionalismo social propio de nuestra Constitución, pero también, coherente con los tiempos actuales. Vivimos el periodo económico y social más convulso desde el retorno a la democracia, que se ha materializado en el periodo con mayor número de huelgas generales en nuestra historia reciente - 29-S 2010; 29-M 2012; 14-N 2012 -, junto con el nacimiento de nuevos movimientos sociales y populares - 15-M 2011 -, que han reforzado una crisis institucional y han cimentado el desencanto y la indignación de un creciente número de ciudadanos.

En el otro extremo, las asociaciones empresariales mantienen sus reivindicaciones clásicas en torno a la necesaria reforma de nuestro modelo de huelga, en especial, en lo referente a la necesidad de eliminar o limitar la acción de los piquetes informativos, en lo referente a una judicialización preventiva de las huelgas, con el objeto de permitir una declaración judicial de la legalidad o no de la huelga antes de que esta se desarrolle o en lo referente a limitar el alcance del derecho a huelga - sea por la exclusión de la huelga durante ciertos períodos del año o en el tiempo comprendido entre huelgas, sea por la vía de la ampliación de los servicios esenciales y mínimos.

No debe desconocerse la enorme anomalía en la que se desarrolla el derecho a huelga en nuestro país. Si bien la Constitución Española lo reconoce en su art. 28.2 como un derecho fundamental, no ha sido aun posible su desarrollo normativo a través de Ley Orgánica - rango normativo, que nuestra Constitución reserva para el desarrollo de los Derechos Fundamentales - y su regulación se halla contenida en una norma preconstitucional - el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977 - si bien revisada y convalidada por nuestro Tribunal Constitucional - a través de la importante STC 11/1981.

Esta dificultad de consenso para desarrollar esta Ley Orgánica resulta paradigmática. Efectivamente el derecho a huelga, entendida como aquella suspensión del trabajo colectiva y concertada por los trabajadores con abandono del centro de trabajo, como medida de presión para la defensa de sus intereses laborales y sociales, ha sido históricamente un derecho conflictivo y la imposibilidad de establecer un nuevo marco legal, que no pase por su limitación, pone en evidencia las enormes diferencias políticas en este punto.

En todo caso, el objetivo de este texto es el de rastrear las últimas novedades en este ámbito en los últimos tiempos, ámbito que como hemos dicho se caracteriza precisamente por el inmovilismo normativo. En todo caso, puede hacerse algún comentario en torno a la nueva LRJS, que como plantea en su exposición de motivos, pretende la creación de un *estatuto procesal reforzado* de garantía de los derechos de los trabajadores, lo que significa, que serán los órganos de la Jurisdicción Social los que

conozcan, de modo integral, de todas las materias laborales. Así, opera la unificación en el Orden Social del conocimiento de cualquier vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectadas a la relación laboral y la convierte a este en el garante ordinario de los derechos y libertades en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Es cierto, que desde el año 2009 la modalidad procesal denominada *procedimiento especial de tutela de la libertad sindical*, regulada en los arts. 175 y siguientes de la antigua LPL había pasado a denominarse *procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas*, denominación que, sin duda, resultaba más coherente con el verdadero ámbito material otorgado a dicho procedimiento por parte de la jurisprudencia desde los primeros pronunciamientos al respecto.

Tras la reforma procesal de 2011, el art. 177 LRJS distingue tres bloques de derechos por lo que respecta al ámbito material del proceso especial de tutela de derechos fundamentales; en primer lugar, y como ya hiciera la LPL, sigue mencionando expresamente libertad sindical y derecho de huelga; a continuación, y de una manera genérica, el precepto hace referencia a *otros derechos fundamentales y libertades públicas*; en tercer lugar, se menciona la prohibición del tratamiento discriminatorio y del acoso.

Como requisito común, debe existir una conexión entre la pretensión - la vulneración, por tanto -, y la relación laboral, ya que la primera, debe ser produzca en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del Orden jurisdiccional social.

La doctrina del Tribunal Constitucional distingue entre un contenido esencial del derecho a la libertad sindical, compuesto por lo dispuesto en el art. 28 CE y en la LOLS - la cual configura el derecho -, y un contenido adicional, esto es, el que añadan otras normas, que quedan fuera del ámbito de regulación constitucional, y, por tanto, no susceptible de ser tutelado a través del procedimiento especial. De manera que el procedimiento preferente y sumario queda reservado a las lesiones del derecho fundamental que afecten a su contenido constitucional, y no a otras, para cuya tutela se dispone de la vía ordinaria. Exclusión que no alcanza evidentemente al derecho a huelga, como derecho claramente constitucionalizado.

Destáquese que el art. 3.c) LRJS excluye de la competencia del Orden Social el conocimiento de las cuestiones relativas a la tutela de la libertad sindical y huelga de funcionarios públicos, personal estatutario y personal del art.1.3 ET, lo que significa que el legislador ha excluido de la competencia del Orden Social aquellas vulneraciones de la libertad sindical por parte de administraciones públicas que, afectando a personal laboral, afecten simultáneamente a personal funcionario y/o estatutario, circunstancia que resulta frecuente en la práctica. En todo caso, esta nueva modalidad procesal resulta interesante, ya que la existencia de una relación laboral no equivale a renunciar o

dejar fuera del ámbito de la prestación de trabajo los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano, y sirve para reforzar la tutela de los mismos en la relación laboral.

Pero si a nivel normativo, la evaluación ha sido lenta, a nivel jurisprudencial la actividad ha sido importante. Citar como ejemplo la STSJ Madrid de 22 de diciembre, que amplía el concepto de prohibición de sustitución de trabajadores en huelga, al impedir que las administraciones públicas puedan sustituir a las empresas en huelga con el objeto de imposibilitar el ejercicio de este derecho. De este modo, la jurisprudencia ha sabido realizar una tarea de completar las carencias de nuestro marco normativo en este punto.

V. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD

1. Introducción

Durante años, la legislación laboral ha trabajado sobre el eje de la conciliación²⁴, en vez de incorporar a éste un nuevo replanteamiento del trabajo reproductivo y las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, es decir, una corresponsabilidad que permita un equilibrio natural entre trabajo y vida.

La corresponsabilidad social va más allá de la conciliación. Implica una actitud sensible de las organizaciones hacia esta cuestión que supone el desarrollo de una nueva cultura de la organización. El éxito de las medidas que tienen en cuenta el enfoque de la corresponsabilidad radica en su universalización, ya que se aplican tanto a trabajadores como a trabajadoras, porque su finalidad es promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. No se trata de buscar medidas para que las mujeres puedan trabajar sino de repartir tareas y responsabilidades para que hombres y mujeres disfruten y ejerzan los mismos derechos y las mismas responsabilidades.

La legislación laboral no incorpora expresamente el término corresponsabilidad aunque sí la necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral. La disposición Adicional décimo primera. Tres, de la LOI incorporó al art. 34 ET el nº 8 que refiere *el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral* pero subordina su garantía a la existencia de un pacto colectivo o individual con el empresario. El tratamiento de la conciliación en la reforma laboral del año 2012, como veremos ha sido totalmente secundario y, desde luego, poco se ha avanzado en materia

²⁴ El término "conciliación" apareció por primera vez en el Plan de Acción Social de la Comunidad Económica Europea de 1974. En aquel momento, formó parte de la lucha a favor de la igualdad real entre hombres y mujeres, es decir, se trabajó desde una perspectiva antidiscriminatoria.

de corresponsabilidad más allá de declaraciones programáticas que dejan en evidencia el poco interés del legislador, que va parcheando los problemas a rebufo de los conflictos planteados en el ámbito jurisdiccional. La negociación colectiva no cumple el importante papel que el legislador ha decidido atribuirle y el tratamiento de la violencia de género en el ámbito laboral sigue siendo un reto pendiente.

2. Los efectos de la reforma laboral sobre la corresponsabilidad

El incremento de las potestades internas de flexibilización del empresario en la reforma laboral de 2012 ha provocado mayor vulnerabilidad respecto de los trabajadores con responsabilidades familiares con más dificultades que otros empleados para adaptarse a las nuevas y variables condiciones de trabajo.

De hecho, en el ámbito de la Unión Europea, el instrumento jurídico fundamental para conciliar las obligaciones laborales y personales (la Directiva 2010/18/UE²⁵) destaca la importancia de la distribución del tiempo de trabajo entre las obligaciones familiares y laborales como la principal vía para conseguir una verdadera conciliación y que sea posible la corresponsabilidad en el cuidado. La tradicional destinataria de los permisos parentales más extensos es la mujer, lo que conlleva el riesgo de la desprofesionalización y abandono del empleo. La norma europea incide en la corresponsabilidad al introducir la intransferibilidad entre los padres de un mes del permiso parental, de los cuatro que se reconocen y al fomentar la reincorporación al trabajo, tras disfrutar del permiso parental²⁶. Esta normativa no se ha transpuesto a nuestro ordenamiento, más bien al contrario, se ha retrocedido en la ampliación del reconocimiento del permiso de paternidad que continua siendo de quince días. También resulta de mucho interés la Cláusula 6ª en la que reconoce al trabajador reincorporado el derecho a “pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo”, “se anima a los trabajadores y empresarios a mantenerse en

²⁵ De 8 de marzo de 2010, “por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BusinessEurope, la UEAPME, el CEEP y la CES y se deroga la Directiva 96/34/CE”. DOUE L 68/13, de 18 de marzo de 2010. Según la Cláusula 8, Disposiciones Finales, nº. 4, los Estados miembros cuentan con un plazo de 2 años para transponer el contenido de esta Directiva. Así se plasma en el art. 3 del texto de la Directiva, si bien reconoce la posibilidad de que se conceda excepcionalmente un año más “si fuera necesario para tener en cuenta dificultades particulares o la aplicación mediante convenio colectivo, los Estados miembros podrán disponer de un período adicional de un año como máximo para dar cumplimiento a la presente Directiva. Informarán de ello a la Comisión a más tardar el 8 de marzo de 2012, declarando los motivos de la necesidad de un período adicional”.

²⁶ Directiva 2010/18/UE, Cláusula Sexta: Reconoce al trabajador reincorporado el derecho a “pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo”, “se anima a los trabajadores y empresarios a mantenerse en contacto durante el período de permiso” y en general, “a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración”.

contacto durante el período de permiso” y en general, “a tomar disposiciones para definir medidas adecuadas para la reintegración”.

En el ámbito interno, se han producido modificaciones reseñables en esta línea. En primer lugar, resultó muy significativo el asunto *Elbal Moreno* que declaró contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en materia de Seguridad Social (art. 4, Directiva 79/7/CEE), la normativa española que exigía a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva²⁷. Así, el TC declaró inconstitucional y nula la normativa interna al respecto que acrecentaba la dificultad de utilizar el contrato a tiempo parcial como un instrumento eficaz para la conciliación de la vida personal y laboral²⁸. Esto ha dado lugar a su modificación que en la actualidad tiende a equiparar los derechos de trabajadores, a tiempo parcial y a tiempo completo, si bien es un tema no exento de bandazos legislativos y críticas doctrinales.

Una de las medidas más enérgicas, en cuanto al incremento de la flexibilidad interna del poder empresarial, es la referida al establecimiento de la distribución irregular de la jornada a lo largo del año que, en ausencia de pacto, será de un diez por ciento, como porcentaje mínimo. Esta disposición desvirtúa los derechos de conciliación porque los trabajadores difícilmente podrán compatibilizar sus responsabilidades laborales y privadas si una parte del tiempo que dedica a las primeras puede estar a expensas de la voluntad unilateral del empleador. De hecho, esta regla tan genérica resultaría más justificada si se supeditase a su eventual confluencia con los derechos de conciliación. De ese modo, el perjudicado podría ampararse en el procedimiento especial de conciliación (art. 139 LRJS).

Otra novedad relacionada con el tiempo de trabajo y la conciliación se contempla en el segundo párrafo del art. 34.8 ET que incorpora la Ley 3/2012. Añade a la previsión sobre el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada que “(...) se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos (...)” para hacer efectivo su derecho a la conciliación. Además “el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella”²⁹. No obstante, la nueva redacción es demasiado imprecisa y elude el régimen del trabajo “a turnos” que ha sido una fuente constante de conflictos ante los tribunales.

