

EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN 2014

Por

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

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 41 (2015)

RESUMEN: Este documento intenta reflejar algunos de los principales cambios y novedades del ordenamiento laboral español en 2014, 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 2014; jurisprudencia constitucional; jurisprudencia del Tribunal Supremo; modalidades contractuales; extinción del contrato de trabajo; protección social; prevención de riesgos.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Derechos fundamentales inespecíficos.- III. Novedades en materia de empleo y contrato de trabajo.- IV. Vicisitudes en el contrato de trabajo.- V. Derecho colectivo.- VI. De la conciliación a la corresponsabilidad.- VII. Novedades legales y jurisprudenciales en materia de protección social.- VIII. Novedades en materia de prevención de riesgos laborales durante 2014.

THE LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW IN SPAIN IN 2014

ABSTRACT: This paper tries to show some of the many changes and novelties in Spanish Labour Law during 2014, drawing up a record of the unstoppable character of our Labour legal

¹ La autoría detallada del Informe es la siguiente. Ha sido coordinado por J.M. Miranda Boto, como responsable de la Sección Juvenil. La elaboración de los epígrafes del trabajo ha correspondido a A. Álvarez del Cuvillo (coordinador del Grupo), E. Carrizosa Prieto, A. Domínguez Morales, O. García Coca, Y. Maneiro Vázquez y A. Pazos Pérez (Epígrafe II); M.C. Aguilar Martín (coordinadora del Grupo), M. Basterra Hernández, C. Blasco Jover, O. Fotinopoulou Basurko, D. Pérez del Prado, M. Salas Porras, E. M. Sierra Benítez y E. Taléns Visconti (Epígrafe III); L. Gordo González, D. Gutiérrez Colominas (coordinador del Grupo) y R. Menéndez Calvo (Epígrafe IV); R. Barona Betancourt, P. Nieto Rojas, A. Pastor Martínez y H. Ysàs Molinero (coordinadora del Grupo) (Epígrafe V); V. Cordero Gordillo (coordinadora del Grupo), D. T. Kahale Carrillo, E. Rodríguez Rodríguez, M. Serrano Argüeso y T. Velasco Portero (Epígrafe VI); H. Álvarez Cuesta, M. A. Benito Benítez, M. Espín Sáez, R. Fernández Fernández, A. Fernández-Peinado Martínez (coordinadora del Grupo), M. E. Gil Pérez e I. A. Rodríguez Cardo (Epígrafe VII); B. Fernández Collados, A. Ginés Fabrelas, J. Llorens Espada, M. Navas Parejo, M. Rodríguez Egío y B. Rodríguez Sanz de Galdeano (coordinadora del Grupo) (Epígrafe VIII).

system. This report offers a selection of essential elements, according to its authors, all of them 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, work-life balance and co responsibility, social protection and occupational risk prevention.

KEYWORDS: Labour Law in 2014, constitutional case law, Supreme Court's case law, types of contract, extinction of the work contract, social protection, occupational risk prevention.

SUMMARY: I. Introduction.- II. Inespecific fundamental rights.- III. News about labour contracts and employment.- V. Collective Labour Law.- VI. From work-life balance to corresponsibility.- VII. Legal news and case law on social protection.- VIII. News about occupational risk prevention in 2014.

I. 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 2014, ya sean legales, 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, 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,

² Cuando no se indica lo contrario, las sentencias citadas son del año 2014 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.

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 2014. 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.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS

1. Introducción

En el ordenamiento español es pacífica la consideración en la doctrina académica y la jurisprudencia de que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución resultan de aplicación directa a las relaciones privadas, incluyendo el ámbito laboral, sin necesidad de desarrollo legislativo. Así pues, toda una serie de derechos “de ciudadanía”, aunque no están concebidos de manera específica para el campo laboral (“derechos inespecíficos”) se aplican automáticamente a la relación de trabajo.

Respecto a esta materia, el desarrollo normativo es muy escaso (y en muchos casos, inexistente), de modo que la jurisprudencia asume una particular importancia. En este sentido, durante al año 2014 no ha habido novedades legislativas que afecten a los “derechos inespecíficos”, aunque sí se han dictado resoluciones judiciales que resulta pertinente reseñar.

A este respecto, la exposición se ordenará en tres grandes bloques: igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad y garantía de indemnidad.

2. Principio de igualdad y prohibición de discriminación

En relación con el principio de igualdad en los contenidos de la ley resulta oportuno mencionar la STC 119/2014 referida a la tacha de constitucionalidad de los preceptos que regulan el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y reforman el régimen de negociación colectiva tras la reforma del mercado laboral que se llevó a cabo mediante la Ley 3/2012. Esta sentencia interpreta muchos otros preceptos constitucionales, pero en lo que respecta estrictamente al tema que nos ocupa,

considera apropiada la fijación de un período de prueba único de un año en el contrato de apoyo a los emprendedores, sin distinguir entre diversos colectivos de trabajadores. Esta conclusión deriva de dos argumentos: de un lado, según el TC no cabe apreciar la “discriminación por indiferenciación” (es decir, por tratar igual a colectivos diferentes); de otro lado, la finalidad tradicional del período de prueba se ha ampliado en este nuevo contrato para tomar en consideración aspectos de carácter económico, relativos a la posibilidad de mantener el puesto de trabajo, lo que podría justificar la existencia de un período único.

En cuanto a la prohibición de discriminación por razón de sexo es preciso mencionar dos sentencias del TC referidas a la maternidad. La primera, la STC 66/2014, se refiere a la denegación a una funcionaria autonómica del reconocimiento de derechos económicos y de antigüedad con carácter retroactivo después de haber aprobado la oposición y verse obligada a posponer el curso teórico-práctico obligatorio por coincidir con la fecha del parto, no pudiendo tomar posesión de la plaza. El TC afirma que la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora tienen que ser compatibles con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda producir ninguna desventaja. Por todo ello, el TC concede el amparo solicitado al señalar que se ha producido una discriminación por razón de sexo que vulnera el art. 14 CE.

Por su parte, la STC 31/2014 resuelve el conflicto relativo al cese discrecional de una trabajadora del CNI tras finalizar el período de 6 años previsto en el estatuto específico de esta institución, sucediendo que se había quedado embarazada poco antes. En este caso existen indicios de discriminación por razón de sexo, se aplica el traslado de la carga de la prueba y la empresa no puede justificar adecuadamente su decisión

También hay que destacar la STS de 14 de mayo sobre discriminación retributiva indirecta por razón de sexo. El TS razona que la empresa no puede asignar cantidades significativamente inferiores en los departamentos integrados exclusivamente por mujeres, sin una justificación objetiva y razonable. Así pues, tratándose de un plus voluntario, no vinculado expresamente a circunstancia laboral o prestacional alguna, precisamente por ello, en principio, es claro que el beneficio nada tiene que ver con una hipotética mayor cualificación o dedicación que pudiera derivar de los conocimientos adquiridos por sus receptores. Al revés, la ausencia de cualquiera de tales circunstancias evidencia que, de forma aparentemente neutra y objetiva, la empresa asigna un plus sólo a los hombres al margen de cualquier capacitación profesional de quienes lo perciben o con independencia de la calidad o cantidad de la prestación laboral.

En relación con la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, la STC 92/2014, resuelve la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el Pleno en relación con el art. 174.1 LGSS. Esta sentencia tiene su origen en un recurso de

amparo interpuesto por un ciudadano frente las resoluciones judiciales desestimatorias en vía ordinaria, que le deniegan la pensión de viudedad solicitada ante el fallecimiento de su pareja de hecho del mismo sexo con quien mantuvo una convivencia durante más de cuarenta años. El juicio desestimatorio se había fundamentado en la falta de cobertura legal, dada la ausencia de la condición matrimonial que otorga el reconocimiento de dicha prestación, situándose el hecho causante en un momento previo a la reforma del art. 44 CC por la Ley 13/2005 por la que se legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Siguiendo su propia doctrina y en consonancia con la emanada por el TEDH, el Tribunal Constitucional sostiene la ausencia de discriminación por razón de orientación sexual. Invoca al efecto el margen de libertad del legislador para configurar las prestaciones de Seguridad Social que comprometan al erario público, de forma tal que la limitación anterior encontraba fundamento constitucional en la protección de la familia sustentada en el matrimonio reconocido constitucionalmente, cuya funcionalidad era distinta a la de la unión de hecho, sin que existiese entonces pugna con el art. 14 CE. Es en cualquier caso el legislador el único facultado para decidir el momento y el alcance de la extensión del régimen de pensión de viudedad a otros supuestos.

Tal pronunciamiento es objeto de un voto particular discrepante, al que se adhieren tres magistrados más, en el que el magistrado sostiene que la discriminación se produce porque las parejas de hecho homosexuales carecían de libertad para contraer matrimonio, estableciéndose una condición de imposible cumplimiento para el acceso a la pensión. Además, según esta opinión, debió ponerse de manifiesto que las mismas circunstancias que justifican la pensión de viudedad para un matrimonio se aplicaban a las parejas homosexuales, no siendo posible justificar la constitucionalidad de la diferencia de trato.

En el mismo sentido que la sentencia anterior, la STC 93/2014, resuelve un recurso de amparo donde se plantea una situación idéntica. El Tribunal señala de nuevo que las diferencias de trato favorables a los contrayentes de vínculo matrimonial podían ser totalmente legítimas a la hora de regular la pensión de viudedad. A mayor abundamiento, reitera que la imposibilidad legal de contraer matrimonio no debe engendrar siempre la obligación de los poderes públicos de dispensar un tratamiento jurídico equiparado. No obstante la desestimación, el Tribunal reconoce en este pronunciamiento y en los que seguirán, la facultad al recurrente de solicitar la prestación de viudedad excepcional dispuesta con carácter retroactivo a la entrada en vigor la DA 3^a de la Ley 40/2007, habiendo sido anulado el requisito de tener hijos en común a través de la STC 41/2013. De nuevo se emite voto particular discrepante en los mismos términos que los ya expresados en el formulado a la STC 92/2014. Utilizando los idénticos argumentos, el

Tribunal desestima sendos recursos de amparo que dan lugar a las SSTC 98/2014, de 23 de junio de 2014, 115/2014, de 8 de julio de 2014, 116/2014, de 8 de julio de 2014, 124/2014, de 21 de julio de 2014 y 157/2014, de 6 de octubre de 2014. En todas ellas se emite voto particular, remitiéndose a los mismos razonamientos esgrimidos contra el fallo de la STC 92/2014.

En cuanto a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, resulta de interés para el ordenamiento español la STJUE de 18 de diciembre, asunto C-354/13, sobre la eventual consideración de la discriminación por obesidad. Si bien el Tribunal de Justicia considera que la directiva no es aplicable por analogía a otros supuestos de discriminación distintos a los contemplados en su art. 1, determina que la obesidad podría incluirse en el concepto de discapacidad cuando acarreara una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración.

Por último, la STC 140/2014 se refiere a la prohibición de discriminación por motivos ideológicos o religiosos, invocándose también otros derechos fundamentales como la libertad ideológica y religiosa, el derecho de huelga y la garantía de indemnidad. El caso se refiere a la falta de renovación del contrato de una profesora de religión por falta de aprobación de la autoridad episcopal. En este sentido, la sentencia no aprecia el dato de que la profesora había contraído matrimonio con una persona previamente divorciada como indicio de discriminación o vulneración de derechos fundamentales porque no se había proporcionado por falta de acreditación y justificación suficiente del indicio.

3. Derecho a la intimidad

Pocas novedades se han producido en la jurisprudencia sobre el derecho a la intimidad personal de los trabajadores en la relación laboral. Los pronunciamientos más destacados se centran en el derecho a la protección de datos personales, que se tratará al final de este apartado.

En lo que refiere al control empresarial de los instrumentos informáticos utilizados por los trabajadores los pronunciamientos recaídos durante este año asumen y aplican la doctrina contenida en la STC 170/2013 que, recordemos, se pronunciaba sobre el despido disciplinario de un trabajador por revelar información industrial a una empresa de la competencia, circunstancia que fue constatada mediante la intercepción de las comunicaciones electrónicas de dicho empleado. Algunos casos relacionados con este problema han llegado al TS pero no han sido objeto de una resolución sobre el fondo del asunto por motivos formales.

La STSJ Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1^a) de 17 diciembre analiza el despido de un trabajador de la hostelería por utilizar el ordenador para fines extralaborales durante parte de su tiempo de trabajo (visitas de páginas web, participación en distintas redes sociales, etc.), aunque existía desde hacía varios años una prohibición empresarial de este uso y, de hecho, este incumplimiento se calificaba como falta grave en el convenio colectivo aplicable. El Tribunal, citando expresamente la STC 170/2013, considera: a) que en las facultades de autoorganización, dirección y control correspondientes a cada empresario se incluye la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión; b) que la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico (o de navegar en internet) y su consiguiente limitación a fines profesionales lleva implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe [arts. 5.a) y 20.2 y 3 LET]. En base a esta doctrina, se argumenta que al existir expresamente una prohibición empresarial de uso personal de los medios informáticos no había expectativa de confidencialidad, por lo que no se considera lesionado el derecho a la intimidad.

Por otra parte, en relación con el derecho a la intimidad del empleador y al secreto de sus comunicaciones resulta muy significativa la STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 20 de noviembre. El pronunciamiento analiza la conducta de una trabajadora consistente en grabar con su teléfono móvil una conversación con su empleador, precisamente aquella en la que se la amonestaba formalmente y se le imponía una sanción de suspensión de empleo y sueldo. La grabación se realiza sin el conocimiento del demandante, sin autorización judicial, sin que concurra alguna de las excepciones del art. 8, LO 1/1982 y con la única finalidad de aportar prueba en juicio sobre la situación de hostigamiento laboral que padecía la trabajadora. La solución al supuesto se analiza desde dos perspectivas distintas, desde una posible lesión del genérico derecho a la intimidad y desde una más concreta lesión del derecho al secreto de la comunicaciones (art. 18.3 CE). La lesión del derecho a la intimidad se descarta al estimar que la conducta de la trabajadora, aun produciéndose en el ámbito laboral y perviviendo en él el derecho a la intimidad de empleados y empleadores, no pretende ni produce como efecto una intromisión ilegítima en el contenido del derecho, fundamentalmente porque la conversación se dio entre trabajadora y empleador y la parte de la conversación que pertenece a lo manifestado por el empleador no puede considerarse referida a un ámbito propio y reservado vedado al conocimiento de los demás. Efectivamente, si atendemos

al contenido se deduce que el demandante actúa en su condición de representante de la empresa y que el empresario fue grabado en el ejercicio de facultades disciplinarias, ámbito que no supone una manifestación del derecho a la intimidad. También a través de la técnica de la delimitación, el TS considera que el derecho al secreto de comunicaciones no puede verse lesionado puesto que como ha reconocido la doctrina constitucional [STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 7)], el art. 18.3 CE se dirige a garantizar su impenetrabilidad por terceros, ajenos a la comunicación misma, sin que se pueda considerarse que existe secreto para aquel a quien la comunicación se dirige, ni prohibición de retener por cualquier medio el contenido del mensaje. En definitiva, no se encuentra lesión del derecho al secreto de las comunicaciones pues "quien graba una conversación de otros atenta al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado".

En lo que respecta a la posibilidad de control de los trabajadores a través de dispositivos de grabación resulta muy llamativo que en las resoluciones recaídas en el año 2014, este problema se ha afrontado desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal. A estos efectos despliega particular importancia la STS (Sala de lo Social, Sección 1^a) de 13 de mayo. El pronunciamiento analiza el despido de una cajera de un supermercado por haber evitado el escaneo de diversos productos en beneficio de su pareja. Las pruebas de los hechos que justifican el despido se obtienen del sistema de vigilancia del supermercado que se configuró y se instaló para evitar robos por parte de clientes y no para controlar la actividad laboral de los trabajadores, de forma que no consta haber sido comunicada su existencia ni a los trabajadores ni a los representantes. El caso se resuelve con el mismo método que se utilizó en la STC 29/2013 (empleado de la Universidad de Sevilla, sancionado por continuos incumplimientos de su horario laboral que fueron constatados a través de la grabación de las cámaras de seguridad instaladas con fines de control de acceso a los edificios), esto es, aplicando la normativa legal que desarrolla y delimita el derecho a la protección de datos, y concretamente, garantizando el derecho de los afectados a ser informados previamente a la recogida de esos datos, incluyendo la captación de la propia imagen (art. 5 LOPD).

En base a esta doctrina, 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. De sumo interés resultan las consideraciones efectuadas por el Tribunal en torno al contenido o amplitud de esta información que debe ser "previa y expresa, precisa, clara e inequívoca sobre la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo".

Anteriormente a esta Sentencia, el Tribunal Constitucional, ya había resuelto sobre estos aspectos en la Sentencia 29/2013 de 11 de febrero en la que se concluye que aunque existan carteles que anuncien la existencia de videovigilancia -cosa que no ocurre en el supuesto analizado- es necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores del propósito de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Pero, a pesar de que el parecer mayoritario de la Sala se inclina por considerar la aplicación de la Sentencia 29/2013 al caso concreto, el voto particular del magistrado D. José Manuel López García de la Serrana no comparte este criterio, pues ve más acertado tener en cuenta lo previsto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000 de 10 de julio. En este pronunciamiento, se está enjuiciando un caso idéntico y se admite la licitud de la grabación de imágenes justificando la misma en el conocimiento de los trabajadores de que su implantación en la empresa tenía como objetivo controlar la prestación de trabajo.

La misma doctrina que esta sentencia del Tribunal Supremo mantienen los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de justicia respecto a la utilización de imágenes captadas por video-cámaras, debiendo destacar a estos efectos la STSJ País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1^a), nº 2422/2014 de 16 de diciembre y la STSJ Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1^a), nº 7754/2014

De cualquier modo, durante el año 2014 han sido abundantes las sentencias relativas a otros aspectos de la protección de datos del trabajador.

En este sentido, la Sentencia de 28 de enero de la Audiencia Nacional determina que el empresario no puede obligar al trabajador a proporcionar su número de móvil y correo electrónico personales a la hora de firmar el contrato de trabajo, con el propósito de efectuar comunicaciones relacionadas con su relación laboral. Es evidente, que estas informaciones pertenecen a la esfera privada del trabajador, pues se trata de datos de carácter personal, los cuales no tienen por qué prestarse para servir como instrumento de conexión entre empresario y trabajador. En este caso, la Audiencia Nacional, siguiendo la doctrina de la STS de 4 de diciembre de 2007, declara nula esta cláusula que la empresa incorporaba a los contratos de trabajo en virtud de la cual se preveía que cualquier comunicación relativa al contrato de trabajo o a la relación laboral pudiese ser enviada por SMS o correo electrónico, mensaje de texto o documento adjunto al mismo al teléfono móvil y/o dirección de correo electrónico personal facilitada por el trabajador.

Para llegar a esta conclusión, la Audiencia Nacional establece que no se podrá prescindir del consentimiento del trabajador, justificándolo en la excepción del art. 6.2 LOPD, pues la prestación de esa información, por parte de los trabajadores, no es óbice para el desarrollo o mantenimiento de la relación laboral. El uso de esos mecanismos no se debe de considerar imprescindible para establecer las citadas comunicaciones, pues la utilización de un medio personal, como puede ser el teléfono móvil o el correo electrónico, no tiene por qué darse en el marco de una relación de trabajo. Lo lógico es que si realmente esos medios son ineludibles para el desarrollo de la prestación de servicios, se pongan a disposición del trabajador por parte de la empresa.

Por otra parte, la STSJ Madrid de 2 de julio, condena al Ayuntamiento de Madrid por incumplimiento del art. 9 LOPD relativo al establecimiento de medidas de seguridad en los ficheros con datos de carácter personal, debido a la extracción de un fichero de una fotografía de un empleado. Asimismo, la STSJ Aragón de 24 de enero, en la que se establece que el consentimiento que se debe prestar para el tratamiento de datos relacionados con la raza, salud y vida sexual de un Concejal de Ayuntamiento, en este supuesto, será expreso, tal y como establece el art. 7.3 LOPD. Es por ello, que se dictamina que no se puede acudir a lo expuesto en el art. 11.2 a) LOPD, pues se trata de datos especialmente protegidos.

En otros casos no se ha apreciado la exigencia de consentimiento en relación con los datos personales por apreciarse alguna excepción. Así, en este sentido, la STS de 8 de abril tiene como objeto dilucidar si la aportación como prueba documental del listado de trabajadores afiliados a un determinado sindicato, sin que medie su autorización, constituye vulneración del derecho fundamental a la protección de datos. Entiende el Tribunal que la aportación de una prueba documental consistente en el listado de afiliados a un sindicato no puede constituir infracción de la protección de datos personales, ya que el consentimiento para la cesión del dato de afiliación queda implícito en la previa solicitud de autorización dada por cada trabajador a la empresa para efectuar el descuento de la cuota sindical en su recibo de salario, siendo dichas comunicaciones que la empresa remite al sindicato con periodicidad mensual, las mismas que se aportan como prueba documental.

Del mismo modo, la SAN de 12 de junio se resuelve sobre el recurso de la sanción impuesta por la AEPD a un sindicato por la publicación de datos identificativos y profesionales del representante de otro con el que mantenía una disputa judicial. En concreto, el recurrente insta a la Audiencia Nacional para que considere que no ha infringido lo contenido en el art. 10 LOPD, referido al secreto profesional del responsable del fichero, por publicar en la página web del sindicato la Sentencia en la que se incluía la citada información personal. El criterio seguido por la Audiencia Nacional en esta

controversia es darle la razón al demandante en base a que: a) los datos publicados se encuentran en fuentes de acceso público; b) la publicación de la Sentencia tiene como finalidad dar un servicio de información a los afiliados al sindicato, haciendo ejercicio del derecho a la libertad sindical; c) la notoriedad pública del interesado, Secretario General del sindicato, cuyos datos se han colgado en la web, puede hacer que la injerencia en sus derechos fundamentales se encuentre justificada por el interés preponderante de dicho público en tener acceso a la información de que se trate (STJUE de 13 de mayo de 2014 Asunto C-131/12)

4. Garantía de indemnidad

Un año más, el Tribunal Supremo ha prestado especial atención a la protección de la garantía de indemnidad de los trabajadores. A lo largo de 2014, la Sala de lo Social impidió hasta en cinco ocasiones, cuatro de ellas en unificación de doctrina, que cuatro trabajadores y un sindicato viesen perjudicados sus derechos como represalia tras la presentación de una reclamación judicial o prejudicial. En esta línea, todas las sentencias, referidas aquí cronológicamente, estimaron la suficiencia de los indicios de vulneración de la garantía de indemnidad y declararon la nulidad de la conducta empresarial por insuficiencia de las pruebas destinadas a destruir aquellos.

Apenas comenzado el año, el Tribunal Supremo unificó doctrina en dos sentencias (de 21 de enero y de 19 de febrero) admitiendo la lesión de la garantía de indemnidad de los respectivos trabajadores, cesados en la prestación de servicios tras haber reclamado ante la Administración el carácter indefinido de sus relaciones laborales. Ambas sentencias consideraron insuficientes las pruebas presentadas por las empresas y la Administración, responsables de la cesión ilegal de los trabajadores. Estimaron la nulidad de las extinciones de los contratos al considerarlas directamente motivadas por las reclamaciones prejudiciales de ambos trabajadores respecto de las cesiones ilegales las que fueron objeto, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde la presentación de la reclamación previa hasta el cese. Así pues, las reglas sobre distribución de la carga de la prueba no dejaron lugar a dudas de que “la declaración de nulidad del despido está íntimamente ligada a la inexistencia de causa para la extinción del contrato y, en particular, en la imposibilidad de aceptar que el contrato se extinguiera por cumplirse el objeto que hubiera justificado su temporalidad”.

Muy ligada a las anteriores, la STS de 14 de mayo resolvió, también en unificación de doctrina, un supuesto similar a los anteriores, relativo al cese del trabajador tras sucesivos e ininterrumpidos contratos temporales desde 2009, después de haber reclamado éste la condición de trabajador indefinido. También en este caso la Sala consideró insuficiente la prueba aportada por la empresa, frente al “perfectamente

acreditado" indicio de represalia aportado por el trabajador. La Sala criticó la inconsistencia de los argumentos aportados como elementos probatorios por la empresa, entre los que destacó, por su excentricidad, el escaso tiempo transcurrido entre la presentación de la reclamación y el cese, "incompatible con el lento actuar de la Administración".

La vulneración de la garantía de indemnidad en 2014 no sólo ha afectado a los trabajadores, sino también a los sindicatos. Muestra de ello es la STS de 24 de julio, que desestimó el recurso de casación ordinaria presentado por la empresa y declaró la nulidad de una reducción colectiva de jornada por causas económicas y productivas, por vulnerar la garantía de indemnidad, en este caso, del sindicato CC.OO. El origen del conflicto se encontró en la impugnación por este sindicato del denominado "IV Convenio extraestatutario", que había sido suscrito por los sindicatos minoritarios, a través de una demanda de tutela de la libertad sindical. La situación se agravó cuando, tras esta demanda, la empresa inició los trámites de un ERTE para la reducción de jornada y consiguiente reducción salarial, que afectaba exclusivamente a los trabajadores que no se habían adherido a dicho convenio. En pleno período de consultas del ERTE, la empresa ofreció una adhesión extraordinaria al convenio, que fue premiada con la exclusión del ERTE de los trabajadores adheridos. En consecuencia, la Sala de lo Social consideró un "sólido indicio" de la vulneración de la garantía de indemnidad el escaso tiempo transcurrido entre la demanda de tutela presentada por el sindicato y el inicio del ERTE, así como la exclusión de su ámbito de aplicación de los trabajadores que se hubieran adherido extraordinariamente al convenio, al haber sido presionados por la empresa, que les puso ante la opción de verse sometidos a una reducción de jornada y salario si se negaban a suscribir el convenio.

La última sentencia, dictada el 26 de noviembre también en unificación de doctrina, estimó la nulidad del despido de una trabajadora, incluida en un proceso de despido colectivo, por existir indicios de vulneración de la garantía de indemnidad y discriminación por razón de sexo. La Sala admitió la existencia de una verdadera causa económica que justificó el despido colectivo, pero, aclaró, "la concurrencia de causas globales no garantiza la corrección de las causas singulares". De este modo, puso en cuestión la selección de la trabajadora, quien había disfrutado previamente al despido de una reducción de jornada para el cuidado de familiares, para mantener en la empresa a quien la había sustituido, por acreditar un rendimiento mayor que aquella. Para la Sala, la conjunción de los derechos de no discriminación e indemnidad impidió admitir como medios de prueba hechos o conductas que no se hubieran producido si tampoco hubiera tenido lugar el comportamiento antijurídico. Así pues, indicó la Sala, la toma en consideración de lo acaecido durante el período de inactividad de la trabajadora a causa

5. Conclusión

Durante el año 2014 no se han producido novedades normativas de interés en lo que refiere a la regulación de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo. En cambio, los Tribunales sí que han producido un buen número de resoluciones judiciales, referidas fundamentalmente al principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la intimidad y la garantía de indemnidad. Ahora bien, a este respecto no cabe reseñar cambios radicales en la jurisprudencia que afecten de manera muy significativa a la comprensión de estos derechos. En todo caso puede resultar llamativo un énfasis creciente en la normativa de protección de datos, que delimita en gran medida el derecho a la intimidad en el ámbito de las relaciones de trabajo.

III. NOVEDADES EN MATERIA DE EMPLEO Y CONTRATO DE TRABAJO

1. Introducción

El 2014 ha sido un año de cambios en el ordenamiento jurídico laboral, sobre todo orientados al fomento del empleo y por ende, a la reducción de las tasas de desempleo, tan preocupantes por las cifras alcanzadas (alrededor del 26%), mientras que la tasa de desempleo media de la UE se situaba en el 11% aproximadamente a finales de 2013. Si bien durante este año 2014 se ha pasado de una tasa de desempleo en diciembre de 2013 de un 25,7% a un 23,7% en diciembre de 2014³, por lo tanto se puede apreciar un ligero descenso de un 2% en la misma. Otra cuestión diferente es que el empleo creado sea de calidad, algo criticado por los representantes de los trabajadores y proclamado e impulsado por las políticas de empleo.

En un contexto laboral de cambios y de elevados índices de desempleo, por encima de la media europea y con colectivos muy vulnerables como los jóvenes, los discapacitados o los parados de larga duración, entre otros, los gobiernos intentan poner freno a esta situación con medidas que mejoren la empleabilidad, que fomenten el empleo estable y de calidad y que favorezcan la competitividad⁴.

Algunas de estas medidas, se han visto plasmadas en diferentes normas. Por lo que a continuación se hace una breve reseña sobre las novedades normativas relacionadas

³ [http://www.datosmacro.com/paro-epa/espagna?sector=Tasa+de+paro+\(EPA\)&sc=EPA-](http://www.datosmacro.com/paro-epa/espagna?sector=Tasa+de+paro+(EPA)&sc=EPA-)
(consultada en fecha 29-01-2015).

⁴ Ver exposición de Motivos del RD 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016.

con el empleo, pues en profundidad se abordan a lo largo de los siguientes apartados. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, algunas de estas novedades para el año 2014 y ordenadas por fecha han sido las siguientes:

Ley 1/2014, de 28 de febrero. Ley para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes (BOE 01/03/2014).

RD-L 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida. Establece como medida de fomento de la contratación y la creación de empleo, una tarifa plana reducida de las cotizaciones sociales para nuevas contrataciones indefinidas que mantengan el empleo neto durante al menos tres años (BOE 01/03/2014).

RD-L 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (disposición derogada en parte) (BOE 05/07/2014).

RD 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 (BOE 23/09/2014)

Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE 17/10/2014)

RD-L 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo (BOE 20/12/2014).

Otra norma con propósitos para el futuro (plazo de doce meses) es la Ley nº 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en los arts. 82 y ss. de la Constitución Española. Esta Ley afecta a importantes normas en el ámbito laboral como la Ley 14/1994 por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y a la Ley de Empleo, entre otras.

Cabe también mencionar puesto que tiene como destinatarios a los jóvenes, uno de los colectivos más castigados por los efectos de la crisis y con menores tasas de ocupación, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Empleabilidad de los jóvenes — Adecuar la formación a las necesidades del sector industrial en tiempos de austeridad» (DOUE C 311, 12-9-14).

