

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL  
118/2013 - Primer Trimestre

118



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO



---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**118**

Junta de Andalucía  
Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
Dirección y Administración  
Avda. República Argentina  
núm. 25, 1ª planta  
41011 Sevilla

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTE

ANTONIO ÁVILA CANO

Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

### VOCALES

LUIS NIETO BALLESTEROS	Viceconsejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ANTONIO GONZÁLEZ MARÍN	Secretario General de Empleo
JAVIER CASTRO BACO	Director General de Relaciones Laborales
JOSÉ A. AMATE FORTES	Director General de Seguridad y Salud Laboral
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### CONSEJO DE REDACCIÓN

ANTONIO ÁVILA CANO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla

### SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

#### Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200  
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros

**Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>**

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 118/2013**  
**Primer Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012 de 6 de julio . . . . .	13
CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH	
La nueva Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y su Reglamento 2012 . . . . .	51
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	
El nuevo procedimiento de despido colectivo tras el Reglamento de desarrollo. Algunas reflexiones. . . . .	95
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA	
El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial. . . . .	113
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO	

**2. INFORMES Y DOCUMENTOS**

La negociación colectiva en Andalucía durante 2012 . . . . .	155
FRANCISCO PINA PÉREZ	

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

<b>PODER DE DIRECCIÓN</b> Universidad de Córdoba El control judicial en los despidos colectivos y la libertad de empresa como fundamento del poder de dirección del empresario . . . . .	175
Mª LUISA RODRÍGUEZ COPÉ	
<b>PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL</b> Universidad de Granada Sobre el limitado acceso a la jubilación anticipada desde el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos . . . . .	187
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ	

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO  
Universidad de Huelva  
La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de  
empleados públicos . . . . . 203  
LUIS OCAÑA ESCOLAR

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO  
Universidad Pablo de Olavide  
Reinterpretación judicial de la extinción del contrato de trabajo por  
voluntad del trabajador ante impagos del empresario . . . . . 217  
FERNANDO ELORZA GUERRERO

**4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía. 235  
M<sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (Internacional Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Diritti lavori mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

### FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan el espacio web :

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/>– y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es) y/o [chano@uhu.es](mailto:chano@uhu.es)

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

### HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista “Temas Laborales”:

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/1stContenidos.asp>



**LABOUR AFFAIRS  
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE  
ANDALUSIAN REVIEW  
Nº 118/2013  
First Trimester**

**INDEX**

**1. STUDIES**

The internal flexibility after Law 3/2012, of 6 July . . . . .	13
CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH	
The new National Advisory Committee of Collective Agreements and its regulation 2012. . . . .	51
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	
New regulation about collective redundancies. Some reflexions. . . .	95
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA	
Control of temporary incapacity: its impact on the containment of public expenditure and the increase in business productivity . . . . .	113
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO	

**2. REPORTS AND DOCUMENTS**

Collective bargaining in Andalusia during 2012 . . . . .	155
FRANCISCO PINA PÉREZ	

**3. JUDICIAL COMMENTS**

MANAGEMENT POWER	
University of Cordoba	
The judicial control on collective redundancies and free enterprise as the basis of the power of direction of the entrepreneur . . . . .	175
M <sup>a</sup> LUISA RODRÍGUEZ COPÉ	
SOCIAL SECURITY PENSIONS	
University of Granada	
About limited access to the early retirement from the special regime of the social security of self-employed workers . . . . .	187
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ	

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW

University of Huelva

The doctrine of the European Court of Justice on the 1999/70 Directive and the collective of civil servants. . . . . 203

LUIS OCAÑA ESCOLAR

THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

University Pablo de Olavide

Judicial reinterpretation of the doctrine on termination of the contract of employment by the will of the worker by the defaults of the employer . . . . . 217

FERNANDO ELORZA GUERRERO

**4. LEGISLATIVE REMARKS**

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia. 235

M<sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA





# LA FLEXIBILIDAD INTERNA TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO

CARLOS HUGO PRECIADO DOMÈNECH

*Magistrado especialista Orden Social TSJ Catalunya  
Profesor Asociado de Derecho Penal URV Tarragona*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Flexibilidad interna, Reforma 2012**

El presente trabajo analiza la regulación actual de la flexibilidad interna, intentando aportar una visión de conjunto y coherente ante las múltiples reformas legislativas que en esta materia han introducido la Ley 35/2010, el Real Decreto-Ley 7/2011 y, más recientemente, el Real Decreto Ley 3/2012 y la Ley 3/2012. Para ello se parte de un análisis dinámico del origen y evolución de la flexiguridad y de la flexibilidad interna en el marco de la Unión Europea, sin eludir las reflexiones críticas sobre la filosofía en que se inspira. Asimismo, desde un prisma teórico se ofrece un concepto propio y general de flexibilidad interna, relacionándolo con la flexibilidad externa, a fin de contextualizarlas en el marco de la reforma laboral. Para terminar, desde el método dogmático, se afronta el estudio de las medidas de flexibilidad funcional, temporal, espacial y sustancial, todo ello abordando cuestiones que ya han sido objeto de controversia en la práctica judicial y que suscitan interrogantes sobre la constitucionalidad de algunas de las medidas en cuestión.

## ABSTRACT

**Key Words: Internal flexibility, recent labour reforms**

This paper analyzes the current regulation of the flexibility internal; trying to bring a joint and coherent vision faced multiple legislative reforms introduced in this matter from the law 35/2010, the Royal Decree-Law 7/2011 and, more recently, the Royal Decree-law 3/2012 and law 3/2012. To be part of a dynamic analysis of the origin and evolution of flexicurity with flexibility internal within the framework of the European Union, without the critical reflections on the philosophy on which it is based. Also, from a theoretical point of view is offered an own and general concept of internal flexibility, relating it to the external flexibility, in order to contextualize them within the framework of the labour reform. Finally, from the dogmatic method, faced the study of the flexibility measures functional, temporal, spatial, and substantial, all dealing with issues that have already been subject of dispute in judicial practice and that raised questions about the constitutionality of some of the measures in question.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA FLEXIGURIDAD Y LA FLEXIBILIDAD INTERNA
  - 1.1. Origen y evolución
2. CONCEPTO DE FLEXIBILIDAD INTERNA
3. RELACIÓN ENTRE FLEXIBILIDAD INTERNA Y FLEXIBILIDAD EXTERNA
  - 3.1. Relación entre las medidas de flexibilidad interna
  - 3.2. Relación entre las medidas de flexibilidad interna y las de flexibilidad externa
4. FLEXIBILIDAD FUNCIONAL
  - 4.1. Clasificación profesional
  - 4.2. Movilidad funcional
    - 4.2.1. Clasificación de los cambios de funciones del trabajador
    - 4.2.2. La movilidad funcional temporal y extraordinaria del art. 39 ET
    - 4.2.3. Límites a la movilidad funcional del art. 39 ET
5. FLEXIBILIDAD TEMPORAL
  - 5.1. Distribución irregular de la jornada
6. FLEXIBILIDAD ESPACIAL
  - 6.1. Movilidad geográfica individual
    - 6.1.1. Las causas justificantes
    - 6.1.2. Procedimiento de la movilidad geográfica individual
  - 6.2. Movilidad geográfica colectiva
    - 6.2.1. Procedimiento de la movilidad geográfica colectiva
    - 6.2.2. Preferencias para determinados colectivos
    - 6.2.3. Traslados temporales de trabajadores
7. FLEXIBILIDAD SUSTANCIAL
  - 7.1. Cuestiones generales
  - 7.2. Modificación sustancial de condiciones de origen contractual
    - 7.2.1. Modificación sustancial individual
    - 7.2.2. Modificación sustancial colectiva
  - 7.3. Modificación sustancial de condiciones de origen convencional
    - 7.3.1. La definición de las causas
    - 7.3.2. Condiciones laborales que pueden verse afectadas
    - 7.3.3. Procedimiento de descuelgue de Convenio

## 1. INTRODUCCIÓN: LA FLEXIGURIDAD Y LA FLEXIBILIDAD INTERNA

### 1.1. Origen y evolución

El legislador de 2012 afirma que la reforma introducida primero por el RD-Ley 3/2012 de 10 de febrero y luego, con alguna novedad, por la Ley 3/2012 de 6 de julio, trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social.