²⁷ STJUE de 22 de noviembre de 2012, C -385/11, asunto “Isabel Elbal Moreno e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)”.

²⁸ STC 61/2013.

²⁹ RD-L 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012).

Sin embargo, con la nueva previsión legal nada impide que se interprete como válida la reorganización de los turnos, si éste es el régimen de trabajo, en aras a conseguir el objetivo de la “mayor compatibilidad” entre los derechos de conciliación y la mejora de la productividad de la empresa. Lo contrario sería tanto como negar el ejercicio de este derecho a la conciliación para estos trabajadores, que de otro modo tendrían que acudir obligatoriamente a la reducción de jornada, según la interpretación jurisprudencial que supedita este derecho a la “jornada habitual del trabajador”³⁰.

En cuanto a la adaptación de la jornada, el nuevo art. 37.5 ET señala puede ser reducida la “jornada de trabajo diaria”. Esta interpretación reduce la operatividad de este instrumento jurídico como una verdadera medida de conciliación y de corresponsabilidad. Veta la posibilidad de una reducción de jornada en cómputo anual o mensual, lo que permitiría un reparto de los tiempos de trabajo y de cuidado entre todos los integrantes de una unidad familiar. Además se ha ampliado en el RD-L 16/2013 hasta los doce años la edad del menor que condiciona el ejercicio del derecho. Se equipara, de esta manera, con la previsión del art. 48, h) EBEP, como ya había planteado la doctrina y se planteaba en algunos convenios colectivos³¹. La justificación de esta nueva edad se encontraría en la necesidad de que el menor pueda “valerse por sí mismo”, lo que no es posible para muchas actividades de la vida mientras el menor no alcanza determinada edad. El efecto sobre la corresponsabilidad será beneficioso siempre que se distribuya el ejercicio del derecho a reducir la jornada entre los cuidadores del menor.

Respecto de la regulación de la lactancia, tras el asunto *Roca Álvarez*³², el ET se modificó para reconocer se trata de un derecho de disfrute indistinto, tanto para el padre como para la madre (art. 37.4 ET). Ahora bien, limita el ejercicio a uno de ellos, en el caso de que ambos trabajen. De esta manera se intenta involucrar ambos progenitores en el cuidado del hijo, no obstante el horario para disfrutarlo será de dos medias horas o una hora acumulada, supeditado a lo que establezca la negociación colectiva o al acuerdo que se llegue con el empresario. Además, el art. 37.6 ET, incorpora la obligación de preavisar al empresario con quince días de antelación sobre la fecha en la que iniciará y finalizará el período de lactancia, salvo supuestos de fuerza mayor. Aunque no define exactamente a qué se refiere, podría entenderse que acoge la definición de la Directiva 2010/18/UE, Cláusula séptima. Sin embargo, el ordenamiento

³⁰ Por todas, STS de 13 de junio de 2008. Resulta muy interesante el contraste entre STC 24/2011 y STC 26/2011.

³¹ CC de Volkswagen Finance SA, art. 44, i), BOE de 17 de agosto de 2012. Otros incluso superan esa franja de edad, por ejemplo CC para el personal laboral del Sindicato CCOO de Galicia, la marca en dieciséis años (art. 20), DOG de 18 de septiembre de 2012.

³² STJUE de 30 de septiembre de 2010, C- 104/09, asunto “Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start. España ETT, S.A.”.

español no prevé con carácter retribuido derechos de ausencia vinculados a este tipo de eventualidades, de manera que parece una interpretación alejada de la verdadera intención del legislador. Más bien, parece que el ejercicio de los derechos de conciliación continúa generando desconfianza.

No obstante, el aspecto más importante de la modificación del art. 37.6 ET es que se remite a lo que se establezca en la negociación colectiva, o en su defecto al acuerdo con el empresario y a la jurisdicción social, para establecer los criterios de la reducción de jornada, en atención a los derechos de conciliación de las responsabilidades privadas del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de la empresa. Resalta que la Ley 3/2012 elimina este condicionante únicamente sobre el ejercicio del derecho de lactancia, por lo que se mantiene en el resto de los supuestos. Es decir, los convenios colectivos tendrán que establecer los criterios de concreción horaria conjugando los intereses y las necesidades empresariales con el ejercicio de los derechos fundamentales de conciliación de los trabajadores. No obstante, lo que se determine en el convenio colectivo no es definitivo porque el empresario podrá acordar la inaplicación del convenio de sector y llevar a cabo los “ajustes” que considere necesarios en aras de las necesidades empresariales y la competitividad del mercado, que dará lugar a una elevada tasa de abandono profesional y de litigiosidad.

En conclusión, el aumento de la flexibilidad interna, supeditada a los intereses empresariales, coloca en un segundo plano el derecho de conciliación, lo que provocará el abandono del empleo de los trabajadores que no pueden asumir las modificaciones empresariales. En otras palabras, la postergación del derecho fundamental de conciliación conlleva la disminución de empleo de los trabajadores con responsabilidades familiares. En consecuencia, la corresponsabilidad se ve igualmente debilitada y todo parece indicar que el comportamiento de las familias volverá a situarse en posiciones de reparto de roles: la mujer cuidadora y el hombre trabajador.

3. El tratamiento de la igualdad en la negociación colectiva. Los planes de igualdad.

La crisis económica ha afectado también de manera muy intensa al tratamiento de los problemas relativos a la igualdad de oportunidades en la negociación colectiva. La flexibilidad para el ajuste a la baja de las condiciones laborales introducida por las sucesivas reformas laborales de los últimos años ha hecho que los agentes sociales se centren en cuestiones que podríamos llamar más primarias, y hayan dejado de avanzar en la línea de pactar medidas tendentes a la consecución de la igualdad dentro de la empresa.

Si bien el contenido de la mayoría de los convenios seguía adoleciendo en los años anteriores de la falta de un tratamiento riguroso de las cuestiones relativas a la igualdad, es cierto que a partir de la promulgación de la LOI se venía observando una cierta preocupación por este tema. En la mayoría de los casos esa preocupación se limitaba a introducir cláusulas antidiscriminatorias generales en materia de igualdad por razón de sexo y género, o bien cláusulas de transmisión de las normas legales a los convenios colectivos. También se había ido extendiendo el uso de un lenguaje no sexista (especialmente a nivel de sector estatal o autonómico y en las grandes empresas, donde utilizan cada vez más frecuentemente los genéricos neutros o la enunciación expresa de ambos sexos) y también las llamadas cláusulas de género neutro (afirmando, por ejemplo, que *en el texto del Convenio se ha utilizado el masculino como genérico para englobar a los trabajadores y trabajadoras, sin que esto suponga ignorancia de las diferencias de género existentes, al efecto de no realizar una escritura demasiado compleja*)³³.

Aunque no en la medida deseable, también es cierto que la negociación empezaba a incluir otro tipo de medidas, relativas, fundamental aunque no únicamente, a conciliación de vida familiar y laboral y organización de tiempo de trabajo; asimismo, la obligación establecida por la LOI de negociar Planes de Igualdad en determinadas empresas (fundamentalmente en las de más de 250 trabajadores), las medidas de apoyo económico y técnico por parte de las administraciones públicas para su implantación voluntaria en las restantes y la actuación de la Inspección de Trabajo hizo que en los últimos años empezaran a negociarse e implantarse Planes de Igualdad.

Pero los avances en materia e igualdad se han ralentizado en los últimos años a medida que se agudizaba la crisis económica. La atención de los negociadores se ha desviado a otros temas, y la falta de medios también ha afectado a los Planes de Igualdad. Por otra parte, el legislador ha introducido una serie de cambios en lo relativo a organización del tiempo de trabajo (uno de los grandes temas con repercusión en la igualdad de oportunidades en la empresa) que afectan al papel que debe jugar la negociación colectiva que, por ahora, no ha recogido el testigo.

En concreto, la crisis económica ha afectado a la elaboración de los Planes de Igualdad en dos sentidos: limitando las medidas que contienen³⁴ y frenando su elaboración por las dificultades para su financiación dentro de las empresas

³³ Art. 36 Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias

³⁴ En este sentido, vid. VVAA, *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*, Informe 2013, Observatorio de Medidas y Planes de Igualdad en la negociación colectiva, UGT, 2014, p. 70. Texto completo del Informe en

Por otro lado, 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, como hemos visto, por la reforma laboral de 2012 a la voluntad unilateral del empresario, con unos límites que han sido objeto de ampliación por el RD-L 16/2013. En este sentido, el RD-L mencionado ha ampliado 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 produzcan (“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”). De esta manera, la planificación de la vida privada del trabajador queda muy condicionada.

En el contexto de un régimen legal tan generoso con las facultades del empresario y que se abstrae de las posibles choques con los problemas de conciliación del trabajador, sería conveniente que la negociación colectiva se ocupase del tema, fijando una serie de criterios generales en la materia y evitando así que el empresario tenga que ir dando soluciones puntuales y posiblemente contradictorias a los problemas prácticos concretos. La previsión puede hacerse bien en los convenios colectivos o bien en los acuerdos de empresa, además de en los Planes de Igualdad en el caso de que existan en la empresa. Hasta ahora no ha sido un elemento que se tenga muy en cuenta por la negociación colectiva, aunque sí que se han utilizado algunas fórmulas que diferencian la distribución irregular de la jornada entre trabajadores con y sin responsabilidades familiares. A modo de ejemplo de buena práctica podemos citar el XVI Convenio General de la Industria Química 2013-2014 que, con respecto a la jornada flexible señala que “no podrá aplicarse a trabajadores y trabajadoras que por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o periodos de lactancia, tengan limitada su presencia”. También contiene este convenio una ampliación del periodo de preaviso, puesto que se establece que “con preaviso de 7 días, la empresa podrá cambiar distribución de hasta 100 horas anuales dentro del calendario laboral”.

4. Últimos pronunciamientos sobre maternidad y lactancia

Durante el año 2013, cabe destacar algunas sentencias de interés dictadas por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo en el ámbito de la maternidad y la lactancia, tanto desde la perspectiva laboral como desde la perspectiva de la protección social.

http://www.ugt.es/Mujer/analisis_de_medidas_y_planes_de_igualdad_en_la_negociacion_colectiva_2013.pdf

Quizá la sentencia más relevante es la STC 173/2013, que viene a confirmar la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la extinción del contrato de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba. De este modo, el Tribunal Constitucional estima que en estos supuestos no resulta aplicable la nulidad objetiva del despido acaecido durante el periodo de gestación, en virtud de la cual, salvo que dicho despido pueda ser calificado como procedente, su calificación deberá ser la de nulidad aun cuando el empresario no tuviera conocimiento del embarazo, por lo que no es necesario que concurra un móvil discriminatorio en la conducta empresarial (SSTC 92/2008 y 124/2009). El Tribunal fundamenta su decisión en la distinta naturaleza jurídica del despido y del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, que impide extender por analogía la protección reforzada dispensada por el art. 55.5.b) ET al segundo supuesto. La consecuencia de esta interpretación es que la decisión extintiva empresarial solamente podrá ser calificada como nula cuando la trabajadora aporte indicios racionales de discriminación por razón de su embarazo que no puedan ser rebatidos por el empresario acreditando que su decisión fue completamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. En definitiva, a diferencia de los supuestos de despido, tratándose de la extinción del contrato durante el periodo de prueba, será requisito imprescindible que el empresario tenga conocimiento del embarazo de la trabajadora.

Cabe destacar también dos sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 21 de febrero y 23 de septiembre) referidas a la negativa empresarial al reingreso de una trabajadora y de un trabajador, respectivamente, transcurrido más de un año de excedencia para el cuidado de hijos, aduciendo en ambos casos la inexistencia de vacante. No obstante, estas sentencias contienen pronunciamientos divergentes respecto a esta cuestión pues, aun cuando ambas reconocen que, tratándose de una excedencia para el cuidado de hijos, el reingreso del trabajador no está condicionado a la existencia de vacante, por cuanto, transcurrido más de un año, la Ley impone la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, difieren en cuanto a los efectos jurídicos que cabe atribuir a esta conducta empresarial. Así, mientras la primera estima que la negativa al reingreso alegando la inexistencia de vacante tiene como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante, la segunda argumenta que de la mera negativa al reingreso fundada en no existir una vacante no puede desprenderse una voluntad extintiva de la empresa y, por lo tanto, tal conducta no puede ser calificada como un despido, sin perjuicio de que la reincorporación tardía dé lugar a una indemnización por daños y perjuicios que se cuantificará, al menos, en los salarios dejados de percibir por el trabajador durante dicho periodo.