Una vez vista la normativa, en materia de contratación se han producido pocas novedades significativas en comparación con el año anterior, por supuesto, todas ellas se abordan en los siguientes apartados. No obstante, cabe dar cuenta de una medida

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
adoptada por el Gobierno de España, en esta ocasión para facilitar la contratación, según justifican “reduciendo trámites administrativos”, consistente en el nuevo sistema de simplificación administrativa de la contratación que reduce los modelos de contrato de 42 a 4 (indefinido, temporal, de formación y aprendizaje y en prácticas), modelos disponibles en la página web del Servicio Público de Empleo Estatal, entre otras.

2. Estrategia española de activación para el empleo 2014-2016

En septiembre de 2014 siguiendo una línea reformista se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016, a través del RD 751/2014, de 5 de septiembre. Como manifiesta la propia Exposición de Motivos se trata de diseñar políticas activas y pasivas más dinámicas y eficientes que permitan reforzar los mecanismos preventivos, mejorar la empleabilidad de los trabajadores, y favorecer la transición al empleo.

A pesar de los esfuerzos y cambios de los últimos años, se insiste en la necesidad de continuar y sobre todo, avanzar en la evaluación de los resultados de las políticas. Por ello, tal y como recoge la Estrategia “la clave del cambio al nuevo modelo de políticas activas de empleo está en pasar desde un modelo de financiación y gestión articulado en torno a programas establecidos centralizadamente a un nuevo marco acorde con las competencias de las comunidades autónomas en políticas activas, en el marco de la unidad de mercado, basado en la evaluación”. De algún modo, se pretende “individualizar” las políticas, en función de las diferentes necesidades de cada Comunidad Autónoma y así, hacer políticas más adaptadas a las necesidades de la población de cada territorio.

La Estrategia gira en torno a seis pilares fundamentales: orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional del Sistema Nacional de Empleo.

Esta Estrategia surge al hilo de la Estrategia Europea 2020 por la que se establecen unas directrices para el empleo, entre otras, se incluyen como metas a conseguir: la reducción del desempleo estructural, garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, conseguir una población activa cualificada que responda a las necesidades del mercado laboral, cumplir con el objetivo de lograr más empleo y de mayor calidad, así como promover la participación de los colectivos más alejados del mercado de trabajo.

La Estrategia se estructura en varios apartados:

Marco de la Estrategia española de activación para el empleo 2014-2016: La Estrategia Europea 2020, directrices de empleo y programa nacional de reformas

Análisis de la situación y de las tendencias del mercado de trabajo

Principios de actuación y objetivos de la Estrategia española de activación para el empleo 2014-2015

Instrumentos: Planes anuales de política de empleo, desarrollos reglamentarios y elementos vertebradores

Seguimiento y evaluación de la Estrategia

Marco presupuestario

Puesto que los cambios son de envergadura, el planteamiento es para varios años y los frutos y resultados se verán en un futuro. El momento actual invita a adaptarnos a los cambios y en la medida de lo posible, trabajar de un modo constructivo para mejorar el funcionamiento de todas las estructuras implicadas en la consecución de un empleo de calidad y para todos.

3. La situación de las políticas activas de empleo en España: aproximación cuantitativa

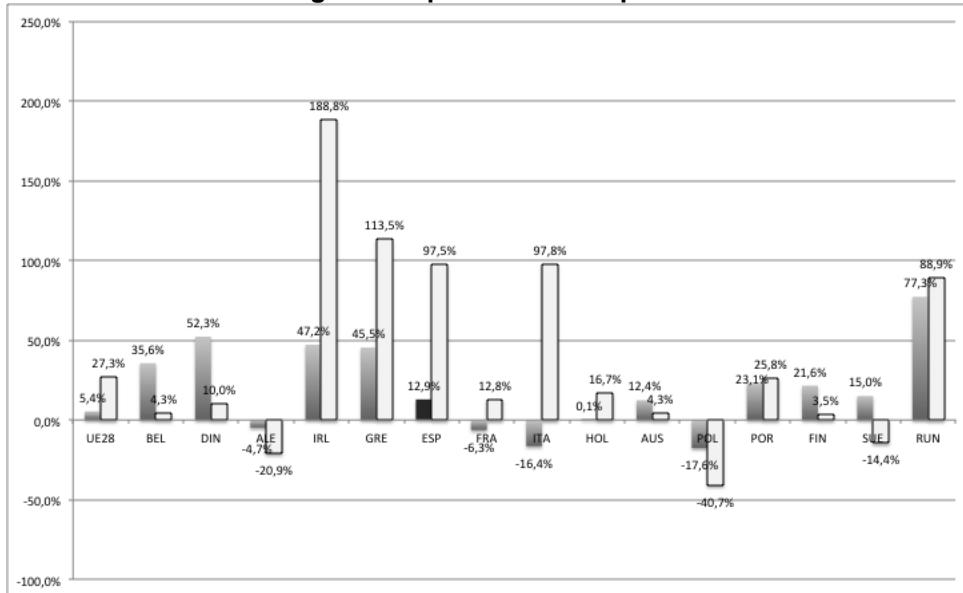
La íntima relación existente entre políticas de empleo y desempleo conlleva que, en situaciones de profunda crisis económica como la que hemos venido atravesando, el crecimiento del paro tenga directa incidencia en aquéllas. A este respecto, se ha observado lo que ha venido a denominarse como “doble presión contradictoria”⁵ pues, de un lado, la explosión del desempleo exige mayores recursos para garantizar un adecuado nivel de protección social y para facilitar el retorno al trabajo, dicho con otras palabras, más gasto destinado tanto a políticas pasivas como activas de empleo. Pero, a un mismo tiempo, las políticas de austeridad, adoptadas fundamentalmente en Europa, demandan recortes en el gasto público, en el que las partidas destinadas a empleo y desempleo pueden suponer una suma importante. Si se quiere, desde el plano social es necesario un mayor gasto, mientras que desde el marco financiero se exige todo lo contrario. Así las cosas, ¿cuál ha sido la tendencia preponderante? ¿hasta qué punto se ha impuesto una a la otra?

El **Gráfico 2** es el primero de cuantos pueden ayudarnos a desvelar estas cuestiones. Las barras blancas se refieren al gasto en políticas pasivas empleo, mientras que las grises a las activas, ambos como porcentaje del PIB. Como puede comprobarse, España, es junto con Irlanda, Grecia e Italia, los países en los que más se han

⁵ DESDENTADO BONETE, A., “Crisis y protección del desempleo. La evolución del sistema español”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1985, p. 363.

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438
 incrementado las primeras (además del caso curioso del Reino Unido que, no obstante, mantiene niveles de gasto muy inferiores a los otros), con un 97%, 188%, 113% y 97% respectivamente. Del lado de las activas, destacan Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Grecia y Bélgica, con porcentajes de incremento que van del 77 al 35%.

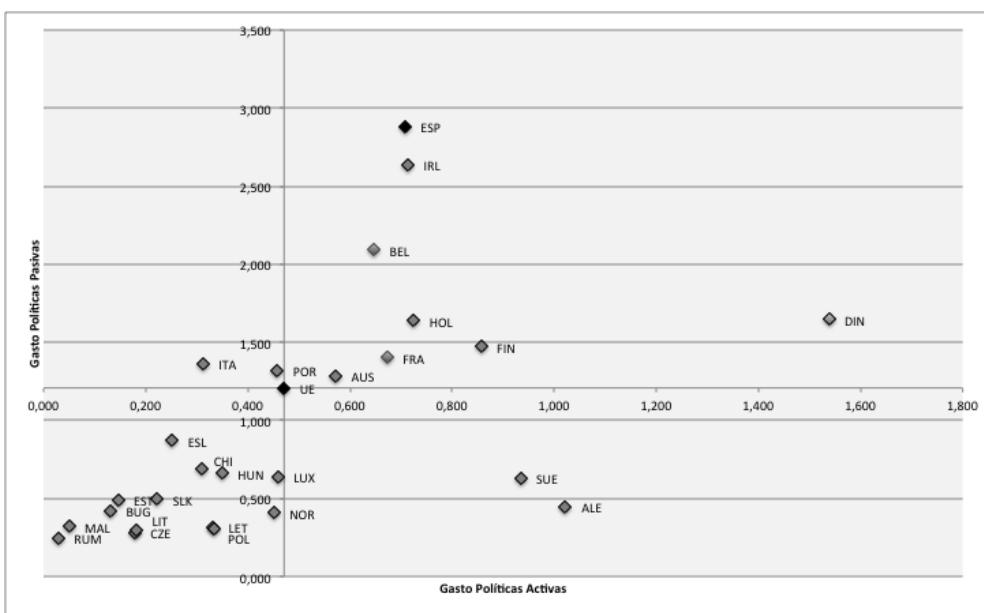
Iustel

Gráfico 1. Variación del gasto en políticas de empleo como % del PIB

Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat. Variación porcentual de 2007 a 2011.

El resultado de esta evolución se muestra en el gráfico 2. Como puede comprobarse, éste se divide en cuatro cuadrantes que toman como referencia el gasto en políticas activas y pasivas de empleo en la UE (también como porcentaje del PIB), por lo que éste ocupa un lugar central. En el eje horizontal se representa el gasto en políticas activas, mientras que en el vertical se hace lo propio con las pasivas.

Gráfico 2. Gasto en políticas activas y pasivas de empleo



Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat. Gasto en políticas activas y pasivas de empleo como porcentaje del PIB. Año 2011. Los datos para 2012 están disponibles, pero no para toda la muestra. No incluye servicios de empleo.

La Unión Europea gastó de media en políticas de empleo 1,891% de su PIB, del cual el 0,471% se destinó a políticas activas, el 1,208% a pasivas, mientras que el 0,212% a cubrir el funcionamiento de los servicios de empleo. Estos mismos datos para España supusieron el 3,695%, el 0,708%, el 2,881% y 0,106% respectivamente.

De ello se deduce que España dedica a políticas de empleo más que la media de la UE, si bien con un fuerte desequilibrio a favor de las políticas pasivas de empleo, lo que no sólo es algo tradicional en nuestro caso, sino también lógico dado el fuerte incremento del gasto derivado del alza en el desempleo que vimos en el gráfico anterior. También gastan más que la media de la UE Irlanda, Bélgica, Austria, Holanda, Finlandia y Dinamarca. Sin embargo, mientras que las dos primeras destacan en materia de protección frente al desempleo, el resto, y muy especialmente Dinamarca, lo hacen por su impulso a las políticas activas de empleo. En el caso de Irlanda, como en el de España, el mayor gasto obedece al fuerte incremento del desempleo en ambos países, aunque de forma más acusada en el caso español. Por su parte Bélgica, también presenta unos datos relativamente elevados en políticas pasivas, si bien esto tiene más que ver con la generosidad de sus sistemas de protección por desempleo que con la evolución de su paro ya que, aunque creciente con la crisis, se ha mantenido por debajo de la media europea. También merecen ser destacados, en el tercer cuadrante, los casos de Suecia y Alemania, ambas con importantes aportaciones a políticas activas de empleo, pero con un gasto en pasivas inferior a la media, lo que sin duda viene dado por

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438
 sus bajas tasas de paro. De hecho, ambos países redujeron su gasto en esta partida desde 2007 (ver gráfico 1).

Iustel

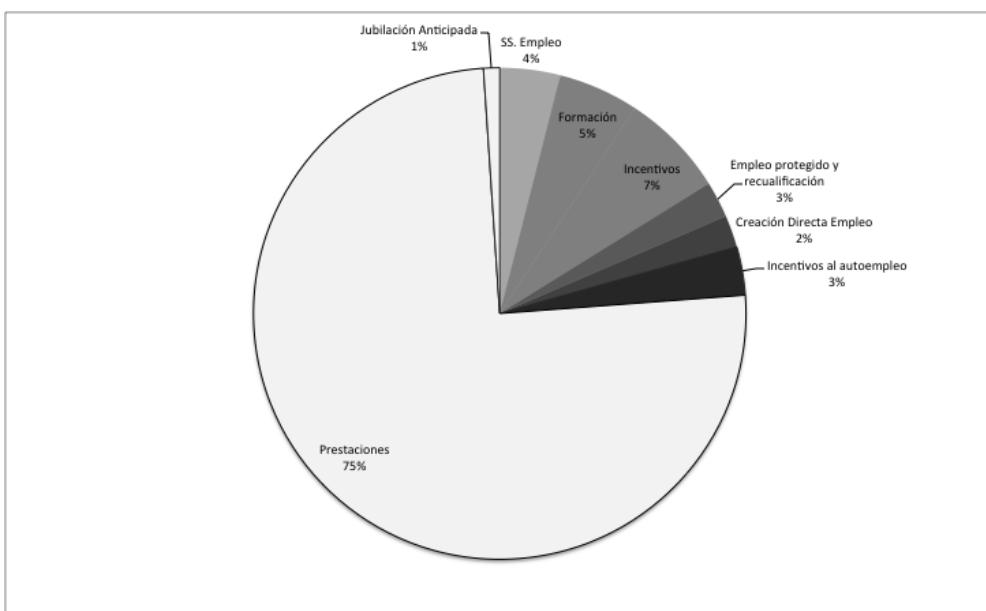
De otra parte, además del aspecto cuantitativo, es decir, cuánto dedicamos a cada tipo de política de empleo, resulta interesante también preguntarse por el cualitativo, esto es, en qué tipo de políticas invertimos. De los datos mostrados anteriormente se desprende que España destina un escaso esfuerzo presupuestario a servicios públicos de empleo, lo que en buena medida afecta a su eficacia como agentes de empleo y determina que en los últimos años los distintos gobiernos hayan apostado por la colaboración público-privada para poder llegar a esa gran masa de parados surgida tras la crisis económica. En concreto, antes de la crisis económica la tasa de intermediación laboral se situó en torno al 17% (una media del 16% de cuota de mercado y del 18% si nos referimos a la tasa de registro respectivamente) ⁽⁶⁾, lo que sin lugar a dudas tiene que ver con el escaso impulso que se ha venido dando a su actividad.

Pero aún podemos profundizar algo más y ver específicamente en qué concretas políticas de empleo se destinan los fondos. El gráfico 3 se encarga de esta tarea. Lo primero que llama la atención es algo en lo que ya hemos insistido, esto es, el enorme peso que tienen las políticas pasivas de empleo. El 75% del gasto en políticas de empleo en nuestro país se lo lleva la protección frente al desempleo. El 25% restante, en gris más oscuro, se reparte entre las distintas medidas que integran las políticas activas de empleo. En concreto, podemos ver que la partida más importante es la relativa a incentivos al empleo (7%), y ello sin tener en cuenta las que se refieren al emprendimiento y el autoempleo (2%). Las siguientes partidas, por orden de importancia sería la destinada a formación (5%), al funcionamiento de los servicios públicos de empleo (4%), la recualificación y el apoyo a determinados colectivos con especiales dificultades (3%) y la creación directa de empleo (2%).

Esta particular composición de las políticas activas de empleo en nuestro país determinaría que, a pesar de que, como hemos visto, la fracción del PIB que se dedica a su financiación no es exigua, no estén alcanzando la eficacia deseada. Dicho de otra forma, si bien sería deseable que, tan pronto como las circunstancias lo permitan se alcance un mayor equilibrio entre políticas activas y pasivas de empleo, lo cierto es que es preciso prestar atención a la eficiencia de aquéllas, de tal suerte que los fondos que se destinan a su financiación puedan arrojar los mejores resultados posibles.

Gráfico 3. Reparto porcentual de las políticas de empleo en España

⁶ Los datos se refieren al periodo comprendido entre 1996 y 2004. ALUJAS RUIZ, J. A., “El servicio público de empleo y su labor como intermediario en el mercado de trabajo en España”, *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, 53, 2007, p. 34.



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la OCDE. Año 2011.

4. El sistema nacional de garantía juvenil

El pasado 4 de julio de 2014 el Gobierno aprobó un Real Decreto-Ley para establecer una serie de medidas de diversa índole. En lo que aquí interesa, debemos destacar la implantación de un Sistema Nacional de Garantía Juvenil (en adelante SNGJ). Supone una regulación *ex novo* de un sistema que, no en vano, proviene de un mandato del Consejo Europeo que compelió en 2013 a los Estados miembros a que presentaran un Plan Nacional de Implementación de Garantía Juvenil para poder tener acceso a los fondos europeos de la Iniciativa de Empleo Juvenil. Finalmente, es en el RDL 8/2014, de 4 de julio, donde en España se establecen las bases de este SNGJ, el cual se presenta como una posible solución para corregir el elevado desempleo juvenil que, por desgracia, asoma en nuestro país con 6 puntos porcentuales por encima de la media de Unión Europea en lo que se refiere a la tasa de jóvenes entre 15-25 años que ni estudian ni trabajan.

El SNGJ extiende su ordenación a lo largo en el Título IV, Capítulo I de este RDL 8/2014 (artículos 87 y ss.). El objetivo que se persigue con la implantación de este SNGJ es el de posibilitar que los jóvenes que tengan entre 16 y 25 años de edad, se encuentren desempleados y no estén integrados en un sistema educativo o formativo puedan alcanzar una oferta de empleo, recibir educación o participar de unas prácticas formativas. Por ende, a simple vista parece que el objetivo que se persigue es reintegrar a los jóvenes que se hubieran “bajado” de la senda profesional o estudiantil.

De este modo, mediante la implantación de este SNGJ se pretende: a) mejorar la intermediación (para dar cumplimiento a las actuaciones de intermediación laboral se ofrecerán

acciones de orientación laboral, información y acompañamiento en la búsqueda de empleo, actuaciones con agencias de colocación o programas de movilidad o intermediación educación-empleo, así como otras de carácter similar. En este sentido, el RDL 8/2014 ofrece una serie unas posibilidades que en ningún caso suponen un *numerus clausus*, pudiendo ser perfectamente ampliadas por el órgano gestor del SNGJ.; b) mejorar la empleabilidad de los usuarios (para mejorar la empleabilidad de los jóvenes se desarrollarán medidas de formación con compromiso de contratación, de formación en idiomas y en tecnologías de la información y la comunicación, el impulso de prácticas no laborales en empresas, promoción de la formación profesional dual, la obtención de certificados de profesionalidad, desarrollo de Escuelas-Taller y Casas de Oficios, programas mixtos de empleo-formación, así como programas de segunda oportunidad para jóvenes que hubieran abandonado prematuramente los estudios).; c) fomentar la contratación de estos jóvenes (para apoyar la contratación de estos jóvenes se va a proponer un incentivo a los empresarios que contraten algún joven inscrito en el fichero de este SNGJ -hasta el 30 de junio de 2016-. El estímulo desarrollado por el Gobierno, contenido en el art. 107 de este RDL, consiste en una bonificación de 300 euros mensuales en la aportación de la empresa al Sistema de la Seguridad Social que se prorrogará durante 6 meses⁷. Asimismo, para hacer más atractivo el incentivo, se permite su compatibilidad con cualquier otra clase de bonificación, siempre y cuando el importe mensual a cotizar por la suma de todos los alicientes no sea negativo; d) fomentar su carácter emprendedor (en este sentido, se prenderá apoyar el espíritu emprendedor, fomentando la responsabilidad, innovación y emprendimiento por medio de una cooperación más estrecha entre los servicios de empleo, las entidades de apoyo a las empresas y los proveedores de financiación).

Una de las particularidades de este Sistema radica en que serán los propios jóvenes interesados en entrar a formar parte del mismo los que deberán de solicitar su ingreso. Por ende, se postula como requisito necesario de participación en el SNGJ la inscripción en un fichero administrativo. Los datos inscribibles en el citado fichero se encuentran regulados en los arts. 95 y 111 RDL 8/2014 y vienen a coincidir, en esencia, con la información clásica que se suele mostrar en un currículum vitae. En este sentido, se deberán inscribir los datos personales (nombre, DNI, fecha de nacimiento, lugar de residencia y contacto), la formación recibida (estudios, idiomas, posesión de carnés etc.) y la experiencia laboral (con los detalles del empleo, es decir, la empresa, actividades desarrolladas, duración etc.). Junto con estos datos, el solicitante también deberá de expresar sus intereses e inquietudes profesionales y personales, así como firmar una declaración mediante la cual exprese la certeza de los datos facilitados y su compromiso de participar de forma activa en los itinerarios o medidas que se desarrolle y lleven a cabo desde el SNGJ. Se incorporará

⁷ En todo caso, si se realizar un contrato con jornada a tiempo parcial se prevé una reducción paulatina de la bonificación. De este modo, si la jornada a tiempo parcial es al menos equivalente al 75% a la de un trabajador a tiempo completo comparable será de 225 mensuales, y si lo es al menos del 50% será de 150 euros mensuales (entendemos que cualquier fracción inferior al 50% no sería permisible a efectos de recibir la bonificación).

también una cláusula que autorice a terceros interesados para la consulta de estos datos. Una vez realizada el alta en el fichero también se deberán anotar con carácter sobrevenido y de forma progresiva las medidas o actuaciones que han sido ofrecidas al joven inscrito y el grado de desarrollo alcanzado, configurando de este modo una concepción dinámica a este fichero. Con todo, los requisitos que deben de reunir los jóvenes para que puedan resultar inscritos en el fichero administrativo y por ende, participar del Sistema, son los siguientes: 1) ser de nacionalidad Española o de algún País de la UE o del Espacio Económico Europeo (incluida Suiza). También podrán inscribirse otra serie de extranjeros que estén en España con un permiso de trabajo, si bien, el sujeto debe de estar empadronado en alguna localidad española; 2) Tener más de 16 años y menos de 25 (salvo que se tenga una discapacidad de más del 33%, cuya edad se incrementa a 30 años). En concreto, el requisito de la edad se exige que se cumpla en el momento de la solicitud de inscripción; 3) No haber trabajado en los 30 días naturales con anterioridad a la inscripción. Como vemos, en ningún caso se va exigir que el solicitante sea parado de larga duración; 4) No haber recibido acciones educativas o formativas de más de 40 horas mensuales en los 90 días anteriores a la solicitud. Por acciones formativas debemos entender todas aquellas prácticas no laborales, laborales o contratos para la formación y el aprendizaje; 5) En último término, el solicitante debe de prestar su declaración expresa de tener interés en participar en el SNGJ y en todas las actividades que se desarrollen en su seno.

El procedimiento de inscripción es bastante sencillo y se debe de realizar enteramente de forma telemática, salvo para personas con riesgo de exclusión social (cuestión que se deberá acreditar por medio del correspondiente certificado de los servicios sociales), así como para las personas con un 33% de discapacidad o más, que pueden entregarla en mano mediante un formulario habilitado para tal propósito. La resolución administrativa que acepte o deniegue la inscripción también se realizará a través de la aplicación informática de la página web donde se ha realizado la solicitud. El plazo del que dispone la administración para resolver como máximo de 6 meses, entendiéndose denegada la inscripción en caso de silencio administrativo. Esta resolución podrá ser objeto de recurso de alzada en el plazo de un mes desde que se hubiera resuelto, el cual será interpuesto ante la Secretaría de Estado de Empleo.

Por lo que respecta a la baja en el SNGJ, ésta se puede producir por dos vías, una potestativa y otra preceptiva. La primera de ellas es por la propia voluntad del solicitante, puesto que el SNGJ no es obligatorio. En concreto, la baja voluntaria también se deberá de solicitar telemáticamente cumplimentando un formulario que se establecerá al efecto (excepto para las personas en riesgo de exclusión social y discapacitados que podrán hacerlo en papel). La segunda de ellas -la baja preceptiva- se producirá de oficio por el propio órgano gestor cuando el joven cumpla la edad de 25 años (o 30 si es discapacitado). Por el contrario, los beneficiarios no serán dados de baja al

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
cumplir dicha edad si en ese momento se encontraran disfrutando de alguna acción desarrollada por el SNGJ, ni tampoco cuando éstos no hubieran sido atendidos todavía en ninguna actividad.

En último término merece la pena destacar que mediante este RDL se ha incorporado en el art. 9.2 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, un apartado e) que reza lo siguiente: “ser personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil”. Esta incorporación significa que con una persona beneficiaria del SNGJ se va a poder celebrar un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa y obtenerse con ello la correspondiente bonificación, consistente en una reducción del 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social del trabajador contratado durante 12 meses, con posibilidad de ampliación por otros 12 (para empresas con 250 trabajadores o más se prevé una reducción 75%). Asimismo, también se modifica la duración de la jornada prevista para estos contratos cuando la persona contratada sea una persona beneficiaria del SNGJ. En este sentido, si el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa ha sido celebrado con una persona inscrita en el fichero del SNGJ la jornada se puede elevar hasta el tope del 75% respecto a la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable (superior por tanto a la general del 50% predicha para este contrato). También se incorpora un tercer párrafo en el art. 13.2 de esta Ley 11/2013 que supone una bonificación del 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes durante toda la vigencia del contrato en prácticas para los celebrados con un joven adscrito al SNGJ.

5. Programa de activación para el empleo

Este importante programa se recoge en el RD-L 16/2014, de 19 de diciembre.

A partir del 15 de enero del año 2015 y hasta el 15 de abril del año 2016, aquellas personas que hayan extinguido cualquier posibilidad de percibir una ayuda económica por hallarse en situación de desempleo, pueden acogerse a las medidas de recolocación y subsistencia contenidas en el denominado “Programa de Activación del Empleo”.

Concebido como un conjunto de actuaciones especiales y temporales, su previsión ya se contenía en el Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo firmado el 29 de julio de 2014, por el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos CCOO y UGT, el cual terminó dando lugar al Acuerdo sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo de 15 de diciembre del mismo año.

Tratando de estar en sintonía, además, con las Recomendaciones Específicas del Consejo de Europa publicado el 8 de julio de 2014, este Programa, -compuesto por nueve artículos, cuatro Disposiciones Adicionales y 7 Disposiciones Finales-, mantiene la línea continuista iniciada años atrás: armonizar políticas activas y pasivas de empleo de manera que el desempleado se responsabilice de su situación. O lo que es lo mismo, para acceder a la medida pasiva, debe demostrar que está sin empleo, no porque quiera,

sino porque no tiene otra opción. Para ello, la ayuda económica prevista, denominada “de acompañamiento” y cuya duración no podrá exceder de seis meses -aunque el compromiso de actividad se prolongue más en el tiempo-, sólo se concederá cuando el ciudadano acredite haber firmado el compromiso de actividad y que, con antelación de un mes mínimo, ha comenzado a realizar labores de búsqueda activa de empleo (denominado BAE en el texto de la norma). Labores que están expresamente descritas e identificadas en el art. 3.b) RD-L 16/2014. Por el contrario, si la causa de no haber comenzado a seguir el itinerario individualizado de empleo, radica en la inexistencia de su oferta por parte del SPE, nada se prevé que pueda hacer el desempleado para demostrar que no le es imputable esa carencia, aun incluso de arriesgarse a quedarse fuera del Programa.

La cuantía total de la ayuda de acompañamiento no superará en ningún caso el 80% del IPREM, y, como novedad absoluta, sí es compatible con la percepción de salario aunque en estos casos sufre penalización de un mes. Es decir, mientras que el desempleado puede recibir la ayuda durante seis meses, el desempleado que sea contratado mientras participa de este Programa, -junto a su salario- puede percibir la ayuda durante cinco meses dentro del tiempo que abarque su contratación. En estos últimos casos, se especifica que no todos los trabajadores pueden acogerse a este programa; para ello debe tratarse de servicios o trabajos prestados por cuenta ajena y en empresas del ámbito privado, en las que el empresario, durante este tiempo, descontará la cuantía de la ayuda económica del importe del salario que corresponda percibir al trabajador legal o convencionalmente. De igual modo, la ayuda de acompañamiento puede sumarse a otras reducciones o bonificaciones que, según la legislación vigente, le corresponda al trabajador en cuestión, si bien nunca podrá superarse el 80% del coste salarial anual del contrato de que se trate sin computar las cuotas a la Seguridad Social.

Resulta interesante subrayar aquí el *reparto de competencias* indicado en la norma, especialmente en lo que se refiere a los responsables del gasto en cada estadio del Programa de Activación. Así, mientras que al SPEE le corresponde la financiación de la ayuda económica de acompañamiento -art. 9.1 RD-L que se hará con cargo a la partida de los Presupuestos Generales del Estado correspondiente a la acción protectora por desempleo, los SPE Autonómicos se encargarán de la financiación del diseño, asignación y seguimiento del itinerario individual y personalizado de empleo, así como las acciones de inserción incluidas en el programa de activación para el empleo. En estos casos las comunidades autónomas utilizarán las cantidades procedentes del presupuesto de gastos del Servicio Público de Empleo Estatal que les sean asignadas como consecuencia de los criterios aprobados en la respectiva Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 2015. Aunque, además, podrán destinar recursos

Como corolario del Programa, se prevé, en el texto de la norma citada, la *evaluación* del grado de incidencia -en términos de eficacia y eficiencia- que las medidas en él incluidas hayan generado en el mercado de trabajo español. Para ello, si bien no se definen las técnicas o el iter procedural a seguir, al menos se determinan, en la DA 3^a, el momento y los actores a quienes corresponde tal valoración.

Antes de concluir esta parte del Informe, querríamos dedicar especial mención a la posibilidad de *exoneración a los empresarios* del pago del 100% de la aportación empresarial prevista en el art. 214.2 LGSS, en supuestos de fuerza mayor para favorecer el mantenimiento del empleo. Aunque su previsión queda relegada a la DA 4^a, podría resultar una herramienta muy valiosa -en términos de conservación de los índices de empleo- sí, permanentemente, formara parte del ordenamiento jurídico español. En concreto se trata de supuestos donde, debido al acaecimiento de catástrofes naturales imprevisibles o inevitables -provocando la destrucción de las instalaciones-, la empresa, previa resolución de la autoridad laboral, ha acudido a la suspensión de contratos o a la reducción de jornada. Alcanzar este beneficio conlleva cumplir una serie de requisitos relacionados con disponer del informe preceptivo de la Dirección Especial de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social solicitado por la Tesorería General de la Seguridad Social que acredite tal situación; que las empresas se hallen al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social; que las empresas, al tiempo de producirse el acontecimiento de carácter catastrófico, hubieran tenido asegurados los bienes; que las empresas se comprometan a realizar, mientras dure la exoneración, la reinversión necesaria para el restablecimiento de las actividades afectadas por la causa de fuerza mayor, y que las empresas se comprometan a mantener en el empleo, durante el año posterior a la finalización de la suspensión o reducción, al 100 por cien de los trabajadores afectados por la suspensión de contrato o la reducción de jornada, excluidos los trabajadores recolocados en otros centros de trabajo.