La reforma se inspira claramente en el conocido modelo de la flexiguridad, concepto de cuño europeo cuyo origen se remonta a la reforma laboral holan-

desa de 1990, y que puede encontrarse ya en las líneas de política social europea de los años 90. En Holanda nace como un proceso socio-legal y político en que un conjunto de políticas ya existentes de desregulación y flexibilización, por un lado, y de protección social, por otro, empezaron a considerarse profundamente interrelacionadas.

En cuanto a la evolución del modelo en el marco comunitario, ya en 1996, en el Libro Verde Cooperación para una nueva organización del trabajo, se hablaba de encontrar el equilibrio adecuado entre la flexibilidad y la seguridad. Además, en el seno del Comité de Protección Social y el Comité de Empleo, establecidos por la Comisión Europea uno de los temas que se debate es el modo de “promover la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo”.

Destaca también la Decisión 2003/578/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, en cuyo apartado 3º establece que *“Los Estados miembros proporcionarán a los trabajadores y las empresas la capacidad para adaptarse a los cambios, teniendo en cuenta la necesidad de combinar flexibilidad y seguridad y destacando el papel clave de los interlocutores sociales a este respecto”*.

En esta línea, en 2006, la Comisión publicó un Libro Verde «Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» en el que se invitaba a reflexionar, entre otras cuestiones, sobre el desafío de la flexiguridad, abordando la función que podrían desempeñar el Derecho laboral y los convenios colectivos para promover una «flexiguridad» que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva<sup>1</sup>.

Es también digno de destacar el informe dirigido por Ton Wilthagen sobre itinerarios de la flexiguridad titulado *“Turning hurdles into stepping stones”* (Convertir los obstáculos en pasarelas), de 2007. En ese mismo año destaca la Comunicación de la Comisión «Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad», adoptada el 27 de junio de 2007, en la que se esbozaban algunos itinerarios para lograr más y mejores puestos de trabajo, se combinaban flexibilidad y seguridad y se indicaban varios principios comunes que deben adoptar los Jefes de Estado y de Gobierno.

Para terminar con la evolución del concepto en el marco comunitario, cabe destacar la Comunicación de la Comisión sobre el Resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión «Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI».

<sup>1</sup> COM (2006)708 de 22.11.2006.

Efectuado este breve glosario de la evolución de la flexiguridad en el ámbito comunitario, desde una perspectiva de la distribución del riesgo empresarial, la flexiguridad no significa otra cosa que la socialización del riesgo de pérdida de empleos, protegiendo a los trabajadores y no a sus trabajos, en un binomio en que el empleador goza de flexibilidad en la gestión de la fuerza de trabajo y el trabajador goza de seguridad que le proporciona el sistema público de protección por desempleo. Dentro de tal filosofía existen diversos modelos comparados<sup>2</sup> y, al parecer, el legislador español opta por el modelo danés<sup>3</sup>, un sistema basado en la flexibilización y facilitación de la extinción de contratos con una protección solvente por el sistema público frente al desempleo y una facilitación de la recolocación a través de un sistema de formación y políticas activas de empleo<sup>4</sup>. Este sistema pretende afrontar la globalización y la fuga de empleos hacia otros países, proporcionando al trabajador un alto grado de seguridad económica y social a través del cambio de paradigma que deja de ser seguridad en el puesto de trabajo para pasar a ser seguridad de empleo y ofrece nuevas oportunidades personales a cambio del riesgo limitado de la disposición al cambio. Por supuesto, el trabajador sigue corriendo el riesgo de perder su empleo, pero la red que proporciona la seguridad social garantiza a corto plazo lo suficiente para vivir y, a más largo plazo, las iniciativas del mercado laboral, combinadas con los elevados niveles de empleo, aumentan las probabilidades de encontrar un nuevo trabajo.

En el contexto de la flexiguridad, la flexibilidad interna, objeto de este trabajo, juega un papel desregulador de las condiciones de trabajo, de forma que las mismas van a ser unilateralmente modificables por el empresario –previo intento de acuerdo en el caso de las colectivas– como mecanismo de adaptación a las situaciones concretas por las que atraviesa la empresa, con el fin de evitar que se acuda al despido. Es decir, la flexibilidad interna se presenta como una alternativa a la destrucción de empleo y el legislador declara la preferencia de la flexibilidad interna sobre la externa<sup>5</sup>.

La evolución de la plasmación práctica en España de la cuestión de la flexiguridad nos lleva a constatar que la Ley 3/2012 es una continuación en el

<sup>2</sup> Brostein, Arturo, Derecho Internacional y Comparado del Trabajo.

<sup>3</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Flexiguridad: el caso de Dinamarca»(2006/C 195/12).

<sup>4</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, Aranzadi Social num. 5/2012 parte Apuntes para el debate.

<sup>5</sup> Preámbulo Ley 3/2012, II; pfo 2 y IV, pfo 1. En este último se dice “*En un sistema que genera incentivos adecuados, las empresas pueden hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven el capital humano de la empresa, tales como reducciones temporales de salario o de jornada. Este tipo de ajuste ha sido relevante en los países de nuestro entorno, lo que se ha traducido en una menor destrucción de empleo*”.

objetivo de la flexiguridad ya iniciado por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre (que procede del RD-Ley 10/2010 de 16 de junio), que partía de un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna<sup>6</sup> e introducía las medidas de traslados colectivos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las cláusulas de inaplicación salarial y, muy señaladamente, la suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción; como mecanismos que habrían de permitir el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas.

El fomento de la flexibilidad interna se continuó por el RD-Ley 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, en que para evitar el recurso a la flexibilidad externa, se introduce la flexibilidad interna negociada (art. 6 RD-ley 7/2011), modificándose los arts. 40.2, 41.4, 41.6 ET y, en especial, el art. 85.3 ET (art. 2 RD-Ley 7/2011), en que se fija como contenido mínimo de la negociación colectiva los procedimientos de flexibilidad interna.

Para terminar, en el Capítulo II del II AENC<sup>7</sup> se contemplan medidas de flexibilidad interna, respecto de la cuál las Organizaciones firmantes consideran que los convenios deben incorporar como contenido mínimo la flexibilidad interna, particularmente la que opera en espacios temporales reducidos para hacer frente a la coyuntura, como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas, favoreciendo una mayor estabilidad en el empleo, evitando el recurso al despido. En este instrumento la flexibilidad interna se apoya en tres pilares: tiempo de trabajo, funciones y salarios.

Hasta aquí pues el *status quo* del que parte el legislador de 2012, que se hace necesario fijar para comprender el significado de las reformas que en materia de flexibilidad interna analizaremos acto seguido.

Como primera conclusión pues, la flexiguridad no sería más que un concepto que parte de la realidad socio-laboral de los años 80-90 y que pretende revestirse de una pátina de modernidad, pero que no hace más que describir un proceso en que se traspasa el poder normativo sobre las condiciones laborales al empresario y “a cambio” la sociedad asume los riesgos de la pérdida de empleo. Desde la perspectiva del trabajador este intercambio supone pasar de la seguridad de su trabajo a la seguridad de un trabajo, convirtiendo así todo vínculo social, sindical, incluso personal o emocional del trabajador con su

<sup>6</sup> Preámbulo Ley 35/2010, pfo 6°.

<sup>7</sup> BOE 6 de febrero de 2012.

trabajo en una rémora o rigidez a eliminar. Una vez más la persona para el mercado, en lugar del mercado para la persona, máxima que aquí se traduce en el trabajador para cualquier empleo, en lugar de un empleo para el trabajador.