En el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, cabe mencionar dos sentencias del Tribunal Supremo referidas a la prestación por riesgo durante la lactancia natural (SSTS 21 de marzo y 24 de junio) que se pronuncian sobre la cuestión de si es posible reconocer dicha prestación a dos trabajadoras que prestan servicios como médico de urgencias hospitalarias y como enfermera, respectivamente, cuando se acreditan riesgos genéricos, no riesgos específicos en relación con la situación de lactancia natural, y se invocan, asimismo, riesgos relacionados con el tiempo de trabajo, como el trabajo a turnos. En ambos casos se afirma que, en primer lugar, resulta necesario identificar los riesgos específicos que afectan a la trabajadora en situación de lactancia natural, por lo que no basta con la existencia de riesgos genéricos. Y, en segundo lugar, a diferencia de lo que el mismo Tribunal ha considerado en relación con trabajadoras que prestaban servicios como tripulantes de cabina de pasajeros (SSTS de 24 de abril de 2012, 21 de junio de 2012 y 22 de noviembre de 2012), el riesgo para la lactancia derivado de unos horarios de trabajo inadecuados para la alimentación del lactante, únicamente podrá apreciarse cuando la incompatibilidad de la toma directa no pueda paliarse con la extracción de la leche en condiciones adecuadas que permitan tanto la propia extracción como su conservación. Partiendo de tales premisas, en ambas sentencias se deniega la prestación solicitada.

También en materia de Seguridad Social cabe destacar la STS de 19 de junio la cual estima que procede el reconocimiento de la prestación por maternidad a una trabajadora que fue alta y baja el mismo día de la solicitud del correspondiente permiso, instando diez días después dicha prestación y con efectos desde la fecha de la petición. Para ello, parte de la distinción entre la superveniencia de la situación protegida, que es la fecha en la cual se encontraba en alta, y la fecha de efectos, que sería el día siguiente, por ser el del inicio del descanso y el de su auténtica baja laboral.

5. La violencia de género en el ámbito laboral

La Ley 3/2012 no trajo ninguna novedad en relación a la violencia de género. No obstante, si lo ha hecho en cuanto a las víctimas del terrorismo al equiparlas, en la mayoría de los supuestos señalados en el Estatuto de los Trabajadores, con las víctimas de violencia de género. Por consiguiente, el legislador ha tomado en cuenta a dichas víctimas en las que anteriormente no se hacía referencia a ellas.

A nivel jurisdiccional, en cuanto a la violencia de género en el ámbito laboral, se destaca la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Almería que ha reconocido el derecho a recibir una pensión de orfandad completa, a una menor de 15 años, a pesar de que su progenitor vive, pero cumple condena de 22 años de prisión por haber matado a su madre; y a quien se le ha retirado la patria potestad. La madre era trabajadora del

Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social le reconoció a la menor una pensión de orfandad simple, con un porcentaje de la base reguladora del 20% y por importe mensual inicial de 255,91 euros.

El INSS concede una pensión de orfandad simple al sostener que «el único» supuesto previsto legalmente para el incremento de esa pensión es «cuando el progenitor superviviente hubiese perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad al ser condenado por sentencia firme por comisión de un delito doloso de homicidio o de lesiones». El juzgado resalta que pese a que cuando se dictó la resolución sobre la pensión de la menor no había sentencia condenatoria, eso «no era obstáculo» para reconocer la orfandad completa; dado que el padre estaba privado de la patria potestad y «en ningún momento» la iba a recuperar, ya que el mismo «siempre reconoció el hecho de la agresión a su esposa que terminó con su muerte». Por consiguiente, aquel determina «el derecho de la menor a percibir una pensión de orfandad [...] en la cuantía del 52% de reguladora mensual de 1.279,56 euros» y con efectos económicos desde la muerte de su madre.

A nivel de convenios colectivos, se evidencia que los interlocutores sociales han tomado un poco más de interés en la regulación de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género que en años anteriores. Bajo este contexto, algunos convenios señalan un artículo exclusivamente a la figura de estudio, que anteriormente no se practicaba. No obstante, existen convenios que remiten directamente a lo señalado en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sin ofrecer ninguna mejora de las señaladas en la norma. Otro convenio, sin embargo, beneficia a las víctimas de violencia de género a regular la figura de la excedencia. En el sentido señala que aquella tendrá derecho a dicha institución en el que el periodo de disfrute será computable a efectos de antigüedad. Otro convenio dispone que cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario, para estos efectos por la empresa, coincida en el tiempo a una trabajadora víctima de violencia de género ésta tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta.

En cuanto a la forma que tiene la víctima de violencia de género de demostrar su condición, existen convenios que suavizan el requisito expreso que sea el juez quien lo determine, mediante la orden de protección, al señalar que puede considerarse dicha condición a través del informe del Ministerio Fiscal. Asimismo, establecen que las bajas laborales motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se pueden acreditar por los servicios sociales de atención o por los servicios de salud, por lo que no se computarán como faltas de asistencia a efectos de absentismo laboral.

En cuanto a los contratos laborales a víctimas de violencia de género, según el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se han multiplicado por siete durante los dos últimos años, dado que los 138 con los que se cerró el ejercicio 2011 han aumentado hasta 963 al cabo de 2013. La cifra supone, además, un incremento considerable respecto a los registros de 2012, cuando se formalizaron 325. Por tanto, al término del año pasado se cerraron más contratos, y todo por la implicación de las más de 50 empresas que integran la Alianza por una Sociedad Libre de Violencia de Género.

Como puede observarse todavía queda camino que recorrer, para poder eliminar, prevenir y erradicar la violencia de género. En el ámbito laboral, es importante que los interlocutores sociales se sensibilicen en el tema y mejoren los derechos que el ordenamiento jurídico establece al efecto. De igual manera, el legislador hubiese aprovechado las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral para mejorar e incorporar nuevos derechos a las víctimas de violencia de género.

VI. NOVEDADES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

1. Presentación

En esta parte del Informe se da cuenta de las modificaciones producidas en el ámbito de la Protección Social española. En particular, han sido objeto de análisis y reflexión las novedades legales y jurisprudenciales y sus efectos, en materia de protección social de los trabajadores a tiempo parcial; de protección por desempleo; de protección por jubilación y, en último término, de asistencia sanitaria, dependencia y asistencia social. De esta forma, se ha buscado ofrecer una visión global de la situación actual del Sistema de Protección Social.

En primer término, se ofrece una revisión de la importante reforma experimentada por los mecanismos de protección social de los trabajadores a tiempo parcial. En particular, la derivada del impacto de la ya citada sentencia *Elbal Moreno*, cuya doctrina ha sido acogida por la STC 61/2013 y trasladada a la regulación por la Ley 1/2014. En segundo lugar, se hace balance de la ordenación de la prestación por desempleo; ordenación que se evidencia fragmentada, e incluso desfasada, dando lugar a vacíos de protección de un colectivo especialmente numeroso y frágil en nuestro país. En tercer lugar, se reflexiona sobre la situación actual del sistema de pensiones y el papel de la regulación del Factor de Sostenibilidad, en sus dos variantes de Factor de Revalorización Anual y de Factor de Equidad Intergeneracional como medida de mayor relevancia adoptada en este punto. Finalmente, se ha querido cerrar el presente apartado con una referencia a lo que, a nuestro juicio, constituye una parte del Sistema de Protección Social esencial para

luchar contra la situación de progresiva pobreza en el trabajo y fuera del trabajo que se está acentuando en nuestro país. En esta parte se recogen datos sobre las necesidades económicas de la ciudadanía y se analizan las novedades, escasas, en materia de Asistencia Sanitaria, Dependencia y Asistencia Social.

2. La influencia de la jurisprudencia comunitaria y constitucional en la reforma de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial

I. Introducción

En lo que se refiere a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial resulta especialmente relevante la modificación de la disposición adicional séptima de la LGSS llevada a cabo por el art. 5 de la Ley 1/2014 de 28 de febrero. Este cambio normativo ha sido originado por la STC 61/2013, que declaró inconstitucional el apartado 1º, regla 2ª de la disposición adicional séptima de la LGSS, por vulnerar el art. 14 CE desde una doble perspectiva. Por un lado, por lesionar el derecho a la igualdad, en el sentido de que las diferencias de trato en relación al cómputo de los periodos de carencia que experimentaban los trabajadores a tiempo parcial se encontraban desprovistas de una justificación razonable que guardara la debida relación de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Y, por otro lado, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, en la medida que, aunque se trata de una norma formalmente neutra, los datos estadísticos evidencian que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta especialmente al sexo femenino. Aunque la Ley 1/2014 de 28 de febrero sólo se refiere a la STC 61/2013, es indudable que este cambio normativo también se ha visto propiciado por la sentencia *Elbal Moreno*, resolución a la que el TC se refiere en su propia sentencia.

II. Novedades legislativas

Ante la declaración de inconstitucionalidad del apartado 1º, regla 2ª de la disposición adicional séptima de la LGSS por la STC 61/2013, fue necesario establecer con carácter urgente una nueva regulación para la protección social de los trabajadores a tiempo parcial mediante el RD-L 11/2013. En la actualidad, esta regulación ha sido consolidada por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. En concreto, las modificaciones habidas se han proyectado sobre dos aspectos de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial. En primer lugar, se ha dado una nueva redacción al apartado 1º, regla 2ª de la DA 7ª en la cual se disciplina el periodo de cotización requerido para causar derecho a determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad

Social. Y, en segundo lugar, se ha modificado el apartado 1º, regla 3ª de la DA 7ª LGSS, en dos aspectos, por un lado, se ha conservado el coeficiente multiplicador de 1,5 para los periodos calculados con coeficiente de parcialidad en el supuesto de prestaciones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común y, por otro, se incide sobre el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora en dichas prestaciones.

Así, para flexibilizar el número de años exigidos para que un trabajador a tiempo parcial lucre una prestación de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, el apartado 1, regla 2ª de la DA 7ª LGSS modula la carencia exigible a cada trabajador, para causar derecho a las prestaciones, en función del nivel de parcialidad que ha experimentado en a lo largo de su carrera de cotización, introduciendo, para ello, “el coeficiente de parcialidad” y el “coeficiente global de parcialidad”.

El coeficiente de parcialidad se establece en función del porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, para cada periodo que el trabajador haya prestado servicios a tiempo parcial. Así el coeficiente de parcialidad permite individualizar el esfuerzo contributivo del trabajador en cada momento, ya que se toma como referencia para calcular el porcentaje de parcialidad la jornada que en cada supuesto corresponde a un trabajador a tiempo completo comparable. Determinado el coeficiente de parcialidad conforme a la anterior pauta, el número de días cotizados a efectos de la carencia exigible para lucrar las prestaciones se determina mediante la aplicación de dicho coeficiente de parcialidad a los días efectivamente cotizados a tiempo parcial, a cuyo resultado se habrán de sumar, en su caso, los días cotizados a tiempo completo.

Por su parte el coeficiente global de parcialidad se calcula sobre toda la carrera de cotización del trabajador, en la medida que este es el porcentaje resultante del número de días cotizados acreditados para el acceso a las prestaciones -esto es, los días cotizados fruto de aplicar el coeficiente de parcialidad más los días cotizados a tiempo completo, si los hubiera- sobre el total de días en alta correspondientes a toda la vida laboral del trabajador. Pues bien, el coeficiente global de parcialidad así calculado modula la carencia exigible para acceder a las prestaciones cuando el trabajador haya prestado servicios a tiempo parcial, ya que la cotización previa requerida para cada prestación será el resultado de aplicar al periodo regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad. Ello implica que el trabajador que haya prestado servicios a tiempo parcial accederá a correspondiente prestación del sistema de la Seguridad Social en función de una carencia adecuada a su carrera de cotización en función del coeficiente general de parcialidad. Por último conviene señalar que, cuando la concreta prestación de que se trate exija la concurrencia de una carencia específica,

esto es, que parte del periodo de cotización exigible se concentre en un periodo concreto, también resultará de aplicación el coeficiente general de parcialidad para determinar el alcance del periodo de cotización exigible.