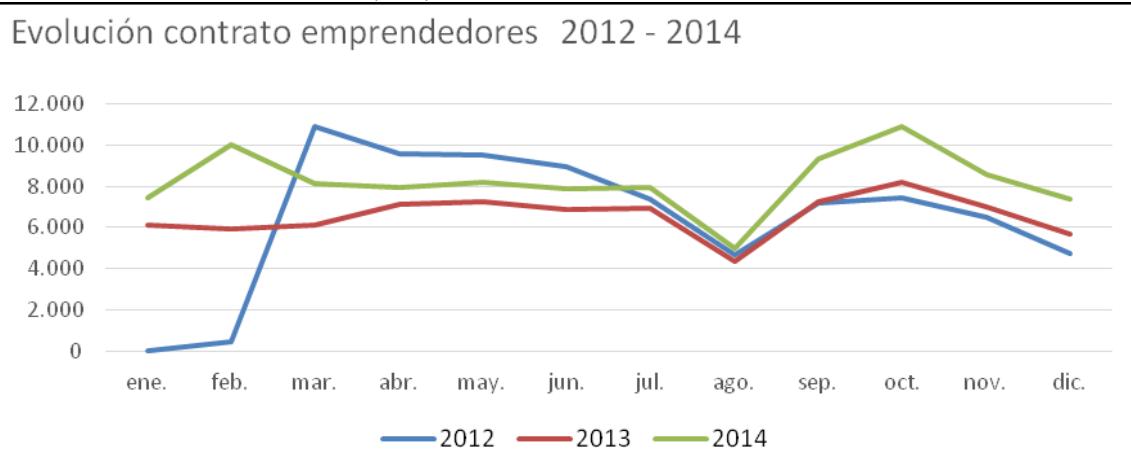
En cualquier caso, los empresarios que deseen acogerse a esta medida, cuya duración es de doce meses prorrogables por otros doce y en la proporción que la TGSS dicte, sólo podrán hacerlo si, por casualidad, la catástrofe sufrida ha tenido lugar a partir del 21 de diciembre de 2014, no pudiendo dejar transcurrir más de tres meses para presentar la solicitud.

6. Contrato indefinido de apoyo a emprendedores

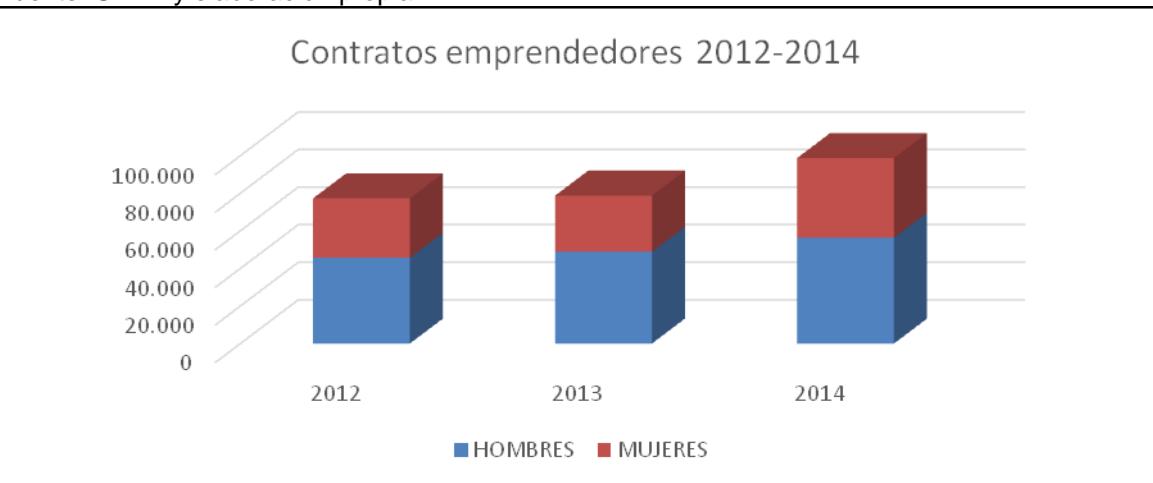
Como es conocido, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo ha dado una nueva vuelta de tuerca -esta vez, muy profunda- al sistema de relaciones laborales español con el fin de paliar los perniciosos efectos que sobre el empleo está desplegando la grave crisis económica que se padece. Teniendo en cuenta tal objetivo, se ha optado por la vía de proporcionar a quien tiene el poder de generar empleo, la parte empresarial, un horizonte de mayor seguridad jurídica y confianza, reforzando su capacidad decisoria en muchas y muy variadas situaciones laborales y proporcionándole mayores y muy sugerentes ventajas económicas. Y es que la intención del legislador reformista ha sido muy evidente: enviar un claro mensaje al empresariado español, consistente en animarle a contratar a cambio de ofrecerle interesantes perspectivas laborales, mayores posibilidades de realizar fuertes ajustes internos y también fáciles o más cómodas restructuraciones externas de su plantilla de trabajadores.

Al efecto, una de las medidas estrellas que incorporó el legislador en materia de contratación para intentar reactivar el empleo fue el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, contrato que -como también se sabe- únicamente pueden celebrar determinadas empresas, precisamente aquellas que cuenten con menos de 50 trabajadores en plantilla y que, además, no hayan adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses previo. Por lo demás, es éste un contrato que tiene como principal objetivo potenciar el empleo de ciertos colectivos especialmente vulnerables, como son los jóvenes, las mujeres y los mayores de 45 años y todo ello gracias a la técnica de las bonificaciones en la contratación y al establecimiento de ciertas obligaciones de mantenimiento del empleo para los empresarios.

Ciertamente, el comportamiento de este contrato a lo largo de los tres años de su vigencia ha sido cuando menos satisfactorio, llegándose a consolidar en el año 2014 y pudiendo afirmarse que con este contrato se ha creado empleo. De este modo, si se observan las gráficas siguientes, puede comprobarse cómo en el año 2014 el número de contratos celebrados ha sido claramente muy superior al del año anterior (en concreto, la variación ha sido del 25,4% respecto del año 2013, que a su vez había crecido un 1,9% respecto del año 2012). Y, además, también es interesante comprobar cómo se ha comportado la contratación bajo el punto de vista del género. Porque, aunque tanto la contratación de hombres como de mujeres se ha incrementado con respecto a la del año anterior, la contratación femenina ha aumentado exponencialmente, siendo la variación en el año 2014 de un 42% respecto del año 2013, donde la variación con respecto al año anterior fue de un -5,6%.



Fuente: SEPE y elaboración propia.



Fuente: SEPE. Elaboración propia.

Ahora bien, desde el estricto plano jurídico, si hay un aspecto de este contrato que ha suscitado controversia ha sido el de la excesiva duración de su período de prueba, problemática ésta a la que el Tribunal Constitucional ha venido a dar respuesta en sentencia 119/2014, de 16 de julio. El panorama, ateniendo al tenor literal del art. 4.3 Ley 3/2012, de 6 de julio, queda dibujado del siguiente modo: de fijarse una cláusula en el contrato que estipule un período de prueba, la duración del mismo será "de un año en todo caso", no el general que estipula el art. 14 ET, y ello con total independencia de la naturaleza de las actividades desarrolladas. Como no se ignora, mucho se ha discutido sobre la constitucionalidad de esta previsión, pues, atendiendo a cuáles sean las circunstancias del caso en concreto, puede resultar desproporcionado fijar un período tan dilatado de tiempo para comprobar la aptitud del trabajador y durante el cual -no se olvide- el empresario puede desistir del contrato sin alegar causa, sin preavisar y sin necesidad de abonar indemnización alguna. Ello, en extrema síntesis, se ha sostenido que no sólo vulneraría los arts. 14, 24.1, 35 y 37.1 CE, sino también determinadas previsiones internacionales, en concreto, el art. 4.2 del Convenio nº 158 de la OIT sobre

la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y el art. 4.4 de la Carta Social Europea.

Pues bien, a todas estas dudas de inconstitucionalidad ha dado solución, como se ha dicho, la STC 119/2014, de 16 de julio. En ella, se apuesta de forma tajante (si bien, con un voto particular) por la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad de la previsión normativa. El argumento, el que se explicitaba al comienzo: la clara intención del legislador de proporcionar instrumentos al empresario para incentivar la contratación y, en especial, la contratación estable. De este modo, se sostiene, con base, por lo tanto, en un criterio asentado en la especial coyuntura económica que se atraviesa, que es legítimo proporcionar a la parte empleadora un potente incentivo que reduzca las incertidumbres propias de adoptar la decisión de crear empleo. A partir de esta premisa - cuestionable por lo puramente economicista y no tanto jurídica-, defiende el Tribunal, a continuación, que la medida supera también el juicio de proporcionalidad, pues considera que existe un adecuado sacrificio entre la estabilidad en el trabajo del trabajador contratado y los beneficios que puede representar el alargamiento del período de prueba para el interés individual y colectivo del fomento y creación de empleo estable. Con todo, los magistrados, para que la medida salve de igual modo el juicio de razonabilidad, se cuidan de señalar que la discutida facultad de desistimiento empresarial durante el período de prueba está sujeta a importantes límites y condicionantes, como el carácter coyuntural del propio contrato (vigente hasta que la tasa de desempleo baje del 15%) y las significativas obligaciones que se imponen a la parte empleadora (mantenimiento del nivel de empleo y mantenimiento del trabajador en el puesto de trabajo) para recibir los beneficios económicos que este contrato reporta.

Por lo demás, y utilizando quizá un argumento que supone forzar en demasía la naturaleza del período de prueba, señala el Tribunal que su dilatada duración en el contexto que aquí se trata no contradice el mandato del art. 14 CE. Y ello porque, aunque ciertamente el legislador ha fijado un período de duración de un año para todos los trabajadores sin distinguir por su categoría o circunstancias, ello se encontraría más que justificado por el hecho de que el alargamiento del período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores no sólo cumpliría con su tradicional finalidad de permitir el mutuo conocimiento entre las partes, sino que, además y desde el punto de vista empresarial, contribuiría a medir la viabilidad económica y la sostenibilidad del puesto de trabajo ofertado y su mantenimiento en el tiempo.

Tampoco, en fin, contradiría la previsión normativa los arts. 37.1 y 24.1 CE. De un lado, porque considera el Tribunal, ligando argumentos precedentes, que lo deseado por el legislador al otorgar naturaleza de norma de Derecho necesario absoluto al art. 4.3 Ley 3/2012 en lo que se refiere a la duración del período de prueba habría sido que la

negociación colectiva no pudiera frustrar el objetivo de la creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través del contrato de apoyo a emprendedores. Y, de otro, porque, con todo, siempre quedaría garantizado el pleno acceso a la tutela judicial para impugnar decisiones empresariales de desistimiento del contrato durante el período de prueba no ajustadas a Derecho.

7. Novedades normativas en los contratos formativos

Las novedades legislativas del año 2014 de los contratos formativos se encuentran recogidas en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE 17 de octubre). Se trata de una ley que, además de avanzar algunas medidas de la reforma fiscal, recoge otras centradas en tres ejes fundamentales: a) el fomento de la competitividad y el funcionamiento eficiente de los mercados; b) la mejora del acceso a la financiación; y c) el fomento de la empleabilidad y la ocupación. Estamos en presencia de una «macro-ley», cuyo contenido se encuentra recogido en 162 páginas en las que se anuncia la recuperación económica en base a los datos económicos favorables del año 2014. Entre la variedad de regulaciones que incluye (por ejemplo, el régimen jurídico aplicable a los «drones» y a las actividades aéreas desarrolladas por estas singulares aeronaves), se encuentra la implantación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil (SNGJ), así como otras medidas para favorecer la ocupación.

El carácter novedoso de esta ley recae en el establecimiento de nuevas medidas para el fomento del uso de los contratos formativos contemplados en el art. 11 ET, cuando estos sean celebrados con personas beneficiarias del SNGJ, es decir, el colectivo de jóvenes no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación mayores de 16 años y menores de 25 (o menores de 30 años cuando se trate de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%) que puedan recibir una oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o período de prácticas tras acabar la educación formal o quedar desempleados. Se trata de un límite de edad máxima, razonable por otro lado, que ha tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato de trabajo, por lo que dicho límite puede sobrepasarse durante la vigencia del contrato, o incluso al formalizar su prórroga (STSJ Cantabria de 9 de septiembre).

Así, respecto al contrato de prácticas se establece una bonificación adicional hasta alcanzar el 100% de incentivo en las cotizaciones de la empresa a la Seguridad Social por contingencias comunes. Esta bonificación se aplicará a todas aquellas contrataciones que se efectúen hasta el 30 de junio de 2016. Y en el caso del contrato para la formación y el aprendizaje, se prevé que la cuantía máxima de las bonificaciones

inherentes a la actividad formativa se pueda elevar a través de la modificación de su regulación.

Otro aspecto novedoso lo encontramos en la declaración que recoge el compromiso de avanzar en la articulación de los mecanismos que incentiven que las empresas realicen el contrato para la formación y el aprendizaje, a través de la compensación de los costes inherentes a la formación oficial, así como los derivados de la necesaria tutorización del trabajador. La finalidad está muy clara, en cuanto que se pretende dar un impulso a estos tipos de contratos que permita la obtención de formación dual y experiencia laboral.

Por último, no solo se bonifica la cotización del trabajador contratado a través de esta modalidad, sino que se prevé la compensación adecuada de los costes formativos que asume una empresa que apuesta por contratar a un trabajador sin formación o con escasa formación y experiencia. Incluso se regula que los nuevos incentivos por conceptos formativos previstos para los trabajadores inscritos en la Garantía Juvenil se puedan aplicar para reducir las cotizaciones de otros trabajadores que tengan contratados la empresa.

En cuanto a la actividad formativa de esta modalidad contractual, el RD 1529/2012 establecía que cuando una misma empresa realizara estos contratos en más de una Comunidad Autónoma, correspondía al Servicio Público de Empleo Estatal la autorización del acuerdo para la actividad formativa, por lo que el seguimiento y evaluación de dicha actividad formativa sería realizada por el mencionado Servicio Estatal. Esta previsión fue declarada inconstitucional mediante STC 27/2014 tras un recurso presentado por la Generalitat de Cataluña. Finalmente, cabe mencionar que algunas de las reglas transitorias previstas en la DT de la Ley 3/2012, básicamente dedicadas al contenido de la actividad formativa y a su financiación, se han prorrogado para los contratos que se suscriban hasta el 31 de diciembre de 2015 (DT 7^a y 8^a Ley 3/2012, esta última modificada, entre otras, por DF 2^a RDL 16/2014).

Los últimos datos estadísticos publicados por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) en cuanto a cifras de contratación en los últimos seis años (2008-2014) demuestran que los contratos de formación han duplicado su importancia en la generación de nuevos empleos, y han aumentado un 54% a nivel nacional en términos absolutos. Este dato es importante, teniendo en cuenta que el total de contratos firmados en 2008 con respecto al mismo período de 2014 ha experimentado una disminución del 9% (período entre enero y mayo de 2008 en relación con el mismo período de 2014) según el informe Randstad 2008-2014 publicado el 25 de junio de 2014. En el año 2014 se ha registrado el mayor aumento de contratos indefinidos a menores de 25 años desde 2008, concretamente un 54,3% respecto a 2013, con 11.720 contrataciones más

(Análisis Randstad, 19/01/2015). Y, por lo tanto, dado que seis de cada diez contratos de formación se firman por profesionales con estudios secundarios, y un 27% dispone de estudios primarios, sería muy conveniente que los contratos de formación y aprendizaje promovidos internamente por la empresa tuvieran carácter indefinido, puesto que la empresa forma a un trabajador para que pueda desarrollar una carrera profesional dentro de ella. En otros casos, la temporalidad se debería mantener para aquellos otros contratos promovidos externamente, por ejemplo mediante convenio de colaboración con instituciones educativas (Observatorio económico -BBVA, Fundación Sagardoy- 13/11/2014). En cuanto al contrato en prácticas, por el contrario, no ha experimentado subida alguna, sino que ha pasado de los 62.793 del año 2008 a 48.481 en el año 2013 (Fuente SEPE, a noviembre de 2014). Esto puede ser debido a la puesta en marcha por las empresas de una política orientada a las prácticas no laborales dotadas de importantes bonificaciones a la Seguridad Social que permiten obtener, en su caso, un reclutamiento más flexible de titulados. Este sería el caso, por ejemplo, de la bonificación del 100% en la cotización a partir del 1 de agosto de 2014, en los supuestos de realización de prácticas académicas curriculares por los estudiantes universitarios y los estudiantes de formación profesional cuando medie alguna retribución, en su condición de personas asimiladas al alta a los efectos de su integración en la Seguridad Social (DA 25^a Ley 18/2014). No obstante, comenzando el año 2015 las perspectivas económicas son más esperanzadoras, por lo que cabe esperar que sean contratos que cubran la finalidad de su regulación: la formación práctica, en el caso de los contratos en práctica, y la formación teórica y práctica en el caso de los contratos de formación y aprendizaje cuyo componente formativo dote al trabajador de las necesarias competencias y habilidades profesionales para su conversión en contratos indefinidos.

8. Novedades normativas en materia de foros de competencia judicial internacional aplicables al contrato de trabajo en el “nuevo” Bruselas I o Bruselas I bis.

El 10 de enero de 2015 es la fecha de entrada en vigor del “nuevo RB I” o “RB I bis”, esto es el Reglamento (UE) nº 1215/2012 (DOUE L351, de 20 de enero de 2012), que sustituye al Reglamento (CE) nº 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que viene a modificar tanto las reglas sobre competencia judicial internacional como las de reconocimiento y ejecución de decisiones. Por lo que respecta a las primeras, sobre las cuales nos detendremos a continuación, podemos decir que han sido varias las reformas operadas y que afectan a la determinación del juez competente en los litigios derivados del contrato de trabajo plurilocalizado. De entre los cambios más significativos en este ámbito destacan, por orden de relevancia, fundamentalmente tres:

La primera y de mayor impacto por su novedad con respecto a la regulación anterior, viene constituida por la extensión de los foros en materia de trabajo ex art. 19.2 RB I a empresarios demandados domiciliados en un tercer Estado. En particular, el art. 21.2 del RB I bis señala que *“Los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b)”*.

En efecto, con la nueva redacción operada sobre el art. 21.2 RB I bis se posibilita que los trabajadores puedan demandar también a empresarios domiciliados en terceros Estados, aún cuando no posean sucursal, agencia o establecimiento en el territorio de algún Estado miembro, como acaecía con el régimen anterior contenido en el art. 18.2 RB I. Hasta el momento, esta facultad quedaba relegada, de acuerdo al art. 4.1 RB I a que el derecho interno de los Estados permitiera a los trabajadores demandar a empresarios domiciliados en terceros Estados, lo cual y a diferencia de nuestro caso, de acuerdo a lo estipulado en el art. 25 de la LOPJ, no siempre acaecía. Ahora bien, sin perjuicio de nuestra realidad interna, desde aquí se considera positiva la modificación realizada con respecto al régimen anterior, ya que este foro tendrá operatividad en los supuestos en los que las normas internas de otros Estados miembros no protegieran convenientemente a los trabajadores empleados por empresa de un tercer país para prestar servicios en el territorio de la UE.

Por lo que atiene a la posibilidad de demandar a un empresario situado en un tercer Estado, la norma exige que exista un estrecho ligamen entre el procedimiento laboral internacional y el territorio de la UE, lo cual se producirá en el marco de los contratos de trabajo cuando la empresa domiciliada en un tercer Estado haya asumido la prestación de servicios del trabajador en algún territorio de la UE, esto es, desenvuelvan su actividad laboral habitual en o desde el territorio europeo para la empresa situada en un tercer país, pero también cuando no dándose esta circunstancia, el trabajador haya sido empleado en un establecimiento situado en la UE, de acuerdo a lo establecido en el art. 21.2 RB I bis.

La segunda de las novedades que presenta el nuevo RB I y que tiene por objeto mejorar las condiciones de acceso a la justicia por parte de los trabajadores demandantes queda contenida en el art. 20.1 del nuevo RB I o RB I bis, por cuanto que viene a corregir la jurisprudencia dictada por el TJ a propósito del foro de conexidad contenido en el asunto C-462/06, Glaxosmithkline, de 22 de mayo de 2008. Pues bien, lo que el actual Reglamento del año 2012 recoge en su art. 20.1. in fine es la remisión al art. 8.1 del mismo, que regula el foro de pluralidad de demandados, de tal manera que a partir de ahora se faculta a los trabajadores para que puedan demandar a ambos empresarios ante los tribunales del domicilio de cualquiera de ellos. Este resultado es

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
sumamente positivo, ya que se trata de un foro cuyo alcance y operatividad en el marco de litigios derivados de contratos de trabajo plurilocalizados es enorme, sobre todo cuando el demandado/s es un grupo de empresas o en los supuestos de intermediación en la figura del empresario.

Finalmente, la última de las novedades se refiere a la prórroga de competencia o sumisión tácita contenida en el art. 26.2 nuevo RB I o RB I bis), que establece la obligación del órgano jurisdiccional que conozca del asunto y con anterioridad a asumir su competencia de informar al contratante débil en relación con su derecho a impugnar la competencia tácita y las consecuencias que conlleva el que éste comparezca o no ante el tribunal en cuestión. Se trata de una mejora sensible con respecto a la redacción anterior, máxime teniendo en cuenta que la sumisión tácita se puede realizar a favor de un tribunal ajeno a la relación laboral y, en consecuencia, no demasiado beneficioso a los intereses del trabajador. A lo anterior debemos añadir que la obligación de informar establecida en la norma es positiva, ya que para este tipo de supuestos no se establece ninguna previsión protectora para el contratante débil, como sí acaece en los supuestos de sumisión expresa.

9. Breve panorámica sobre las bonificaciones a la contratación.

Ya desde el estallido de la crisis financiera global, quedó patente, una vez más, que la principal vulnerabilidad de la economía española se manifiesta en la imposibilidad de contener, mínimamente, los niveles de empleo ante las situaciones de recesión. Así, desde el año 2008, la tasa de desempleo en nuestro país ha ido creciendo paulatinamente hasta estancarse en los alarmantes porcentajes actuales. Además, destaca, en este sentido, cómo ante las situaciones de crisis económica, España sufre el vertiginoso aumento de los niveles de desempleo con una intensidad muy superior a la del resto de nuestro entorno político.

Dada la enorme repercusión de esta realidad, tanto en el plano social como en el económico, se hace necesario un esfuerzo proporcional en materia de inversión pública para corregir tal desequilibrio. Lo que nos conduce al fomento del empleo y las políticas activas. Terreno en el que, a su vez, ocupan un lugar primordial las bonificaciones a la contratación; que han sido objeto de diversas innovaciones y modificaciones a lo largo de estos últimos años.

Como se sabe, la incidencia del desempleo se focaliza en determinados colectivos; lo que provoca que estas medidas vayan dirigidas, especialmente, a los grupos de población con mayores dificultades para retornar al mercado de trabajo. Algo que se aprecia muy gráficamente en el ya célebre contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, que tras la reforma laboral de la Ley 3/2012 vino a sustituir al ya extinto

contrato para el fomento de la contratación indefinida. Y es que a través de este contrato se prioriza el empleo de trabajadores pertenecientes a los colectivos que, clásicamente, se han identificado como de mayor vulnerabilidad en el mercado de trabajo: jóvenes, en este caso los menores de 30 años; mayores de una determinada edad, concretamente de más de 45 años; y, en cualquier caso, las mujeres.

Pero de todos estos colectivos especialmente vulnerables, el que más ferozmente ha sufrido, y sigue sufriendo, los devastadores efectos de la crisis es el de los jóvenes. Durante estos años, la tasa de desempleo juvenil en España no ha dejado de oscilar entre el 50-55%. La brutalidad de la cifra simplemente nubla cualquier tipo de valoración al respecto. Sobre todo, si se comparan semejantes parámetros con los del entorno europeo, en el que la tasa de desempleo juvenil no rebasa el 20-25%. Lo que supone que España, cuanto menos, dobla los indicadores comunitarios.

Pues bien, con el objetivo de arrojar algo de luz sobre este desolador panorama, la Ley 11/2013, de 26 de julio, programa una serie de contratos bonificados, especialmente diseñados para estimular la contratación de jóvenes trabajadores. A lo que dedica por completo su capítulo III, dentro del que encontramos hasta seis modalidades contractuales bonificadas. En primer lugar, el art. 9 de la citada Ley prevé que los contratos a tiempo parcial con vinculación formativa, celebrados con jóvenes desempleados menores de treinta años, conllevarán, durante un máximo de doce meses, una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes de entre el 100% y el 75%, dependiendo de que la empresa tenga, o no, una plantilla superior a doscientas cincuenta personas. A continuación, el art. 10 impulsa la contratación indefinida, siempre de jóvenes desempleados de menos de treinta años, por parte de las microempresas y los empresarios autónomos. En concreto, se prevé que dichas contrataciones indefinidas lleven aparejada una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes del 100% durante el primer año de contrato, exigiéndose como requisito fundamental que la empresa o trabajador autónomo en cuestión tenga, como máximo, nueve trabajadores en el momento de celebración del contrato. Particularmente innovadora resulta la figura recogida en el art. 11 de la Ley 11/2013, que plantea un auténtico tandem en el que las características de los trabajadores de más edad y los jóvenes se complementan. Y para ello la Ley alienta a los trabajadores autónomos menores de treinta años y sin trabajadores asalariados a que contraten de forma indefinida a desempleados de cuarenta y cinco o más años, lo que les reportaría una reducción del 100% de todas las cuotas empresariales a la Seguridad Social. Así, se pretende que las fortalezas de uno suplementen las debilidades del otro y viceversa; de forma que la sinergia entre el ímpetu del joven y la experiencia del veterano garantice, o al menos favorezca, el éxito

del proyecto. La figura contenida en el art. 12 difiere ligeramente de las anteriores, pues aunque también se impulse la contratación de los jóvenes, el incentivo ofrecido a las empresas no tiene ya un contenido económico, sino más bien institucional o normativo. Concretamente se dispone que las empresas podrán celebrar, con los desempleados menores de treinta años sin experiencia laboral, contratos de trabajo regidos por el art. 15.1.b) ET. Es decir, contratos eventuales por circunstancias de la producción. Pero sin exigir que concurran las circunstancias objetivas que, con carácter general, permiten la celebración de este tipo de contratos temporales. Por lo que, en este caso, la ventaja obtenida por la empresa no es la reducción de unos determinados gastos, sino la posibilidad de acceder a la contratación temporal aun cuando no concurriese la consabida causalidad, exigida ordinariamente. Por su parte, el art. 13 contempla una reducción del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social en los supuestos de celebración de un contrato en prácticas, del art. 11.1 ET, con menores de treinta años. Y, por último, el art. 14 se dirige a regular las ventajas que obtendrán las entidades de economía social que incorporen a desempleados menores de treinta años, ya sea como socios trabajadores o de trabajo o, en caso de jóvenes en situación de exclusión social, como asalariados por tiempo indefinido. En fin, debe destacarse que en todas estas medidas destacan ciertos rasgos comunes, como la exigencia de no haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los meses anteriores o mantener el nivel de empleo en la empresa durante un cierto tiempo tras la celebración de estos contratos; o una vigencia supeditada a que la tasa nacional de desempleo se mantenga por encima del 15%.

También cabe resaltar, entre las medidas de fomento del empleo adoptadas recientemente, la creación de una auténtica tarifa plana de cotizaciones sociales reducidas que favorezca la creación de empleo estable. Es de sobra conocido que uno de los principales retos en materia de empleo es el de incrementar los índices de estabilidad en el mercado de trabajo, lastrado por una tasa de temporalidad de hasta el 27%. Y con el objetivo de avanzar en la consecución de estos fines, el RDL 3/2014, de 28 de febrero, establece que las empresas, con independencia de su tamaño, que celebren contratos de trabajo de duración indefinida entre el 25 de febrero de 2014 y el 31 de marzo de 2015⁸, disfrutarán de una cuota empresarial por contingencias comunes de 100 euros mensuales; con independencia de las bases de cotización correspondientes. En los casos de que el contrato se celebre a tiempo parcial, la cuota a ingresar bajaría hasta los 75 o 50 euros, dependiendo de que la jornada pactada

⁸ Originariamente, el RDL 3/2014 circunscribía la tarifa plana reducida en las cotizaciones sociales a las contrataciones celebradas entre el 25 de febrero de 2014 y el 31 de diciembre de 2014. Sin embargo, el RDL 17/2014, de 26 de diciembre, prorroga la medida para los contratos celebrados entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2015.

llegase al 75% o el 50% de la de un trabajador a tiempo completo comparable. Según programa el texto legal, tales cuotas se prorrogarán durante un periodo de veinticuatro meses, contados a partir de la fecha de celebración del contrato. Aunque a la finalización de este lapso de tiempo las empresas de menos de diez trabajadores podrán tendrán derecho a un reducción del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes durante otros doce meses. En fin, en consonancia con lo que suele ser habitual en este tipo de medidas, las bonificaciones quedan supeditadas a que la empresa mantenga el nivel de empleo durante los 36 meses sucesivos a la celebración del contrato, previendo además la norma los distintos porcentajes a reintegrar en función del momento en el que se quebrantase esta obligación.

En fin, también son destacables las bonificaciones a la contratación previstas para la conversión en indefinidos de los trabajadores provenientes de las ETT, contenidas en la Ley 11/2013 y el RDL 16/2013. O las referidas a la prolongación de la actividad de los trabajadores fijos-discontinuos en los sectores del turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería, programadas por la propia Ley 22/2013 de Presupuestos Generales. Y, muy especialmente, todas aquéllas bonificaciones relacionadas con el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, creado conforme a la Recomendación de la UE de 22 de abril de 2013 por la Ley 18/2014. Que, entre otras medidas dirigidas a la inserción laboral de los jóvenes, también incluye distintas bonificaciones para la contratación de trabajadores de este colectivo.

Como puede observarse, en el panorama jurídico actual existe una enorme diversidad de contrataciones bonificadas, cuyo único objetivo es el estímulo del empleo. La cuestión que siempre debe plantearse al hilo de estos instrumentos es si, al margen de su oportunidad, pueden combatir verdaderamente la severa situación del mercado de trabajo al margen de la marcha de la propia economía.

IV. VICISITUDES EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1. Introducción

El año 2014 se ha caracterizado, en esta materia, por su estabilidad legislativa, sin cambios en el régimen de los despidos colectivos y reestructuraciones. A nivel judicial, se ha producido la consolidación de interpretaciones judiciales de cuestiones ya abordadas en años anteriores y la aparición de nuevas cuestiones. Así, por ejemplo, la doctrina judicial ha recordado el significado de la buena fe negocial o el valor de la no aportación de la documentación requerida *ex lege* en la tramitación de los despidos colectivos, y se ha pronunciado por primera vez respecto a otros asuntos tales como la consideración de grupo de empresas en aquellos casos en los que la matriz es

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
extranjera, cómo operan las exigencias documentales en casos de empresas integradas en el sector público, la posibilidad de acordar despido objetivo sobre aquellos trabajadores que tienen su contrato de trabajo suspendido en virtud de un ERE previo que obedece a las mismas causas que el despido o si es posible que el empresario se autoatribuya la consideración de grupo de empresas a efectos laborales en el momento de iniciar el despido colectivo, entre otros problemas.