## 2. CONCEPTO DE FLEXIBILIDAD INTERNA

El concepto de flexibilidad interna no ha sido ni es pacífico y está, podríamos decir, en período de gestación en el ordenamiento laboral español<sup>8</sup>. Sin embargo, el concepto que aquí trataremos de fraguar es el concepto de flexibilidad interna en las últimas reformas laborales antes referidas.

En un primer intento de abordar el concepto de flexibilidad interna, podemos afirmar que son dos las notas que conforman su esencia:

- 1) El objeto: pues incide sobre las condiciones de trabajo de uno o varios contratos de trabajo ya existentes.
- 2) El fin: que consiste en la adaptación de la empresa a las circunstancias del mercado y la evitación de la pérdida de empleos

En cuanto al objeto, lo cierto es que todas las medidas que se contemplan por la Ley 3/2012, en su Capítulo III, dedicado a las Medidas de flexibilidad interna de las empresas como alternativa a la destrucción de empleo (arts. 8-16), inciden en las condiciones de trabajo y su modificación, como resulta de los preceptos del ET a que afectan, ubicados todos en su Título I, en los Capítulos II y III, excepto las relativas a la negociación colectiva, que se sitúan en el Título III del ET, por razones obvias de sistemática

Por tanto, por su objeto, la flexibilidad interna se proyecta sobre una relación laboral existente y se distingue de la flexibilidad de entrada, que atañe a la contratación y sus modalidades; así como de la flexibilidad de salida, que se refiere a la extinción de la relación laboral y afecta al volumen de empleo. Por ello, podemos decir que la flexibilidad interna incide sobre las relaciones laborales en términos cualitativos, pero no cuantitativos. Es decir, podrá influir sobre el tiempo de trabajo, pero no sobre el número de trabajadores; podrá influir sobre la movilidad geográfica, pero no supondrá deslocalización y pérdida de empleo; podrá influir sobre el salario, pero se mantendrá el volumen de empleo en la empresa. Precisamente, mantener el nivel cuantitativo de empleo es uno de los objetivos de la flexibilidad interna.

Desde esta perspectiva, a caballo entre flexibilidad interna y externa se hallarían las medidas de suspensión del contrato de trabajo y reducción de

<sup>8</sup> Valdés Dal-Ré, Fernando, Hacia un derecho común de la flexibilidad interna. Relaciones laborales, n° 18-29 Sección Editorial, Octubre 2012, año 28, Tomo II, Editorial LA LEY.

jornada del art. 47 ET, que, o bien reducen temporalmente el volumen de empleo (suspensión) o bien reparten la reducción del volumen de empleo respetando el número de trabajadores (reducción de jornada) y que, por tal motivo, no serán objeto de este estudio.

En cuanto a los fines de la flexibilidad interna, hay que distinguir entre:

- El fin inmediato: adaptación a nuevas condiciones de mercado o, en palabras del legislador, fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. (Preámbulo; IV)
- El fin mediato: conservar el volumen de empleo como alternativa a la flexibilidad de salida o externa.

El objeto y el fin de la flexibilidad interna están claros. No está tan claro el modo en que se adoptan las medidas que la conforman. Así, si en un primer momento (Ley 35/2010 y RD-Ley 7/2011) pareció que la negociación era el camino a seguir para su adopción, el RD-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012 dan un giro copernicano a tal orientación y parecen concebir la negociación como un mero paso previo a la adopción unilateral de la medida por el empresario, intentando a toda costa sustraer el control de dicha decisión del ámbito judicial, mediante la generalización de las causas o “descausalización” de las medidas, así como confesando directamente, en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 la necesidad de evitar “juicios de oportunidad” judiciales sobre la gestión empresarial, pretendiendo constreñir el control judicial a los hechos y no a los fines. Propósito éste difícilmente encuadrable en el marco de la tutela judicial efectiva, y que si bien se formula en el seno de la justificación de la modificación del régimen de la extinción de contratos de trabajo, a la vista de la redacción de los arts. 40, 41, 47 y 83.2 ET es perfectamente extrapolable a la flexibilidad interna. Se trata pues de evitar el control judicial de las decisiones sobre flexibilidad interna, lo cuál, como es obvio, reduce los incentivos para alcanzar acuerdos en la fase de consultas, revelando que el propósito del legislador es alzaprimar el unilateralismo y el poder de dirección como fuentes de las condiciones laborales, en detrimento de la negociación colectiva. Ello, como es obvio, aumenta el riesgo de conflictos laborales.

En conclusión, en base a todo lo expuesto, podemos decir que la flexibilidad interna es el conjunto de mecanismos dirigidos a modificar las condiciones de trabajo de una o varias relaciones laborales existentes en el seno de una empresa, que pueden adoptarse de común acuerdo con los representantes de los trabajadores o unilateralmente por el empresario, con la finalidad de adaptar la empresa a las exigencias del mercado y evitar con ello la pérdida de empleos como consecuencia del cambio de coyuntura económica.

### 3. RELACIÓN ENTRE FLEXIBILIDAD INTERNA Y FLEXIBILIDAD EXTERNA

#### 3.1. Relación entre las medidas de flexibilidad interna

Dado que la flexibilidad interna no constituye un fin en sí misma y en su origen se halla, precisamente, la capacidad política de relacionar una serie de medidas o tendencias (desregulación de condiciones laborales) con otras (seguridad social) hasta entonces inconexas, importa y mucho plantearse qué relaciones puedan tener las medidas de flexibilidad interna entre sí y la que tengan dichas medidas con las de flexibilidad externa.

La relación entre las medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica, modificación sustancial, distribución tiempo de trabajo, etc, es horizontal<sup>9</sup>. Es decir, la selección de la adecuada corresponde al empresario, previa consulta (ars.40,41...ET) o negociación (art. 82.3 ET) con los representantes de los trabajadores. No existe una jerarquía entre ellas y será determinante en su selección por el empresario las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (en adelante ETOP) así como su relación con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa (art. 40.1 y 41.1 ET). Sin embargo, en la definición de las causas, podemos apreciar cierta graduación entre las medidas de movilidad geográfica y modificación sustancial de art. 40 y 41 ET, por un lado; y las de modificaciones sustanciales de origen convencional (“descuelgue de convenio”) por otro (art. 82.3 ET), pues mientras en las primeras las causas son más imprecisas y vagas: causas ETOP que estén relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa; en cambio, en las del art. 82.3 ET la definición de las causas es mucho más rigurosa y se aproxima a la propia del despido colectivo.

Tal distinción, junto a un procedimiento más complejo para modificar las condiciones pactadas en Convenio Colectivo, establecen una preferencia por las medidas de flexibilidad interna que no afecten a condiciones pactadas en Convenio Colectivo sobre las que sí lo hagan, como es lógico si atendemos al deber constitucional del legislador de garantizar la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos (art. 37.1 CE).

<sup>9</sup> Valdés Dal-Ré, Fernando: Hacia un derecho común de la flexibilidad interna, Relaciones laborales, nº 18-29 Sección Editorial, Octubre 2012, año 28, Tomo II, Editorial LA LEY.

### 3.2. Relación entre las medidas de flexibilidad interna y las de flexibilidad externa

La relación la marca el propio legislador, tanto en la exposición de motivos como en la rúbrica del Capítulo III de la Ley 3/2012 “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”. Existe una clara prelación entre las medidas de flexibilidad interna sobre las de flexibilidad externa, de forma que la adopción de las primeras trata de evitar el recurso a las segundas.

Poniendo en relación tal prelación con la circunstancia de la empresa, podemos decir que la flexibilidad interna se dirige a mejorar la situación de la empresa en cuanto a su competitividad, productividad y organización productiva con el fin de evitar que se afecte al volumen de empleo, mientras que en situaciones de crisis, donde la flexibilidad interna haya perdido su capacidad de adaptación de la empresa habrá que acudir a la flexibilidad externa, que aparece así en coherencia con el diseño legislativo, como “*ultima ratio*”.