Por lo que hace a la cuantía de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, el nuevo párrafo c de la regla 3º del apartado 1º de la disposición adicional séptima LGSS, incide sobre dos aspectos relativos a la cuantía de la futura pensión. En primer lugar, del mismo se deriva una mejora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común mediante la aplicación del coeficiente multiplicador de 1,5 sobre el total de días cotizados a tiempo parcial. Y, en segundo lugar, prevé que el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora en dichas pensiones, según la escala por tramos de años de cotización contenida en el art. 163.1 LGSS, también se adapte a la carrera de cotización del potencial beneficiario. Así, cuando el interesado no alcance la carencia mínima requerida para lucrar la pensión de jubilación que, a su vez, determina el porcentaje mínimo aplicable a la base reguladora, esto es, el 50 por cien, según la escala contenida en el art. 163 LGSS, el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora se determinará aplicando a 50 el correspondiente porcentaje que suponga el periodo de cotización reunido por el trabajador sobre quince años. Conviene señalar que estas pensiones que pueden resultar de cuantía reducida, pueden verse incrementadas por la aplicación de los complementos de mínimos, tal y como se desprende del art. 50 LGSS.

Por último, esta nueva regulación regirá, a tenor de la disposición transitoria primera de la Ley 1/2014, “para causar derecho a todas aquellas prestaciones que con anterioridad al 4 de agosto de 2013 hubiesen sido denegadas por no acreditar el período mínimo de cotización exigido en su caso. En el supuesto de cumplirse el período mínimo exigido con arreglo a la nueva regulación, el hecho causante se entenderá producido en la fecha originaria, sin perjuicio de que los efectos económicos del reconocimiento tengan una retroactividad máxima de tres meses desde la nueva solicitud, con el límite en todo caso del día 4 de agosto de 2013.” Además, “excepcionalmente, todas aquellas prestaciones cuya solicitud se hubiese encontrado en trámite el día 4 de agosto de 2013 (fecha en la que entró en vigor el RD-L 11/2013), se regirán por lo dispuesto en la ley 1/2014 y su reconocimiento tendrá efectos desde el hecho causante de la respectiva prestación.

III. Conclusión/reflexión final

Con la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Séptima de la LGSS, se planteó el debate sobre cuál sería la fórmula adecuada para regular la carencia exigible a los trabajadores a tiempo parcial, si la denominada fórmula “día

trabajado igual a día cotizado” o su determinación mediante algún criterio basado en el principio de proporcionalidad en atención al carácter parcial de la prestación de servicios. Es claro que el legislador se ha decantado por la segunda opción, sin embargo, a diferencia del modelo precedente, el actual sistema individualiza la carencia exigible a cada supuesto concreto de trabajo a tiempo parcial mediante el coeficiente de parcialidad y el coeficiente global de parcialidad. Aunque la equiparación de la carencia exigible del trabajador a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo completo mediante la fórmula “día trabajado igual a día cotizado” hubiera permitido, sin duda, el acceso a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social a un mayor número de trabajadores a tiempo parcial, ello, a su vez, hubiera dado lugar a un agravio comparativo respecto a los trabajadores a tiempo completo, además de comprometer la viabilidad financiera del sistema ya que, con la misma, se correría el riesgo de desincentivar la cotización a la vez que puede dar lugar a supuesto de fraude.

3. La prestación por desempleo en el sistema español de Seguridad social

Desde luego, el desempleo, en especial el juvenil en España, constituye un problema estructural, que se ha visto agravado por la crisis, presenta graves consecuencias para la situación presente y futura de la sociedad y limita el crecimiento potencial de la economía española en el largo plazo. Sin embargo, pese a las alarmantes cifras de todos conocidas que siguen perpetuándose, la prestación por desempleo no ha experimentado grandes transformaciones, sigue apareciendo regulada en una normativa muy fragmentada, cuando no desfasada, poco conectada entre sí a consecuencia de las innumerables reformas en uno y otro sentido, y mal integrada; sin aprovechar al máximo su doble vertiente protectora de situaciones de necesidad y de estímulo a la búsqueda de empleo.

1. Novedades legislativas

Las normas responsables de las modificaciones llevadas a cabo en la prestación analizada tienen como líneas directrices las siguientes:

- Impedir el fraude en su percepción (el apartado dos de la disposición final primera del RD-L 5/2013 da nueva redacción al art. 229 LGSS, introduciendo dos nuevos párrafos con el fin de intentar atajar percepciones fraudulentas de la prestación por desempleo mediante un despido “pactado”).

- Favorecer el emprendimiento, singularmente el de los jóvenes, a través de un mayor margen de utilización de la prestación lucrada. Por ello, la Ley 11/2013

incorpora medidas relacionadas con la protección por desempleo, asegurar el emprendimiento o la situación del autónomo en caso de fracasar, a saber, las nuevas posibilidades de capitalización, la compatibilización de su cobro con la actividad por cuenta propia y, por último, la ampliación del período de suspensión.

- Acentuar la obligación de mantener la inscripción como demandante de empleo. La Ley 1/2014, de 28 de febrero (y previamente el RD-L 11/2013, de 2 de agosto) modifica los arts. 207, 209, 212 o 215 LGSS para incorporar dicha obligación de manera transversal durante la dinámica de la prestación.

- Incorporar jurisprudencia reciente sobre causas de suspensión y extinción vinculadas a estancias o residencias en terceros países. La Ley 1/2014, de 28 de febrero (y previamente el RD-L 11/2013, de 2 de agosto) incorpora dos nuevas causas de suspensión y redefine los supuestos de reanudación y extinción de la prestación (arts. 212 y 213), diferenciando entre traslado y residencia en el extranjero.

- En fin, coordinar los cambios incorporados por otras disposiciones legales (la disposición final primera del RD-L 5/2013 añade un tercer apartado al art. 215.1.3 LGSS, en el cual introduce las reglas de cómputo de la carencia de rentas para acceder al subsidio de desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y cinco años; la Ley 22/2013, en su disposición final 4ª.seis, cambia la rúbrica del art. 222 LGSS y añade un nuevo apartado 4 destinado a establecer la concatenación entre el subsidio asistencial para mayores de cincuenta y cinco años y la pensión de jubilación a que tienen derecho; la Ley 1/2014 da nueva redacción al apartado c) del art. 233 LGSS y establece la consiguiente concordancia con el también modificado art. 48.5 LISOS).

II. Novedades jurisprudenciales del Tribunal Supremo

La jurisprudencia durante 2013 en materia de desempleo se limita a mantener líneas de interpretación anteriores, sin incorporar cambios sustanciales; solo cabe destacar las materias sobre las que se pronuncia, marcadas por el contexto de crisis económica.

En este sentido, aclara los requisitos de acceso a la prestación por desempleo en caso de administrador de sociedad y a su vez encargado de la misma (STS 5 de marzo); o el concepto de retorno para un trabajador emigrante (por todas, STS 17 de septiembre).

En fin, en el caso del siempre complejo cómputo del límite de ingresos para acceder a una prestación por desempleo asistencial, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el descuento de las cuotas destinadas a la financiación del

convenio especial con la Seguridad Social si no poseen origen prestacional (STS 26 de marzo); o la acreditación de la situación de víctima de violencia de género para incorporación al programa de renta activa de inserción (STS 2 de octubre).

III. Reflexión final

Como se puso de manifiesto en el inicio, falta una reformulación de las prestaciones por desempleo, con el fin de adaptarlas a las necesidades reales, abrir nuevos espacios a la compatibilidad de actividad productiva y protección, así como aunar decididamente las políticas de empleo pasivas con las activas y, en lugar de desincentivar, impulsar el mantenimiento o la búsqueda de una nueva actividad. Las últimas reformas han avanzado, aun tímidamente, en esta dirección, mas aún faltan por dar importantes pasos en aras a eliminar por completo la ausencia de discriminación, de un lado, de los trabajadores a tiempo parcial y, de otro, de los autónomos y posibilitar una mayor eficacia en la finalidad última de la prestación.

4. Las más recientes reformas del sistema público de pensiones

La necesidad de acometer reformas en el sistema de pensiones, con el fin de garantizar su sostenibilidad, se sustenta en proyecciones económico-demográficas bien conocidas, y difícilmente rebatibles. No obstante, las concretas medidas a adoptar y el momento y el modo que deban implementarse es susceptible de discusión, pues las opciones son varias, y podrían llegar a implicar, en su caso, un cambio de modelo, a partir de una apuesta -mayor o menor- por la capitalización. Es claro que la configuración del sistema de pensiones depende de cada sociedad y del modo en que se han ido construyendo los mecanismos de protección social. En buena medida, el sistema de pensiones forma parte de la idiosincrasia de un país, de sus tradiciones y valores, y por ello las modificaciones de gran calado generan un importante rechazo social.

En ese marco, es razonable que las reformas operadas entre 2011-2013 no hayan puesto en cuestión la pervivencia del sistema de reparto, ni aboguen por tanto por un cambio de modelo, pero a su vez hayan introducido cambios sustanciales. El objetivo consiste en incorporar las modulaciones necesarias para que el sistema de pensiones pueda seguir operando conforme a sus principios clásicos. Es claro, no obstante, que en el futuro se producirá un desequilibrio entre ingresos y gastos, motivado por un importante incremento de los gastos y una disminución de los ingresos. Siempre desde ese propósito de mantener inalterados los rasgos básicos del sistema, los remedios pasan por incrementar los ingresos, reducir los gastos o combinar ambas fórmulas. Desde luego, cualesquiera medidas generan oposición social, porque el aumento de los

ingresos implica incrementar las cargas impositivas, directas o indirectas, mientras que la reducción de gastos conlleva el endurecimiento de los requisitos de acceso a las prestaciones y una menor generosidad en el cálculo de su cuantía.

El hecho de que la fórmula esté aún por concretar provoca efectos colaterales, como la escasa popularidad de la previsión privada, que sólo se potenciará cuando los ciudadanos perciban la necesidad de acudir a ella. Y esa necesidad está vinculada a una disminución de la tasa de reemplazo de la pensión de jubilación, de manera que el importe de la pensión sea significativamente más reducido que el salario que se percibía en activo. Cuanto más apueste el legislador por vías de incremento de ingresos, menos imprescindible será la previsión complementaria.

Sea cual sea la opción futura, no parece que el legislador incurra en riesgo real de inconstitucionalidad, al menos a partir de la flexible interpretación que la jurisprudencia constitucional ha efectuado del art. 41 CE, que establece unos requisitos e impone ciertas tendencias, pero la normativa infraconstitucional no se ha encontrado con ceñidos corsés, toda vez que la Seguridad Social es «un derecho de estricta configuración legal»³⁵. No obstante, resulta deseable que las medidas introducidas respeten determinados límites vinculados con la idoneidad, la necesidad y, especialmente, la proporcionalidad. Es claro, como se dijo, que la viabilidad futura requiere de la adopción de ciertas reformas. También lo es que la situación actual de crisis económica ha acelerado la toma de decisiones. Pero en materia de Seguridad Social debe actuarse con extremada prudencia, y no confundir lo coyuntural con lo estructural. Dicho en otros términos, las situaciones coyunturales requieren de medidas coyunturales, de modo tal que las medidas estructurales deben reservarse para hacer frente a problemas estructurales, pues de lo contrario podría entenderse vulnerado el principio de igualdad, en virtud de la desproporción de la medida adoptada, como puso de manifiesto el TC portugués en su sentencia de 5 de julio de 2012, si bien en relación con la supresión de las pagas extraordinarias³⁶.

Esa prudencia, o valoración sosegada, debería prevalecer en la actuación legislativa, evitando la aprobación de normas por impulso y no suficientemente meditadas. Esta conclusión, válida con carácter general, es mucho más relevante en un ámbito como el de la Seguridad Social, que exige cierta estabilidad para un adecuado funcionamiento y un correcto análisis. Resulta significativo que las reformas legales contemplen una aplicación gradual mediante largos períodos transitorios, que se consideran imprescindibles por varios motivos, y que en un breve tiempo desde su adopción se

³⁵ Cfr. STC 37/1994, de 10 de febrero.

³⁶ Vid. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

ponga en cuestión esa aplicación gradual, o directamente se suprima, como ocurrió con el RD-L 8/2010, en relación con la reforma operada por la Ley 40/2007.