Así pues, este informe pretende destacar algunas de las novedades más importantes a nivel judicial, tarea que se efectúa a través de la selección de aquellos pronunciamientos de mayor relevancia jurídica en los principales ámbitos relativos a las vicisitudes en el contrato de trabajo, esto es, despidos colectivos, extinciones por causas objetivas y reestructuraciones empresariales.

2. Requisitos formales en la extinción del contrato de trabajo

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero analizó el alcance del requisito previsto en el art. 53.1.b ET, valorándose si la puesta a disposición de la indemnización días después de la entrega de la carta de despido debe dar lugar a que éste sea declarado improcedente. En este caso, el ingreso del importe de la indemnización en la cuenta del trabajador se produce 5 días después de la fecha del cese. La doctrina aplicada por el órgano jurisdiccional se mantiene en los mismos términos ya resueltos en otras ocasiones⁹, y se sintetiza en una interpretación literal del art. 53.1.b ET, afirmando que no puede existir desfase alguno entre la simultaneidad de la puesta a disposición de la indemnización y la entrega de la carta de despido. Además, afirma la imposibilidad de retrasar el pago de dicha indemnización a la fecha de eficacia del despido. La consecuencia jurídica que se impone en tales casos es la calificación de la improcedencia del despido por infracción de los requisitos formales previstos para la extinción por causas objetivas ex art. 122.1 LRJS.

En materia de incumplimientos de obligaciones documentales en el marco de despidos colectivos, existen algunos pronunciamientos que merecen especial atención. La primera de ellas es la STS de 18 de febrero, que analiza cómo afecta a la obligación de negociar de buena fe el hecho de no entregar a los representantes de los trabajadores en el período de consultas la contabilidad real (contabilidad "B") de las empresas integrantes del grupo de empresas. Para el Tribunal, esta conducta omisiva tiene una trascendencia de gran entidad, pues la representación legal de los trabajadores no pudo conocer la contabilidad real de la empresa, y se impidió que pudiera decidirse sobre la *idoneidad, adecuación y proporcionalidad de la medida*

⁹ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 09-07-2013 (Rec. 2863/12)

extintiva propuesta. De esta forma, se confirmó la declaración de nulidad del despido ya que no se produjo una verdadera negociación.

Otra sentencia significativa en esta materia es la dictada por el Tribunal Supremo el mismo día que la anterior, que aborda los documentos exigibles cuando se trata de una Sociedad Anónima de Titularidad pública. En este sentido, dos son las aportaciones de interés de esta sentencia. La primera de ellas se centra en la exigencia de los criterios de designación de los trabajadores afectados por los despidos en la comunicación escrita ex 51.2.e ET, afirmando el Tribunal que dicho requerimiento se ha de valorar en relación a la dimensión de la empresa y el número de trabajadores que pretenden ser despedidos. En segundo lugar, el Tribunal sostiene que las exigencias de aportación documental en aquellos despidos colectivos realizados por empresas integradas en el sector público (art. 3 LO 2/2012), que no son técnicamente administración pública, serán las mismas que las previstas para empresas de capital íntegramente privado en virtud de la disposición adicional 20 párrafo primero ET. De esta manera, *no hay entonces previsión legal alguna para que se aporte una documentación de ajuste presupuestario o plan de reequilibrio*, sin perjuicio de que puedan valorarse de forma general *principios de prevención o corrección que se contienen en la normativa de estabilidad presupuestaria*.

Continuando en esta línea, merece especial atención la STS de 26 de marzo, que somete a debate la determinación de la naturaleza jurídico del ente público demandado y la legitimación del mismo para instar expediente de despido colectivo, incluyendo como motivos que justifican la impugnación de la decisión extintiva *el incumplimiento del requisito de aportar junto con la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas la documentación recogida en el art. 4 del RD 1483/12, la falta de buena fe en el periodo de consultas, el incumplimiento del requisito de indicación de los criterios para la selección de trabajadores afectados por la extinción colectiva de contratos, la falta de suscripción de un convenio especial con la seguridad social para los trabajadores mayores de 55 años, el incumplimiento de la regla de permanencia en las empresas del personal laboral fijo y defectos en el Plan de recolocación externa elaborado por la entidad pública*. Sin embargo, las consideraciones de mayor interés se centran en el análisis que se efectúa en relación al control judicial de la causa. La sala afirma que *la situación económica negativa no puede operar de forma abstracta* y sostiene que la justificación del despido económico tiene que realizarse a través de tres pasos: 1º) *Acreditar la existencia de una situación económica negativa; 2º) Establecer el efecto de esa situación sobre los contratos de trabajo, en la medida en que aquélla provoca la necesidad de amortización total o parcial de los puestos de trabajo y 3º) Mostrar la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.* En este sentido, se traslada la doctrina fijada para las modificaciones

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438
 sustanciales¹⁰, señalando que corresponde a los Tribunales *comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial*, lo cual no debe confundirse con *fijar la medida «idónea», ni censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial*. Se trata, pues, de analizar la adecuación de la medida conforme al Standard de un buen comerciante, tal y como se había efectuado antes de la reforma de 2012.

Además de la incertidumbre derivada de la documentación a aportar durante el periodo de consultas, otro problema recurrente es el de determinar cuándo las partes han negociado ateniéndose al principio de buena fe exigido. Diversos pronunciamientos judiciales han tenido la oportunidad de abordar esta cuestión. La SAN de 28 de marzo declara adicionalmente la nulidad del despido colectivo porque la dirección de la empresa no se acomodó a la buena fe exigida durante la negociación. Ello puede deducirse porque la empresa sostuvo que los cuarenta y dos despidos planteados por la dirección de la empresa eran innegociables, salvo que los representantes de los trabajadores aportaran alguna propuesta alternativa que permitiera reducir costes operativos. Sin embargo, aunque la representación de los trabajadores aportó soluciones alternativas, siempre fueron rechazadas. Sin previo aviso, una vez constatado el desacuerdo con los representantes de los trabajadores, la empresa comunicó a la autoridad laboral su decisión definitiva reduciendo en quince los afectados por la extinción colectiva. Ello se hizo sin razonar de qué manera haría frente la empresa a su situación económica negativa y sin que se aportara una nueva propuesta para reducir los costes operativos. Todo ello, permite a la Audiencia Nacional inferir que la empresa no negoció de buena fe.

La STS de 21 de mayo también declara la nulidad de un despido colectivo por el incumplimiento empresarial de negociar de buena fe durante el periodo de consultas. En este caso, la Sala analiza la posición de la representación de los trabajadores, que *propuso medidas alternativas conducentes a mitigar las consecuencias dañosas de los despidos* y la postura empresarial, la cual no varió ni un milímetro en toda la negociación, *limitándose a exponer su posición inamovible, sin efectuar concesiones u ofrecer otras opciones*. La conclusión a la que conduce tal comportamiento es el mantenimiento de la nulidad del despido efectuado.

Otro pronunciamiento de interés es la STS de 17 de julio, que aborda el alcance del control judicial de la decisión empresarial y la exigencia de los criterios de selección de trabajadores en el marco de despidos colectivos. La Sala justifica, en base a diversos

¹⁰ Véase Sentencia del Tribunal Supremo 27-01-2014 (rec. 100/2013)

preceptos de orden internacional, constitucional y común¹¹, la necesidad de un juicio de razonabilidad de la decisión, interpretando así que no procede *limitar el control judicial a la exclusiva apreciación de la concurrencia de la causa como simple dato fáctico justificativo de la medida extintiva*. En este sentido, se recuerda la triple proyección del juicio de razonabilidad, y se sostiene que *aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores* se calificarán como irrazonables, atendiendo a que en tales casos nos hallaríamos ante una decisión empresarial contraria a la buena fe. Paralelamente, el Tribunal pone de relieve la importancia de la buena fe negocial en la determinación de los empleados afectados por la medida extintiva, entendiendo que la existencia de criterios de selección genéricos queda salvada si existe una verdadera negociación en la elección de los afectados.

Finalmente, debe destacarse la SAN de 28 de marzo, que se pronuncia sobre dos cuestiones de interés: a) la posibilidad de que el empresario pueda desistir de un procedimiento de despido colectivo por causas productivas y organizativas en el cual no presentó el informe técnico requerido *ex art. 5.2 RD 1483/2012*, y a continuación, pueda iniciar en la misma fecha un nuevo despido colectivo por causas económicas; y, b) las consecuencias en caso de que la empresa no aporte los documentos exigidos legal o reglamentariamente.

Sobre la primera de ellas, se considera que si bien se trata de una conducta incoherente, dicha actuación no constituye manifestación de mala fe, y añade que la falta de coherencia no constituye una causa de nulidad del despido colectivo. La Audiencia Nacional recuerda que la decisión de despedir por una u otra causa es una facultad empresarial, y considerando que la reducción de causas reduce los motivos para justificar el despido colectivo, descarta que promover el despido por causa económica, cuando inmediatamente antes se hizo por causas productivas, organizativas y económicas, constituya causa de nulidad del despido por fraude de ley.

En segundo lugar, se analiza qué consecuencias genera la no aportación de las cuentas provisionales al inicio del periodo de consultas, habiéndose reclamado éstas expresamente. La representación de los trabajadores defiende que existió una infracción del art. 4.2 RD 1483/2012, incumplimiento que el tribunal modera atendiendo a una interpretación finalista de las exigencias documentales. La Audiencia Nacional señala que no todo incumplimiento en la aportación de la documentación prevista en el art. 51.2 ET y el RD 1483/2012, de 29 de octubre, debe suponer la declaración de nulidad del despido colectivo. Solo derivará la nulidad cuando la falta de aportación de la

¹¹ Concretamente, los arts. 4 y 9 del Convenio nº 158 OIT, art. 35 C.E., art. 5.1 LOPJ y art. 7.1 C.C.

documentación impida a los representantes de los trabajadores hacerse una composición de lugar fiable de la situación de la empresa y negociar con todos los elementos necesarios. En este sentido, se recuerda que dicha obligación se concreta en la transmisión de información pertinente a la representación legal de los trabajadores que permita formular propuestas constructivas, y sostiene que *si la empresa no aporta la documentación, exigida legal o reglamentariamente, le corresponderá acreditar que la omisión de documentación no ha impedido que el periodo de consultas alcance sus fines*. Debe señalarse que los hechos del caso conducen a la Audiencia Nacional a declarar la nulidad del despido colectivo, pues la empresa no justificó la imposibilidad de confeccionar las cuentas provisionales al inicio del periodo de consultas e impidió que el periodo de consultas alcanzase sus fines, pero conviene dejar apuntado que sólo aquel incumplimiento de documentación legal trascendente e injustificada dará lugar a la nulidad del despido colectivo. De esta manera, documentos exigidos legal o reglamentariamente podrán no ser aportados siempre y cuando se justifique la no afectación a la finalidad del periodo de consultas.

3. Procedimiento de despido colectivo

El procedimiento de despido colectivo ha propiciado algunos interesantes pronunciamientos judiciales durante el año 2014 en materias fundamentales como la determinación del empresario real, la legitimación de los sujetos intervenientes en el periodo de negociaciones, los límites a los acuerdos suscritos entre el banco social y la dirección de la empresa, y, finalmente, las normas procesales que rigen la impugnación del despido colectivo.

La STS de 28 de enero analiza la compleja delimitación del empresario real en empresas o grupos de empresas transnacionales. La sentencia debe conocer el despido colectivo de dieciséis trabajadores en una empresa con sede en España, pero participada al 100% por una matriz japonesa. Es la matriz la que marca las estrategias de la filial española, que carece de directivos propios. Además, la empresa principal facilita la financiación de la sucursal, que siempre se ha financiado mediante préstamos internos sin tener que recurrir a financiación externa. La selección de los contratos a extinguir implica que el 92% de los afectados pertenezcan a un sindicato minoritario en la mercantil, lo que supone la pérdida del 44% de sus afiliados en la empresa, mientras que ningún trabajador del sindicato mayoritario, con el 86% de la representación, se ha visto afectado. Los hechos sucintamente resumidos constituyen, en opinión del Tribunal, una prueba indiciaria de la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, frente a la cual la dirección de la empresa no ha logrado aportar ningún elemento que permita entender que su actuación estuviera motivada por motivos ajenos a dicha vulneración.

La responsabilidad derivada de la infracción queda limitada a la mercantil española. El Tribunal Supremo, a la vista de la rectificación de la jurisprudencia tradicional sobre los grupos de empresas mercantiles y laborales acontecida mediante la sentencia de 27-05-2013 (Rec. 78/2013), declara que los elementos presentes en el caso son definitorios de la existencia de un grupo de empresas, concepto único para todo el ordenamiento, pero no permiten derivar efectos adicionales dentro del ámbito laboral. Es decir, el Tribunal Supremo entiende que la ausencia de una confusión patrimonial y de plantillas impide la condena solidaria de ambas mercantiles.

El problema de la argumentación, sostenida por el Tribunal Supremo, es que dificulta enormemente el reconocimiento de grupos de empresas transnacionales a efectos laborales cuando estos solo tienen una empresa en nuestros país. Muy difícilmente podremos encontrar en empresas localizadas en diferentes Estados el preceptivo requisito de la confusión de plantillas. La imposibilidad de aplicar la jurisprudencia sobre la existencia de grupos de empresas a determinados grupos transnacionales, aquellos que gestionan sus filiales como meras sucursales sin que lleguen a concurrir los requisitos marcados por el Tribunal Supremo para reconocer efectos laborales, no significa que los trabajadores queden desprotegidos en los mismos. La propia sentencia incorpora un voto particular discrepante que aporta una interpretación legal para tutelar los derechos e intereses de estos trabajadores.

Los magistrados que lo suscriben recurren a la teoría del levantamiento del velo como mecanismo para identificar al empresario real. El argumento que defienden los magistrados discrepantes es que la filial carece de la autonomía característica de una empresa y que la matriz es el verdadero empresario. En definitiva, la matriz sería el empresario real para el que prestan sus servicios los integrantes de una única empresa troceada artificialmente en varias personas jurídicas. Por tanto, matriz y filial deberían haber sido condenadas solidariamente a soportar los efectos de la declaración de nulidad del despido.

El mismo razonamiento es defendido con anterioridad por la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de enero. También en este caso la empresa filial del grupo, que deseaba ejecutar el despido colectivo, carece de directivos propios; era dirigida, como el resto de filiales del grupo, por un comité directivo dependiente exclusivamente de la matriz; la empresa principal daba servicios de soporte relacionados con recursos humanos, control administrativo de crédito a clientes, servicios de gestión financiera, asesoramiento legal, etc. La Audiencia sostiene que, aunque no se haya acreditado la confusión de plantillas y la confusión patrimonial entre matriz y filiales, debe declararse la nulidad del despido colectivo porque el periodo de consultas se atendió con la filial, empresario apparente, y no con la matriz, empresario real. Es decir, la Audiencia entiende

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
que el periodo de negociaciones no se acomodó a lo previsto en el art. 51.2 ET, en la medida en que este no se produjo entre el empresario real y los representantes de los trabajadores. La aplicación de la teoría del velo, cuando no concurren los elementos necesarios para derivar efectos laborales de un grupo de empresas, pero sí podemos constatar que la dirección de la filial se realiza desde la matriz, permite a los tribunales establecer la responsabilidad solidaria de la empresa principal. No obstante, la responsabilidad no se extenderá al conjunto del grupo, en la medida en que este no participe de la toma de decisiones.

Al contrario de los casos anteriores, varios pronunciamientos (SSTS de 18 de marzo y 25 de junio) analizan un supuesto en el que es el grupo de empresas en su conjunto, no la filial aparente, el que decide iniciar el procedimiento de despido colectivo. Ello sin duda genera interesantes interrogantes. El principal es que, sorprendentemente, el grupo de empresas no aparece como un sujeto legitimado para instar la extinción colectiva. El Tribunal Supremo ha sostenido de forma reiterada que el grupo de empresas con efectos laborales, que reconoce de forma pacífica su condición, es el espacio adecuado para que se constituya la comisión negociadora. En la negociación grupal se produce un claro incremento de la información para los representantes de los trabajadores de tal suerte que redunda un su beneficio.

En cuanto a la ejecución del despido colectivo en fraude de ley y sus consecuencias, son de gran relevancia la serie de sentencias del Tribunal Supremo que abordan la extinción colectiva de los contratos de todos los trabajadores de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (en adelante UTEDLT): 2 SSTS de 17 de febrero (Rec. 142/2013 y 143/2013), de 18 de febrero (151/2013) y 19 de febrero (Rec. 150/2013). Las UTEDLT son entidades de derecho público que gozan de personalidad jurídica propia, promovidas y participadas por la Junta de Andalucía, a través del Servicio Andaluz de Empleo, y por entidades locales. El problema surge cuando a partir de finales de 2012, tras una reducción de casi el 90% de la subvención proveniente de fondos estatales, el SAE no puede seguir cofinanciando los UTEDLT. La normativa autonómica de aplicación contemplaba que, en caso de disolución de los UTEDLT, el SAE, reconvertido en una Agencia de régimen especial, se subrogaría en todas sus relaciones, incluidas, por supuesto, los contratos laborales. Las UTEDLT en lugar de optar por su disolución, sin coste alguno para las Unidades, optaron por la extinción de los contratos laborales, con el coste en indemnizaciones que ello conlleva, con el único objetivo de evitar la normativa que imponía la subrogación del SAE en los contratos del personal de las UTEDLT. El despido colectivo se tramitó, por tanto, en fraude de ley, con el único objetivo de evitar la normativa aplicable, y corresponde declararlo nulo.

Asimismo, la SAN de 21 de abril examina la calificación que merece el despido colectivo que no respeta las garantías convencionales que impedían a la empresa incoar un Expediente de Regulación de Empleo. Sin perjuicio de que el marco jurídico en el que se inserta esta decisión se incardina en el anterior a la reforma laboral de 2012, consideramos relevante destacar que el tribunal sostiene la anulación de las resoluciones administrativas por incumplimiento de las condiciones previstas en las citadas disposiciones convencionales, en virtud de que *los Convenios Colectivos tienen plena fuerza vinculante entre las partes que los han suscrito, de modo que vienen a constituir la norma más directa y específica que regula las relaciones jurídico-laborales existentes entre ellas*. Esta doctrina supone que, tal y como señala la sala, la empresa debió acudir a lo dispuesto en el art. 82.3 ET que prevé el mecanismo de inaplicación de lo dispuesto en el Convenio Colectivo.

Tiene interés también la SAN de 16 de mayo, que analiza si la incorrecta composición del banco social en las negociaciones de un despido colectivo debe derivar responsabilidades a la dirección empresarial. La sentencia estima que en la medida en la que el empresario no participara en la determinación de los miembros del banco social, si esta composición se hiciera incorrectamente, ello no podrá suponer la declaración de nulidad del despido colectivo. La sentencia, además, incluye otras interesantes cuestiones. En primer lugar, analiza qué representantes sindicales pueden impugnar el despido colectivo al amparo del art. 124.1 LRJS. La función de los sindicatos es velar por la defensa de los intereses de los trabajadores afiliados, pero ello no debe convertirlos en guardianes abstractos de la legalidad. Por tanto, la Audiencia Nacional interpreta que la implantación suficiente, de la que habla el art. 124.1 LRJS, será el porcentaje de representantes necesarios para poder ocupar uno de los 13 puestos que como máximo puede tener la comisión negociadora. El pronunciamiento también aborda el siempre problemático acuerdo para diferir en el tiempo el abono de las indemnizaciones legales en un despido colectivo. En sede judicial, solo puede ratificarse ese acuerdo si concurren y se demuestran las condiciones por las que la empresa no pudiera abonar las indemnizaciones correspondientes. La ausencia de información completa y veraz determina la calificación de no ajustada a derecho del pago diferido de la indemnización en su cuantía legal, no así en las cantidades que superen los límites legales. Similar razonamiento sirve también para calificar como no ajustado a derecho la división en el tiempo durante 3 años de los despidos que se califican como necesarios durante el trámite del despido colectivo, sin aportar ningún criterio justificativo de dicha decisión. Es cierto que el legislador no ha fijado ningún plazo en el que el empleador deba ejecutar los despidos acordados, no obstante, la obligación de que concurra causa en el despido colectivo actúa como límite a la posibilidad de aplazar las extinciones. Dicho de otro

modo, si en la fecha de despido existe una causa económica y/o productiva para despedir al número de trabajadores acordados y no se ofrecen criterios organizativos para prolongar los despidos hasta tres años después, queda demostrado que nos son necesarios para conjugar la causa objetiva en la actualidad, por lo que hoy carecen de justificación. Sin prejuzgar si en un futuro la tendrán.

Finalmente, pueden resaltarse dos pronunciamientos judiciales relativos a la impugnación del despido colectivo. El primero, la STS de 18 de marzo, analiza si la comisión ad hoc, nombrada por los trabajadores ante la ausencia de representantes, está legitimada para impugnar la decisión colectiva del empleador. El Tribunal entiende que la comisión debe ser incluida entre el concepto de representación legal de los trabajadores que maneja el art. 124.1 LRJS. Lo contrario impediría la impugnación colectiva de las decisiones empresariales extintivas de carácter colectivo en las empresas o centros que carecen de representación legal o sindical. Ello supondría no solo vaciar el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores, sino que desvirtuaría el periodo de consultas, pues planearía sobre la negociación la amenaza de que de no llegar a un acuerdo la decisión devendría irrevocable, salvo las acciones individuales, las cuales tienen una finalidad distinta y sirven a la tutela de intereses no comparables con los que el proceso colectivo trata de satisfacer.

La SAN de 9 de julio debe analizar qué sujetos estarán legitimados pasivamente cuando sea el empleador el que a la vista del art. 124.3 LRJS decida solicitar la declaración de ajustada a derecho de su decisión extintiva. Debemos entender que los sujetos legitimados son todos los comités de empresa, delegados de personal y miembros de comisiones ad hoc y no solo la comisión que negoció el acuerdo. Si hubo acuerdo no cabe ejercitar la acción del 124.3LRJS.

4. Reestructuraciones empresariales

En materia de reestructuraciones empresariales, las aportaciones jurisprudenciales más relevantes se centran en 3 campos: el solapamiento de medidas suspensivas, de reducción de jornada y extintivas; grupos de empresas y sucesiones empresariales.

La STS de 12 de marzo analiza si una empresa que ha suspendido contratos de trabajo en virtud de un ERE puede, durante la vigencia del mismo y por las mismas causas, acordar el despido objetivo, de alguno de los trabajadores que tienen el contrato suspendido. La Sala sostiene únicamente la posibilidad de admitir una decisión extintiva en dicho contexto cuando concurra una de las siguientes condiciones: a) la aparición de una causa distinta y sobrevenida de la invocada para el ERE de suspensión; o, b) un cambio sustancial y relevante en la causa que motivó la autorización de la suspensión. La no apreciación de una de dichas condiciones, como sucedió en este caso, significarán

que la decisión empresarial se ejercitado de forma contraria a la buena fe, *quebrantando la confianza suscitada en los trabajadores afectados por los propios actos de la empresa, e incurriendo en un abuso de derecho*. En esta misma linea debe incardinarse otro pronunciamiento de interés del Tribunal Supremo de 18 de marzo. Dicha sentencia afirma que “*dado el pacto colectivo existente sobre el ERE suspensivo, la recurrente no podía unilateralmente desconocer los acuerdos a los que había llegado hacia menos de un año, sino que venía obligada a negociar su modificación mientras se mantuviesen vigentes. Además, su situación económica, como se verá, no experimentó un cambio radical a peor como ella dice, lo que impide, igualmente, la revisión del acuerdo suspensivo por aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”, sin que se deba olvidar su falta de previsión porque en julio de 2011 la gravedad de la crisis económica y su carácter estructural y sistemático era notoria, había sido diagnosticada por importantes economistas*”¹².

Otra sentencia de interés en esta materia es la dictada por el Tribunal Supremo el 24 de septiembre. En ésta, se analiza si es posible iniciar un ERE mientras sigue vigente un acuerdo de reducción de jornada y salario. La solución a la que llega el tribunal es idéntica a la prevista en la sentencia de 12 de marzo, esto es, admitir su licitud si concurren causas nuevas respecto a la decisión empresarial anterior o bien la aparición de cambios sustanciales y relevantes en la causa que motivó la anterior decisión empresarial. De esta forma, el Tribunal traslada la citada doctrina a la reducción de jornada, institución para la cual no se pronunció inicialmente.

Finalmente, resulta de interés analizar la SAN de 26 de mayo. Ésta, si bien se enmarca en un procedimiento de conflicto colectivo sobre la impugnación de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas en materia de suspensión de contratos, reducciones temporales de jornada, modificación de condiciones de trabajo e inaplicación de convenio colectivo que trata múltiples cuestiones sobre las que la jurisprudencia ya se ha pronunciado, tales como la existencia de defectos documentales y la valoración de la no aportación de algunos documentos exigidos legalmente o el examen de los criterios de selección, contiene manifestaciones sobre dos cuestiones de interés estrechamente conectadas. El marco fáctico en el que se insertan es la finalización del periodo de consultas sin acuerdo, pese a lo cual la empresa y una serie de sindicatos continuaron negociando y alcanzaron un acuerdo. Así, la Sala somete a consideración la admisión de que las partes puedan seguir negociando voluntariamente más allá del periodo de consultas y sí debe considerarse exclusión alcanzar un acuerdo

¹² La SAN de 22 de octubre (Rec. 213/14) dicta la nulidad del despido colectivo de la empresa Unipost, SAU: “*No cabe que la empresa imponga un despido colectivo estando vigente una suspensión de contratos por la misma causa, salvo que concurriesen circunstancias nuevas y sustanciales, que aquí no se han acreditado*”.

totalmente concreto en su contenido con una parte de los negociadores, al que no se adhieren otros igualmente presentes. La solución que el tribunal sostiene transita en torno a afirmar la posibilidad de que la negociación pueda continuar una vez haya finalizado el periodo de consultas, pues *los artículos 40, 41, 47 y 82.3 ET, tiene(n) por finalidad evitar que una de las partes obligue a la otra a continuar la negociación, pero nada impide que ambas continúen negociando*. Asimismo, la Sala, a la vista de que las actas del periodo de negociación no contienen objeciones, considera que no resulta acreditado la negociación por cuenta propia de algunos sindicatos, con lo cual otorga plena validez al acuerdo alcanzado. Por lo demás, la Audiencia entiende que existe negociación efectiva aunque algún sujeto legitimado no se adhiera al acuerdo resultante, pues valora positivamente la existencia de respuestas a las contrapropuestas de la Representación Legal de los Trabajadores y la formalización de ofertas encaminadas a reducir el número de trabajadores afectados. Y la propia existencia del acuerdo, concluye, presupone la existencia de la causa alegada (económica en este caso)¹³.

En materia de grupos de empresas, han existido pronunciamientos judiciales muy diversos que, por sus particularidades, requieren especial consideración. El primero de ellos es la STS de 28 de enero, que se encarga de recordar que la confusión patrimonial no equivale a la titularidad de las acciones o participaciones de sociedades del grupo. La sala considera irrelevante la existencia de cuentas consolidadas por tratarse de información contable del grupo que no actúa, en ningún caso, como base para comunicar la responsabilidad. Se afirma además que *no cabe un equiparación a la titularidad de las acciones o participaciones de las sociedades por otras del grupo, pues en todo caso, no se produce en el ámbito del capital sino en el del patrimonio y ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que "no pueda reconstruirse formalmente la separación"*

Paralelamente, existía un marco global empresarial que gestionaba el riesgo de liquidez de las sociedades integrantes del grupo, mediante la disponibilidad de líneas de crédito sin intervención de entidades bancarias, sumas que se convertían en préstamos participativos. Se determina en este punto que *una fórmula de financiación por peculiar que sea y precisamente por ser característico su uso por sociedades no convierte en grupo de empresas a prestamista y prestatario*, lo cual conduce al Tribunal a afirmar que no existía grupo de empresas, y en consecuencia, casar y anular la sentencia recurrida.

En segundo lugar, la STS de 29 de enero determina la responsabilidad solidaria de socios individuales aplicando la doctrina del levantamiento del velo. La sala manifiesta

¹³ Formula voto particular una Magistrada, por entender que la Sala debió apreciar de oficio la excepción de litispendencia por la existencia de una sentencia (AS 2014, 174) de la Sala que anuló un pacto de unos meses antes sobre las mismas materias, pronunciamiento que está pendiente de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

que las relaciones patrimoniales que existían entre los socios y distintas sociedades, a saber el alta de actividad económica de 3 socios que se determinó por la AEAT como inexistente y cuya finalidad era evitar la tributación de los beneficios obtenidos en las mercantiles, conduce a afirmar la apreciación de confusión patrimonial. La apropiación de ingresos que pertenecían fácticamente a sociedades es, según el Tribunal, un supuesto de uso fraudulento de la forma societaria que lleva aparejada como consecuencia la atribución de la cualidad de empleadores a los socios, atendiendo a que las mercantiles eran meras pantallas cuya constitución pretendía únicamente eludir responsabilidades.

En tercer lugar, especial comentario merece la SAN de 12 de junio, cuya cuestión principal a destacar aquí es la existencia de grupo de empresas en el ámbito laboral, aunque también analiza otras cuestiones de interés como son las obligaciones de información y consulta con la representación del personal en caso de sucesión empresarial, la desactivación por parte de la empresa [Coca-Cola Iberian Partners, S.A.] del ejercicio de huelga durante el periodo de consultas o la delimitación del objeto del procedimiento de despido colectivo.

El primer punto sobre el que dicha sentencia centra su atención es la delimitación del ámbito de la negociación del despido colectivo. El tribunal sostiene que es único, y se compone de todos los centros de trabajo afectados, actuando como límite la empresa, sin perjuicio de los derechos de información y consulta que la normativa europea establece en el caso de los grupos de dimensión comunitaria. Sin embargo, se afirma que el grupo de empresas (laboral) tiene la condición de empresario (laboral) a tales efectos y se nos recuerda que existen varios conceptos posibles de grupo de empresas a efectos laborales, siendo el más relevante a efectos del caso enjuiciado los que resultan de la teoría de la cotitularidad y de la teoría del fraude -consabida distinción entre grupo "fisiológico" vs "patológico"-. En este sentido, la sentencia precisa los criterios para delimitar la existencia del grupo de empresas laboral (ilícito o fraudulento)¹⁴.