En este sentido, algún concreto pronunciamiento judicial, respecto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, efectúa un razonamiento de sumo interés: “*La exigencia de probar las razones ETOP y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por el RDL 3/2012 en la nueva versión del art. 41 ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo*”<sup>10</sup>.

Esta sentencia se apoya en la doctrina anterior del Tribunal Supremo sobre el art. 41 ET<sup>11</sup>, en la que se fija el criterio de que no es la crisis empresarial, sino la mejora de la situación de la empresa, la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas ETOP.

Dicho entendimiento de la cuestión nos permitiría concluir *a sensu contrario* y en coherencia con el propósito de la flexibilidad interna, que la mera

<sup>10</sup> SAN núm. 61/2012 de 28 mayo AS 2012\1050.

<sup>11</sup> TS 2-03-2009 (RJ 2009, 1719), y 16-05-2011 (RJ 2011, 4876), ROJ 3647/2011.

mejora de la situación de la empresa no justificaría acudir a la flexibilidad externa (despidos), pues para ello arbitra el legislador las medidas de flexibilidad interna, como alternativa a los despidos, de forma y manera que un despido colectivo que tenga por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo debería considerarse no ajustado a derecho, de la interpretación conjunta de los arts. 40, 41, 51.1 y 52c) ET, puesto que no superaría el test de razonabilidad de la medida.

#### **4. FLEXIBILIDAD FUNCIONAL**

Dentro de esta modalidad de flexibilidad interna se agrupan dos tipos de medidas por la Ley 3/2012 (arts. 8 y 10): las relativas a la clasificación profesional (art. 22 ET) y las atinentes a la movilidad funcional (art. 39 ET).

##### **4.1. Clasificación profesional**

El art. 8 de la Ley 3/2012 introduce una profunda modificación del sistema de clasificación profesional (art. 22 ET), de forma que conforme a su DA 9ª se da de plazo hasta el 08/07/13 para que los actuales CCOL se adapten al nuevo sistema de clasificación profesional.

Una primera cuestión es qué ocurre con los convenios que no se adapten al nuevo sistema legal de clasificación profesional o con los que lo hagan manteniendo un sistema de clasificación profesional basado en categorías profesionales

No creemos que en este punto se pueda denegar el registro y publicación del Convenio (art. 90.5 ET), como bien apuntan algunos autores, sino que la modificación y no adaptación (manteniendo las categorías), tendrá por efecto que las mismas serán absolutamente inocuas a los efectos de la movilidad funcional y modificación sustancial de las condiciones de trabajo tal y como las define el art. 39 y 41 del ET, en la redacción dada por la Ley 3/2012<sup>12</sup>.

Hecha esta aclaración, dentro de las modificaciones que se introducen en el sistema de clasificación profesional cabe destacar las que siguen:

Se suprime la categoría profesional en el sistema de clasificación, quedando limitada la clasificación a los grupos profesionales, por lo que se amplía enormemente la movilidad funcional. En efecto, ahora la movilidad

<sup>12</sup> En el mismo sentido, Rey Guanter, Salvador del, La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral Actualidad Laboral, nº 17, Octubre 2012, tomo 2, Editorial LA LEY.

funcional ordinaria (integrada en el “*ius variandi*”, no necesitada de período de consultas, sino de mera comunicación al trabajador) se produce dentro del grupo y abarca todas las funciones o algunas del grupo, en función del encuadramiento inicial producido en el contrato, que conforme al nuevo art. 22.4 ET, supondrá que se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Se amplía así la definición y contenido de la prestación de trabajo y se aumentan las funciones, sin contraprestación aparente alguna, de forma que se aumenta la movilidad funcional, puesto que al suprimir las categorías y niveles, el contenido de la prestación laboral consiste ahora en todas las funciones del grupo o sólo algunas en función de la asignación inicial.

El Grupo profesional sigue siendo el que agrupa unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y, además, puede –no debe– incluir tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades, mientras que antes podía comprender categorías, funciones o especialidades.

Parece que en este punto las especialidades profesionales tendrán que guardar alguna relación con la Clasificación Nacional de Ocupaciones, si es que se quiere dar algún sentido práctico a la Cuenta de formación regulada por el art. 2 del RD-Ley 3/2012.

Como segunda novedad, se suprime el concepto de categorías profesionales equivalentes y desaparecen los niveles como criterio de clasificación. Ello supondrá que la polivalencia funcional se amplíe mucho, pues pasa de la asignación de funciones de diversas categorías a las funciones de más de un grupo. Además se establece como criterio para asignación de uno u otro grupo en caso de polivalencia el tiempo de realización de las funciones, el cuál será difícil de precisar *a priori*, en el pacto de encuadramiento contractual.

En definitiva, se pasa de un criterio de polivalencia intra grupal a uno más amplio, inter grupal, y se cambia como criterio de clasificación en el caso de polivalencia funcional el criterio de la prevalencia por el del tiempo, con independencia de la importancia o la calidad de las funciones, lo cuál puede arrojar considerables problemas en la práctica, puesto que la asignación prevalente en el tiempo puede variar una vez formalizado el contrato, en el que previsiblemente la equiparación por “el tiempo de realización de funciones” lo será al grupo inferior, por claras razones económicas.

En otro orden de cosas, en cuanto a la información básica sobre el contrato de trabajo, el RD 1659/98 de 29 de julio no ha resultado modificado por la Ley 3/2012, por lo que hay que entender suprimida toda referencia a la categoría profesional que en su art. 2.2 d) se hacía, y la información que deberá facilitar

por escrito ahora el empresario se ha de referir al grupo profesional del puesto de trabajo que desempeñe el trabajador o la caracterización o la descripción resumida del mismo, en términos que permitan conocer con suficiente precisión el contenido específico del trabajo. En este punto hay que tener en cuenta, habida cuenta de la amplitud de funciones que ahora contempla el concepto de grupo profesional y, por tanto, el contenido de la prestación, que el RD 1658/98 es una trasposición a nuestro derecho interno de la Directiva 91/533 y que el inciso ii) de la letra c) del apartado 2 del artículo 2 de dicha Directiva se opone a que un Estado miembro, al adaptar su Derecho interno a esta disposición, permita que, con carácter general, el empresario circunscriba a la denominación de la actividad del trabajador la información que debe comunicar a éste<sup>13</sup>.

Por otro lado, el aumento de la polivalencia funcional va a incrementar las necesidades formativas de los trabajadores en materia de prevención (art. 15.2 Ley 31/1995), pues el aumento de la movilidad funcional amplía de forma considerable el abanico de puestos de trabajo que va a poder desempeñar, ampliando con ello las probabilidades de infracciones empresariales por falta de formación e información sobre el riesgo del puesto concreto (art. 12.8 LISOS) y las consiguientes responsabilidades en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 123 LGSS), en caso de que el aumento de funciones no lleve aparejado el consiguiente proceso formativo sobre riesgos de los diferentes puestos de trabajo.

Desde la óptica de las fuentes de la clasificación profesional, se mantiene en apariencia la prelación: negociación colectiva y, en su defecto, acuerdo entre la empresa y sus representantes, que ya contemplaba el art. 22 ET anterior a la reforma. Sin embargo, el art. 84.2 d) ET configura la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores como materia a regular por el convenio de empresa y con prioridad aplicativa sobre el convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior. Ello supone que en la práctica sea el convenio de empresa y, en su defecto, el acuerdo de los representantes de los trabajadores y el empresario las fuentes primordiales del sistema de clasificación profesional, de forma que la empresa y los representantes de los trabajadores pasan a ser la fuente material predominante en esta materia.