Parece evidente que la reforma de 2011-2013 no es definitiva, y ni siquiera la introducción del factor de sostenibilidad evitará que antes de 2027, fecha prevista para que los cambios se apliquen en su integridad, se cuestione la configuración misma del Sistema. Sea como fuere, debe prestarse especial atención a la situación de las personas que se encuentran próximas a la edad de jubilación, porque no sólo les afectará la reforma de 2011-2013, sino también el nuevo factor de sostenibilidad y los cambios que parecen avecinarse en un futuro próximo, lo que potencialmente les sitúa en una posición comprometida, en la que pueden sufrir perjuicios proporcionalmente mayores que otros colectivos, ante el juego combinado de todas esas reglas.

El legislador parece decidido a respetar completamente los derechos de quienes ya han accedido a la pensión de jubilación, de modo que el sacrificio lo asumirían íntegramente los trabajadores en activo que se conviertan en nuevos beneficiarios. La eventual consideración del importe de la pensión como un derecho adquirido, y la calificación de la medida como una expropiación ilícita³⁷, podrían constituir una garantía para los actuales pensionistas, aunque desde luego en este ámbito entran en juego otros argumentos que permiten poner en cuestión esa doctrina, porque la naturaleza jurídica de la pensión es distinta a la del salario. Una vez que el servicio se presta el trabajador adquiere el derecho al salario, y el impago deriva en un enriquecimiento injusto del empleador; en cambio, el pensionista no genera derechos por el mero transcurso del tiempo, y difícilmente cabe considerar que medidas dirigidas a favorecer la viabilidad de un mecanismo de solidaridad intergeneracional como la Seguridad Social den lugar a un enriquecimiento injusto. A la postre, si el sistema de pensiones deriva inviable y no puede afrontar sus obligaciones de pago, los pensionistas también se verán perjudicados, todos ellos, porque no cabe defender que los más antiguos cuenten con una preferencia de pago sobre los más modernos. La fecha de acceso a la pensión no supone un mejor derecho de cobro. Por consiguiente, en hipótesis el factor de sostenibilidad -y cualquier otra medida dirigida a mejorar la viabilidad del Sistema- podría afectar lícitamente también a los actuales pensionistas, y no sólo a los nuevos beneficiarios. Cuestión distinta es que razones de conveniencia u oportunidad puedan aconsejar un trato distinto.

En fin, el factor de sostenibilidad, en sus dos variantes de Factor de Revalorización Anual y Factor de Equidad Intergeneracional (en las denominaciones ofrecidas por el Informe del Comité de Expertos), constituye sin duda la medida más relevante del último

³⁷ Vid. AATC 85/2011 y 179/2011, y STS de 28 de noviembre de 2012, entre muchas otras.

año. Es obvio que los requisitos y condiciones de acceso a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial han sido modificados, pero el endurecimiento progresivo de esa modalidad es una línea de actuación bien conocida. El factor de sostenibilidad, en cambio, tiene un origen mucho más reciente, y su aplicación incluso se ha adelantado, pues el Factor de Revalorización Anual cuenta con efectos inmediatos, y el Factor de Equidad Intergeneracional comenzará a operar en 2019, ocho años antes de lo previsto en la Ley 27/2011.

Es pronto para conocer el impacto real del factor de sostenibilidad, pero es muy probable que el Factor de Equidad Intergeneracional sea modificado antes de su entrada en vigor, porque su concepción parece un tanto apresurada, y su configuración técnica algo deficiente. De algún modo, el Factor de Equidad Intergeneracional se apoya en un mecanismo ficticio de capitalización, pues calcula el capital coste de la pensión prevista para dos sujetos en las mismas condiciones, pero que han nacido en años diferentes, y establece un coeficiente corrector para compensar la diferencia de la esperanza de vida. Sin perjuicio de que esa operación no es más que un artificio imaginativo, no puede olvidarse que el cálculo atiende al momento de la solicitud de la pensión, y no a la edad del sujeto. En otras palabras, la aplicación del coeficiente corrector no tiene en consideración la modalidad de jubilación, de modo que el acceso a la jubilación anticipada o el retraso de la edad de jubilación no afectan en absoluto al factor de sostenibilidad, lo que resulta ilógico atendiendo al objetivo declarado de la medida. El pensionista que se jubila anticipadamente percibirá la pensión durante más años, y la penalización (en forma de coeficiente reductor) no se vincula al factor de sostenibilidad. Al contrario, el trabajador que retrasa la jubilación más allá de la edad ordinaria percibirá pensión durante menos tiempo, y la bonificación que ello supone tampoco viene determinada por dicho factor. En realidad, a ambos se les aplicará el factor de sostenibilidad conforme a la esperanza de vida de quienes tienen la edad ordinaria de jubilación, pese a que en un caso (jubilación anticipada) el interesado sea más joven y en otro (jubilación postergada) más maduro. Es previsible, así pues, que en un futuro próximo la pensión de jubilación sufra más reformas, aunque el contexto-socioeconómico condicionará el momento y la intensidad de las mismas.

5. Novedades en otras ramas de protección social pública: el abandono de las políticas de lucha contra la desigualdad.

1. Introducción

La tremenda realidad es que los cambios producidos en el ámbito de la protección social se refieren más a los datos sobre pobreza y desigualdad referidos al año 2013 y

no tanto a las reformas legislativas dirigidas a afrontar esta situación que genera una aguda preocupación y un sabor decimonónico.

En efecto, pilares del Estado como el sistema de dependencia, prestaciones redistributivas como la ayuda por hijo a cargo, o rentas activas de inserción han experimentado muy pocos cambios, y esa ausencia de cambios agudiza los efectos de los datos de desigualdad real en nuestro país. Es el efecto de un Sistema de Protección Social, que se muestra debilitado por la ausencia de reformas y el evidente incremento de las necesidades de la población.

El Banco Mundial define la pobreza como “la incapacidad para alcanzar un nivel de vida mínimo”. Este nivel de vida mínimo se puede cuantificar de múltiples maneras: económicamente, pero también como la ausencia de determinados medios sociales e individuales que garantizan la dignidad humana³⁸.

En este sentido, la alarma se hace especialmente intensa ante los datos de pobreza infantil en nuestro país. Según el informe UNICEF *Políticas públicas para reducir la pobreza infantil en España: análisis del impacto*, 2.306.000 niños se encuentran por debajo del umbral de la pobreza³⁹. Se pone en cuestión el marco constitucional de convivencia y de manera concreta se hace oídos sordos a la Recomendación de la Comisión Europea de 2013 de *Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas*⁴⁰, recomendación que crea un marco europeo para el desarrollo de políticas nacionales de lucha contra la pobreza infantil y de promoción del bienestar de los niños.

Datos adicionales que permiten comprender la falta de adaptación del Sistema de Protección Social español a las necesidades poblacionales lo ofrece el INE en su *Encuesta sobre condiciones de Vida* del mes de mayo de 2014⁴¹. Conforme a la misma, en 2012 los hogares españoles tuvieron unos ingresos medios anuales de 26.775 euros, lo que supuso una reducción del 3,5%. No obstante, siguiendo los criterios de Eurostat, que fija el umbral de riesgo de pobreza en el 60% de la mediana de ingresos por unidad de consumo, el umbral de riesgo de pobreza para los hogares de una persona se situó en 8.114 euros, un 2,5% menos que el estimado en el año anterior. En hogares compuestos por dos adultos y dos menores de 14 años el umbral se situó en los 17.040 euros. En 2013 la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (indicador AROPE) se

³⁸ Banco Mundial *World Development Report* 1990, pp. 26-27.

³⁹ Cabe señalar que el sistema español se caracteriza por una muy baja cuantía y cobertura de las prestaciones que existen. La prestación actual de la Seguridad Social por hijo a cargo y la prestación dirigida a la infancia y a las personas con discapacidad que llega a más hogares, además de tener un importe muy reducido 291 euros por niño y año cuando no hay discapacidad está condicionada a tener unos ingresos muy bajos.

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA 2013, DOUE 2.3.2013 “Recomendación de la Comisión de 20 de febrero de 2013. Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas”.

⁴¹ <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft25%2Fp453&file=inebase&L=0>

sitúa en el 27,3% de la población residente en España, frente al 27,2% registrado el año anterior, siguiendo la tendencia ascendente de los últimos años.

Ante esta mera muestra de la situación en nuestro país ¿cuál es la respuesta por parte de otras ramas de la protección social pública española durante el período 2012-2013?

II. Novedades en materia de Asistencia Sanitaria, Dependencia, y Asistencia Social.

Más allá de los mecanismos de protección a los que se han referido con anterioridad, otras ramas del Sistema como son la Asistencia Sanitaria, el Sistema de Dependencia y la Asistencia Social, cuentan entre sus fines atender las necesidades de los ciudadanos contribuyendo a remover los obstáculos que impiden la consecución de una igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE).

No obstante, y con carácter general, podemos hablar de pocos o ningún cambio. En primer lugar, en materia de Asistencia Sanitaria, la reforma más relevante y con mayor impacto fue la incorporada por el RD 1192/2012 que regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Este RD viene a desarrollar reglamentariamente la DF. 2ª del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejora de la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Así, en su art. 2 el RD 1192/2012 dispone que tendrán la condición de asegurado las siguientes personas: a- Los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b- Los pensionistas; c- Los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza; d- Quienes han agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza; e- Quienes no se encuentren en los otros cuatro supuestos, no tengan ingresos superiores, en cómputo anual, a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vías y se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: 1. Tener nacionalidad española y residir en territorio español; 2. Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros; 3. Ser nacionales de un país distinto a los mencionados, o apátridas y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica. En consecuencia, se dejaba fuera del ámbito de protección del Sistema Nacional de Salud a las personas que no cumplen

alguna de estas exigencias, en particular, los extranjeros no autorizados ni registrados como residentes en España.

Esta exclusión ha reforzado el intenso debate social, político y jurídico abierto ya con el RD-L 16/2012, que dio lugar a varios recursos de inconstitucionalidad por parte de las Comunidades Autónomas y a la división territorial en la aplicación de la reforma sanitaria. Efectivamente, la recepción de la normativa por las Comunidades Autónomas ha sido muy desigual: desde la aceptación de la misma con la exclusión de la cobertura por el Sistema Nacional de Salud de los extranjeros no autorizados ni registrados por Aragón, Cantabria, Castilla la Mancha, Extremadura, Comunidad Autónoma de Madrid y Región de Murcia; hasta la interposición de recurso de inconstitucionalidad por Andalucía y la inaplicación de la normativa por la propia Andalucía, Principado de Asturias, Islas Baleares, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana o País Vasco.

Ante esta situación, se reaccionó con el RD 576/2013, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. En la norma se regula una vía de acceso al Sistema Nacional de Salud, la suscripción de un convenio especial de prestación sanitaria, que permite obtener la prestación mediante el pago de una contraprestación precio público que cubre el coste medio real de la misma y que se configura como un ingreso de derecho público del Servicio de Salud correspondiente. Así pues, se articula un mecanismo de protección, pero de protección parcial, pues depende de la capacidad económica de quien no siendo asegurado ni beneficiario necesite acceder a la cartera básica de asistencia sanitaria.

En cuanto al Sistema de Dependencia, que tan ambiciosamente fue diseñado por la Ley 39/2006, las últimas reformas han ido encaminadas fundamentalmente a suspender la alimentación financiera del Sistema, neutralizando su eficacia. La Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para el 2014 viene a suspender toda vía de aportación económica del Estado en el marco de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas que diseña el segundo nivel de protección por dependencia (arts. 7, 10, 32 y D.T.1ª de la Ley).

Por su parte, las Comunidades Autónomas han mostrado una respuesta un poco más activa pero, una vez más, diversa. Así, en Andalucía se ha aprobado el Decreto 50/2013, de 23 de abril, por el que se establece el régimen sancionador del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Andalucía; en Aragón, la Orden de 15 de enero de 2013, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, establece las cuantías mínimas de las prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por la que se adapta a las exigencias introducidas por el RD-L 20/2012, 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el

fomento de la competitividad⁴²; en la misma dirección de adaptación a las exigencias del citado Real Decreto Ley se sitúa el Decreto 26/2013, de 23 de mayo, del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia en Castilla la Mancha; o la Orden FAM/644/2012, 30 de julio, por la que se regulan las prestaciones del Sistema en Castilla y León, el cálculo de la capacidad económica y las medidas de apoyo a las personas cuidadoras no profesionales; entre otras, dando lugar a una realidad si no vacía de contenido, de muy escasa protección además diferenciada por razón del lugar en el que se dispense.