Otro de los grandes temas que trata este pronunciamiento judicial es el incumplimiento de obligaciones de información, consulta y negociación. En este caso, la audiencia nacional entiende que procede la nulidad al haberse incumplido dichas obligaciones en el marco de un supuesto de cambio de titularidad de la empresa. El tribunal considera inválida la negociación llevada a cabo porque la existencia del grupo

¹⁴ El concepto de grupo de empresas propio del Derecho de competencia (mercantil) se insertaría como forma de organización lícita, pero la doctrina del Tribunal Supremo es la de identificar el fraude (parte de la ilicitud del grupo de empresas laboral). Se puede consultar sobre el particular, entre otras, la STS de 21 de mayo sobre delimitación/existencia de "grupo de empresas a efectos laborales" y concepto mercantil de "grupo de sociedades" en un caso de despido colectivo [Congelados y derivados, S.A.].

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
se revela sorpresivamente a los trabajadores con ocasión del inicio del despido colectivo, y en beneficio exclusivo de Coca Cola. A ello, debe sumársele la ausencia de información relevante, reclamada por los representantes de los trabajadores, sobre cuál era la forma de distribuir la producción entre plantas y líneas antes de la reestructuración y cómo se prevé hacerlo después. Tales hechos, sumado a que el nuevo empleador es un grupo de empresas laboral que nunca se ha constituido formalmente como empresario ni había informado ni negociado el cambio de empresario con los representantes de los trabajadores, llevan a concluir que “*se ha producido, por tanto, un completo y manifiesto incumplimiento de las obligaciones de información, consulta y negociación en el supuesto de cambio de titularidad de la empresa. Y no se trata de un incumplimiento situado en el pasado (...) es un incumplimiento que se mantiene en el presente y se proyecta sobre el periodo de consultas del despido colectivo, porque en ese momento la información y documentación sobre la constitución del grupo era todavía incompleta*”. Y, además, se incide expresamente en la actuación empresarial a la hora de llevar a cabo la reestructuración, afirmándose que “al constituir el ámbito del despido sin ni siquiera haber informado a los trabajadores del cambio de empresario no puede en modo alguno considerarse conforme con una mínima exigencia de buena fe negocial”, concurriendo por ello causa de nulidad del despido colectivo.

Estrechamente conectada con este último punto, la SAN de 15 de octubre plantea dos cuestiones de interés capital: a) valorar si un empresario, que hasta el momento no asumía la condición de grupo laboral, puede debutar como tal en el momento de iniciar el proceso de despido colectivo; b) determinar si la identificación del empresario es una materia disponible por las partes.

En cuanto a la primera, ya tratada en la SAN de 12 de junio, se mantiene una respuesta negativa, entendiendo que el empresario no puede asumir la condición de grupo laboral a efectos del despido colectivo. Las razones para defender dicha tesis se fundamentan en que la adquisición de la calificación de grupo laboral supondría una sucesión empresarial que requiere el cumplimiento de dos trámites ineludibles: a) la obligación de informar a los representantes de los trabajadores de la fecha de este acontecimiento, sus motivos, las consecuencias económicas, jurídicas y sociales que se produjeran y las medidas previstas para los trabajadores por esta novación, todo ello de forma previa a la alteración de las condiciones de los empleados, al amparo del art. 44 ET; y b) el derecho de la representación legal de los trabajadores de emitir informe previo a la ejecución por el empresario de procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo, ex art. 64.5 ET. El incumplimiento de tales deberes legales conlleva una afectación directa en el periodo de consultas *tanto a efectos de la conformación de*

la comisión representativa como del establecimiento de las causas de despido y su acreditación, lo cual es interpretado por la Audiencia como una transgresión del deber de buena fe negocial impuesto por el art. 51.2 ET que coloca a la parte social en una situación de palmario desequilibrio para afrontar el periodo de consultas al carecer de antemano de una información de la que debió disponer y que resulta absolutamente trascendental para comprender la concurrencia de posibles causas extintivas de los contratos.

La respuesta a la segunda cuestión, pionera hasta la fecha, es igualmente negativa. El Tribunal manifiesta que la identificación de quien ocupa la posición de empresario, así como su perímetro, no es materia que pueda dejarse a la libre conformación de las partes, y en consecuencia, *debe desterrarse el argumento de que pudiera ser empresario el convenido por las partes o el propuesto por una de ellas*. Por lo tanto, será empresario quien cumpla los requisitos previstos en el art. 1.2 ET, sin que las partes puedan definir los entes que la integran o la naturaleza del grupo.

Finalmente, la STS de 19 de febrero aclara cómo debe valorarse la causa económica del despido colectivo en aquellos casos en los que pudiere existir grupo de empresas. Para tales supuestos, la Sala afirma que el examen de la concurrencia de la causa económica se extenderá a la valoración integral del grupo de empresas siempre y cuando concurran las notas propias adicionales que determinan la existencia de grupo de empresas patológico. En este sentido, se identifica que, en primer lugar, deberán valorarse los factores adicionales de responsabilidad, y si concurrieren, ello conduciría a la valoración integral del grupo a efectos de considerar acreditada la concurrencia de la causa extintiva. Por lo tanto, si no se acreditan las notas características del grupo de empresas a efectos laborales, se deberá concluir que la valoración de la causa económica se ceñirá únicamente al ámbito de la empresa que adopta la decisión extintiva.

Como supuesto clásico de reestructuración empresarial, la STS de 15 de abril analiza un caso de sucesión empresarial por absorción de la adquiriente sí puede aplicar un nuevo convenio colectivo o debe mantenerse el que se había aplicado hasta la fecha. La sala sostiene que el convenio colectivo que se venía aplicando hasta la fecha de la absorción será el instrumento convencional de aplicación, en la medida que cuando se negoció dicho convenio la absorbida era una de las empresas representadas en él, lo que la sitúa necesariamente dentro de su ámbito normativo del que no puede escapar por su sola conveniencia o por el hecho de haber absorbido una empresa situada bajo la cobertura de otro convenio diferente. El fundamento jurídico se halla en el art. 82.3 ET *“los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”*.

Además, el Tribunal analiza las distintas situaciones convencionales de los trabajadores, esto es, los nuevos trabajadores contratados después de la subrogación y los absorbidos. En relación a los primeros, no cabe duda de que el convenio que se les ha de aplicar no puede ser otro que aquel al que está sometida la empresa conforme se ha dicho, pues el art. 82.3 ET contiene un mandato imperativo imposible de soslayar. Respecto a los trabajadores absorbidos, les será de aplicación el convenio que traían hasta que se negocie o aplique a la empresa absorbente uno nuevo tal y como prevé el art. 44 ET.

En segundo, la SAN de 14 de julio señala la concurrencia de fraude de ley por perseguir la aplicación, al personal subrogado, de condiciones menos favorables a las que venía disfrutando, al imponérseles el convenio colectivo de la empresa cesionaria ex art. 44.9 ET en el marco de una descentralización productiva por transmisión de empresa. En este caso, se declara la nulidad de la sustitución convencional aplicada por acuerdo entre la empresa cedente y la representación de la plantilla, pues la interpretación del art. 44.9 ET que sostiene la Sala solo permite someter a consultas los cambios *que perteneciendo al cedente y como consecuencia del traspaso de una parte de la empresa, pueden por tal motivo ver alteradas sus condiciones de trabajo al dejar de realizarse la parte de la actividad empresarial cedida o aquellos que perteneciendo al cesionario y como consecuencia del traspaso también pueden ver modificadas sus condiciones debido a la asunción de una nueva actividad empresarial y la incorporación del personal cedido.* Así, el TS delimita el colectivo al que no se dirige el art. 44.9 ET, que es los trabajadores cedidos en virtud del traspaso empresarial, y sostiene que *no es factible en ningún caso que el fenómeno sucesorio de empresa sirva de fundamento para la modificación de condiciones convencionales o contractuales del colectivo cedido.*

Finalmente, especial mención merece la STS de 23 de septiembre que analiza, con una claridad digna de mención, la impugnación de un despido colectivo en el que se analizan cuestiones de interés. A efectos del presente apartado, debe prestarse atención a las valoraciones relativas a la sucesión empresarial y la existencia de fraude de ley sobre las que se pronuncia la Sala, entre otras cuestiones que por razones de espacio no serán examinadas. En particular, el fundamento jurídico octavo se encarga de analizar si ha existido sucesión de empresa repasando la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS dictada recientemente. La tesis que se sostiene es la existencia de sucesión de empresa atendiendo a la *extinción de la personalidad jurídica del contratante, continuación del desarrollo de las tareas que la contratante venía desarrollando, el patrimonio de la contratante se ha integrado en el de la sucesora, el personal funcionario de carrera y laboral fijo ha quedado adscrito a la sucesora, y finalmente, la dificultad de que se produzca la extinción del contrato de trabajo por la*

extinción de la personalidad jurídica del contratante cuando se produce en el ámbito de las administraciones públicas. A partir de ahí, la Sala entiende que no ha existido fraude, sosteniendo que la subrogación se produce en un momento temporal posterior al despido colectivo, destacándose los esfuerzos que dicho pronunciamiento judicial realiza en aras a justificar su decisión en relación a pronunciamientos anteriores de la Sala.

V. DERECHO COLECTIVO

El presente apartado del Informe, dedicado a las novedades que a lo largo del año 2014 se han producido en materia de derecho colectivo del trabajo, se ha dividido a efectos sistemáticos en tres 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. Finalmente, las evoluciones en materia de negociación colectiva son especialmente significativas.

1. La representación de los trabajadores en las empresas

La novedad más relevante en torno a la representación legal de los trabajadores en la empresa es la importante reforma operada en el art. 41.4 ET por obra del RDL 11/2013, cuya convalidación se produjo a través de 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. (BOE 14.3.2014). Ambas normas modificaron notablemente el art. 41.4 ET en lo que hace a 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).

Bien es sabido que en estos procesos, a diferencia de lo que ocurre en materia negocial, donde rige el principio dispositivo, es la Ley la que determina el ámbito en el que las mismas han de producirse, tomando la empresa como ámbito de referencia. Identificado el ámbito, el texto estatutario privilegia la interlocución de las secciones sindicales que ostenten la representación mayoritaria de los comités de empresa o de los delegados de personal, siempre que éstas así lo acuerden, lo cual nos permite concluir que son las secciones sindicales quienes tienen la potestad de convertirse en

Si la interlocución es asumida por representaciones de base electiva, el precepto estatutario analizado exige que la consulta se lleve a cabo en una única comisión negociadora. Que la interlocución en este proceso se atribuya de manera prioritaria al comité intercentros en detrimento de una pluralidad de instancias unitarias no puede más que valorarse como una apuesta (a nuestro modo de ver, correcta) del legislador por racionalizar este proceso, optando por priorizar la negociación con un único sujeto pero también al utilizar la empresa como unidad de medida a la hora de establecer el alcance de esta intervención si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, y no la totalidad de la empresa, la comisión quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento.

Con esta modificación, desaparece la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centros, opción que estaba prevista en el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Y, en todo caso, se prevé que la comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervenientes en el periodo de consultas, en coherencia con el número de miembros de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa, aunque se establece que, en si el número de integrantes de la comisión única fuese, por aplicación de las reglas aritméticas referidas, superior a trece, “éstos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen”.

La concreta determinación de los miembros plantea, como se podrá intuir, problemas añadidos: básicamente, cuál es la fórmula de cómputo de los trabajadores representados, esto es, si se utiliza la plantilla en el momento de inicio de la vicisitud o si se toma como referencia la que sirvió a los efectos de la elección de la representación legal, planteando la utilización de este último criterio una cuestión añadida, cual es la de determinar qué plantilla medida será tenida en cuenta en los centros sin representación en los que los trabajadores opten por designar mandatados *ad hoc*, debiendo el legislador clarificar tal cuestión, especialmente porque: “el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados”.

Sea como fuere, tras la aprobación de la Ley 1/2014, la comisión debe quedar constituida antes del inicio del periodo de consultas, previéndose expresamente que la

falta de constitución no impide la apertura ni el transcurso del periodo de consultas, salvedad hecha de las empresas concursadas, pues el art. 10 de la referida Ley adapta el contenido del art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, relativo a la tramitación de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, a los cambios que afectan a la comisión negociadora en procedimientos de consulta.

Para ello establece que “la representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponderá a los sujetos indicados en el art. 41.4 ET, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Transcurridos los plazos indicados en el referido artículo sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca”.

Sin poder abordar las múltiples particularidades que plantea este período de consultas, sí que debemos insistir en la relevancia con la que se ha regulado este procedimiento, pues, a diferencia de lo que ocurre en el texto estatutario donde la designación de comisiones representativas no se incorpora con carácter preceptivo, en el ámbito concursal sí que se garantiza una interlocución legal. Y así, el art. 64.1 LC manda al juez para que, transcurridos los plazos indicados en el art. 41.4 ET sin que los trabajadores hayan designado representantes, acuerde la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa concursada pertenezca.

La modificación legal no resuelve todos los problemas que los procedimientos reseñados plantean. Buena de prueba de la afirmación anterior se evidencia en la reciente interpretación que ha efectuado la AN en relación “al régimen de inaplicación de convenios, regulado en el art. 82.3 ET”¹⁵, entendiendo que la regulación legal no “permite la inaplicación simultánea de todos los convenios provinciales de una empresa, aunque concurra causa y haya conformidad con la mayoría de los representantes unitarios de la empresa, porque la inaplicación del convenio constituye una excepción a la regla de eficacia general del convenio (art. 37 CE), como se desprende de la expresión “sin perjuicio de lo anterior...”, utilizada por el art. 82.3 ET, de manera que “su inaplicación solo podrá acordarse con los representantes de los centros de trabajo, a los que se aplicaba cada uno de los convenios, aplicándose el principio de correspondencia exigido

¹⁵ SAN 29.1.2014 (Proc. 431/2013).

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
 por el art. 41.4 ET", es decir, el Tribunal está exigiendo la apertura de tantos procedimientos como convenios se pretendan inaplicar, no pudiendo efectuar las consultas a través de la comisión representativa única sino que el procedimiento será independiente en cada uno de los centros, teniendo que valorarse de manera individualizada las causas que dan origen a esta pretensión.

Lamentablemente, la alternativa legal y reglamentaria tampoco identifica el interlocutor con el que se han efectuar las consultas cualificadas cuando no negocia un único empresario, como persona física o jurídica también única, sino un conjunto empresarial dotado de una cierta unidad de dirección o de actuación en torno a la cuestionada figura de los "grupos de empresas", pues, en principio, cada una de las empresas que conforman el grupo son centros de imputación jurídica distintos, y, por tanto, se debe proceder a la negociación fragmentada entre empresas aunque tal solución provoque, en muchos casos, "períodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos, cuando podrían resolverse de modo unitario con el interlocutor que toma efectivamente las decisiones por todas las empresas del grupo"¹⁶. Es más, en tanto que no se produzca una específica regulación legal de este fenómeno de concentración empresarial¹⁷, el desarrollo del procedimiento a nivel de grupo puede considerarse una buena práctica representativa de "utilidad incuestionable"¹⁸, pero, desde la perspectiva legal, es claramente insuficiente si, después, no se desarrollan los procedimientos en cada una de las empresas del grupo, pues siempre que se esté en presencia de "un grupo mercantil, sin patología apreciable....basta...con la afectación de la causa económica a la empresa empleadora, para declarar que la decisión extintiva de ésta se hallaba ajustada a Derecho".

La excepción a esta regla general es que estemos ante un grupo de empresas laboral¹⁹, en cuyo caso, la condición unitaria de grupo exige que las consultas se produzcan en este ámbito. El problema es que, acreditada la naturaleza laboral del grupo, la Ley no establece ningún criterio para seleccionar al sujeto legitimado para asumir esta interlocución.

¹⁶ Sobre la problemática que plantea la determinación de la interlocución en supuestos de grupos de empresas, véanse SSAN 25.2.2013 (Proc. 324/2012), 26.4.2013 (Proc. 76/2013), 15.7.2013 (Proc. 200/2013), 24.7.2013 (Proc. 144/2012). GOERLICH PESET, J. M., "Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos", *Revista de Información Laboral*, vol. 5, 2014, p. 36.

¹⁷ ESTEVE SEGARRA, A., "El marco de referencia en los procedimientos de consultas en grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de Coca Cola Iberia Partners", *Revista de Información laboral*, vol. 6, 2014, p. 164.

¹⁸ SAN 25.2.2013 (Proc. 33/2013).

¹⁹ Entre otras, SSTS 19.2.2014 (Rº 45/2013) o 19.12.2013 (Rº 37/2013)

2. El sindicato en la empresa

En materia de sindicato y empresa se hace necesario resaltar la importancia de los siguientes convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

En primer lugar, el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación establece que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Adicionalmente, el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, señala que los trabajadores deben gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Sin embargo, dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: - Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato. - Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

De otro lado, a partir de la crisis se profirió el RD-L 3/2012, con las siguientes modificaciones en materia de sindicatos:

En primer lugar, en la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa o indirecta entre trabajadores de uno y otro sexo.

Así mismo, sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un período de consultas con los mismos de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados

Adicionalmente, los convenios colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurran 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 podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa,

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Finalmente, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Entonces, al observar la aprobación de los Convenios 87 y 98 OIT y los cambios legislativos producto de la crisis, es importante señalar lo indicado por el informe 371 del Comité de Libertad Sindical de la OIT, así.

En primer lugar, ante la necesidad de reaccionar urgentemente ante una crisis económica muy grave y complicada y de afrontar el problema de la grave situación de desempleo, el Comité recuerda el principio de que el respeto mutuo de los compromisos asumidos en los acuerdos colectivos es un elemento importante del derecho de negociación colectiva y debería ser salvaguardado para establecer relaciones laborales sobre una base sólida y estable. El Comité subraya que los arts. 12, 13 y 16 de la ley 3 de 2012 permiten modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (jornada de trabajo, horarios, trabajo a turnos etc.) por causas económicas (en particular en caso de pérdidas actuales o previstas o cuando se registre una disminución de ingresos ordinarios o ventas en la empresa durante dos trimestres consecutivos) pero también por causas técnicas, organizativas o de producción sin que sea necesario, como anteriormente, la existencia de situaciones excepcionales o de fuerza mayor; según la ley 3 de 2012, que no tiene carácter coyuntural para situaciones de crisis económica sino permanente en caso de desacuerdo en las consultas y negociaciones al respecto cualquier parte puede someter el asunto al arbitraje. El Comité destaca que la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y de trabajadores y debilita la

libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los Convenios nº 87 y 98. A juicio del Comité, el problema de si las dificultades económicas graves de las empresas pueden reclamar en determinados casos la modificación de los convenio colectivos debe abordarse y pudiendo ser tratado de diferentes maneras, éstas deberían concretarse en el marco del diálogo social.

Por otra parte, el Comité observa que el art. 14, dos, de la ley 3 de 2012 introduce nuevas reglas sobre la negociación colectiva en el régimen privado y sobre su estructura que incluyen la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa respecto de convenios colectivos de ámbito superior en relación con ciertas materias que — como señala el Gobierno — no estaban contempladas en la legislación anterior. El Comité observa igualmente que las centrales sindicales querellantes y otras organizaciones querellantes han expresado claramente su desacuerdo con estas nuevas normas y recuerda su posición en el sentido de que la determinación del nivel de la negociación colectiva debe corresponder en principio a las partes.

Finalmente, el Comité subraya la importancia de que las reglas esenciales del sistema de relaciones laborales y de negociación colectiva sean compartidas en la mayor medida posible por las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas e invita por tanto al Gobierno que promueva un diálogo tripartito sobre la ley 3 de 2012 para conseguir este objetivo desde la perspectiva de los principio de los convenios de la OIT en materia de negociación colectiva ratificados por España.

3. La negociación colectiva

Por lo que a la negociación colectiva se refiere, cabría afirmar que 2014 constituye un año de consolidación y estabilización por un triple orden de razones. El primero, es la ausencia de novedades legislativas en la materia. Tras el maremoto normativo del 2012, el 2014 es un año en el que no se producen novedades normativas a reseñar en el ámbito de la negociación colectiva. En segundo lugar, porque en el 2014 la dinámica negociadora parece asimilar, que no necesariamente asumir, aquellos cambios y por, ultimo, porque es en este periodo cuando desde Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han dictado sentencias de especial trascendencia en orden a la asimilación y comprensión de la reforma operada en el 2012.

Respecto a la dinámica negocial desarrollada en el 2014, aunque se carecen aún de datos consolidados, las estadísticas parecen evidenciar cierta recuperación de la actividad negociadora. La importancia de los cambios que se operaron en el modelo legal de negociación, la forma en que se hizo (de espaldas al dialogo social, con la oposición de los sindicatos y una fuerte oposición política) y las dudas e interrogantes jurídicos, incluso su propia constitucionalidad, que planteaba la viabilidad de algunas de

aquellas modificaciones determinaron, junto con factores de orden fundamentalmente económico, una cierta paralización de la dinámica negociadora especialmente evidente en el año 2012. Las estadísticas parecen evidenciar que en los años 2013 y 2014 se produce un incremento del número de convenios registrados en esos dos años y que se estabilizan y consolidan los datos.

	Convenios registrados		
	2012	2013	2014
Ámbito empresarial e inferior/grupo de empresa	1189	1705	1770
Ámbito sectorial	271	526	427
Total	1389	2231	2197

Elaboración propia. Datos extraídos del REGCON marzo 2015

Merece destacarse que conforme los datos suministrados por la CCNC, con datos definitivos²⁰, el número de inaplicaciones se estabiliza e incluso se reduce en lo que al número de trabajadores se refiere (en 2013, 2512 inaplicaciones que afectaron a 159.550 trabajadores; en 2014, 2073 inaplicaciones que afectaron a 66.203 trabajadores). Unos datos que parecen evidenciar que el grueso de los ajustes ya se han desarrollado y que la utilización de este mecanismo de ajuste ha sido menor que lo que en un principio pudiera haberse pensado.

Debe hacerse referencia también a una incipiente recuperación del dialogo social. El 29 de julio de 2014, Gobierno e interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) firmaron el «Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo». Como se infiere de su propio título no se trata de un pacto del que se deriven medidas directamente aplicables. Estamos ante un acuerdo en el que Gobierno e interlocutores sociales se comprometen a desarrollar la negociación de un amplio e importante abanico de temas, comprometiendo a reanudar, de esta forma, un dialogo social roto desde la aprobación del RDL 3/2012 y que, por el momento, no se ha acabado de recuperar. Por lo que se refiere a la negociación colectiva en el Acuerdo se establece el compromiso de seguir negociando un nuevo «Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva» que sustituya al II Acuerdo tras la finalización de su vigencia en 2014. Este nuevo Acuerdo, en línea con el anterior, debería de continuar favoreciendo, de forma equilibrada, la competitividad de la economía y la propia negociación colectiva, la utilización de mecanismos de flexibilidad

²⁰ Boletín del Observatorio de la Negociación Colectiva, actualización del Boletín núm 47, de 3 de marzo de 2015. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/BoletinObservatorio_Negociacion_Colectiva_Boletin_47_Enero_Febrero_2015_actualizacion.pdf

interna como alternativa a la destrucción de empleo y una apuesta por la solución extrajudicial de los conflictos derivados de la propia dinámica de la negociación.

Asimismo, en relación a los procesos de negociación, el Gobierno se compromete a desarrollar un sistema que permita que las Administraciones puedan facilitar a los negociadores toda la información económica y, en su caso, fiscal “relacionada con su convenio” garantizando asimismo que los trabajadores y sus representantes tengan acceso a una información completa sobre cotización a la Seguridad Social

Singular importancia merecen, a nuestro juicio, las controvertidas sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014 de 16 de julio y 8/2015 de 22 de enero de 2015 por las que declara la constitucionalidad de los aspectos más controvertidos de la reforma laboral de 2012 y la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre en la que se resuelve la cuestión de cuál hayan de ser los efectos que tenga la terminación de la ultraactividad respecto a los derechos y obligaciones reconocidos en el convenio.

El Tribunal Constitucional siguiendo una línea de argumentación en la que se parte de la inexistencia de un modelo constitucional único de relaciones laborales, sino un diseño básico de las premisas desde las que el legislador y los agentes sociales pueden configurar, de forma dinámica y abierta, sistemas diversos de relaciones laborales, declara la constitucionalidad de la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) o los equivalentes autonómicos ante los bloqueos en la negociación de los acuerdos de inaplicación (“o descuelgue”); la constitucionalidad de la preferencia aplicativa reconocida a los convenios de empresa en el art. 84.2 ET respecto a la regulación de determinadas materias reguladas en convenios sectoriales; la constitucionalidad del carácter indisponible para la negociación colectiva de la duración de un año del periodo de prueba del contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores; la constitucionalidad de la regulación del art. 41 que permite la modificación unilateral causal de la regulación contenida en convenios extraestatutarios; y la supresión de la posibilidad de acordar en convenios medidas de jubilación forzosa

La argumentación del TC, aun reconociendo la limitación que pueden suponer dichas medidas para el derecho a la negociación colectiva, considera que responden a finalidades legítimas como son el facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE). Constituyendo, a juicio, del Tribunal medidas que asimismo superan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. Ambas sentencias, que cuentan con el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré, al que se adhieren la vicepresidenta, Asua Batarrita y el magistrado Ortega Álvarez, al no existir

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438
Iustel
más recursos en tramitación contra la Ley 3/2012 parecen despejar, en un plano interno, las dudas sobre la constitucionalidad de dicha reforma legislativa.

Por ultimo queremos referirnos a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre. En esta sentencia, esperada con gran expectación por los operadores jurídicos, el Tribunal aborda por primera vez la espinosa cuestión de la situación que se genera tras la conclusión del periodo de ultraactividad de un año previsto en la nueva redacción del art. 86.3 ET. El Tribunal tras admitir que existen dos opciones interpretativas, una tesis que denomina “rupturista” y que implicaría la aplicación de la normativa legal y reglamentaria y otra tesis “conservacionista” conforme a la cual la regulación del convenio se mantendría por haberse contractualizado, se inclina por esta última y afirma que “es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia”. El argumento fundamental empleado para ello es la consideración de que esas condiciones “estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente”.

La interpretación realizada por el Tribunal Supremo supone, desde luego, una interpretación restrictiva de los posibles efectos que puede tener la finalización de la ultraactividad, pero no implica negar cualquier efectividad a la reforma por cuanto admite expresamente dos cuestiones de singular importancia. Así, en primer lugar, la admisión de que las condiciones previamente reguladas por el convenio podrán ser modificadas por la vía del art. 41 ET y, en segundo lugar, que el mantenimiento de las condiciones reguladas en el convenio vencido, como condiciones contractualizadas, no beneficia a los trabajadores de nuevo ingreso. Una consecuencia que, como advierte el Tribunal, “podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación”. La sentencia, como se advierte en su propio texto, no sólo no resuelve todos los interrogantes que plantea la nueva regulación del art. 86.3 ET sino que plantea nuevas cuestiones a las que los Tribunales habrán de ir dando respuesta²¹.

²¹ A la ya aludida posible situación discriminatoria que puede derivarse de una contractualización que sólo beneficia a los trabajadores que estuviesen en activo durante la vigencia del convenio, puede añadirse el alcance material de la contractualización. En relación a esta última cuestión, la sentencia se refiere expresamente a “cualesquiera derechos y obligaciones” pero debe tenerse en consideración que el objeto del proceso se limitaba al salario y que los votos particulares concurrentes se limitan expresamente también a esta cuestión.

VI. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD

Dada la ausencia de novedades legislativas en materia de conciliación y corresponsabilidad a lo largo del año 2014 salvo, como se indica en el apartado correspondiente de este informe, un nuevo aplazamiento de la ampliación del periodo de disfrute del permiso por paternidad, el estudio tienen un carácter eminentemente jurisprudencial, centrándose en el análisis de los pronunciamientos judiciales de mayor relevancia en la materia que nos ocupa.

1. Maternidad

La protección de la maternidad encuentra una protección integral de la seguridad y salud de las trabajadoras en la Directiva 92/85/CEE. Además, el TJUE ha sido pionero en pronunciamientos jurisprudenciales que han marcado la evolución legislativa de la Unión Europea e incluso, de los propios Estados miembros, en materias de igualdad entre hombres y mujeres en el empleo.

Precisamente, el 18 de marzo, el TJUE resolvió dos asuntos con enormes similitudes entre ellos, en los que se analiza el permiso de maternidad en relación con “madres subrogantes”, es decir, madres en virtud de un convenio de gestación por sustitución, así como su repercusión sobre la igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras en el empleo. El carácter restrictivo de ambos pronunciamientos contrasta curiosamente con alguna sentencia aislada de primera instancia del ordenamiento español.

El asunto “C. D. y S. T.” trata de una trabajadora británica y su pareja que celebraron un convenio de gestación por sustitución, permitido en el ordenamiento jurídico de ese país. Si bien, la “madre subrogante” no pudo ceder su óvulo, sí amamantó al recién nacido durante sus tres primeros meses de vida. Además, los gametos masculinos sí eran del padre, por lo que gozaba de la patria potestad desde el primer momento de la fecundación. La madre subrogante solicitó un permiso de maternidad al considerar que su situación es equiparable al régimen jurídico de la adopción. Sin embargo, la empresa “S. T.” deniega esta solicitud porque, según explica, ninguna norma legal ni convencional recoge este supuesto expresamente. No obstante, tras la interposición de la demanda, la empresa amparándose en una “facultad discrecional excepcional”, concedió un permiso retribuido en los términos de la petición de la trabajadora. Sin embargo, días después el Tribunal le denegó el derecho a percibir prestación por maternidad por no ser la madre biológica. Ante esta negativa, la Sra. D. ejercitó una acción ante el Employment Tribunal aduciendo motivos fundados en una discriminación por motivos de sexo y/o del

En el asunto “Z. y A Government Department and the Board of Management of a Community School”, la demandante sufría una afección física consistente en la carencia de útero, lo que le impedía gestar un hijo, pero sí era fértil. La pareja recurrió a la gestación por sustitución en California (Estados Unidos), donde se produjo el nacimiento del bebé que se consideró hijo de la pareja porque había sido concebida con gametos de ambos, en consonancia con el Derecho californiano. El problema jurídico se plantea al regreso a Irlanda, donde no están regulados los convenios de gestación por sustitución. La Sra. Z. reclama el permiso retribuido por maternidad, sin embargo, el Government Department -organismo del que depende profesionalmente- se lo deniega alegando que no pudo alegar los requisitos legalmente exigidos para obtener la prestación del permiso de maternidad, ni tampoco los de la adopción, previstos por la correspondiente legislación nacional. La Sra. Z. presentó una demanda contra el Government Department ante el Equality Tribunal en la que alegó que había sido objeto de una discriminación por razón de sexo, estatuto familiar y discapacidad.