Para terminar, a pesar de las exigencias del legislador respecto de los intervinientes en la negociación colectiva respecto a la adaptación de los convenios colectivos (DA 9ª Ley 3/2012), el propio legislador no ha adaptado el contenido

<sup>13</sup> STJCE 4 diciembre 1997. Caso Helmut Kampelmann y otros contra Lippe; TJCE 1997\256.

del ET a la supresión de la categoría profesional, de forma que seguimos hallando referencias a las categorías profesionales en los siguientes preceptos: art. 11.1a), 12.1e), art. 17.4, art. 40.3 bis, art. 46.3 y art. 46.5 ET.

## **4.2. Movilidad funcional**

Como novedad fundamental en esta materia destaca la relajación los límites de la movilidad funcional, suprimiendo la pertenencia al grupo y las categorías profesionales equivalentes como límites a la misma. Se pretende así la versatilidad funcional del trabajador como herramienta de flexibilidad interna.

### ***4.2.1. Clasificación de los cambios de funciones del trabajador***

La modificación de funciones (movilidad funcional en sentido amplio) puede suponer diversas consecuencias, que se contemplan en los arts. 22, 39,41, 82.3 f) y 50-1a) ET y que conviene clasificar en orden a clarificar las novedades de la reforma introducida en este campo por la Ley 3/2012, sin perjuicio de que estudiemos después en cada epígrafe cada una de ellas en profundidad.

Encontramos cuatro grandes supuestos:

- A) La movilidad funcional ordinaria, dejada *al ius variandi* empresarial (arts. 20.1 y 22.4 ET); que se produce en el seno del grupo profesional o entre grupos si hay pacto de polivalencia funcional (art. 22.4) sin necesidad de justificación de causa alguna, pues se trata de las funciones pactadas y sin otra retribución que la pactada. Que no exija justificación no significa que no esté sujeta a los límites de la dignidad del trabajador y el respeto de sus derechos fundamentales.
- B) La movilidad funcional temporal extraordinaria, regulada en el art. 39 ET, que comprende funciones de grupo superior o de grupo inferior, que sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. Da derecho a la remuneración por las funciones que efectivamente se realicen excepto si son funciones inferiores, en que se mantiene la retribución de origen. Dentro de esta tipología podemos distinguir:
  - Funciones superiores a las del grupo profesional: que mantienen la posibilidad de reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables (art.138 LRJS).

- Funciones inferiores a las del grupo profesional: se mantiene la retribución de origen y ahora ya no se exige que esté justificada por necesidades perentorias e imprescindibles, sino sólo por razones técnicas u organizativas y por el tiempo imprescindible. Hay que tener en cuenta que la encomienda de funciones inferiores puede afectar a la dignidad del trabajador y por ello, habrá de exigirse una cumplida acreditación de las razones técnicas, organizativas y de que el tiempo en que se realizan es el imprescindible. Caso contrario hay que acudir al proceso de modificación sustancial del art. 41 ET y si la modificación redunde en perjuicio de formación profesional o menoscabo de la dignidad, cabrá la extinción por voluntad del trabajador del art. 50.1a) ET.
- C) La modificación sustancial de condiciones de trabajo, de carácter permanente no convencional, prevista en el art. 41f) ET que se da cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET y las funciones no estén previstas en Convenios Colectivos, sino que se trata de condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

Requiere que existan probadas razones ETOP y puede ser individual o colectiva, con diferente procedimiento para su adopción.

El trabajador tiene derecho a la rescisión indemnizada del contrato con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.
- D) La modificación sustancial de condiciones de trabajo, de carácter convencional no permanente, prevista en el art. 82.3f) ET, que se da cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET y las funciones estén previstas en Convenios Colectivos. Requiere que existan probadas razones ETOP, y que se celebre un período de consultas, a falta de acuerdo se remite a la Comisión Paritaria y, a falta de acuerdo, puede concluir el proceso con una decisión o arbitraje obligatorio de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico correspondiente. Esta modificación cesa cuando entra en vigor el nuevo convenio de aplicación al ámbito de que se trate.

#### ***4.2.2. La movilidad funcional temporal y extraordinaria del art. 39 ET***

En este punto, la novedad fundamental que introduce la Ley 3/2012 es que la movilidad fuera del grupo es el suelo mínimo de la movilidad funcional

temporal y extraordinaria, al haber desaparecido la categoría profesional y la categoría profesional equivalente, es decir, donde antes se consideraba movilidad el ejercicio de funciones de categorías profesionales no equivalentes, ahora se considera *ius variandi*, pues dentro del grupo ya no se contienen categorías.

Ahora la movilidad funcional es sólo la movilidad bidireccional extra grupal, que exige razones técnicas u organizativas y por el tiempo imprescindible para su atención.

Es especialmente significativa la supresión de límites en la movilidad a funciones de inferior grupo. En efecto, se aumenta la posibilidad de realizar funciones inferiores, pues desaparece la justificación por necesidades perentorias e imprevisible para la encomienda de funciones inferiores. Por tanto, a un titulado superior, se le pueden encomendar funciones de un grupo inferior (ej, auxiliar administrativo) por razones técnicas u organizativas previsibles y mientras las mismas duren, conservando la retribución de origen. Si ello se prolonga en el tiempo por encima del tiempo imprescindible, habrá que acudir al procedimiento de modificación sustancial del art. 41 y, en todo caso, si el desarrollo de funciones inferiores menoscaba la dignidad del trabajador, el contrato podrá ser rescindido conforme al art. 50.1 a) ET.

Ahora se sube el listón de la modificación sustancial, puesto que la movilidad funcional se basa en una clasificación profesional de la que han desaparecido las categorías, categorías equivalentes, niveles, etc.

#### ***4.2.3. Límites a la movilidad funcional del art. 39 ET***

Importa ahora establecer los límites a la movilidad funcional extraordinaria y temporal que regula el art. 39 ET.

Se mantienen las limitaciones que contemplaba la normativa anterior, como las acciones derivadas del ejercicio de las funciones superiores por período superior a 6 meses en 1 año o 8 meses en 2 años, el derecho a retribución correspondiente a funciones, excepto si son inferiores, en que se mantiene la retribución de origen; así como la imposibilidad de invocar ineptitud sobrevenida o falta de adaptación para extinguir el contrato conforme al art. 52 a) ET. por lo que estos límites no merecen mayor comentario.

Sí merece la pena prestar atención a la dignidad como límite infranqueable de la movilidad funcional. En el ámbito laboral, en materia de clasificación profesional, se ha considerado contrario a la dignidad la pérdida de las funciones de mando y dirección que tenía el trabajador<sup>14</sup>, o el cambio de funciones directivas a labores de tipo mecánico<sup>15</sup>, etc.

<sup>14</sup> STS 18 junio 1990 RJ 1990/5475.

<sup>15</sup> STS 24 septiembre 1990 RJ 1990/7041.

Pues bien, en algunos casos la reforma supondrá la asunción de funciones no aceptadas contractualmente, que vendrá impuesta por ley, con la posibilidad de que dicha ampliación legal de funciones suponga una afectación a la dignidad. En efecto, en virtud del nuevo sistema de clasificación un trabajador que prestara servicios en una categoría profesional “x” del grupo profesional “y” que tuviera asignadas funciones de mando podrá ahora pasar a desempeñar por mera decisión empresarial no amparada en causa justificativa alguna funciones que no sean de mando, mientras se mantengan dentro del grupo “y”, pues ello entrará dentro del “*ius variandi*” que la reforma amplía notablemente. En estos casos, con la reforma laboral en plena aplicación, sería sostenible entender que se produce un menoscabo de la dignidad del trabajador, aún cuando se trate de funciones de un mismo grupo si antes de la reforma había pactado una categoría profesional concreta cuyo cambio implique menoscabo de su dignidad en atención, más que al dato meramente formal de la noción grupo-categoría, al contenido material y real de la prestación. Es decir, que el cambio de funciones dentro de un grupo puede atentar a la dignidad, como podía hacerlo antes de la reforma, puesto que la dignidad es un concepto de cuño constitucional, indisponible para el legislador ordinario.