Finalmente, una brevísima mención a las ayudas económicas que las distintas Comunidades Autónomas dispensan a las personas que se encuentran en situaciones de severa necesidad. Se trata de lo que con carácter general denominaremos salarios sociales. En este punto no podemos hablar de novedades sino del mantenimiento de estas ayudas y el incremento de perceptores. Sirva de ejemplo el incremento de perceptores de la renta mínima de inserción de la Comunidad Autónoma de Madrid que en 2010 fue 8.677 unidades familiares y en 2013 se ha situado en los 10.816.

III. Reflexión final

Este breve repaso a los últimos datos sobre la pobreza en nuestro país y las reformas habidas en ramas del Sistema de Protección Social ideadas para eliminar la desigualdad e introducir elementos que promuevan la igualdad hace concluir que las estructuras creadas durante las últimas décadas del siglo pasado y los primeros años del siglo XXI están siendo bien vaciadas de contenido, como es el caso de la Asistencia Sanitaria, bien no dotadas presupuestariamente, como el Sistema de Dependencia. En consecuencia, las graves consecuencias de la crisis económica, no sólo no se ven compensadas por los mecanismos de un Estado de Bienestar consolidado, sino que se ven acentuadas por la debilidad de los mismos.

VII. PREVENCIÓN DE RIESGOS

1. Introducción: marco normativo regulador y principales novedades legislativas del año 2013

La LRPL es la norma de referencia a efectos de concretar el contenido de la obligación general de seguridad del empresario y del resto de obligaciones específicas.

⁴² Así se establece una cuantía mínima para los tres niveles de Dependencia: 44,33 euros para el Grado I-Dependencia moderada; 82,84 euros para el Grado II- Dependencia severa y 177,86 euros para el Grado III- Gran dependencia.

Su art. 14 impone al empresario la obligación de garantizar una protección eficaz en materia de prevención y en los capítulos siguientes se recogen toda una serie de obligaciones específicas en materia de organización de la prevención, información y formación, vigilancia de la salud, protección de colectivos específicos, etc.

En caso de incumplimiento de alguna de estas obligaciones el empresario puede tener que asumir diversas responsabilidades. En primer lugar, se puede plantear una responsabilidad sancionadora cuando el incumplimiento tenga cabida en alguno de los tipos infractores descritos en la LISOS. Para aquellas conductas especialmente graves cabe la exigencia de responsabilidad penal, en virtud de lo dispuesto en el art. 318 del Código Penal.

Por otro lado, el empresario puede tener que hacer frente a responsabilidad civil frente al trabajador accidentado con el fin de reparar mediante el pago de una indemnización los daños causados. Cabrán también la responsabilidad civil de otros terceros ajenos a la relación laboral, como los servicios de prevención, los fabricantes u otros empresarios concurrentes.

Por último, en virtud de lo dispuesto en el art. 123 LGSS, cuando haya habido un incumplimiento de la normativa de prevención también se puede plantear la exigencia de un recargo de entre el 30 al 50 % en las prestaciones de Seguridad Social a las que tiene derecho el trabajador. Particulares problemas plantea la coordinación de estos diferentes sistemas de reparación del daño.

Entre las novedades legislativas del año 2013 merecen destacarse las contenidas en la Ley 14/2013. Esta Ley, con el fin de facilitar la gestión de la prevención en las pequeñas empresas, modifica la redacción del art. 30.5 LPRL y permite que en las empresas de hasta 25 trabajadores sea el propio empresario quien gestione la prevención, siempre que la empresa disponga de un único centro de trabajo. Con anterioridad, este modelo de gestión solo se autorizaba en empresas de menos de 10 trabajadores. Esta misma Ley de apoyo a los emprendedores introduce una nueva disposición adicional en la LPRL, la decimoséptima, en virtud de la cual se prevé que el Ministerio, en colaboración con el INSS, los agentes sociales y las Comunidades Autónomas puedan prestar asesoramiento técnico para la organización preventiva a estas empresas de menos de veinticinco trabajadores. No obstante, esta disposición ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad que ha sido admitido a trámite y se encuentra pendiente de resolución.

El marco normativo en materia de prevención, se completa con las referencias contenidas en la negociación colectiva. Según establece la LPRL, las cláusulas de los convenios colectivos que contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas, serán consideradas normas en materia de prevención de riesgos laborales

siempre que “*contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito*” (art. 1). Por lo tanto, en cuanto las disposiciones convencionales en materia de prevención también son normativa de prevención de riesgos laborales, resulta oportuno efectuar un repaso de las novedades convencionales más destacadas.

En materia de derecho a la protección frente al riesgo, sigue siendo usual que los convenios colectivos reiteren los principios de la acción preventiva incluidos en el art. 15 LPRL. En relación a los colectivos específicos, los convenios colectivos no suelen incorporar cláusulas de protección subjetivas, salvo respecto de la maternidad, en la que, a modo de ejemplo, y sin que por parte de los convenios se regulen todas las opciones posibles, se destaca el derecho de elección de turno reconocido a las trabajadoras embarazadas o lactantes en el XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química, vigente en 2013.

Respecto de las modalidades de organización preventiva, la mayoría de los convenios colectivos señalan la mismas posibilidades que establece la Ley, sin profundizar demasiado ni aclarar algunos de los interrogantes planteados por la norma, entre los que encontramos, por ejemplo, las dudas respecto del número de trabajadores designados, el régimen de clasificación aplicable a éstos, el tiempo de dedicación etc., Cabe advertir, sin embargo, que sí es notable la presencia en algunos convenios, de una regulación más detallada del servicio de prevención propio o mancomunado como ocurre en el sector de la construcción, o en el Convenio de la Compañía de Petróleos Española, vigente en 2013. En relación a la planificación preventiva, son numerosos los convenios que remiten a la normativa aplicable, reproduciendo los términos de la misma, siendo los convenios de empresa con carácter general, los que más regulan este tipo de contenidos, teniendo en cuenta, por ejemplo, en la evaluación de riesgos, la opinión de los trabajadores sobre los riesgos del puesto de trabajo. En cambio, se evidencia una ausencia de regulación notable en los convenios sectoriales. Respecto de situaciones de concurrencia empresarial, destaca la concreción de los medios de coordinación, como ocurre en el XVII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo, publicado en 2013, en el que se prevé la constitución de “Comités de Seguridad y Salud Intercontratas”. Otra de las materias incluidas de modo frecuente en los convenios colectivos es la relativa al fomento de la formación en materia preventiva, tanto de los trabajadores como de los representantes. Así mismo, forma parte del contenido frecuente de los convenios colectivos la regulación de la vigilancia de la salud, con carácter preventivo, destacando que se viene notando un cambio hacia una regulación de mayor contenido preventivo y una mayor concreción, sobre todo en los convenios colectivos de carácter sectorial provinciales frente a los estatales, y en los convenios de empresa. En relación a los

equipos de trabajo y equipos de protección individual, las pocas referencias encontradas aparecen, sobre todo, en los convenios sectoriales, destacando, por otro lado, abundantes referencias a ropa y prendas de trabajo.

Por último, cabe destacar las abundantes referencias de los convenios colectivos a la figura de los delegados de prevención, mejorando significativamente su regulación legal, en cuanto al número de éstos y al crédito horario propio para desempeñar las tareas específicas en materia preventiva. Al mismo tiempo, se advierten algunas previsiones de fórmulas alternativas para la designación de delegados de prevención distintas de las contempladas en la LPRL. En cuanto al Comité de Seguridad y Salud destaca la figura del comité de seguridad y salud intercentros que recogen algunos convenios de empresa.

Durante el año 2013, las últimas reformas operadas en materia de estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios han podido afectar a la prevención de riesgos laborales. La reforma de la negociación colectiva llevada a cabo por el RD-L 7/2011 y más tarde, a través del RD-L 3/2012 y de la Ley 3/2012 ha permitido que durante el año 2013, la materia de prevención de riesgos laborales pudiera dejar de ser intangible para los convenios colectivos de empresa y los sectoriales de ámbito autonómico. Concretamente, cabe ahora destacar, las que promueven la primacía del convenio de empresa frente al convenio de sector.

En materia de concurrencia de convenios colectivos, el art. 84.3 ET dispone que “salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una Comunidad Autónoma entre otras (..) las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales”. Por tanto, tras la reforma es posible, sobre todo en momentos de crisis, que los convenios colectivos sectoriales de ámbito autonómico y en materia de prevención de riesgos laborales, puedan modificar e incluso empeorar las condiciones mínimas en materia de seguridad y salud en el trabajo, previstas en un convenio o acuerdo estatal, siempre que éste permita la inclusión de estas materias en la negociación colectiva autonómica y no establezca límites a su negociación en ámbitos inferiores.

De otro lado, respecto del Convenio de empresa, el art. 84.2 establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, y en relación a las materias previstas en el propio artículo. Entre esas materias, el art. 84.2, letra g) también incluye *aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2*. De esta previsión se deduce que entre las materias objeto de negociación, y sobre las que existe prioridad aplicativa en favor de lo regulado en el convenio de empresa, se podrían hallar contenidos

relacionados con la prevención de riesgos laborales, siempre que así se permitiese en Acuerdos interprofesionales o en Convenios colectivos incluidos en el art. 83.2 ET.

Por último, junto a estas novedades de carácter estrictamente normativo, merece ser destacada por su importancia práctica la Resolución de 13 de mayo de 2013, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social que aprueba el “Plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2013”. Entre otras cuestiones este Plan obliga a las mutuas a la creación de un programa específico para promover la coordinación y colaboración de las empresas y trabajadores, incluidos los autónomos, en los casos en que concurran en el desarrollo de sus actividades o en el mismo espacio físico.

2. Concepto de accidente de trabajo a efectos de protección social

En el ordenamiento español la protección que el sistema de Seguridad Social garantiza se ve mejorada en el caso de que un accidente o una enfermedad se consideren derivados del trabajo. Por eso, el concepto legal de accidente de trabajo y de enfermedad profesional tiene una importancia trascendental a efectos del reconocimiento de las correspondientes prestaciones.

El art. 115 LGSS recoge la definición general de accidente de trabajo entendiendo por tal *toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo*. En los apartados siguientes, se contemplan una serie de supuestos que serán asimilados al accidente de trabajo, entre los que figura el accidente de trabajo “in itinere”, entendiéndose por tal el que sufre el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. Lo esencial en este supuesto es que el accidente se produzca durante el trayecto habitual que separa el domicilio del lugar de trabajo. En la práctica de los tribunales las principales dudas se plantean a la hora de determinar si pequeñas interrupciones o desvíos del trayecto habitual pueden ser suficientes para entender roto el nexo causal y excluir el accidente de su consideración como laboral. Respecto del concepto de domicilio, la STS de 26 de diciembre ha marcado un hito al efectuar una revisión de tal concepto acorde con la evolución de la sociedad. En la citada sentencia se consideró que cabía entender como tal el lugar donde se descansaba los fines de semana y, en consecuencia, calificó como accidente de trabajo el sufrido por el trabajador al desplazarse la víspera a comenzar su semana laboral desde dicho domicilio al lugar de residencia durante los días laborables.

Particulares problemas se han planteado para determinar si el infarto sufrido durante el trayecto ha de ser equiparado al accidente de trabajo. En general, los tribunales entienden que el infarto sufrido en tiempo y lugar de trabajo es accidente de trabajo, sin

embargo, cuando tal enfermedad surge al ir o al volver del trabajo no cabe aplicar la presunción de laboralidad del accidente. Así lo ha aclarado la STS de 18 de junio al señalar que *la asimilación a accidente de trabajo del accidente de trayecto (“in itinere”) se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación).*

Asimismo, también se ha equiparado al accidente de trabajo el accidente en misión, esto es, el accidente sufrido por el trabajador durante el desplazamiento ocasional, distinto del habitual para ir o volver del trabajo, para el desempeño de alguna función de su puesto de trabajo. En estos supuestos también se plantea si el infarto sufrido durante la misión ha de equipararse al accidente de trabajo. Al respecto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de septiembre recuerda que para que se considere que existe accidente en misión es necesario el desplazamiento para cumplir la misión y la realización del trabajo en que consiste la misión y matiza que no todo lo que sucede durante la misión ha de considerarse accidente en misión. En aplicación de esta jurisprudencia, concluye que no debía equipararse al accidente de trabajo el infarto cerebral sufrido por un peón de la construcción cuando se dirigía desde Galicia a la obra en la que debía trabajar en Madrid, puesto que no se había probado suficientemente que se trataba de un desplazamiento para cumplir una misión.