Las cuestiones prejudiciales que elevan ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea los Tribunales nacionales pueden tratarse conjuntamente en torno a tres aspectos principales. En primer lugar, se cuestiona la extensión de la Directiva 92/85/CEE en relación con las “madres subrogantes”, en concreto sobre el derecho a disfrutar del permiso de maternidad y la obligatoriedad de los Estados miembros de otorgar este derecho en favor de la madre que tiene un hijo en virtud de un convenio de gestación por sustitución, especialmente teniendo en cuenta que desde su nacimiento ha podido amamantar al bebé. También preguntan acerca de la vulneración de la Directiva 2006/54/CE, en concreto, sobre la existencia de discriminación por razón de sexo cuando a una mujer se le deniegue un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad por adopción, cuyo hijo ha nacido gracias a un convenio de gestación por sustitución. Finalmente, respecto de la Señora Z. se cuestiona la interpretación que debe darse a la Directiva 2000/78/CE, en el sentido de determinar si existe una discriminación por motivo de discapacidad a causa de la denegación de un permiso retribuido equivalente al de maternidad por adopción, a favor de una mujer que sufre una dolencia física que le impide gestar y dar a luz, de manera que es madre gracias a un convenio de gestación por sustitución.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había delimitado el concepto de “trabajadora embarazada” y sus consecuencias, es decir, a partir del momento en el que una trabajadora goza de la protección que atribuye la Directiva 92/85/CEE. Sin embargo, en los supuestos señalados sobre la adquisición de la

condición de maternidad a través de un convenio de gestación por sustitución, el Tribunal no reconoce que los Estados miembros estén obligados, en virtud del art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, a proteger la seguridad y salud de la madre subrogante, al entender que se trata de una norma que ampara “la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste”. Esto resulta muy discutible precisamente en el asunto “C.D versus S. T” porque la Directiva 92/85/CE protege también el período de lactancia (art. 2), de manera que en este supuesto sí se produce un condicionante que otorga el derecho de la prestación solicitada, lo que no es óbice para que la intensidad de la protección dispensada dependa de las legislaciones nacionales. En esa misma línea, estas sentencias remarcan especialmente la redacción del art. 8 de la Directiva 92/85/CE, según el cual son los Estados miembros los que han de adoptar las medidas específicas para que las madres trabajadoras disfruten de un período de maternidad y la ampliación de esa cobertura mínima que establece la Directiva resulta discrecional para los Estados.

En relación con la aplicación de la Directiva 2006/54/CE y las cuestiones relacionadas con los conceptos de conciliación y, en sentido más estricto, de corresponsabilidad, conviene examinar conjuntamente el art. 14 y el art. 2, principalmente, pero también el art. 16, para determinar si la denegación del permiso de maternidad en estos supuestos constituye una discriminación basada en el sexo.

Pues bien, consideran que no existe discriminación directa basada en el sexo, a tenor de lo dispuesto en el art. 14.1 de la Directiva 2006/54/CE, que prohíbe toda discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, en relación con las condiciones de trabajo. Aluden que, a tenor de los supuestos previstos en el art. 2 de esa Directiva, la discriminación basada en el sexo implica que la denegación afectase exclusivamente a los trabajadores de uno u otro sexo, sin embargo, en este supuesto, el padre recibe el mismo trato que la madre subrogante, “a saber, tampoco él tiene derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad”.

Sobre la discriminación indirecta, también en base al mismo precepto, art. 2, Directiva 2006/54/CE, afirman que “ningún dato obrante en autos permite acreditar que la denegación del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores” y, de nuevo, redundan en el condicionante biológico, “una madre subrogante (...) no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado en cinta de ese niño”. A mayor abundamiento, se recuerda que la “situación de la madre subrogante, en lo concerniente a la atribución de un permiso de maternidad o de un permiso de adopción no está comprendida en la Directiva 2006/54”. De hecho, tampoco estiman aplicable el art. 16 de la Directiva 2006/54/CE, ya que ese precepto otorga protección frente al despido de

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
trabajadores que ejerzan derechos específicos de maternidad y de paternidad, así como el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en iguales o mejores condiciones, y a beneficiarse de todas las mejoras que se hubiesen reconocido durante su ausencia.

Por último, en el caso de la madre subrogante a consecuencia de una imposibilidad física importante para poder gestar, el Tribunal interpreta de manera restrictiva el concepto de discapacidad porque estima que este supuesto no se ampara en la definición de la “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, pues “supone que la limitación que aqueja la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

Estos pronunciamientos aluden al asunto “Mayr”, pero se limitan a recordar la negativa para conceder el permiso de maternidad, en aplicación de la Directiva 92/85/CEE, e ignoran las reflexiones que también incluye esa sentencia, sobre los arts. 2 y 5 de la Directiva 76/207/CEE en lo que “supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar” (apartado 45). En este sentido, los permisos objeto de la controversia se enmarcan entre los permisos parentales.

Además, de esta forma, el Tribunal otorga un trato menos favorable al hijo nacido a través de un “vientre de alquiler” que a los hijos por gestación natural o a los hijos adoptados, ya que en estos últimos casos, los padres sí tienen reconocidos derechos de maternidad y de paternidad en igualdad de condiciones, con las particularidades propias de cada situación, lo que les permite hacer un reparto equilibrado de sus responsabilidades familiares y laborales.

Puede concluirse que la solución para evitar la actual desprotección jurídica de los trabajadores que son padres recurriendo a estos nuevos avances científicos, pasa por reformar la Directiva 92/85/CEE y la Directiva 2010/18/UE, en el sentido de que establezcan una regulación explícita para la maternidad por subrogación y, al mismo tiempo, reconozcan medidas de conciliación específicas para estas nuevas familias.

Con todo, en nuestro país, aun cuando no existe una jurisprudencia unificada, los Tribunales del orden jurisdiccional social que se han pronunciado hasta el momento sobre los supuestos de gestación por sustitución han sostenido, de manera mayoritaria, una postura favorable al reconocimiento de la prestación por maternidad a favor del padre o madre subrogante²².

²² A favor del reconocimiento de la prestación se pronuncian la STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (Recurso nº 1604/2012), la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 5 de mayo de 2010 (Recurso nº 539/2010), la STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 (Recurso nº 1875/2012) o la STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (Recurso nº 6240/2011). Sostiene la postura contraria la STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (Recurso nº 749/2014) y la STSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 (Recurso nº 142/2014).

Al margen de los supuestos de gestación por sustitución, durante el año 2014 únicamente cabe destacar dos sentencias del Tribunal Supremo relativas a la prestación por maternidad. Por un lado, la STS de 3 de junio²³, confirma las sentencias de instancia que habían reconocido el derecho al subsidio por maternidad con cargo a la entidad gestora a una trabajadora que había sido despedida por su empresa mientras su contrato de trabajo se encontraba suspendido por riesgo durante el embarazo, siendo declarada nula la decisión extintiva con posterioridad al parto y extinguiéndose finalmente la relación laboral por imposibilidad de readmisión²⁴. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo aplica por analogía su doctrina relativa a las prestaciones por incapacidad temporal en virtud de la cual el trabajador despedido puede adquirir, durante la tramitación del despido, la situación de asimilación al alta con carácter retroactivo en caso de que se declare la nulidad del despido acordado, con la consiguiente obligación de la empresa de cotizar por el periodo correspondiente a los salarios de tramitación²⁵.

Por otro lado, la STS de 10 de junio²⁶ se refiere al acceso al subsidio por maternidad de una trabajadora que inició un proceso de incapacidad temporal durante el embarazo y, con anterioridad al parto, causó baja en el RETA por cese de actividad. El INSS deniega el subsidio por no encontrarse en situación de alta o asimilada al alta en el momento del hecho causante al entender inaplicable, tras la entrada en vigor del RD 295/2009, el supuesto de asimilación al alta previsto en el art. 29 del Decreto 2530/1979 y el art. 36.15 del RD 84/1996, en virtud del cual, los trabajadores que causen baja en el Régimen Especial se encontrarán en situación asimilada al alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja. Por el contrario, el Tribunal Supremo, reiterando su doctrina respecto al anterior RD 1251/2001, entiende que el hecho de que el art. 4 del RD 295/2009 no mencione este supuesto entre las situaciones asimiladas al alta a efectos de la prestación por maternidad no significa que, en lo no previsto en esta norma, no puedan aplicarse las reglas específicas del RETA las cuales, además, resultarían de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad normativa.

Respecto al Tribunal Constitucional, la única sentencia reseñable es la STC 66/2014, de 5 de mayo, que considera una discriminación por razón de sexo relacionada con la maternidad la denegación a una funcionaria autonómica del reconocimiento de derechos

²³ Recurso nº 2259/2013.

²⁴ En el mismo sentido la STS de 13 de noviembre de 2014 (Recurso nº 2684/2013).

²⁵ STS de 22 de julio de 2004 (Recurso nº 4037/2003).

²⁶ Recurso nº 2546/2013.

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
económicos y de antigüedad con carácter retroactivo después de haber aprobado la oposición y verse obligada a posponer el curso teórico-práctico obligatorio por coincidir con la fecha del parto, no pudiendo tomar posesión de la plaza hasta un momento posterior. Para fundamentar su decisión, recuerda su doctrina según la cual la discriminación por razón de sexo “no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, recogiendo la doctrina precedente, STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 98/2003, de 2 de junio, FJ 4; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3). Hemos afirmado así que, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4) (STC 74/2008, de 23 de junio, FJ 2; y 92/2008, de 21 de julio, FJ 4)”. En consecuencia, otorga el amparo a la demandante.

Por lo que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia, pueden reseñarse también algunos pronunciamientos de interés en la materia que nos ocupa. En este sentido, cabe destacar la STSJ de Madrid de 14 de febrero²⁷ y la STSJ de Cataluña de 7 de octubre²⁸, ambas relativas a la aplicación de la protección reforzada prevista en el art. 55.5.b) ET a los supuestos de desistimiento del empleador en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, habiéndose producido dicho desistimiento durante el embarazo y el disfrute de la suspensión por maternidad, respectivamente. En los dos casos, se afirma que la extinción del contrato por esta vía no goza de dicha protección cualificada aplicando a tales efectos la doctrina contenida en la STC 173/2013, de 10 de octubre, relativa al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, en virtud de la cual la protección en estos supuestos será la propia del derecho fundamental a no ser

²⁷ Recurso nº 1834/2013.

²⁸ Recurso nº 2838/2014.

discriminado por razón de sexo lo que exige aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese.

Asimismo, cabe destacar tres sentencias relacionadas con el disfrute de la prestación de maternidad por parte del padre cuando la madre está afiliada y en alta en la Mutualidad de la Abogacía. Tal y como viene sosteniendo la doctrina judicial, las SSTSJ del País Vasco de 15 de julio²⁹, de Andalucía (Málaga) de 3 de julio³⁰ y de Andalucía (Sevilla) de 2 de julio³¹, deniegan el reconocimiento de la prestación de maternidad a favor del padre cuando la madre está afiliada a la Mutualidad de la Abogacía de conformidad con lo dispuesto en los arts. 48.4 párr. 3º ET y 3.4 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por cuanto dicho sistema de previsión contempla la protección de la maternidad y la progenitora optó voluntariamente por no acogerse a la misma.

2. Paternidad

Lo más reseñable con respecto al permiso de paternidad siguen siendo los retrasos que ha sufrido la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, que ampliaba su duración a cuatro semanas. Recordemos que en su sorprendente redacción original la ley fijaba como fecha de entrada en vigor el 1 de enero de 2011 (más de un año después de su publicación) y que las sucesivas leyes de Presupuestos Generales han ido retrasándola de año en año; siguiendo la misma dinámica, la DF 22ª de la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales para 2014 volvió a posponerla, en esta ocasión hasta el 1 de enero de 2015³². Por tanto, su duración legal durante el año 2014 continuó siendo de trece días naturales.

En cuanto a la actividad de nuestros tribunales, no ha habido pronunciamientos del TS sobre aspectos relacionados con el permiso de paternidad, aunque sí contamos con alguna sentencia interesante de los Tribunales Superiores de Justicia. En concreto, la STSJ de Cataluña de 31 de julio³³ que, en un caso en que se produjo la extinción simultánea de varios contratos de trabajo por causa objetiva, declaró la nulidad de una de ellas por haber tenido el trabajador suspendido su contrato de trabajo por permiso de paternidad en los nueve meses anteriores, y la improcedencia del resto.

²⁹ Recurso nº 1259/2014

³⁰ Recurso nº 624/2014.

³¹ Recurso nº 2490/2013.

³² Como curiosidad y aunque excede del ámbito temporal a que se refiere este informe, dejamos señalado que la DF 2ª de Ley 36/2014 de Presupuestos Generales para 2015 retrasa de nuevo su entrada en vigor, ahora hasta 1 de enero de 2016.

³³ Sentencia nº 5727/2014.

Es interesante también la STSJ de Madrid de 11 de julio³⁴, relativa al caso de un trabajador despedido por bajo rendimiento al reincorporarse de una baja por enfermedad, un mes después del nacimiento de su hijo. El trabajador alega que se le lesiona el “derecho a acceder al permiso de paternidad”. De los hechos probados se desprende que solicitó la prestación de paternidad dos días después de serle comunicado el despido. La sentencia de instancia reconoció la nulidad del despido con los siguientes argumentos: “Lo que es relevante es que, a fecha de reincorporarse el trabajador tras el alta médica, concurría el presupuesto para disfrutar del permiso de paternidad, el cual fue reconocido con efectos del día siguiente al del despido. De esta forma, de no haber sido despedido el actor, habría pasado a disfrutar de ese permiso en ese momento pero no fue posible por efecto del despido, teniendo así que retrasar los efectos del permiso al día siguiente del despido. Esto significa que, a fecha del despido, que la empresa reconoce en juicio como improcedente, el trabajador estaba bajo el ámbito de protección del art. 55.5 ET, lo que significa que el despido ha de ser calificado como nulo”. El TSJ no hace suyo este argumento, pero sí entiende que los hechos probados son indicio suficiente de discriminación por motivos familiares y, por tanto, que el despido debe ser declarado nulo por discriminatorio.

Por último, la STSJ de Madrid de 13 enero³⁵ desestima la nulidad del despido disciplinario de un trabajador que se encontraba disfrutando del permiso de paternidad, por haberse acreditado el incumplimiento y su gravedad. Por tanto, a pesar de tratarse de un trabajador que estaba ejerciendo su derecho a la suspensión por paternidad, declara la procedencia del despido.

3. Lactancia

En cuanto al permiso de lactancia también ha sido escasa la doctrina judicial. No ha habido ninguna STS sobre el tema, y en cuanto a la doctrina de los TSJ, tan solo revisten interés dos de ellas. La primera, la STSJ de Cantabria de 21 de julio³⁶, que declaró la nulidad de un despido por causas objetivas consistente en la amortización del puesto de trabajo de una trabajadora que disfrutaba un permiso de maternidad, al que acumuló el de lactancia. La empresa justificó tanto el descenso de facturación como la necesidad de reducir la plantilla, pero el Tribunal consideró que lo que no se justificó fue que la supresión del puesto fuera inexcusable, ya que tras la amortización permanecieron en plantilla varios trabajadores con idéntica categoría profesional a la de la trabajadora. La

³⁴ Sentencia nº 623/2014.

³⁵ Recurso nº 1283/2013.

³⁶ Sentencia nº 538/2014.

empresa ni explicó los criterios tomados en consideración que justificasen la afectación de una trabajadora específicamente protegida, ni tampoco que la extinción de su contrato de trabajo fuese indispensable objetivamente, respecto de los demás trabajadores que continuaron en la empresa y que no gozaban de un mejor derecho o preferencia.

La segunda resolución que nos parece significativa es la STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de enero³⁷, que consideró que el hecho de requerir a los trabajadores varones, en relación al permiso de lactancia, justificación de que su cónyuge trabaja y no hacerlo así con las trabajadoras de la empresa es un trato discriminatorio por razón de sexo.

Aunque no sea un tema estrictamente laboral, sino relativo a los funcionarios públicos, consideramos que hay que señalar que el hecho de que el Estatuto Básico del Empleado Público no haya adaptado su regulación del permiso de lactancia a la doctrina establecida por la Sentencia del 30 de septiembre del 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, más tarde confirmada por la Sentencia de 19 de mayo de 2011 del Tribunal Constitucional, está resultando muy controvertido. De hecho, ya hay sentencias de tribunales de instancia que, en contra de lo establecido por la literalidad del art. 48.1 f) EBEP, consideran que la doctrina del TJ también es de aplicación a la función pública y que, por tanto, el padre funcionario también tiene derecho al permiso de lactancia aunque la madre no realice actividad retribuida³⁸.

4. Excedencias para el cuidado de hijos y el cuidado de familiares

En cuanto a las excedencias, la resolución más significativa ha sido la STSJ de Madrid de 6 de mayo³⁹. Se trataba de un supuesto en que la trabajadora llenó un documento de solicitud de excedencia standard facilitado por la empresa, en el que se le daba la opción de pedir bien una “excedencia voluntaria”, bien una “excedencia voluntaria para el cuidado de hijos” o bien una “excedencia forzosa”. La trabajadora marcó la opción “excedencia voluntaria para el cuidado de hijos” por una duración de 60 días. Existiendo dudas sobre si lo que solicitó realmente fue una excedencia voluntaria o una forzosa, la STSJ señala que las dudas que pueda plantear la solicitud formulada han de interpretarse aplicando la máxima del *in dubio pro operario*. En el caso debatido, atendiendo a la duración de la excedencia solicitada así como al hecho de haberse citado la LO 3/2007, el TSJ concluyó que la que se había solicitado era la forzosa, al ser más favorable para la trabajadora que la excedencia voluntaria. Por tanto, al existir un

³⁷ Sentencia nº 154/2014.

³⁸ Sentencia nº 436/2014, de 14 de noviembre, del Juzgado contencioso-administrativo nº 1 de Guadalajara.

³⁹ Sentencia nº 404/2014.

derecho de reserva del puesto de trabajo ejercitable en el momento en que la trabajadora excedente solicitó su reincorporación, la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante lleva como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante.

5. Reorganización del tiempo de trabajo

El derecho a la reducción de jornada por razones relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral sigue planteando diversos conflictos interpretativos ante los Tribunales. El TS, en sentencia de 13 de octubre, se ha pronunciado acerca de si una baja por incapacidad temporal de una trabajadora con reducción de jornada puede causar despido objetivo bajo el parámetro del art. 52. d) ET. En este sentido, ha concluido que al darse la incapacidad temporal antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no puede éste surtir efecto en la ausencia justificada que se debate. Por lo tanto, delimita el alcance del conflicto y dictamina que la nueva redacción del art. 52.d) ET sobre el despido objetivo no tiene carácter retroactivo, pues no está previsto de ese modo en la propia ley, ni se alude a ello en la misma de forma específica.

La STSJ del País Vasco de 23 de septiembre sigue la línea tendente a reforzar la protección del ejercicio del derecho de reducción de jornada. Establece el Tribunal, en este caso, que "no basta con atribuir en términos generales al ámbito de la libertad de empresa, las facultades de organización y dirección empresarial, o las necesidades de plantilla y de atención a la actividad productiva de la empresa para denegar la petición de reducción de jornada". El TSJ del País Vasco determina que el equilibrio o la ponderación entre el derecho a conciliar la vida familiar, en una adecuación a las necesidades empresariales, debe tener un punto de partida. Pues bien, este punto es "el esfuerzo que realiza la trabajadora en la pérdida del salario, que se corresponde con el del empresario de ajustar y adecuar su actividad productiva y el elemento de trabajo que repercute en ella, pues de otro modo sería una carta en blanco, una facultad unilateral, arbitraria e incontrolable la que correspondería al empleador". Por lo tanto, es la empresa la que deberá mostrar de forma clara "la excepcionalidad de la denegación de la reducción", y a ella corresponde la carga de mostrar en términos reales y efectivos la imposibilidad de llevarlo a cabo. Añade dicha sentencia que "no es la trabajadora la que debe probar ni su necesidad doméstica, ni su ausencia de otros resortes para atender a la conciliación familiar, ni la disponibilidad de la empresa para acceder a su petición". Así pues, la interpretación que debe darse del art. 37.6 ET constituye la existencia de un derecho no solo de elección por parte del trabajador del disfrute del permiso o la

reducción, sino de un "deber de primar los derechos de conciliación de vida personal, familiar y laboral con las necesidades productivas y organizativas de la empresa". En esta misma línea, el TSJ de Cataluña en sentencia de 21 de febrero⁴⁰ repreuba la actitud injustificada de la empresa respecto a la solicitud de reducción de jornada solicitada por un varón para cuidar a su padre de 86 años de edad porque no considera suficientes las pruebas aportadas por el trabajador, que sí lo fueron, en cambio, para la admisión de una excedencia por cuidado del mismo familiar⁴¹. En el ámbito de la Administración pública resulta llamativa para el TSJ de Madrid, en sentencia de 4 de febrero, la justificación de la Administración Militar que estima de forma parcial la solicitud cursada por una soldado profesional de reducción de su jornada de trabajo diaria, por tener hijos menores a su cargo, aludiendo a circunstancias excepcionales de necesidad del servicio, y al mantenimiento de una parte del mismo para evitar la pérdida de las capacidades mínimas que justificaban su destino en la unidad. El TSJ de Madrid estima, bajo este razonamiento, el recurso de la funcionaria. Por el contrario, el TSJ de Cantabria, en sentencia de 30 de mayo⁴², entiende justificada la finalidad organizativa alegada por la empresa para trasladar de centro de trabajo a una trabajadora al solicitar una reducción de jornada por cuidado de menor tras disfrute de permiso de maternidad. A pesar de que el centro de trabajo al que se la traslada está situado a mayor distancia de su domicilio y en una ciudad más grande, incidiendo el Tribunal en el hecho de que la trabajadora tenía firmada una cláusula de movilidad.

El TSJ de Cataluña, en sentencia de 29 de octubre, interpreta y establece límites a la redacción vigente de art. 37.6 ET⁴³ declarando que este precepto persigue que a través de la negociación colectiva se puedan introducir criterios de ponderación para su ejercicio. No ha de perjudicarse el derecho de la empresa a ajustar el mismo a las necesidades productivas y organizativas de la empresa pero ello ha de hacerse sin disminuir el derecho de las personas trabajadoras a conciliar la vida personal, familiar y laboral. Establece el Tribunal que no pueden existir cláusulas convencionales que limiten

⁴⁰ El TSJ de Asturias, en sentencia de 27 de junio considera discriminatoria la actitud de la empresa al denegar el horario continuado al contravenir los acuerdos existentes y no resultar justificada.

⁴¹ En este caso, además, se destacan dos cuestiones, la menor solicitud de excedencias por cuidado de familiares que por cuidado de hijos, y el hecho de que quien lo solicita sea un varón.

⁴² Recurso nº 242/2014. En sentencia del Juzgado de lo social de Madrid, de 13 de noviembre de 2013, (Sentencia nº 392/2013) el juzgador diferencia una actitud de la empresa poco justificada, que vulneraría el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, de una oposición frontal y sin argumentos, que sería discriminatoria.

⁴³ "... No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas".

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438 Iustel
 el ejercicio del derecho a la concrección del horario, y tampoco pueden derivarse de ellas razones que de no respetarse impedirían a la persona trabajadora ejercer su derecho de conciliación en un horario determinado (y por consiguiente, permitir que se pueda satisfacer el derecho a conciliar la vida personal, familiar y laboral). Por lo que una cláusula no podrá perjudicar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, ni a través de la negociación colectiva se puede dejar sin contenido el derecho a la reducción de jornada.

El TS, en sentencia de 14 de abril, establece que en la organización del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras la empresa debe respetar en todo momento el art. 37.1 ET, pero, de igual modo el art 34.3 ET. En lo referente a la distribución irregular de la jornada de trabajo del art. 34.2 ET, el TS, en sentencia de 16 de abril, aprecia que es un norma de derecho necesario relativo por lo que, el hecho de establecer un plazo de preaviso inferior al de los 5 días del ET, aunque el tiempo que se distribuya de manera irregular también sea menor al establecido en el ET, conculca el art. 34.2 ET.

6. Violencia de género

Respecto a la violencia de género, a nivel jurisdiccional, destacan varias sentencias sobre la pensión de orfandad. El Alto Tribunal señala que mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad -lo que corresponde a planteamientos de un concepto de familia tradicional- sería incluir en la prestación correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfandad absoluta de derecho -inexistencia de ambos progenitores- como la orfandad absoluta de hecho -cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad-; siendo en el segundo caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje resultante de la aplicación de la norma⁴⁴.

El Juzgado de lo Social número 3 de Almería⁴⁵ 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. 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

⁴⁴ SSTS de 29 de enero y 6 de febrero.

⁴⁵ Sentencia nº 41/2014.

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, dado que el mismo “siempre reconoció el hecho de la agresión a su esposa que terminó con su muerte”.

En cuanto a la beneficiaria de pensión de orfandad que solicita el incremento con el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad al ser el padre condenado por un delito de maltrato de obra, en el que el INSS lo deniega debido a que la condena no lo fue ni por delito doloso de homicidio ni por lesiones, la jurisprudencia menor ha reconocido el incremento, dado que si el Código Penal encaja entre los delitos de lesiones a los menoscabos, golpes o malos tratos de obra producidos a la mujer, aun cuando no concurra lesión que requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, se entiende que debe otorgarse aquel incremento⁴⁶.

En cuanto a la pensión de viudedad, la jurisprudencia menor ha señalado en un supuesto de alegación por la solicitante de haber sido víctima de violencia de género; que la simple denuncia no es suficiente para tener por probada la violencia porque se trata de una mera manifestación que nada acredita. Por tanto, en tanto subsista y no se modifique la separación judicial por una nueva resolución, la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulta totalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho⁴⁷. En este mismo sentido, el Alto Tribunal ha manifestado que “para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación judicial que exige el art. 84 del Código Civil, pues en otro caso se está ante una reanudación de hecho de la convivencia, que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges, como se desprende del precepto citado (“la reconciliación...deja sin efecto lo acordado” en el procedimiento de separación), no produce tales efectos necesariamente ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial”⁴⁸.

En cuanto a la acreditación de la violencia de género, el Tribunal Supremo ha manifestado que no lo son los informes de la Guardia Civil recabados con posterioridad a la sentencia que reflejan comparecencias de la demandante ante la fuerza pública, los

⁴⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de marzo.

⁴⁷ STSJ de Extremadura, de 30 de enero.

⁴⁸ SSTS de 2 de febrero de 2005, 28 de febrero, 25 de septiembre y 2 de octubre de 2006 y 7 de diciembre de 2011.

que servirían para acreditar la existencia de malos tratos a efectos de cumplir los requisitos del art. 174 de la LGSS para acceder a la pensión de viudedad como víctima de violencia de género. En este sentido, insiste que “no pueden ser considerados documentos recobrados ni obtenidos al haber sido conocidos con anterioridad por la parte a quien interesa su aportación, obrar en una oficina pública a la que la parte actora pudo acceder en fecha anterior a la fase de cognición del procedimiento y que han sido expedidos a voluntad suya, sin mediar fuerza mayor ni retención por obra de la parte, en este caso el INSS, a cuyo favor se hubiere dictado la sentencia cuya revisión se pide, como causas impeditivas de su presentación en tiempo oportuno”⁴⁹.

La jurisprudencia menor, en relación a la reanudación de la convivencia sin comunicación judicial para el reconocimiento de la pensión de viudedad, ha manifestado que una convivencia que surge a partir de una reconciliación acreditada, mantenida en el tiempo durante nueve años, en la que se ha mantenido al causante y en el que se ha sido incluso víctima de violencia de género, con hijos en común, no puede considerarse fraudulenta y sí productora de efectos jurídicos como reconciliación de hecho y, cuando menos, constitución de pareja de hecho. Por tanto, la pensión se reconoce con efectos desde la constitución de pareja de hecho y no desde la fecha del matrimonio⁵⁰.

Acreditada la condición de la viuda, de separada y víctima de violencia de género, conforme al art. 174.2 LGSS tiene derecho a pensión de viudedad, haya existido o no pensión compensatoria a resultas del proceso de separación matrimonial, sin que el mismo precepto establezca para este supuesto la limitación de cuantía que dispone para las personas viudas que no son víctimas de violencia de género. Las palabras “en todo caso”, que encabezan la mención del citado artículo al derecho a pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género separadas o divorciadas con independencia de que tuvieran o no pensión compensatoria, impide considerar a aquella como renta de sustitución, lo que avala la interpretación literal de la norma, no debiendo distinguir el intérprete donde la ley no lo ha hecho⁵¹.

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, algún convenio señala que en caso de violencia de género, de común acuerdo, se estudiarán y aplicarán todas aquellas medidas que resulten más adecuadas a las circunstancias específicas de su caso, en función de las siguientes posibilidades de la empresa: a) Tendrá preferencia la solución de peticiones de traslado, b) Podrá solicitar acogerse a

⁴⁹ STS de 12 de noviembre.

⁵⁰ STSJ de Madrid, de 24 de junio.

⁵¹ STSJ de Aragón, de 21 de mayo.

flexibilidad horaria o reducción de jornada durante el plazo de un año, c) Podrá solicitar la suspensión del contrato durante seis meses, d) Este supuesto se entenderá comprendido entre las causas de concesión de anticipos, sin interés⁵².

La mayoría de los convenios colectivos de 2014, como se viene aplicando desde la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, hacen remisión directa a aquella norma. Sin embargo, se destaca algún otro convenio que además de hacer referencia a la misma, deriva, a su vez, a la norma autonómica (Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género)⁵³. Asimismo, se destaca otro convenio que dispone un beneficio mayor a la víctima de violencia de género que la norma, al señalar que en la suspensión del contrato, por decisión de la propia trabajadora, con una duración inicial máxima de 6 meses, podrá prorrogarse por más tiempo, pero por decisión del juez⁵⁴.

Como puede observarse todavía queda camino que recorrer, para poder eliminar, prevenir y erradicar la violencia de género. Es importante que los interlocutores sociales se sensibilicen aún más en el tema y mejoren los derechos que el ordenamiento jurídico establece al efecto, proponiendo nuevos derechos o mejorando los existentes en el ordenamiento jurídico español.