En tales supuestos es plausible entender que procede la rescisión indemnizada del art. 50.1a) ET, pues la modificación sustancial redundaría en menoscabo de la dignidad y, por tanto, no se respeta lo previsto en el art. 41 ET, que en ningún modo contempla –ni puede hacerlo– modificaciones sustanciales contrarias a la dignidad del trabajador.

Los derechos fundamentales continúan siendo un límite infranqueable al poder empresarial en el ejercicio del *ius variandi* o en la movilidad funcional. En este sentido, hay que enfatizar de que con independencia de que el ejercicio del *ius variandi* no exija justificación en razones técnicas o productivas, como sí la exige la movilidad funcional extraordinaria temporal, en ambos casos, si el trabajador aporta indicios de vulneración de derechos fundamentales, el empresario habrá de acreditar que la decisión ha sido adoptada al margen completamente de toda vulneración del derecho fundamental en cuestión y obedeciendo a razones objetivas y razonables en el ejercicio de su poder de dirección.

La Formación profesional del trabajador es otro límite a la movilidad funcional que “parece” que el legislador suprime es el de la formación profesional (art. 40.2 CE, art. 4.2b) ET). Decimos que “parece” que el legislador suprime este límite, puesto que aún cuando haya desaparecido del redactado del antiguo art. 39.2 que decía “*La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional*”; lo cierto y verdad es que la formación profesional continúa siendo un derecho básico del trabajador (vid art. 4.2.b) ET en la redacción dada por la

Ley 3/12) y, por tanto, un límite al poder empresarial en el ámbito de la movilidad funcional.<sup>16</sup>

En estos casos, al igual que ocurre con la dignidad, la doctrina jurisprudencial es abundante<sup>17</sup>. Así, se ha considerado que cuando se destina al trabajador a un nuevo trabajo careciendo de competencia técnica para su desarrollo de manera adecuada, lo que se propicia es un incorrecto cumplimiento de las nuevas tareas, del que pueden derivarse perjuicios para el trabajador (STS 27 noviembre 1989 (Rj 1989,8624)

Por lo demás, no se exige una voluntariedad o dolo empresarial en el perjuicio de la formación profesional del trabajador, bastando que ésta se produzca para dar lugar a la rescisión contractual<sup>18</sup>

Para terminar con los límites de la movilidad funcional, no podemos dejar de mencionar la prevención de riesgos laborales, en concreto el deber de formación e información de los riesgos derivados del puesto de trabajo concreto (art.19 Ley 31/1995), respecto de la que cabe concluir que a mayor flexibilidad funcional mayores exigencias y obligaciones en materia de formación para el empresario, pues la flexibilidad funcional incrementa el riesgo de accidente y por ello el art. 19 Ley 31/1995 exige que la formación se centre específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, se adapte a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y se repita periódicamente si fuera necesario.

Conclusión: si el objetivo de la flexiguridad y de la flexibilidad interna es crear empleo y evitar despidos o pérdidas de puestos de trabajo, el aumento de funciones de los trabajadores ya empleados no parece que vaya a contribuir a tal finalidad, pues evitará, lógicamente, la contratación de nuevos trabajadores. Por otro lado, si bien esta flexibilidad interna contribuirá a la adaptación de las necesidades del empresario, conllevará también la asunción de nuevos riesgos en materia de prevención de riesgos laborales y nuevas cargas en materia de formación preventiva, aumentándose, con ello, el riesgo de accidentes de trabajo, al menos en determinados sectores. La virtualidad de esta flexibilidad interna será más eficaz en las pyme con trabajadores “fungibles”, y menos en las empresas con trabajos necesitados de formación especializada y difícilmente sustituibles.

<sup>16</sup> Rey Guanter, Salvador del, La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral Actualidad Laboral, n° 17, Octubre 2012, tomo 2, Editorial LA LEY.

<sup>17</sup> STS 21 marzo 1990 (1990\2297).

<sup>18</sup> STSJ Valladolid de 27 de mayo de 2003 AS 2003 /2435.

## 5. FLEXIBILIDAD TEMPORAL

### 5.1. Distribución irregular de la jornada

El art. 9 de la Ley 3/2012 modifica el art. 34.2 del ET y se prevé la posibilidad, en defecto de pacto, de distribución irregular del 10% de la jornada a lo largo del año a voluntad del empresario. La distribución irregular de la jornada como medida de flexibilidad interna ya venía contemplada en el art. 34.2 ET en la redacción dada por el RD-Ley 3/2012, que preveía una distribución irregular del 5%.

Como precedente a dicha regulación el art. 85.3 ET, en la redacción dada por el RD-Ley 7/2011-Ley 7/2011, introdujo en sede de negociación colectiva como contenido mínimo del Convenio medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas, entre las que se hallaba *“Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento”*.

Ahora dicha medida de flexibilidad interna, siguiendo la tónica de la reforma operada por la Ley 3/2012, se sustrae a la dinámica del acuerdo y se confiere al unilateralismo empresarial, puesto que, en defecto de pacto, la distribución irregular del 10% de la jornada a lo largo del año corre a cargo de la voluntad del empresario.

Hay que remarcar que es difícilmente conciliable dicha disponibilidad con el objetivo enfáticamente declarado en el art. 34.8 ET, que establece que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; pues en éste caso es la negociación colectiva la que habrá de precisar dicho derecho, mientras que en el caso de la distribución irregular la ley otorga, sin negociar, un 10% de la jornada a la decisión unilateral del empresario.

Como límites a esta disponibilidad para su distribución irregular se pueden establecer, en primer lugar, el deber de respetar los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley, en segundo lugar, los límites de jornada legal, convencional o contractualmente pactados (art. 34.1 ET), puesto que se trata de distribuirla irregularmente, no de modificar su cantidad.

Resulta evidente que la distribución irregular hace referencia a la jornada ordinaria, y no a la jornada extraordinaria, por lo que las horas extraordinarias quedarán fuera del art. 34.2 ET.

En cuanto a los contratos a tiempo parcial (art. 12 ET) esta distribución irregular no podrá suponer más de una interrupción diaria en los casos de jornada partida (art. 12.4b) ET). En cuanto a las horas complementarias hay que

estar a lo que dispone el art. 12.5 d) ET, que contempla normas específicas de distribución de las mismas, por lo que no resultaría aplicable a éstas la distribución irregular del 10% a que se refiere el art. 34.2 ET

A tales límites hay que añadir lo que resulte de la negociación colectiva, puesto que la norma del 10% deja de operar cuando hay pacto (art. 34.2 ET, art. 34.8 ET).

Por otro lado, como no podía ser menos, los derechos fundamentales van a jugar un papel clave como límite a la distribución irregular del tiempo de trabajo de forma unilateral por el empresario, y en particular en lo atinente a la conciliación de la vida personal laboral y familiar y el derecho a la no discriminación por razón de sexo, así como a la protección a la familia (arts. 14 y 39 CE)<sup>19</sup>, pues vía negociación colectiva, puede otorgarse por la vía del art. 34.8 ET al trabajador una disponibilidad de determinado tiempo de trabajo a distribuir irregularmente en función de necesidades derivadas de la conciliación de su vida personal, familiar o laboral, como ya se reconoce en el Cap II del AENC, donde se afirma que la flexibilidad del tiempo de trabajo debiera ir acompañada de garantías y seguridad para las personas, que le permitan compatibilizar el tiempo de trabajo y de conciliación.

Pero en defecto de pacto, el empresario habría de ejercitar su potestad de distribución irregular con igual respeto a los derechos fundamentales y teniendo en cuenta, en su caso, las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, de forma que la distribución irregular sin tener en cuenta dichos factores podría suponer una práctica discriminatoria indirecta (ej: trabajador/a soltero sin cargas familiares *versus* trabajadora a tiempo parcial con hijos que cuida a persona dependiente).