3. Responsabilidad civil del empresario en caso de accidente

Desde un punto de vista teórico la responsabilidad civil del empresario es una responsabilidad subjetiva que exige la culpa del empresario. Ahora bien, la práctica judicial y también la doctrina han recurrido a diversas interpretaciones para objetivar esta responsabilidad con el objetivo de facilitar la reparación del daño. Sin embargo, en el concreto ámbito de la responsabilidad civil del empresario por el accidente de trabajo, el TS, no ha mantenido una línea uniforme. Ello ha venido motivado en gran parte por el hecho de que en el ámbito del accidente de trabajo exista un sistema automático de reparación como es la Seguridad Social. Resumiendo esta doctrina, cabe recordar que en su sentencia de 31 de octubre de 2007 apostó por una interpretación subjetiva que exigía la prueba de la culpa, esta doctrina fue matizada posteriormente en la Sentencia de 30 de junio de 2010) donde concluyó que la definición de la obligación de seguridad de la LPRL eleva el estándar diligencia en el cumplimiento y la acerca a una obligación de resultado.

En 2013, el TS tuvo oportunidad de confirmar este cambio de criterio en sus Sentencias de 5 de marzo y de 5 de junio. En ambos casos se analizaba la responsabilidad civil del empresario por los daños sufridos por el trabajador como

consecuencia de la exposición al amianto. Entre otras cuestiones se debía analizar si el empresario podía conocer en el momento en que tuvo lugar el accidente los riesgos derivados de dicha exposición. El Tribunal realiza un recorrido por la normativa de prevención y recuerda que ya en el año 1940 contemplaba medidas para evitar los daños provocados por elementos nocivos en el ambiente. En ambos casos el Tribunal reitera la vigencia de la doctrina sentada en su sentencia del año 2010 y recuerda que no basta con el cumplimiento de las medidas legales de prevención, sino que es necesario adoptar todas las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo. Literalmente en la sentencia de 5 de marzo señala el Tribunal que *la responsabilidad derivada de un incumplimiento de las normas de seguridad sólo puede ser enervada por éste demostrando que actuó con la debida diligencia, más allá incluso de las meras exigencias reglamentarias, quedando exento de responsabilidad tan solo cuando el resultado lesivo se hubiera producido por caso fortuito o fuerza mayor (...)*. En la misma línea, la Sentencia de 5 de junio señala que *actualizado el riesgo de enfermedad profesional para enervar su posible responsabilidad el empleador (deudor de seguridad) había de acreditar haber agotado toda la diligencia exigible*. Esta sentencia aun va más allá al señalar que la carga de la prueba de los hechos impositivos incumbe al empresario como deudor de seguridad, lo cual, tal y como señala la propia sentencia, es coherente con lo dispuesto en el art. 96.2 LRJS.

Esta gran extensión de la responsabilidad civil del empresario se observa también en cuanto a las llamadas responsabilidades compartidas. De nuevo puede traerse aquí los casos de amianto, en concreto, los supuestos de responsabilidad solidaria en caso de subrogación empresarial. En estos casos, tratados entre otras por la STSJ de Castilla y León de 11 de julio, el tribunal aplica un criterio por el que, aún en enfermedades profesionales que tienen origen en un momento anterior a la sucesión y son conocidas con posterioridad a la misma, se imputa responsabilidad a la empresa sucesora. Por tanto, se utiliza un criterio extensivo que se aprecia también en casos de fusiones por absorción, donde se declara a las empresas implicadas responsables solidarias, salvo cuando la relación laboral del trabajador en cuestión se hubiera extinguido previamente.

4. Reparación y valoración del daño

La responsabilidad civil se basa en el principio de *restitutio in integrum*, según el cual la indemnización por daños y perjuicios debe compensar íntegramente el daño sufrido por la víctima o sus causahabientes (arts. 1101 y 1902 CC). También en el ámbito de las contingencias profesionales, la indemnización por daños y perjuicios debe indemnizar íntegramente el daño emergente, lucro cesante y daño moral (art. 42.1 LPRL). En relación con la valoración del daño -valoración vertebrada, explicando y motivando cada

uno de los daños-, el cálculo de la indemnización y la coordinación de los distintos instrumentos indemnizatorios -descuento por conceptos homogéneos-, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mantiene vigente la línea jurisprudencia marcada en su sentencia de 17 de julio de 2007.

La valoración y cuantificación del daño corresponde al juzgador de instancia, con arreglo a los hechos y a la prueba practicada. Excepcionalmente, el Tribunal Supremo admite la revisión en casación del *quantum* indemnizatorio en supuestos de error, indebida aplicación de baremos o criterios de valoración del daño, desproporción manifiesta entre el daño sufrido y la indemnización otorgada o arbitrariedad. Así lo recuerda recientemente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio.

No obstante lo anterior, y con el objetivo de garantizar el principio de seguridad jurídica e igualdad y facilitar la cuantificación del daño, es ampliamente aceptada por la jurisprudencia la aplicación orientativa para valorar el daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional del baremo de valoración del daño incluido en el Anexo del RDL 8/2004, que aprueba el texto refundido sobre la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Sin embargo, la aplicación orientativa del baremo de circulación es compatible con la capacidad del órgano juzgador para discrecionalmente desligarse de los criterios contemplados en él, en aras de evitar limitaciones injustas, por injustificadas, de la indemnización (véase, entre las más recientes, STS de 6 de junio).

La aplicación orientativa en el ámbito de las contingencias profesionales de dicho baremo, elaborado con la finalidad de limitar la indemnización de las víctimas de un accidente de circulación, ha suscitado muchas críticas por conducir a una infracompensación del daño. De esta manera, con la intención de dar respuesta a las demandas formuladas por un sector de la doctrina iuslaboralista, la LRJS estableció una previsión que obliga al Gobierno a elaborar un baremo específico de valoración del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional antes de junio de 2012. No obstante lo anterior, a fecha de cierre del presente informe no se vislumbra una temprana elaboración del mismo.

Sobre la labor jurisprudencial más relevante que ha dejado el transcurso del año 2013, merece especial mención la STS de 12 de marzo en la que en relación a otro de los temas de gran importancia junto al baremo de circulación, como son los intereses, determina que a la cifra fijada como indemnización de daños y perjuicios, *“ha de aplicarse, desde su devengo en la fecha de consolidación de sus secuelas y hasta la fecha y hasta la fecha de la sentencia que declara la responsabilidad -la de suplicación-*

el interés legal moratorio” (artículos 1101 y 1108 CC); *“y desde la fecha de esta sentencia, los oportunos intereses procesales (art. 576 LEC)”*.

5. Prevención de riesgos y descentralización productiva

Mediante el conocido como proceso de “descentralización productiva”, “externalización de actividades” o “*outsourcing*”, nos referimos al fenómeno de fragmentación del proceso productivo de una empresa, externalizando parte o fases del mismo a otras empresas. De esa manera, se asiste a un desvanecimiento del arquetipo de empresa clásica de estructura vertical, para avanzar hacia nuevas formas horizontales como la “empresa-red” o grupos de empresa, más acorde a las exigencias de especialización y flexibilidad que la coyuntura socioeconómica les exige. No obstante, son numerosas las consecuencias negativas que ello acarrea para la parte trabajadora, es el caso de las altas tasas de siniestralidad laboral que la rodean, especialmente en los casos de contrata y subcontratas o trabajadores cedidos por ETTs.

La respuesta del legislador, dirigida a atajar la siniestralidad en aquellos supuestos de incremento de los riesgos profesionales, está destinada a los supuestos de concurrencia de actividades económicas en los que diferentes empresas, y sus trabajadores, comparten un mismo centro de trabajo. Para ello, desde una perspectiva preventiva, el entramado jurídico protector se encuentra recogido en el art. 24 LPRL y el RD 171/2004, de 30 de enero, RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el art. 24 de la LRPL, en materia de coordinación de actividades empresariales.

En lo que a jurisprudencia se refiere, no se han producido cambios dentro de la doctrina jurisprudencial, pero sí interesantes sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en relación a la responsabilidad solidaria derivada de las obligaciones “en cascada” que el marco normativo referenciado establece. De esa manera, sobre el deber de información que recae sobre el empresario titular del centro de trabajo (art. 7.1 RD 171/2004), no es éste un deber formal al que se dé cumplimiento por el mero traspaso de información escrita sobre los riesgos de la actividad en concreto, *por cuanto no se trata solo de que el trabajador tenga información de los riesgos, sino que debe conocer los medios de prevención de los mismos, lo que sí compete a la empresa en cuyo centro de trabajo va a prestar servicios un trabajador de otra empresa* (STSJ de Castilla-la Mancha, de 23 de enero).

Como se decía, responderán solidariamente la empresa principal, empresas contratistas y subcontratistas, durante el período de la contrata, del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los trabajadores que ocupen en los *centros de trabajo* de la principal, siempre que la infracción se hubiera producido en dicho centro de trabajo. Esta responsabilidad será solidaria, tanto en lo que a

indemnización por daños y perjuicios se refiere -STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 16 de enero; STSJ de Castilla y León, Burgos de 25 de septiembre; STSJ de Navarra de 4 de diciembre- como en lo que al recargo de prestaciones respecta -STSJ de Andalucía, Sevilla de 10 de enero; STSJ de Galicia de 21 de mayo; STSJ de Cataluña de 25 de septiembre.

6. Responsabilidad civil de terceros ajenos a la relación laboral

En lo que nos compete, se entiende por el término “tercero” a aquellos sujetos que ajenos a la relación jurídica laboral de empleador-empleado, soportan una serie de responsabilidades derivadas de una concreta posición jurídica de obligado en relación con los riesgos laborales, convirtiéndose en deudores de seguridad. Si bien el marco jurídico de prevención de riesgos laborales establece una regulación específica para determinados “terceros”, éstos, a su vez, incurrirán generalmente en transgresiones de normas comunes, tanto del deber genérico *neminem laedere* (arts. 1.902 y 1.903 CC) como de transgresiones punibles penalmente (arts. 146 y 138 CP, entre otros), por vulneración de un principio basilar del sistema como el no causar daño a otro.

Entre los sujetos susceptibles de ser enmarcados dentro de lo dicho, se diferencia entre terceros con los que no se comparte empleador común, casos de descentralización productiva (análisis separado), trabajadores autónomos, Servicios de Prevención Ajenos o el caso específico de promotores de obra - STSJ de Cataluña de 8 de febrero- y de los propietarios, cuando no actúan como constructores. No así, en ocasiones esa figura del tercero podremos encontrarlos dentro de los mismos empleadores del empresario, como son los administradores sociales y altos cargos directivos, compañeros con determinadas responsabilidades como el caso de los arquitectos técnicos, o el supuesto específico de los representantes de los trabajadores o delegados de prevención.

Singular resulta el caso de la responsabilidad de los fabricantes, importadores y suministradores a los que los arts. 41 y 24 LPRL les dispensa un tratamiento distinguido, estando sujetos éstos a una serie de obligaciones específicas (STSJ de Castilla y León, Burgos de 5 de diciembre; Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 30 de diciembre).

“La responsabilidad extracontractual del tercero “se inserta en el campo propio del derecho laboral”, y por tanto en la “rama social del Derecho”, que aunque no exista vinculación contractual entre el responsable y el trabajador “de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo” (STS recurso núm. 786/2004; STS recurso núm. 2692/2011; y siguiendo esa doctrina la STSJ de Andalucía, Granada de 6 de noviembre).