VII. NOVEDADES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

1. Presentación

El presente capítulo tiene por objeto recabar las principales novedades normativas y jurisprudenciales acaecidas durante el año 2014 en materia de protección social.

Por lo que hace al sistema de Seguridad Social, en primer lugar, se aborda la nueva regulación sobre la pérdida del requisito de residencia a efectos de las prestaciones del sistema. En segundo término, se analizan las principales novedades en materia de financiación. En concreto, el estudio se centra en la modificación de los conceptos computables en la base de cotización, la implementación de la denominada “tarifa plana”

⁵² Resolución de 17 de diciembre de 2014, del Servicio Provincial de Economía y Empleo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio Colectivo de Sector de Oficinas y Despachos de la Provincia de Huesca para los años 2013-2015.

⁵³ Resolución de 10 de noviembre de 2014, de la Delegación Territorial de Huelva de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, por la que se acuerda el registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo de montajes de la Provincia de Huelva para el período del 29-5-2014 al 31-12-2014.

⁵⁴ Resolución de 25 de septiembre de 2014, de la dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la industria del calzado.

de cotización por contingencias comunes y la creación del mecanismo de “liquidación directa” de cuotas de la Seguridad Social. En tercer lugar, y ya en el ámbito de las concretas prestaciones del sistema de la Seguridad Social, se aborda la modificación habida sobre las causas de extinción de la prestación por incapacidad temporal, así como los supuestos de pérdida y suspensión. En cuarto lugar, se analiza la nueva configuración del concepto de incapacidad permanente, además de algunas modificaciones menores sobre su régimen jurídico. En quinto lugar, por lo que hace a la prestación de viudedad, el informe se centra en su régimen jurídico para el supuesto de parejas de hecho. En concreto, se da cuenta de la importante sentencia del TC por la cual se declara inconstitucional el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS. Y, en sexto lugar, se estudian las diferentes novedades relativas a la prestación por desempleo, tanto normativas (se establecen nuevos criterios para la transición entre el subsidio de desempleo para mayores de 55 años la pensión de jubilación) como jurisprudenciales (carencia de rentas necesaria para acceder al subsidio por desempleo así como los efectos que sobre la prestación tiene el abandono del territorio nacional).

Por último, para proporcionar una completa visión de los cambios habidos durante el 2014 en materia de protección social, se ha estimado conveniente cerrar el informe con el análisis de otras ramas de nuestro sistema de protección social: Asistencia Sanitaria, Dependencia y Asistencia Social.

2. Residencia en territorio español a efectos del mantenimiento del derecho a las prestaciones de Seguridad Social

Diferentes preceptos reguladores de algunas de las prestaciones en materia de Seguridad Social establecen como requisito para lucrar las mismas así como su concurrencia durante todo el tiempo de su percibo que el beneficiario acredite su residencia en territorio español.

De esta manera, el art. 50.1 LGSS, en relación con su DA 54^a, y el art. 6.6 RD 1107/2014, de 26 diciembre, establecen que las pensiones cuyo hecho causante se produzca a partir de 1 de enero de 2013 generarán el derecho al complemento para mínimos si el beneficiario mantiene su residencia en territorio español.

Asimismo, para acceder a las prestaciones de naturaleza no contributiva (arts. 144 y 167 LGSS) se exige la residencia legal en territorio español durante cinco (incapacidad) o diez años (jubilación) de los cuales dos han de ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión.

Los arts. 212 y 213 LGSS exigen la estancia en territorio español para no ver suspendido o extinguido el derecho a las prestaciones por desempleo, sin perjuicio del respeto al principio de exportación de prestaciones recogido en el acervo comunitario.

Para poder lucrar la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo es necesario, de conformidad con lo previsto en los arts. 182.1.a) y b) LGSS y 10.1.a) y b)

RD 1335/2005, de 11 de noviembre, que tanto los beneficiarios como los menores residan legalmente en territorio español, estableciendo el art. 28.4 de la norma reglamentaria una medida similar a la prevista en la nueva DA 65^a LGSS.

Finalmente, el art. 2.1.b) RD 1192/2012, de 3 de agosto, para ciertas personas con escasez de recursos condiciona el acceso a la condición de asegurado a efectos de la prestación de asistencia sanitaria a acreditar, entre otros requisitos, su residencia en territorio español.

Con el fin de sistematizar y homogeneizar la incidencia en las prestaciones de la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios en el sistema español de Seguridad Social, la DF 4^a.7 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 introduce la DA 65^a en la LGSS, regulando los supuestos de pérdida de residencia en territorio nacional a efectos del cobro de las prestaciones de Seguridad Social, incluidos los complementos a mínimos, ofreciendo tres reglas al respecto:

1^a.- Se considera que el beneficiario no incumple el requisito de residencia exigido para el mantenimiento de las prestaciones económicas, incluidos los complementos para mínimos, siempre y cuando durante el año natural las estancias en el extranjero no superen los 90 días de duración, o cuando su ausencia de territorio nacional se encuentre motivada por causa de enfermedad debidamente justificada, pues la norma entiende que en dichos supuestos el titular de la prestación mantiene su residencia habitual en España.

El legislador opta, así, por positivizar expresamente el período de 90 días que había sido adoptado por alguna resolución judicial para diferenciar la simple estancia de la residencia, de manera que “la residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo [...]. Aunque no reúna las notas que caracterizan al domicilio, y aunque no sea la ‘residencia habitual’, la ‘residencia’ simple o residencia sin adjetivos comporta una cierta prolongación temporal; es algo más que una ‘estancia’. Donde situar la línea divisoria entre la estancia y la residencia es algo que podría haber establecido el legislador de Seguridad Social, y también el titular de la potestad reglamentaria en este sector del ordenamiento, pero que, por las razones expuestas, no ha hecho ni uno ni otro. El señalado vacío de regulación puede colmarse, sin embargo, mediante el instrumento de la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjería una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento social. Para el art. 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia. Y, como ya se ha dicho, este umbral es prácticamente el mismo al de los tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado

2ª.- Continúan siendo de aplicación las previsiones específicas en relación con las prestaciones y subsidios de desempleo.

3ª.- En cuanto hace al mantenimiento del derecho a prestaciones sanitarias en la que se requiera residencia en territorio español, también se entiende que el beneficiario mantiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero por un período no superior a 90 días a lo largo de cada año natural.

Esta última previsión resulta controvertida por cuanto no han faltado voces poniendo en duda su constitucionalidad, por cuanto “afecta a la materia de sanidad y al deber de los poderes públicos de proteger la salud pública, y no se divisa clara cuál es su incidencia directa sobre los ingresos, los gastos o por qué es complemento necesario para la mayor inteligencia y más eficaz ejecución del presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno”⁵⁶.

3. Financiación

En materia de financiación, desde el último informe se han producido varias novedades, aunque tres son las más relevantes. La de mayor calado, sin lugar a dudas, es la modificación de los conceptos computables en la base de cotización, que tuvo lugar a través de la DF 3ª del RD-L 16/2013, de 20 de diciembre, precepto que reformó el art. 109 LGSS, ahondando en la previa modificación operada por el RD-L 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Hasta esas normas, dentro de la base de cotización se computaba el salario, en sentido técnico, de modo que el art. 26 ET era fundamental para entender qué conceptos se incluían en la base de cotización. Ciertamente, y por mimetismo con la normativa fiscal, quedaban también comprendidas en la base de cotización percepciones aparentemente extrasalariales, pero no íntegramente, sino en el exceso sobre un determinado límite exento. En verdad, el legislador parecía establecer una presunción *iuris et de iure* que convertía en salario -encubierto- determinadas cantidades, por entender que por encima de un determinado tope no se justificaba una compensación por gastos o un resarcimiento por daños. Se conseguía con ello, asimismo, reducir la

⁵⁵ STS 18 octubre 2012 (RJ 2012\10707).

⁵⁶ Enériz Olaechea, F.J.: “La persistencia del legislador en no respetar los límites materiales de las Leyes Generales de Presupuestos del Estado”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2014 (BIB 2014/865).

litigiosidad que sin duda se produciría si se dejase completamente al arbitrio de los empleadores la decisión de las cantidades que deben incluirse en la base.

La nueva redacción del art. 109 LGSS rompe la sintonía entre ese precepto y el art. 26 ET, incrementando sustancialmente la cuota a ingresar en ciertos casos sin modificar el tipo aplicable, pues ese nuevo art. 109 conduce a una base de cotización más elevada al exigir la inclusión en la base de muchas cantidades anteriormente excluidas, y que sin lugar a dudas no merecen su calificación como salario. Tras esta reforma, solamente las dietas y los gastos de locomoción (con matices), las indemnizaciones legales, las prestaciones de seguridad social y las mejoras de IT permanecen al margen de cotización, mientras que el resto de cantidades que anteriormente disfrutaban de exención total o parcial (hasta el 20% del IPREM), pasan a engrosar íntegramente la base de cotización, incluyendo conceptos como las asignaciones para guardería, las ayudas al estudio de los hijos de empleados, las primas de seguros médicos o los cheques-restaurante.

En segundo lugar, durante 2014 se han implementado numerosas medidas de estímulo al empleo, pero en este punto resulta conveniente centrarse, exclusivamente, en la denominada “tarifa plana” de cotización por contingencias comunes, aprobada por el RD-L 3/2014, de 28 de febrero. El propósito de aumentar la contratación indefinida lleva al legislador a incentivar la contratación indefinida tanto a tiempo completo como a tiempo parcial (mínimo media jornada) por un período de al menos dos años, garantizando al empleador que, con independencia del salario abonado la cuota de contingencias comunes se mantendrá en 100 euros mensuales para los trabajadores a tiempo completo y en el 50 ó 75 euros para los trabajadores a tiempo parcial, dependiendo de su jornada.

Finalmente, en materia de gestión la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social, modifica el art. 19 LGSS para contemplar, junto al tradicional formato de la autoliquidación, la denominada «liquidación directa», que implica, resumidamente, que la TGSS pasará a calcular directamente la cuota a ingresar por cada trabajador con los datos que proporcione la empresa. La liquidación directa «se efectuará de forma progresiva, en función de las posibilidades de gestión y de los medios técnicos disponibles en cada momento por la Tesorería General de la Seguridad Social» (DF 2^a Ley 34/2014), y supondrá en el futuro una menor carga burocrática para las empresas, aunque también, sin duda, menores oportunidades de negocio para los profesionales dedicados al asesoramiento y a la gestión.

4. Incapacidad temporal

Tradicionalmente, de la regulación legal de los supuestos de extinción de la prestación por incapacidad temporal se ha derivado una importante conflictividad. Es por ello que la Ley 22/2013 reordena sus causas de extinción a fin de completar y aclara su régimen jurídico. En las siguientes líneas se van a tratar sucesivamente únicamente las causas de extinción sobre las que ha incidido la nueva regulación.

1. Por ser dado de alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual.

La mención expresa a la extinción de la IT por alta derivada de la curación o mejoría que permite al trabajador realizar su trabajo habitual, es una de las novedades introducidas por DF 4.3 Ley 22/2013. En efecto, con anterioridad dicha causa no aparecía expresamente recogida entre los supuestos previstos legalmente. Además, dicha modificación tiene una finalidad aclaratoria, puesto que incluye expresamente como causa de extinción el alta médica por mejoría, esto es, sin curación total.

2. Por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente.

Como se sabe, la situación de IT puede finalizar con el alta médica con propuesta de incapacidad permanente. Ahora bien, tras la reforma legal operada por la Ley 22/2013, el art. 131 bis especifica en su apartado 5 que cuando así acontezca el trabajador estará en situación de prolongación de efectos económicos de la IT hasta que se califique la incapacidad permanente.

Este no ha sido el único aspecto sobre el que ha incidido la reforma legal. En efecto, como se sabe la resolución por la que se califique la IP puede tener dos sentidos: que se reconozca la incapacidad permanente o que se deniegue, por un lado, por reunir el requisito de carencia y, por otro, por la situación evaluada no pueda calificarse como de incapacidad permanente. Es en este último caso en el que ha incidido la reforma legal, ya que existía cierta controversia en sede judicial. En efecto, se discutía si tras la resolución por la que se denegaba la incapacidad permanente el trabajador podía volver a la situación de incapacidad temporal, si es que no había agotado su duración máxima o, por el contrario, si se daba también por finalizada la situación de incapacidad temporal.

Al respecto se diferenciaba entre dos posibles situaciones. Cuando la solicitud de incapacidad permanente se iniciaba a instancia del trabajador en situación de incapacidad temporal, la jurisprudencia reconocía el derecho de éste a continuar en situación incapacidad temporal, siempre y cuando, claro está, no se hubiera

agotado previamente su duración. Sin embargo, cuando el proceso de incapacidad permanente no se iniciaba a instancia del trabajador y finalmente era denegada, la jurisprudencia no guardaba una postura unívoca, de modo que en unos casos los tribunales se decantaban por la extinción de la incapacidad temporal, mientras que, por el contrario, en otros se reconocía su continuidad. Pues bien la reforma legal operada por la Ley 22/2013, resuelve dicha polémica, pues dispone en su art. 131.1. bis que cuando se denegase el derecho a la prestación por incapacidad permanente, el Instituto Nacional de Seguridad Social será el único competente para emitir una baja médica por la misma o similar patología, reanudándose, por tanto, el proceso de incapacidad temporal hasta el cumplimiento de los 545 días.

3. Por el transcurso del plazo máximo de 545 días naturales desde la baja médica

A tenor de la reforma legal introducida por la Ley 22/2013, el subsidio de incapacidad temporal se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de 545 días naturales desde la baja médica. Con esta previsión, se pone final a la polémica suscitada en torno a la anterior redacción, ya que ésta únicamente hacía referencia al “transcurso del plazo máximo establecido para la situación de Incapacidad Temporal”, sin especificar, por tanto, si en dicho “plazo máximo” se entendía incluidas las distintas prórrogas previstas para la situación de incapacidad temporal. Por tanto, según la actual redacción, parece que debe haber transcurrido el periodo de Incapacidad Temporal más la prórroga que corresponda para que se extinga definitivamente la prestación.

Por otro lado, la nueva regulación legal también afecta al régimen de las recaídas tras el transcurso del plazo de 545 días naturales desde la baja médica. En efecto, a tenor de la nueva redacción, finalizado un proceso de incapacidad temporal de 545 días, no procederá comenzar un proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología, a no ser que hayan transcurrido 180 días desde la resolución que reconozca o no la situación de incapacidad permanente del trabajador. Sin embargo, también se reconoce la posibilidad en estos casos de que excepcionalmente se inicie un nuevo proceso de incapacidad temporal, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. Para ello, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

Por último, la reforma legal también incide sobre los requisitos que ha de reunir el interesado para causar derecho a la prestación por incapacidad temporal cuando no se trate de un supuesto de recaída. Así, el solicitante podrá acceder a la prestación siempre que reúna, en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente.

Al margen de las causas de extinción, la Ley 22/2013 también ha introducido una nueva previsión en el art. 132 LGSS, relativo a la pérdida o suspensión del derecho al subsidio. En concreto, en su nuevo párrafo tres establece que la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para el examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos.

5. Reforma del concepto de incapacidad permanente tras la Ley 22/2013, de 23 de diciembre

El concepto de Incapacidad permanente establecido en el art. 136.1 LGSS, ha sido modificado por la DF 4.5, de la ley 22/2013, de 23 de diciembre, sobre los Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

El primer párrafo del art. 136.1 LGSS, define la figura de Incapacidad permanente en la modalidad contributiva - antes definida como Invalidez permanente-, como "la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves", en este caso, y tras la reforma de la ley 22/2013, de 23 de diciembre, se suprime el requisito adicional "y de haber sido dado de alta médica" cuando las situaciones de incapacidad del trabajador sean "susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral". Esta supresión tiene sentido dada la nueva redacción del apartado 4 del art. 131 bis, relativo a la Incapacidad temporal, también reformado por la ley 22/2013, donde establece la posibilidad de actuar de oficio "si, al agotamiento del plazo de trescientos sesenta y cinco días, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordase la iniciación de un expediente de incapacidad permanente", en ese momento, "la situación de incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de cumplimiento del indicado plazo" y

también “cuando en el ejercicio de las competencias previstas en el art. 128.1 a), el Instituto Nacional de la Seguridad Social hubiese acordado la prórroga expresa de la situación de incapacidad temporal, y durante la misma iniciase un expediente de incapacidad permanente”, en este caso, “la situación de incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de la resolución por la que se acuerde dicha iniciación”.

Se suprime la excepción en sentido contrario del art. 136.1, al eliminar el párrafo segundo donde establecía que, “no será necesaria el alta médica para la valoración de la invalidez permanente en los casos en que concurran secuelas definitivas”, ya que dada la redacción actual no tiene cabida.

En el párrafo segundo del art. 136.1 LGSS, se elimina el concepto de personas minusválidas por el de personas con discapacidad, reforma necesaria si tenemos en cuenta la necesidad de adaptar la terminología propuesta por la Organización Mundial de la Salud⁵⁷, y por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia, donde en su Disposición adicional octava, deja establecido, que “las referencias que en los textos normativos se efectúen a minusválidos y a personas con minusvalía, se entenderán realizadas a personas con discapacidad”.

Se suprime el párrafo tercero del art. 136.1 LGSS, donde se reconocía también “la consideración de invalidez permanente, en el grado que se califique, la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración señalado para la misma en el apartado a) del nº 1 del art. 128, salvo en el supuesto previsto en el segundo párrafo del número 2 del art. 131 bis, en el cual no se accederá a la situación de invalidez permanente hasta tanto no se proceda a la correspondiente calificación”, dada la nueva redacción del art. 131 bis donde se regula esta situación (DF 4.3 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre).

La ley 22/2013, establece una nueva definición de recaída adaptándola a las reformas introducidas en la LGSS, de tal manera que “se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior”. Por tanto y en el caso de ser denegado el derecho a la prestación por Incapacidad permanente, y no se haya agotado el plazo de 545 de Incapacidad temporal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, será el único competente para emitir en el plazo máximo de tres meses posteriores a la resolución denegatoria, una nueva baja médica por la misma o similar patología -recaída-, a través de los órganos

⁵⁷ La OMS tomó la decisión, cuando revisó la clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud, (CIF) 2001, de utilizar “discapacidad como término genérico que incluye déficits, limitaciones y restricciones en la participación, en lugar de minusvalía, por la connotación peyorativa de esta palabra.

competentes para evaluar, clarificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador. En estos casos se reanudará el proceso de incapacidad temporal hasta el cumplimiento de los 545 días (Párrafo tercero del apartado 1 del art. 131 bis LGSS). Se exceptúan los casos en los que la iniciación del expediente de incapacidad permanente sea solicitada por el propio trabajador.

6. Muerte y supervivencia: Pensión de viudedad

Desde la relevante reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por la que se modificó el art. 174 LGSS para dar cabida a un apartado tercero, por el que permitía el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, han surgido importantes pronunciamientos judiciales dado los defectos que su regulación suscita. El diferente tratamiento normativo, constitucionalmente admitido, que la regulación mantiene respecto del vínculo matrimonial, supuso el sometimiento de las uniones de hecho, de un lado, a una serie de requisitos formales y de convivencia, y de otro, a la exigencia de acreditación de un desequilibrio económico o de estado de necesidad por el conviviente superviviente.

Nos interesa detenernos en los requisitos formales, en particular, a la necesaria acreditación de la existencia de la pareja de hecho por medio de la inscripción o documento público, que debe ser anterior en dos años al óbito del causante. Concretamente el párrafo cuarto del precepto mencionado dispone que *“la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”*. Ahora bien, este tratamiento unitario a nivel estatal se distorsionaba al prever seguidamente en su apartado quinto que *“en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”*. De tal literalidad resulta, en primer lugar, que la remisión tan solo abarca a la legislación sobre parejas de hecho adoptada por Comunidades Autónomas que disponen de Derecho Civil propio, y no a aquellas que no lo ostentan pese a que han procedido a la regulación de esta materia. Y en segundo término, que tal remisión se extiende tanto a la consideración de pareja de hecho, como a su acreditación. Se permitía entonces, que las condiciones de acceso fuesen distintas no sólo entre las Comunidades Autónomas

con Derecho Civil propio, sino entre estas y el resto de ciudadanos a los que les resulta de aplicación la regla general contenida en la LGSS.

Generando serias dudas de constitucionalidad, y planteada la perceptiva cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional se pronuncia en la sentencia de 11 marzo. En ella, somete la diferencia de trato al juicio de igualdad, de modo que para salvar la tacha de inconstitucionalidad debe responder a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcional. Sin embargo, el TC considera que la diferente regulación establecida en el art. 174.3 párrafo 5º LGSS, por la cual, se establece una diferencia de tratamiento entre las parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio y aquellas con residencia en Comunidades Autónomas que no disponen de competencia en materia de Derecho civil, no supera tal juicio, careciendo por tanto de toda justificación.

El TC entiende que tal tratamiento no se explica en la concurrencia de una situación de necesidad especial que afecte a aquellas Comunidades seleccionadas -reiteramos, las que cuentan con Derecho Civil propio-, pues “en el caso de la pensión de viudedad, las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio”. Tampoco si se atiende a la finalidad de la prestación, que “no es otra que la de atender a un estado real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares, otorgando a tal efecto una pensión que depende en su cuantía de las cotizaciones efectuadas por el causante al régimen de Seguridad Social correspondiente”. Y es que estamos ante una norma, como es el art. 174.3 LGSS, que establece los requisitos de una prestación contributiva de la Seguridad Social, requisitos que “deben ser iguales para todos los que actualicen la contingencia correspondiente”. A partir de esta alegación, encontramos sus argumentos más determinantes al vincular el art. 14 CE con el art. 149.1.17 CE, pues, reiterando la carencia de justificación del factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, considera que con la remisión originaria del conflicto el Estado está obviando sus atribuciones, competencias de carácter irrenunciable. La norma de Seguridad Social, en los supuestos de parejas de hecho, viene a concretar los requisitos que permiten identificar tal situación a fin de acreditar su existencia ante la ausencia de una regulación jurídica de carácter general, si bien, exclusivamente a los efectos de su acción protectora. Y en tal concreción de los requisitos para el acceso de la parejas de hecho a la pensión de viudedad, ha de tenerse en cuenta que al tratarse de un régimen

legal éste tiene como límites, entre otros, el respeto del principio de igualdad y la prohibición de arbitrariedad.

Por lo anterior concluye que la “determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social, en este caso la pensión de viudedad, constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado ex art. 149.1.17 CE y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas y vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger”, que como hemos indicado, considera inexistentes, por lo que el art. 149.1.17 CE “demanda la fijación de los requisitos y del régimen jurídico de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, de tal forma que el deber de fijar de modo uniforme los requisitos de acceso a la pensión de viudedad forma parte del contenido que protege el citado precepto constitucional”.

Ante la carencia de una justificación objetiva, razonable y proporcionada, el TC analiza cual de las dos opciones planteadas por el TS debe ocasionar la inconstitucionalidad detectada. Así, el TS propuso: bien declarar la inconstitucionalidad parcial del precepto, de forma que la remisión deba entenderse realizada a todas las Comunidades Autónomas, tengan o no Derecho Civil propio, o la inconstitucionalidad total afectante al párrafo de forma absoluta. El TC rechaza la primera opción -pues considerada que “de aceptarse esta solución persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho, porque el problema de fondo que el precepto cuestionado plantea no es la limitación de la remisión a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, sino la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social”- declarando inconstitucional y nulo todo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS.

No obstante, la STC 40/2014, de 11 de marzo, cuenta con un voto particular que entiende que la cuestión de inconstitucionalidad debió desestimarse al considerarse que “en realidad, la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por la Sala 4^a del Tribunal Supremo se refiere a aquellas otras comunidades autónomas que han regulado los efectos de las convivencias de hecho, pero que no tienen Derecho civil propio”. Entiende los magistrados que lo formulan, entre otras razones, que la aplicación del párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS en la Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio “va a producir efectos distintos según se trate de prestaciones de la seguridad social, o de derechos sucesorios o de otro tipo, de modo que una misma convivencia sirve para obtener unos derechos en un caso y para no obtenerlos en el caso de la seguridad social”.

Con todo, la sentencia del TC ha implicado la nulidad del párrafo quinto del precepto analizado, lo que supone que la consideración y acreditación de las parejas de hecho deberá someterse a los criterios generales establecidos en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS, y ello en base a la vulneración del principio de igualdad ante la ley -art. 14 CE- y la competencia exclusiva de la que dispone el Estado -art. 149.1.17 CE-.

7. Desempleo

Siguiendo las reformas escalonadas, dispersas y poco sistemáticas que han afectado --desde siempre-- a la prestación por desempleo en sus dos modalidades (contributiva y no contributiva), hasta semejar un *patchwork* protector, deviene la enésima.

El nuevo párrafo incorporado en virtud de la DF 4^a de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, trata de coordinar el subsidio de desempleo para mayores de 55 años con el acceso a la pensión de jubilación (en cualquiera de sus modalidades, dice la norma) necesariamente contributiva, a la vista de los requisitos exigidos por el art. 215.1.3 LGSS (trabajador mayor de 55 años que, entre otras condiciones, reúna todos los requisitos, menos la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social).

La duración del mencionado subsidio, de conformidad con el art. 216.3 LGSS (a su vez redactado por el número ocho del art. 17 RD-L 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad) se extenderá, como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación --de nuevo, en cualquiera de sus modalidades--.

Ahora, el nuevo apartado del art. 222.4 LGSS viene a refrendar las reglas de compatibilidad previstas, con la clara intención de ajustar los tiempos entre el subsidio y la prestación contributiva y extinguir aquél por cumplimiento de la edad. En tal caso, el acceso a la pensión de jubilación deviene forzosa en lugar de voluntaria: el beneficiario se ve compelido a solicitar la jubilación (en cualquiera de sus modalidades) ante el fin de la prestación asistencial por cumplimiento de la edad; por su parte, la percepción de la jubilación se retrotraerá a dicha fecha siempre y cuando la solicitud se produzca en el plazo de los tres meses siguientes a la resolución firme de extinción de la entidad gestora.

De no acontecer la solicitud de jubilación en el plazo mencionado, el subsidio se extinguirá y la prestación por jubilación tendrá una retroactividad máxima de tres meses desde la solicitud, tal y como dispone a la sazón el art. 164 LGSS para la pensión contributiva.

Esta regulación entierra más profundo la escasa esperanza de volver al mundo laboral y sesga la voluntad legislativa de apostar por el envejecimiento activo.

La jurisprudencia sobre desempleo, durante este período, ha hecho hincapié, al hilo de la situación socioeconómica y tal y como venía sucediendo los años anteriores, en la carencia de rentas necesaria para acceder al subsidio y en los efectos de “salir” -- masivamente a la luz de las numerosas resoluciones-- al extranjero, respecto al mantenimiento de la prestación.

En cuanto hace a la forma de calcular el límite de ingresos, ha analizado el período de cómputo respecto al capital mobiliario⁵⁸; la consideración debida a los premios ganados en concurso (entendiendo por tal “ganancia patrimonial se acomoda mejor a un ingreso irregular ya que permite, dada su falta de periodicidad y a partir del momento en el que se produce el ingreso en el patrimonio comenzar el cómputo aplicando a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero vigente”⁵⁹); o el cómputo de rentas esporádicas a efectos de suspender y no extinguir la prestación⁶⁰.

A la hora de analizar los efectos sobre la prestación de la salida de España del beneficiario (interrupción, suspensión o extinción) el Tribunal Supremo distingue entre prestación “mantenida”, prestación “suspendida” y prestación “extinguida”⁶¹:

- a. una prestación mantenida en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;
- b. una prestación extinguida, salvo el supuesto particular que se indica a continuación, en los casos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte “traslado de residencia”, es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;
- c. una prestación suspendida en el supuesto particular de búsqueda o realización de trabajo o perfeccionamiento profesional en el extranjero por tiempo inferior a doce meses;
- d. una prestación suspendida, en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con

⁵⁸ STS de 28 de octubre.

⁵⁹ STS de 16 de julio.

⁶⁰ SSTS de 25 y 27 de marzo 2014.

⁶¹ Siguiendo la exposición de las SSTS de 8 de abril y de 3 de junio 2014.

la consiguiente ausencia del beneficiario de la prestación de desempleo fuera del mercado de trabajo español”⁶².

En cualquier caso, el incumplimiento de las obligaciones de comunicar *ex ante* (para la salida programada) o inmediatamente *ex post* (para una eventual circunstancia sobrevenida) genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal (“baja”) de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía⁶³.

8. Novedades en otras ramas de protección social pública: ¿salud, dinero y amor?

En el año transcurrido desde el último informe en esta materia, sólo es posible actualizar los preocupantes datos que indican la debilidad de aquellas otras ramas del Sistema de Protección Social, construidas sobre la vocación de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y ciudadanas. Sistemas como el de dependencia, y poco a poco, el Sistema Nacional de Salud, presentan claros signos de “raquitismo” institucional.

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

La Estrategia Europa 2020, una estrategia de crecimiento aprobada en 2010, cuyo objetivo compartido es conseguir una economía inteligente, sostenible e integradora como medio para generar altos niveles de empleo, productividad y cohesión social, se está incumpliendo claramente. El Indicador AROPE (*At Risk of Poverty and/or Exclusion*) sitúa en el colectivo de personas en riesgo de pobreza o exclusión social a quienes viven con bajos ingresos (el 60% de la mediana del ingreso equivalente o por unidad de consumo); a las personas que sufren privación material severa, junto a aquellas que viven en hogares con una intensidad de empleo por debajo del 20%.

Los datos que arroja este indicador, a mi juicio más transparente y realista que los empleados hasta el momento, son realmente desalentadores⁶⁴. Sirva como muestra, en

⁶² SSTS de 20 de enero, 10 de marzo y 2 de junio.

⁶³ SSTS de 3 de junio y 22 de septiembre.

⁶⁴ http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESccion_C&cid=1259941637944&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout

ISSN: 1696-9626, núm. 41, Octubre (2015) 336-438
 su aplicación por el INE en su informe anual *Mujeres y Hombres en España 2014*, que el 28,1% de las mujeres cumplen alguna de las tres situaciones aludidas. Dentro de las mujeres, los porcentajes más altos de riesgo de pobreza o exclusión social, 33,3%, son para las menores de 16 años, incrementándose a un 34,1% en el caso de las mujeres jóvenes comprendidas entre los 16 y 29 años⁶⁵. Entre los hombres, el 28,4% se encuentra en alguna de las tres situaciones que les sitúan en riesgo de pobreza y/o exclusión social. Del mismo modo, este riesgo se agudiza en los colectivos comprendidos entre los 16 y 29 años⁶⁶.