En este sentido, hay que precisar, que el Tribunal Constitucional descarta la existencia de discriminación por razón de sexo en un caso en que, precisamente, la trabajadora solicitó al amparo del art. 34.8 ET la adaptación de su jornada laboral para el cuidado de una hija y le fue denegada empresarial y judicialmente por no venir tal derecho previsto en el convenio o pacto, conforme exige la norma<sup>20</sup>; hay que distinguir tal caso nítidamente de la limitación que el ejercicio del nuevo derecho de distribución irregular del 10% de la jornada por parte del empresario encuentra en el derecho fundamental a la no discriminación.

Dicho de otra forma, que la petición de adaptación de jornada por la trabajadora no sea atendible por falta de desarrollo convencional (art. 34.8 ET)<sup>21</sup>, no supone que la facultad del empresario de distribuir irregularmente la jornada

<sup>19</sup> STC 3/207 de 15 de enero RTC 2007/15.

<sup>20</sup> STC 24/2011 de 14 de marzo RTC 2011/24.

<sup>21</sup> STC 24/2011.

quede exenta de respetar y ponderar el derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.2 ET)<sup>22</sup> de forma y manera que si tales circunstancias no se toman en consideración a la hora de seleccionar los trabajadores/as afectados, podemos hallarnos, con toda claridad, ante una discriminación indirecta, pues se tratará de una práctica formalmente neutra (no tiene en cuenta el sexo a la hora de distribuir irregularmente jornada) que pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha práctica pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados, cuestiones éstas que atañen a la carga de la prueba que corresponde al empresario.

Para terminar, como líneas orientadoras del II AENC en materia de distribución irregular de la jornada cabe destacar que en algunos aspectos van incluso más allá que el propio legislador (en perjuicio del trabajador), puesto que pactan un 10% de distribución irregular, cuando el RD-Ley 3/2012 estableció primero un 5%, que luego la ley ha aumentado al 10% y se establece, además, una bolsa adicional de 40 horas al día o al año a distribuir libremente por el empresario.

Si entendemos que el 10% de jornada es un máximo de derecho necesario mejorable por convenio la citada bolsa de 40 horas debiera quedar tácitamente derogada.

## **6. FLEXIBILIDAD ESPACIAL**

A grandes rasgos podemos afirmar que la reforma facilita enormemente la movilidad geográfica, ampliando el ámbito de las causas, desincentivando el control judicial, suprimiendo el control administrativo en los supuestos de movilidad geográfica de carácter colectivo e incluso la posibilidad de demora provisional de la movilidad por 6 meses y facilitando el establecimiento de criterios de preferencia para permanecer en el puesto de trabajo por vía de la negociación colectiva para colectivos especialmente desfavorecidos.

En la exposición del tema distinguiremos la movilidad geográfica individual y colectiva, sometidas a procedimientos diversos.

<sup>22</sup> STC 3/2007.

## 6.1. Movilidad geográfica individual

### 6.1.1. Las causas justificantes

Empezaremos por la definición de las causas que justifican la movilidad geográfica, que son comunes a la individual (art. 40.1 ET) y a la colectiva (art. 40.2) y prácticamente idénticas a las que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de origen contractual, sea individual o colectiva (art. 41.1 y 2), siendo absolutamente vagas y genéricas, con el fin de facilitar su adopción y sustraer su control a la tutela judicial.<sup>23</sup>

A destacar en el terreno causal que las contrataciones referidas a la actividad empresarial (causa productiva) es la única diferencia de la definición de las causas ETOP entre la movilidad geográfica y la modificación sustancial.

Es decir, que ahora la movilidad geográfica “sólo” se puede realizar por cualquier circunstancia relacionada con la empresa, o al menos eso es lo que se desprende del tenor literal del redactado del art. 40.1 ET. Por tanto, se desincentiva toda acción judicial que cuestione la justificación de la medida. Resulta paradójico, sin embargo, que en la exposición de motivos se aluda claramente a las finalidades propias de la flexibilidad interna: facilitar adaptación a circunstancias de la empresa y evitar despidos y que en vía de control judicial se intenten suprimir o “jibarizar” dicho control limitándolo a la concurrencia de la causa, sin atender a la finalidad u objetivo que se pretende con la medida.

Es difícil sostener desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva la voluntad manifiesta del juzgador de privar al trabajador de su derecho a discutir la concurrencia de la causa y la finalidad de la misma.

En esta línea, nos remitimos a la cita y comentario de la SAN núm. 61/2012 de 28 mayo AS 2012\1050, que ya hemos efectuado al tratar la relación entre las medidas de flexibilidad interna y las de flexibilidad externa<sup>24</sup>, en el sentido de que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas ETOP<sup>25</sup>.

En este sentido nos remitimos a lo ya dicho en el capítulo relativo a la relación de las medidas de flexibilidad interna-flexibilidad externa, en la dirección

<sup>23</sup> Se consideraran causas ETOP: las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

<sup>24</sup> Ver epígrafe 3.2 de este trabajo.

<sup>25</sup> STS 2-03-2009 (RJ 2009, 1719), y 16-05-2011 (RJ 2011, 4876), ROJ 3647/2011.

de considerar que las de flexibilidad interna deberían normalmente preferirse a las de flexibilidad externa y que las segundas no pueden tener por finalidad una mera mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo. Tal entendimiento de la relación entre ambos tipos de medidas viene sólidamente asentado en la filosofía y finalidad de la flexibilidad interna (adaptar la empresa a las circunstancias para evitar despidos) y también por la definición menos rigurosa que la Ley 3/2012 hace de las causas ETOP en sede de movilidad geográfica (casi igual que para modificaciones sustanciales) que en materia de despido colectivo y despido objetivo.

### ***6.1.2. Procedimiento de la movilidad geográfica individual***

En el procedimiento de movilidad geográfica individual subsisten algunas garantías de la antigua regulación que no merecen mayor comentario, como el preaviso al trabajador y a los representantes de los trabajadores, el derecho de opción del trabajador entre traslado con compensación de gastos o la extinción indemnizada con 20 días/año, con un máximo de 12 mensualidades, la compensación de gastos propios y de familiares a cargo como consecuencia de la movilidad o la nulidad de la movilidad geográfica colectiva en fraude de ley, cuando se superen los umbrales del art. 40.2 en períodos sucesivos de 90 días-.

En cuanto a la tutela judicial, baste ahora decir que el trabajador, disconforme con la decisión empresarial y sin perjuicio de la ejecutividad de la misma, podrá acudir al proceso especial del art. 138 LRJS. La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo, concediéndole al efecto el plazo de quince días.

La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos.

Sin embargo, dada la amplitud de las causas justificativas, difícilmente será ejercitada con éxito la acción, pues el contenido del fallo ha de declarar justificado o no justificado el traslado de forma que su relación con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa o las contrataciones referidas a la actividad empresarial, determinará su justificación, salvo en los casos de falta de cumplimiento del deber de informar al trabajador y a sus representantes, que determinaría la nulidad de la medida y los mismos efectos que comporta la injustificación: reposición en sus anteriores condiciones de trabajo con abono de daños y perjuicios.

Otra cuestión fundamental radica en los efectos que haya de tener la falta de notificación al trabajador y a sus representantes con la antelación legalmente

prevista en los casos de traslado. En estos casos, la doctrina se ha pronunciado en favor de la falta de efectividad del traslado por constituir un supuesto de ejercicio irregular de las facultades directivas (art. 20.2 ET y 5c) ET)<sup>26</sup>.

En todo caso, y en coherencia con lo dicho con anterioridad<sup>27</sup>, esta información al trabajador y a sus representantes debería abrir la posibilidad de aducir perjuicios especialmente gravosos en orden a la conciliación de la vida familiar y laboral y otras circunstancias que pudieran llevar al empresario a reconsiderar el criterio de selección del trabajador/es afectado a fin de no irrogar ningún tipo de discriminación indirecta.