La competencia del orden social por derivarse esta responsabilidad de obligaciones incluidas en la “rama social del derecho” (art. 9.5 LOPJ) recibió acomodo legislativo por medio del art. 2 apartados b) y e) de la LRJS. No obstante, será conocedor el orden civil de aquellas acciones directas de repetición en las que uno de los terceros, haciendo uso del régimen de solidaridad que les es propio, ejercite su legítimo derecho al reparto o distribución de lo abonado (Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª 77/2013 de 18 de febrero).

7. Recargo de prestaciones de la Seguridad Social

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 123.1 LGSS, todas las prestaciones económicas derivadas de accidente o enfermedad se podrán incrementar con un recargo del 30 al 50 % cuando la lesión se haya producido por falta de las medidas generales o particulares de seguridad. Este recargo deberá ser asumido por el empresario y no podrá ser objeto de seguro. Un tema recurrente en la doctrina de los tribunales es si para la imposición del recargo basta con un incumplimiento genérico del deber de seguridad o es necesario reconducirlo al incumplimiento de una medida concreta.

La mayoría de los tribunales optan por una interpretación amplia de los requisitos del recargo y entienden que el incumplimiento del deber genérico de seguridad es suficiente para la imposición del recargo. Así, por ejemplo, la STSJ (Galicia) de 29 de abril, estimó procedente la imposición del recargo de prestaciones y recordó que *el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, pues debe adoptar las medidas necesarias, cualesquiera que ellas fueran.*

Excepcionalmente, se ha exonerado del recargo de prestaciones cuando se ha conseguido probar que la conducta empresarial no ha tenido relevancia en la causación del accidente. Así, por ejemplo, la STSJ (Extremadura) de 13 de junio entendió que no procedía imponer el recargo porque la causa del accidente había sido la conducta del trabajador, que se encontraba realizando funciones que no le habían sido encomendadas fuera de su lugar de trabajo.

El TS, en su sentencia de 12 de junio, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, con el fin de unificar doctrina. En esta sentencia, se planteaba si el atraco sufrido por una trabajadora en un salón recreativo había tenido su origen en la falta de medidas de seguridad. En un supuesto similar los tribunales inferiores habían entendido que no procedía la imposición de recargo porque no existía infracción de una concreta norma de seguridad y por falta del nexo causal entre el incumplimiento y el accidente. Sin embargo, el TS entendió que procedía la imposición del recargo puesto que en el contexto en el que había acontecido el accidente cabía entender el atraco como un riesgo laboral. En su Sentencia, concluye que uno de los requisitos para la imposición de

la responsabilidad empresarial por recargo es que el accidente se haya producido por un incumplimiento de alguna medida de seguridad, pero matiza el Tribunal que basta que se violen normas genéricas o la deuda general de seguridad. Además, señala que para condenar al empresario al pago del recargo habrá de probarse la relación de causalidad entre el daño y la infracción y recuerda que este nexo causal puede romperse cuando la infracción sea imputable al propio interesado. En todo caso, lo habitual es que en estos supuestos no se produzca la exoneración del total del recargo sino únicamente una moderación de su cuantía salvo en los supuestos de imprudencia temeraria de la víctima, como así establece la STSJ Cataluña de 6 de mayo.

8. Colectivos especiales de riesgo

Los arts. 25, 26 y 27 LPRL recogen las obligaciones específicas de prevención que debe adoptar el empresario para proteger a colectivos especiales de riesgo como las mujeres en estado de embarazo o durante el periodo de lactancia, los menores o los trabajadores especialmente sensibles.

Respecto de las mujeres en estado de embarazo o en situación de lactancia, la LPRL obliga, en primer lugar, a realizar una evaluación de los riesgos en la que se determine los efectos que la exposición a determinados riesgos puede suponer para las trabajadoras en situación de embarazo y lactancia. A la luz de esta evaluación, habrán de adoptarse las medidas de prevención necesarias. En primer lugar se valorará la adopción de medidas de adaptación del puesto de trabajo, cuando esto no sea posible, podrá procederse al cambio de puesto de trabajo. Como último recurso, cuando no exista puesto compatible, se permite la suspensión del contrato con derecho a prestaciones.

La mayoría de los litigios en este ámbito se han centrado en determinar cuándo la trabajadora tiene derecho a la suspensión del contrato debido a la existencia de un riesgo y a la imposibilidad de encontrar un puesto compatible. En el supuesto de la STS de 21 de marzo, la trabajadora, ATS de los servicios de urgencia, había solicitado el paso a la situación de suspensión durante la lactancia. Alegaba para ello que el trabajo resultaba incompatible con dicha situación porque exigía realizar guardias y porque implicaba el contacto con sustancias farmacológicas y la exposición a enfermedades infecto-contagiosas contraídas por pacientes. El Tribunal en este caso recuerda que la evaluación de riesgos no puede ser una evaluación genérica, sino que se ha de realizar una evaluación específica de la naturaleza y grado de los riesgos y del tiempo durante el cual la exposición puede implicar un riesgo. Solo cuando se concrete el riesgo y no exista posibilidad de adaptación del puesto, ni de cambio de puesto de trabajo procederá el reconocimiento de la prestación.

En idéntico sentido, la STS de 24 de junio reitera que es precisa la realización de una evaluación de riesgos específicos que determine su relevancia en relación con la actividad desempeñada y la situación de lactancia de la trabajadora.

La protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos se contempla en el art. 25 LPRL, que exige que se tenga en cuenta esa especial sensibilidad en la evaluación de los riesgos y que se pongan en práctica medidas de adaptación del puesto a dichos trabajadores. Entre estas medidas pueden figurar el cambio de horario o jornada de trabajo o incluso el cambio de puesto del trabajador. La cuestión que se planteaba es si estos cambios han de sustanciarse a través del procedimiento común que en el ordenamiento español habilita para la modificación con carácter sustancial de las condiciones de trabajo, el del art. 41 ET. El TS, en su sentencia de 18 de diciembre llega a la conclusión de que este tipo de adaptaciones, aunque afecten a condiciones sustanciales de trabajo como el horario, no han de ser tramitadas por el cauce del art. 41 ET, ya que tienen su origen en motivos estrictamente preventivos y no en causas económicas, organizativas o de producción.

Particulares problemas se plantean cuando la adaptación del puesto de trabajo a la especial sensibilidad del trabajador no es posible. En estos supuestos, una de las posibles opciones es proceder al despido del trabajador por ineptitud sobrevenida, no obstante, tal y como señala la STSJ (Madrid) de 14 de enero, para la aplicación correcta de esta causa de extinción la empresa ha de probar la ineptitud del trabajador y también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador.

9. Participación en materia de prevención: los Delegados de Prevención y el Comité de Seguridad y Salud

La participación y representación de los trabajadores en materia de prevención se canaliza a través del Comité de Seguridad y Salud y los Delegados de Prevención (arts. 35 y 38 LPRL). El Comité de Seguridad es un órgano paritario que aglutina a los Delegados de Prevención y a los representantes del empresario. Los Delegados de Prevención son los representantes específicos en materia de prevención que deben ser elegidos por y entre los representantes de los trabajadores. El art. 35.4 LPRL permite a los Convenios Colectivos establecer otros sistemas de designación de los delegados siempre que garantice que son los trabajadores o sus representantes quienes los eligen. En la STS (Contencioso Administrativo) de 3 de abril se discute la legalidad de un pacto colectivo que faculta a las organizaciones sindicales que reúna determinados requisitos a elegir los Delegados de Prevención y los miembros del Comité de Seguridad y Salud. El Tribunal concluye que el citado pacto contradice formalmente lo dispuesto en la LPRL que garantiza el derecho de los representantes de los trabajadores a intervenir en la

elección de los Delegados de Prevención, Cuestión diferente señala el Tribunal es que en dicha designación no se tenga que respetar la proporcionalidad respecto de la composición de la representación unitaria y que quepa la elección por mayoría.

De acuerdo con el art. 38 LPRL el Comité de Seguridad y Salud ha de constituirse en las empresas o centros que cuenten con 50 trabajadores, se permite, no obstante, a la negociación colectiva contemplar otras formas de participación. Ahora bien, tal y como recuerda la STS de 25 de julio la sustitución de los comités de seguridad y salud en centros de trabajo de 50 o más trabajadores, previstos en la LRPL, por un “Comité Único de Seguridad y Salud Laboral”, sólo es posible si se contempla en un convenio colectivo de naturaleza estatutaria, reiterando su doctrina, expresada entre otras, en la sentencia de esta misma Sala de 9 de marzo de 2011, en la que considera que la organización de la participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales es una materia que por su naturaleza tiene un alcance general, y requiere un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, *porque en estas materias la regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar las condiciones de trabajo de unos trabajadores individualmente considerados, sino que a través de la organización de la acción preventiva en la empresa afectan a todos y requieren una regulación uniforme*” y “*en este sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y quienes en el futuro accedan al mismo.*”

10. Responsabilidad administrativa y penal

La responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa en materia de prevención de riesgos laborales representan una manifestación de la potestad punitiva del Estado, con la que se trata de garantizar la posición de la Administración Pública como garante último de la existencia de una efectiva seguridad y salud en el trabajo (art. 40.3 CE). En ambas responsabilidades, además, el bien jurídico protegido es la vida y la integridad física del trabajador, por todo lo cual ambas son incompatibles en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento (art. 3.1 LISOS), siendo el principio *non bis in idem* uno de los temas recurrentes año tras año.

La responsabilidad administrativa presenta escasa conflictividad, ya que tras el procedimiento sancionador es poco frecuente su revisión judicial, siendo ya incuestionable la competencia del Orden Social con la LRJS.

La responsabilidad penal debe atender al principio de intervención mínima y evitarse una criminalización de los accidentes de trabajo. No todo resultado de lesiones o de muerte debe resolverse en el Orden Penal, limitándose a los casos en los que verdaderamente sea precisa la manifestación de la potestad punitiva del Estado con fines represivos y de ejemplaridad social, como consecuencia de la magnitud de la conducta antijurídica, de la infracción del deber de cuidado, y no por el resultado que ésta desencadena. Sin embargo, la doctrina judicial de 2013 muestra, una vez más, que en la práctica se acude inexorablemente a la jurisdicción penal cuando hay un resultado de muerte o lesiones, esgrimiendo la comisión de los delitos genéricos de homicidio o lesiones por culpa (arts. 138 o 147 CP) o negligencia (arts. 142 o 152 CP) o de las faltas por lesiones (arts. 617 o 621 CP) en concurso con los delitos específicos en materia de seguridad y salud laboral en su modalidad dolosa (art. 316 CP) o culposa (art. 317 CP). Es por ello que uno de los temas más abordados en 2013 sigue siendo el concurso ideal de delitos, para los supuestos en los que como consecuencia de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales se produce el resultado que se pretendía evitar con ellas, pero éste sólo constituye uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad, encontrándose en la misma situación de peligro el resto de trabajadores [AP de Granada (Sección 2ª) de 7 de junio y AP de Málaga (Sección 1ª) de 16 de julio, entre otras].

Los pronunciamientos judiciales en el Orden Penal en 2013 no son especialmente destacables, proceden básicamente de las Audiencias Provinciales y abordan los aspectos clásicos siguiendo la doctrina judicial ya consolidada. Entre ellos, la delimitación de la gravedad de la imprudencia con el fin de concluir si se trata de un delito o una falta, equiparando la imprudencia grave con la temeraria y tomando como criterios la importancia o la evitabilidad de la norma de cuidado infringida y la gravedad de la infracción [AP de Málaga (Sección 1ª) de 16 de julio], o la incidencia de la conducta del sujeto pasivo para valorar la culpa del agente y calificar la imprudencia [AP de A Coruña (Sección 1ª) de 7 de marzo], o la autoría por parte del administrador de hecho de una sociedad, ya que es necesario que el acusado realice alguna acción u omisión, no bastando para ser autor del tipo previsto en el art. 316 CP con el simple hecho de ser administrador de una sociedad [AP de Jaén (Sección 2ª) de 10 de abril].

Dado que el empresario no es el único sujeto obligado a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con arreglo a las medidas de seguridad e higiene adecuadas conforme a la normativa vigente, ésta es una cuestión ampliamente tratada, siguiéndose la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual "todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa y, por tanto, sean estas superiores intermedias o de mera ejecución, y

tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y a hacer cumplir las normas destinadas a que el trabajo se realice con las prescripciones elementales de seguridad" [AP de Alicante (Sección 3ª) de 14 de marzo].