Ante esta mera muestra de la situación en nuestro país ¿cuál ha sido la respuesta del legislador español durante el periodo 2013-2014?

Más allá de las reformas en los mecanismos de protección referidos en esta parte del Informe, 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).

Las novedades en materia de Asistencia Sanitaria vuelven a ser mínimas (Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, 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; RD 576/2013, de 26 de julio, 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). Estas novedades vienen de la mano de la Orden SSI/1475/2014, 29 de julio, que da cumplimiento al mandato contenido en la Disposición Adicional del referido RD 576/2013, para desarrollar el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, a fin de dar cabida a la gestión de los convenios especiales con personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud.

⁶⁵ Junto a estos datos, ya suficientemente reveladores, existen muchos otros que complementan o ayudan conocer el origen de estos altos porcentajes. Sirva de ejemplo el Informe de la Comisión Europea publicado el pasado año 2014, acerca de la brecha salarial entre mujeres y hombres, *Tackling the gender pay gap in the European Union*. Este informe, sitúa la brecha salarial en España en el 16,7%, una de las más altas de Europa, más llamativa aún dadas las cuantías de los salarios en España sin distinción por género (1800 euros/mes. Fuente: www.ine.es). De otra parte, otro dato a subrayar es que el 11,7% de las personas incluidas en el colectivo de personas en riesgo de pobreza o exclusión tienen empleo (Informe *El Estado de la Pobreza*, elaborado por la Red Europea de lucha contra la Pobreza). Pónganse en relación estos datos con las *Conclusiones XX-3 (2014) del Comité Europeo de Derechos Sociales* (enero 2015) sobre la no adaptación de la legislación española en materia de derechos sociales al ordenamiento básico de la Unión Europea.

⁶⁶ Obsérvese el incremento de este porcentaje en un solo año. En nuestro informe referido a 2013, en el que se señalaba que la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social se situaba en el 27,3% de la población residente en España.

Otra novedad de interés, pero de carácter jurisprudencial, es el Auto del Pleno del TC 114/2014, 8 abril, que levanta parcialmente la suspensión acordada en el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral 8/2013, 25 febrero por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia gratuita. Este Auto sigue la línea del 239/2012, 12 diciembre, por el que se acordaba igualmente el levantamiento parcial de la suspensión de la legislación de Euskadi en la misma materia. En consecuencia, se observa la forma en que el TC va disolviendo la fuerte tensión generada por la adopción de medidas restrictivas en el acceso gratuito al sistema de salud adoptada a través del ya repetido RD 576/2013.

En todo caso, la ordenación vigente va contra los propios propósitos anunciados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad referidos a una reforma sanitaria que garantice la universalidad, la solidaridad, la sostenibilidad, etc⁶⁷.

En cuanto al Sistema de Dependencia, que tan ambiciosamente fue diseñado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en mi opinión, las últimas reformas han ido encaminadas fundamentalmente a suspender la alimentación financiera del Sistema, neutralizando su eficacia. No obstante, conforme a los datos del Tribunal de Cuentas de España, en los últimos tres años, el Estado ha transferido a las Comunidades Autónomas 10.661,9 millones de euros⁶⁸. Este dato choca con la previsión en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el 2014 que suspendía 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.1^a de la Ley). Bien es cierto, que tal suspensión no ha sido incorporada a la Ley 36/2014, 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el 2015.

Pocas han sido las reformas y numerosos los buenos propósitos anunciados para el futuro (Ej. *Plan Nacional de Acción para la Inclusión 2013-2016*). Este brevíssimo repaso de los últimos datos sobre la pobreza en nuestro país y de las reformas habidas en las ramas del Sistema de Protección Social diseñadas para alcanzar aquel deseado Estado de Bienestar no hace más que mostrar la gran distancia marcada entre las consecuencias de una política legislativa y presupuestaria que entra en contradicción frontal con la vocación expresada por la Unión Europea y los propios documentos publicados por el Gobierno español.

⁶⁷ <http://www.msssi.gob.es/gabinetePrensa/reformaSanidad/claves.htm>

⁶⁸ http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/index.htm

VIII. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DURANTE EL AÑO 2014

1. Introducción: marco legal y tendencias de la negociación colectiva

La novedad más reseñable en la ley de prevención de riesgos laborales durante el año 2014 es la que impide a las mutuas continuar con su participación en el capital social de las sociedades de prevención. Este marco normativo en materia de prevención se completa con las referencias contenidas en la negociación colectiva que, tras la reforma del año 2012, ha permitido que durante el año 2014, la materia de prevención de riesgos laborales pudiera ser tratada en los convenios colectivos de empresa y los sectoriales de ámbito autonómico.

Desde el punto de vista jurisprudencial dos sentencias han incidido en la regulación convencional relativa a formación y vigilancia de la salud.

Respecto de la obligación de formación en materia preventiva y su regulación en el convenio colectivo, se ha pronunciado la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, sección primera) en su Sentencia, de 16 de octubre. En ella se discute la obligación de la empresa de alcanzar un acuerdo con la representación de los trabajadores sobre el plan de formación profesional presentado por ésta. El Tribunal, concluye respecto de la formación en materia preventiva exigida por el art. 19 LPRL, que esta formación tiene carácter obligatorio para la empresa y no puede condicionarse a que se alcance un acuerdo previo con la representación de los trabajadores, siendo ello compatible con el derecho de consulta y participación en los planes de formación en los términos previstos en el art. 64.5 e) ET.

En materia de vigilancia de la salud, el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de febrero reconoce el derecho de los trabajadores a los reconocimientos médicos en los términos previstos en el Convenio Colectivo, esto es, reconoce el derecho a que se someta a los citados reconocimientos a todo el personal y a que no se limite unilateralmente con base en una decisión unilateral del empresario.

2. Concepto de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

La ambigüedad y abstracción que caracterizan a la regulación del AT y EP, trasladan a la labor jurisprudencial la ardua encomienda de una constante readaptación y reinterpretación de estos concepto jurídicos, que si bien reciben unos criterios guía, siguen navegando a merced de la casuística. Ello la convierte en una temática de ingente producción jurisprudencial y, en esa línea, el año 2014 no ha sido una excepción.

Como es de esperar, la mayor parte de los conflictos judicializados de los que ha conocido el Tribunal Supremo se refieren al ámbito objetivo del precepto, es decir, se cuestionan la calificación como profesionales de unos siniestros o patologías concretas, atendiendo a la interpretación dada a la terminología “con ocasión” y “tiempo y lugar de trabajo”. Como se verá, tampoco quedan exentas de problemática las construcciones jurisprudenciales del accidente *in itinere* (art. 115.2. a. LGSS) y el accidente “en misión”.

La STS de 29 de abril, a raíz de un caso de infarto de miocardio, incide en la calificación como AT de aquellas patologías que a pesar de haberse manifestado previamente, se encuentren en un estado silente hasta que vuelven a manifestarse en horario y lugar de trabajo, precisamente, mientras el trabajador se encuentra desempeñando su labor y “con ocasión” de realizar un esfuerzo, lo cual genera una agravación de la patología previa (art. 115.2. f. LGSS). La parte demandante no logrará desmontar el nexo causal, conexión, entre el daño y el trabajo y, por ende, desvirtuar la presunción de profesionalidad (art. 115.3 LGSS). En la misma línea de reconocimiento, la STS de 27 de enero califica como AT un accidente atendiendo a la presunción de laboralidad, sobrevenido éste fuera del estricto horario de jornada laboral, empero, cuando la víctima se encontraba iniciando su actividad laboral por haber finalizado la “breve pausa para comer” -principio de causalidad-; subsidiariamente, reconoce el juzgador la posibilidad encuadrar el siniestro “con ocasión o por consecuencia de las tareas que (...) espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa” realice el trabajador accidentado (art. 115.2. c.) -principio de ocasionalidad “relevante”, no “pura”-.

En lo que al concepto de EP se refiere (art. 116 LGSS), resulta de interés la STS de 5 de noviembre en la que se plantea la calificación como tal de una contingencia cuando, a pesar de ser una patología inclusa en la lista publicada por el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, no se prevé la actividad laboral de la demandante entre las típicamente generadoras de la enfermedad en cuestión. En otras palabras, la profesión de la trabajadora no se encuentra expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad, ante lo cual, el juzgador realiza una interpretación extensiva ya que, por un lado, coinciden en esencia los movimientos y acciones realizadas por la demandante y los de las profesiones que sí encuentran previsión en la lista, y por otro, ya que el uso que se hace del término “como” antes de enumerar la lista de profesiones susceptibles de propiciar la patología, convierte estas listas en abiertas.

Asimismo, se adelantaba la conflictividad generada también con los casos de accidentes de trabajo impropios como el accidente *in itinere* y, el que realmente acapara

la labor del juzgador en el año 2014, la concepción del accidente en misión. El aporte fundamental del primero de los supuestos nos lo encontramos con la STS de 14 de octubre en el que un trabajador es víctima de un robo con violencia cuando regresaba del trayecto, lo cual suscita la coyuntura sobre la calificación o no como AT de aquellos supuestos de accidente *in itinere* cuando un tercero participa o genera el siniestro, sobre lo cual se reitera en que la participación de un tercero, cuando responda a razones personales entre agresor-trabajador agredido, deja fuera de reconocimiento al supuesto, no así los casos como el juzgado en el que no habiendo relación previa entre agresor-agredido y la agresión no obedece a motivos determinados ajenos al trabajo, sino a un caso fortuito, la contingencia recibirá la calificación de profesional.

Como se decía, el accidente en misión ocupa gran parte de la palestra de 2014 en la materia. Por orden cronológico, la STS de 11 de febrero relanza el supuesto en el que el proceso morboso se manifiesta durante el transcurso del desplazamiento, concretamente mientras el trabajador pernocta en un hotel, y por lo tanto, fuera del “tiempo y lugar de trabajo”. La línea tomada del juzgador sostiene la interpretación restrictiva según la cual no todo lo acontecido durante la misión puede ser considerado en tiempo y lugar de trabajo, siendo necesario entonces reparar en el nexo de causalidad. Según la doctrina jurisprudencial defendida, y en vigor, dos son los elementos a tener en consideración: si el accidente acontece durante el desplazamiento para cumplir la misión o durante la realización del trabajo en que consiste la misión. Todo lo demás, quedará fuera de la presunción de laboralidad (art. 115.3 LGSS). Por ello, se deberá observar si el accidente se produce en condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo, de modo que se demuestre que con ocasión de la actividad o misión el trabajador quedó expuesto a agentes lesivos determinantes de la ocasionalidad “relevante” que causó el accidente, como sucede en el caso de la STS de 24 de febrero.

Supuesto peculiar plantean los casos de trabajadores que desarrollan su labor haciendo del desplazamiento su propia actividad, como acontece con los transportistas o trabajadores de buques. La STS de 16 de julio resulta un claro ejemplo de ello, por presentar un caso en el que un trabajador fallece mientras se encontraba en “tiempo de descanso”, como no podía ser de otra manera, dentro del buque en el que desarrolla la actividad. Merece resaltarse el concepto de “tiempo de trabajo” y “jornada efectiva” que relanza la sentencia para estos casos, ilimitado el primero por situar al trabajador fuera de la jornada laboral propiamente pero en una posición de disponibilidad y presencia; limitado el segundo, por hacer referencia únicamente al momento de desarrollo efectivo de la actividad. Concluye la sentencia que, salvo prueba en contrario que desvirtúe la presunción de laboralidad, dada la singularidad que revisten estos trabajadores, se los considera en lugar y tiempo de trabajo.

3. Obligación de seguridad y responsabilidad civil

Volviendo sobre uno de los temas clásicos en materia de responsabilidad civil, la STS de 9 de junio, analiza la responsabilidad de la empresa por la enfermedad desarrollada por el trabajador como consecuencia de la exposición al amianto. La empresa pretendía exonerarse alegando que el desconocimiento científico en la época de la exposición impedía apreciar culpa de la empresa. La sentencia señala que una vez probado que se ha producido el riesgo profesional es la empresa la encargada de probar que actuó con toda la diligencia exigible. Recuerda, además, que esta interpretación es acorde con lo dispuesto en el art. 96.2 LRJS.

4. Reparación del daño derivado de contingencia profesional: responsabilidad civil de la empresa y aplicación orientativa del baremo de circulación

Los problemas de valoración y cuantificación del daño derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional -especialmente del daño corporal y moral- han conducido a la utilización de sistemas de valoración tasada del daño. Concretamente, a pesar de ser únicamente de aplicación obligatoria en el ámbito de los accidentes de circulación, la aplicación orientativa del baremo de valoración del daño incluido en el Anexo del RDL 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el texto refundido sobre la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor es ampliamente aceptada por los órganos jurisdiccionales del orden social para cuantificar el daño derivado de contingencia profesional (STS de 15 de enero).

El baremo de circulación, no obstante, no puede reproducirse miméticamente en sede de contingencias profesionales, resultando aceptada, por tanto, la capacidad del órgano juzgador de, razonadamente, cuantificar el daño conforme a otros criterios o apartarse del baremo para reconocer indemnizaciones superiores en caso de acreditarse daños mayores (STS de 23 de junio).

Asimismo, y como consecuencia de la doctrina de la sala social del Tribunal Supremo del descuento por conceptos homogéneos entre las prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización por daños y perjuicios (introducida por las SSTS, Social, de 17 de julio de 2007), la sala reconoce peculiaridades en la aplicación del baremo en el ámbito laboral, a fin de garantizar la íntegra reparación del daño.

En este sentido, recuérdese que, la sala de lo Social del Tribunal Supremo, partiendo del principio de equivalencia entre las prestaciones de la Seguridad Social y el lucro cesante, circscribe la responsabilidad civil de la empresa al daño emergente, corporal y moral. Únicamente excepcionalmente, cuando la prestación pública no repara la totalidad del lucro cesante, la indemnización por daños y perjuicios podrá

complementarse mediante la aplicación del baremo de circulación. En este caso, no obstante y para evitar el enriquecimiento injustificado del trabajador, deberá descontarse del *quantum* indemnizatorio aquello obtenido por el trabajador en concepto de prestaciones públicas. Descuento que deberá realizarse por conceptos homogéneos: las prestaciones de la Seguridad Social, en tanto que rentas sustitutorias del salario, únicamente pueden descontarse de las partidas indemnizatorias del lucro cesante, sin posibilidad de minorar las correspondientes por daño emergente, corporal o moral. El componente sancionador del recargo de prestaciones de la Seguridad Social impide su descuento de la indemnización por daños y perjuicios. Esta doctrina, introducida en 2007, es mantenida en la actualidad en, entre otras, la STS de 23 de junio.

Las peculiaridades en la aplicación del baremo de circulación en sede de contingencias profesionales obedecen a la necesidad de los órganos jurisdiccionales del orden social de meticulosamente delimitar la finalidad compensatoria de las distintas partidas indemnizatorias a fin de aplicar dicha doctrina de descuento. Así, en supuestos de incapacidad permanente, recientemente la sala social del Tribunal Supremo ha modificado su criterio y declara que el factor de corrección "lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima" de la Tabla IV del baremo resarce exclusivamente el daño moral (STS de 23 de junio). Apartándose de la posición mantenida por la sala civil, concluye que compensa el daño moral y, por consiguiente, su cuantía no puede ser descontada de las prestaciones de la Seguridad Social. Este mismo criterio es aplicable también en relación con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, según declara expresamente la STS de 13 de octubre. En este punto, es interesante destacar la STS de 15 de enero de 2015 que impide no reconocer dicho factor de corrección por "discapacidad vital" a trabajadores afectados por una enfermedad profesional (abestosis) de edad avanzada, admitiéndose, sin embargo, su asignación en cuantía mínima.

En supuestos de muerte, la STS de 20 de noviembre descarta el descuento de las indemnizaciones básicas por muerte de la Tabla I del baremo de las prestaciones de viudedad y orfandad, por no ser conceptos homogéneos al integrar aquéllas también el daño moral. Las prestaciones de la Seguridad Social deben detsraerse, en su caso, del factor de corrección "perjuicios económicos" de la Tabla II que, en tanto renta de sustitución, compensa las retribuciones salariales dejadas de percibir a consecuencia del fallecimiento del trabajador. Nuevamente, criterio aplicable también a las mejoras voluntarias (STS de 13 de marzo).

Finalmente, es interesante recordar la doctrina del Tribunal Supremo de calificar la indemnización como una deuda de valor y, por consiguiente, su determinación en atención a las normas vigentes al tiempo del accidente, actualizándose el importe con

arreglo a la pérdida de valor adquisitivo que experimenta la moneda en el momento de dictarse la sentencia (STS de 16 de mayo).

5. Recargo de prestaciones de la Seguridad Social

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 123 LGSS, para la imposición del recargo de prestaciones es requisito necesario la existencia de relación causal entre el daño y el incumplimiento empresarial. En el supuesto enjuiciado por la STS de 15 de octubre se plantea si la presunción de inocencia es aplicable al recargo de prestaciones. La empresa considera que no se ha probado el nexo causal entre el accidente y el incumplimiento y que, en consecuencia, no debe entenderse procedente el recargo. El Tribunal Supremo aclara que la presunción de inocencia no es aplicable al recargo y, en todo caso, considera que de acuerdo con el informe de la Inspección ha quedado acreditado el nexo causal. Con base en estos dos argumentos desestima la pretensión empresarial.

También en la sentencia de 20 de noviembre el empresario pretendía liberarse del recargo alegando la falta de incumplimiento empresarial causante del accidente. En este supuesto el accidente ocurrió como consecuencia de un atraco en una gasolinera. La sentencia considera que procede la imposición del recargo ya que se habían sucedido seis atracos en la gasolinera sin que se hubieran adoptado las medidas preventivas necesarias. Entiende que en este caso existía un riesgo específico atendiendo a las circunstancias del trabajo y que era posible adoptar medidas preventivas, como la instalación de una alarma.

La determinación del porcentaje del recargo puede variar del 30 al 50%, dependiendo de que la infracción sea leve, grave o muy grave. En el caso enjuiciado por la STS de 4 de marzo, se planteaba si el recargo impuesto a la empresa por la falta de adopción de medidas de prevención del acoso moral que dieron lugar a una incapacidad absoluta de la trabajadora ha de imponerse en su grado máximo. En un supuesto idéntico, suscitado además ante la misma empresa, el Tribunal había fijado el importe del recargo en el 30%. La Sentencia del Tribunal Supremo recuerda que la fijación del recargo se realiza conforme al prudente arbitrio del juzgador atendiendo a la gravedad de la falta y considera que en el caso había quedado suficientemente acreditada la gravedad de la falta y, en consecuencia, la procedencia del recargo en un importe del 50%.

6. Colectivos especiales de riesgo

El art. 26 LPRL recoge las obligaciones de prevención del empresario cuando un determinado puesto de trabajo sea ocupado por una mujer embarazada o en situación

de lactancia. 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. La STS de 7 de abril confirma la solución a la que había llegado en sentencias anteriores y aclara que el paso a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo es una medida subsidiaria que exige la acreditación de la existencia de un riesgo específico y la imposibilidad de poner en práctica medidas de adaptación. En el caso objeto de la sentencia la trabajadora, ATS de los servicios de urgencia, alegaba que la exposición al riesgo químico y la realización del servicio en turnos suponían un riesgo para la lactancia. El Tribunal considera que la exposición al riesgo químico es baja y que no se ha concretado el riesgo que representa la realización de turnos de trabajo, ni se han llevado a cabo las actuaciones empresariales que podrían evitar la exposición a dicho riesgo.

En caso de que no haya puesto compatible con el estado de embarazo o situación de lactancia, la trabajadora tendrá derecho a suspender el contrato y a la correspondiente prestación económica. Inicialmente, esta prestación era una prestación derivada de contingencia común pero, tras la reforma del año 2007, se le atribuyó naturaleza de contingencia profesional. La cuestión que se ha suscitado y que el Tribunal Supremo ha resuelto en su sentencia de 19 de mayo es si la consideración como contingencia profesional de la prestación por riesgo durante el embarazo también lo es a efectos de exigir responsabilidad subsidiaria al INSS en caso de insolvencia empresarial. El Tribunal entiende que el carácter de profesional solo se refiere a la prestación y no a la contingencia, argumenta para ello que esta prestación tiene una naturaleza preventiva y no lesiva y, por tanto, no tiene sentido extender esa responsabilidad subsidiaria del INSS.

7. Principio non bis in ídem

El principio non bis in ídem tiene por finalidad impedir la doble sanción a un mismo sujeto, por los mismos hechos y con el mismo fundamento jurídico. En general, los pronunciamientos en esta materia suelen precisamente centrarse en el análisis de la concurrencia de los tres supuestos de identidad predicados anteriormente: sujeto, hechos y fundamento.

En este sentido, durante el año 2014 pueden encontrarse algunas resoluciones judiciales en esta materia, destacando las referidas al requisito de la identidad de sujeto por tratar algunos aspectos especiales. Se trata de las SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de marzo y de 11 de febrero, ambas acerca de supuestos de imputación de delitos de peligro (arts. 316 y ss. CP) en concurso con delitos de homicidio

imprudente (art. 142 CP). En ellas se vuelve sobre una cuestión que aún continúa sujeta a polémica como es el planteamiento de una posible identidad subjetiva cuando se sanciona, por los mismos hechos y bajo el mismo fundamento, a una persona jurídica y a una persona física.

Como se sabe, en materia preventiva, los supuestos de posible planteamiento de un conflicto “non bis in ídem” en materia preventiva se producen fundamentalmente en situaciones en que se comete un delito de homicidio o lesiones por la producción de un accidente de trabajo o enfermedad profesional (en habitual concurso con un delito contra los derechos de los trabajadores), que también encuentra acomodo en alguna de las infracciones tipificadas y sancionadas por la LISOS. Norma que contiene un precepto especialmente dedicado a este principio, el art. 3.1, al igual que sucede con el art. 133 de la Ley 30/1992.

Los delitos penales suelen imputarse al empresario, mandos, encargados, gerentes, administradores de las empresas y servicios de prevención, entre otros. Todos ellos personas físicas, debiéndose señalar aquí que, en el caso de personas jurídicas, los hechos, por la vía del art. 318 CP, se imputan al “encargado” o administrador. Por tanto personas naturales. Todo esto debido a que en responsabilidad penal, por lo menos hasta el año 2010, no podía atribuirse a las personas jurídicas, quedando reducida esta posibilidad al ámbito administrativo sancionador. En este sentido, la LISOS contiene, en sus arts. 12 y 13, la tipificación de una serie de infracciones que se corresponden perfectamente con los tipos penales del Código Penal.

De esta manera, en las sentencias comentadas, se plantean sendos supuestos de imputación de responsabilidad administrativa y penal a una sociedad y a sus gerentes y encargados, además de a otros sujetos añadidos y con funciones preventivas. En este sentido, dichos pronunciamientos continúan la tendencia mantenida hasta ahora de no apreciar identidad entre estos dos tipos de sujetos por entenderse que responden a naturalezas jurídicas diferentes. No obstante, debe señalarse sus argumentos como no exentos de cierta relevancia pues aportan determinadas justificaciones interesantes, en relación con esta estricta separación de identidad.

De forma más precisa, se observa cómo en el caso de la STS de 12 de marzo, resulta particularmente relevante mencionar los argumentos de la sentencia objeto de recurso. En este sentido, dicha sentencia argumenta la falta de identidad subjetiva aludiendo tanto a parámetros que tienen que ver con este criterio en concreto como el referido al de la identidad de fundamento, mezclando en ocasiones ambos de modo que su argumentación resulta algo confusa. Así pues, establece que los sujetos condenados penalmente lo han sido *“por atribuirse los hechos delictivos a las personas encargadas del servicio y responsables de los mismos, teniendo en cuenta también el resultado”*

producido, de muerte, que ha sido el objeto del castigo penal, en tanto que la infracción administrativa se tipifica con independencia del resultado, por la falta de adopción de medidas preventivas o falta de formación de los trabajadores". Por tanto, un criterio que poco aporta a la justificación de esta falta de equiparación entre el condenado persona física y jurídica, pues parece que se ocupa de justificar la falta de procedencia del principio *non bis in ídem* en el distinto fundamento de ambas sanciones cuando lo que está examinando en el requisito de la equiparación entre sujetos. Si bien es cierto que al inicio se apoya en jurisprudencia más clara donde sí se examina directamente la cualidad del sujeto, como es el caso de la STS de 6 de octubre de 2009. Finalmente, la STS de 12 de marzo concluye con la declaración de la inexistencia de identidad apoyándose en la jurisprudencia anterior, fundamentalmente la STS de 15 de octubre de 2008.

Por lo que se refiere a la STS de 11 de febrero, trata un supuesto similar al anterior, en que de nuevo se sustancia una responsabilidad penal por delitos de homicidio en concurso con delitos de peligro y una responsabilidad administrativa. Esta sentencia es de especial relevancia dado que se trata de un recurso en interés de la Ley que pretende que se fije una "*doctrina legal profuturo sobre el alcance del requisito de identidad subjetiva en orden a apreciar la vulneración del principio non bis in ídem en materia del Real Decreto 5/2000, de 4 de agosto*". El objetivo, en este caso, determinar la falta de identidad subjetiva cualquiera que sea la persona física imputada, ya sea representante legal de la empresa o trabajador de la misma. El Tribunal Supremo hace suyos los argumentos del Ministerio Fiscal y afirma la falta de identidad de sujetos justificando esto en el hecho de que una persona física y jurídica no son equivalentes y, además, en que los sujetos declarados responsables son en realidad meros trabajadores de la empresa a pesar de lo relevante de sus funciones, con lo que la falta de identidad con la persona jurídica es evidente. Por tanto, el TS asume la posición tradicional y estricta que establece la falta de identidad de sujetos. Pero es más, considera que la línea jurisprudencial es suficientemente clara en esta materia hasta el punto que, siendo un recurso en interés de la ley, establece que este es un caso aislado de interpretación errónea del principio *non bis in ídem* y, por tanto, no procede este recurso de casación. Un argumento que da idea de que no se prevé un cambio de doctrina en esta materia y mucho más acertado, sin duda, que el de la sentencia recurrida.

8. Responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales

La doctrina judicial de 2014 sigue demostrando, un año más, en primer lugar la escasísima o nula incidencia de los arts. 316 y 317 CP, que regulan los tipos específicos en materia de seguridad y salud laboral, ya que su aplicabilidad queda reducida a las

situaciones de concurso con los delitos de resultado, y en segundo lugar, 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 ó 147 CP) o negligencia (arts. 142 ó 152 CP) o de las faltas por lesiones (arts. 617 ó 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 2014 sigue siendo si es aplicable o no el principio de absorción del art. 8.3 CP, reafirmándose la doctrina judicial en la consideración de un concurso ideal de delitos, en los casos 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 [Stc AP de Murcia (Sección 3^a) de 24 de febrero].

Los pronunciamientos judiciales en el Orden Penal en 2014 no son especialmente destacables, proceden básicamente de las Audiencias Provinciales y abordan los aspectos clásicos siguiendo la doctrina judicial ya consolidada. Sobresale por su más que considerable extensión la stc AP de Las Palmas (Sección 1^a) de 17 enero, cuyo valor recopilatorio de la doctrina judicial y científica es innegable. En ella se repasa la doctrina relativa al bien jurídico protegido por los arts. 316 y 317 CP, la conducta típica y elementos del tipo, los sujetos, los elementos del dolo, la concurrencia de sujetos responsables, la responsabilidad solidaria entre el empresario principal y el contratista o subcontratista, la delimitación y requisitos de la imprudencia, así como la diferencia entre imprudencia grave y leve y el concurso con el delito de homicidio por imprudencia.

Entre los temas tradicionales que son tratados por la doctrina judicial de las Audiencias Provinciales en 2014, reseñar, la comprobación de la concurrencia de los elementos que integran la imprudencia grave del tipo [stc AP de Valladolid (Sección 2^a) de 31 de enero], así como la delimitación de la gravedad de la imprudencia con el fin de concluir si se trata de un delito o una falta [stc AP de Vizcaya (Sección 1^a) de 19 de abril y stc AP de Málaga (Sección 1^a) Sentencia de 16 de julio, entre otras] y la incidencia de la conducta del sujeto pasivo para valorar la culpa del agente, que supone una estricta interpretación de la “autopuesta en peligro” y de la “compensación de culpas” como motivo de reducción del importe indemnizatorio [stc AP de Las Palmas (Sección 1^a) de 17 de enero, stc AP de Murcia (Sección 3^a) de 24 de febrero y stc AP de Vizcaya (Sección 6^a) de 10 de octubre].

El sujeto activo de los delitos previstos en los arts. 316 y 317 CP es la persona obligada a garantizar la salud de los trabajadores, por lo que en principio esta

responsabilidad penal no queda limitada a la figura del empresario, pudiendo alcanzar a quienes ejercen un control real y efectivo, o quienes tengan facultades decisorias o de control [stc AP de Madrid (Sección 15^a) de 7 de abril], siendo frecuentes los pronunciamientos sobre la responsabilidad de los coordinadores de seguridad y salud laboral [stc AP de Valladolid (Sección 2^a) de 31 de enero], o el arquitecto técnico, sobre los que se señala que “debe tomar una actitud activa y comprobar personalmente que la obra se desarrolla en condiciones de seguridad” [stc AP de Madrid (Sección 30^a) de 20 de febrero].

Finalmente, cabe aludir a la responsabilidad patrimonial derivada de la responsabilidad penal, por ser su determinación uno de los temas clásicos en la doctrina judicial. En el año 2014 las Audiencias Provinciales han seguido aplicando, de forma analógica, como “criterio orientativo” [AP de Madrid (Sección 15^a) de 7 de abril], el Anexo del RDL 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

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

En cuanto a la participación y representación de los trabajadores en materia de prevención, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1^a), de 3 de junio en la que la Sala respecto de las competencias del comité de empresa conjunto o comité provincial para designar delegados de prevención o para decidir la constitución de comités de seguridad y salud en ese ámbito provincial, establece que “*No hay una remisión de los preceptos preventivos al art. 63.2 del ET, sino que la defensa de la seguridad y salud se confiere nominalmente a los comités de empresa, a los delegados de personal y a los representantes sindicales, debiendo designarse los delegados de prevención por y entre estos representantes del personal así identificados*”. En este sentido, concluye que los comités provinciales, creados al amparo del art. 63.2 ET, “*no son un órgano de representación de los trabajadores regulados en el art. 34 LPRL, al que se remite el art. 35.2 LPRL para el nombramiento de los delegados de prevención, no podemos legitimar que constituyan comités de salud y seguridad laboral, como se reclama en el suplico de la demanda*”.