No tiene sentido y no es una diferenciación razonable, que por el mero hecho de ser colectiva (superación de umbrales en período de tiempo) la medida de movilidad geográfica pueda atenderse a las peculiaridades (desventajas sociales) de ciertos colectivos (trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad) y ello se obvie totalmente en los casos de movilidad geográfica individual (art. 40.5 ET). La ausencia total de consideración de tales circunstancias, como se dijo, puede dar lugar no a una discriminación directa, pero sí a una indirecta.

Para concluir, hay que plantearse si debiera darse consulta al Comité de Empresa o delegados de personal en los supuestos de movilidad geográfica individual. El tenor literal del art. 64.5 ET impone al empresario el deber de información y consulta con los representantes de los trabajadores en toda decisión que pueda provocar cambios relevantes en la organización del trabajo y de los contratos de trabajo en la empresa, así como de las eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo.

Pues bien, las medidas de flexibilidad interna cuya finalidad primordial es evitar riesgos para el empleo podrían encajar en el art. 64.5 ET, por lo que sería adecuado tal norma entender que concurre la necesidad de establecer, en los casos de traslados individuales, no sólo una información –que ya se prevé en el art. 40.1 ET– sino también un período de consultas previo con el Comité de Empresa como exige el art. 64.5 ET interpretado de conformidad con el art. 4.2 b) y c) de la Directiva 2002/14, pues la movilidad geográfica individual es una decisión empresarial que puede provocar cambios en los contratos de trabajo (art. 4.2c) Directiva 2002/14) y es una medida preventiva, alternativa a la pérdida de empleo (art. 4.2b) Directiva 2002/14), como todas las que se incardinan dentro del concepto de flexibilidad interna.

<sup>26</sup> SSTSJ Madrid, núm. 893/2004 de 5 octubre AS 2004\2961 y núm. 58/2005 de 1 febrero AS 2005\113. Preciado Domènech, Carlos Hugo, “Derechos de información, audiencia, consulta y participación de los representantes de los trabajadores en la empresa. Ed. Bomarzo 2012 ISBN: 978-84-15000-71-6; p. 57 y 58.

<sup>27</sup> Epígrafe 5.1 sobre Distribución irregular de la jornada.

Tal conclusión, cierto es, chocaría con la “huida de la negociación” como instrumento fundamental para la adopción de medidas de flexibilidad interna que ha protagonizado el legislador de 2012.

## **6.2. Movilidad geográfica colectiva**

### ***6.2.1. Procedimiento de la movilidad geográfica colectiva***

En este capítulo la primera novedad que hay que remarcar es la supresión de todo control por parte de la autoridad laboral, que incluso pierde la potestad de ampliar el plazo de incorporación de 30 días y de paralizar la efectividad del traslado por un máximo de 6 meses, con lo que se amplía el arbitrio empresarial por dos vías:

- amplificación de las causas justificantes.
- supresión del control administrativo y de la posibilidad de paralizar la efectividad del traslado hasta 6 meses cuando las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen. En cuanto a las causas ETOP, nos remitimos a lo ya comentado en el epígrafe de la movilidad geográfica individual, pues son absolutamente coincidentes.

El preceptivo período de consultas puede concluir con o sin acuerdo. En caso de acuerdo entre empresario y RRLL: puede adoptarse sin perjuicio del derecho de los trabajadores a optar por el traslado o la extinción indemnizada. Puede acordarse en cualquier momento la sustitución del período de consultas por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa. En caso de falta de acuerdo se notifica a los trabajadores y a sus representantes de la decisión sobre el traslado y ejecutividad de la misma en el plazo de 30 días, pudiéndose Impugnar de la decisión empresarial haya o no acuerdo por vía de conflicto colectivo, conforme al art. 153.1 ET, que será de ejecución individualizable conforme al art. 160.3 y 247.2 LRJS, destacando en este sentido que las demandas individuales se paralizan en su tramitación hasta la resolución de la acción de conflicto, cuya sentencia tiene efectos de cosa juzgada en los procesos individuales (art. 40.2 ET y 160.5 LRJS).

### ***6.2.2. Preferencias para determinados colectivos***

La reforma establece preferencias para la permanencia en el puesto de trabajo de determinados colectivos como cónyuges (art. 40.3), víctimas de terrorismo y de violencia de género (art. 40.3 bis), representantes de los trabajadores: (art. 40.5 ET), y como novedad destacable la reforma prevé la posibilidad de establecer mediante CCol o acuerdo en período de consultas priori-

dades de permanencia a favor de trabajadores, además de los RRLL, por motivos de cargas familiares, edad o discapacidad (art. 40.3ter).

En este aspecto, coincide la norma en la posibilidad de otorgar preferencias de permanencia de ciertos trabajadores con los despidos colectivos (art. 51.5 ET).

### ***6.2.3. Traslados temporales de trabajadores***

En este punto la Ley 3/2012 no ha introducido novedades, por lo que continúa regulándose igual que antes de su entrada en vigor en el art. 40.4 ET.

## **7. FLEXIBILIDAD SUSTANCIAL**

En este capítulo examinaremos la flexibilidad sustancial entendida como la modificación de condiciones de trabajo –al igual que la flexibilidad temporal, espacial o salarial– pero que a diferencias de éstas viene caracterizada por la naturaleza sustancial de la modificación. Esta sustancialidad viene dada, en parte por la norma origen de la condición que se modifica, distinguiendo ahora el legislador entre las que podemos denominar de origen contractual, que se tramitan por la vía del art. 41 ET; de aquellas otras cuyo origen está en el Convenio estatutario, cuya modificación se sigue por la vía del art. 82.3 ET. De esta forma, cuando la condición modificada es de origen contractual permite al trabajador, aún siendo justificada, la rescisión indemnizada del contrato de trabajo, con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses (excepto en el supuesto de modificaciones sustanciales del sistema de trabajo y rendimiento); y cuando la condición modificada es de origen convencional, la misma es temporal y no puede prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa, no gozando el trabajador en este caso de acción de rescisión.

Por tanto, encontraremos aquí medidas relativas a tiempo de trabajo, salario, funciones, etc, caracterizadas por lo sustancial en la variación, más que por la medida en sí misma modificada.

En este sentido el legislador considera sustancial la modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario en cualquier caso. En cuanto a las modificaciones sustanciales de origen contractual (art. 41), el concepto jurídico indeterminado de modificación sustancial no creemos que haya variado por la reforma de la Ley 3/2012 y, por tanto, ha de entenderse por tal aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ejemplificativa y no

exhaustiva del art. 41.1 ET, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del «*ius variandi*» empresarial». La doctrina científica entiende que para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados.<sup>28</sup> En este sentido, la sustancialidad es predicable de la modificación, no de la condición<sup>29</sup>.

### 7.1. Cuestiones generales

Abordaremos ahora a vista de pájaro las novedades que en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo introduce la Ley 3/2012, que en este capítulo afecta al art. 41 ET y a art. 82.3 ET, modificados por los arts. 12 y 14 de la Ley 3/2012, respectivamente.

La primera novedad que es preciso alzar es la clasificación de la modificación sustancial, primero por el origen de la norma y después por el carácter individual-colectivo de la modificación, que contribuye a clarificar el confuso art. 41 ET y que es coherente con la naturaleza normativa del Convenio Colectivo, que exige otros procedimientos diversos a la modificación de condiciones de origen contractual o en pactos de eficacia limitada, aunque ambos procedimientos mantienen en común un período de consultas de idéntica tramitación. (art. 82.3 pfo 2º ET).

En efecto, ahora hay que distinguir, en primer lugar, la fuente de la condición de trabajo cuya modificación sustancial se pretende. Así, la ley distingue:

1) Condiciones contractuales: condiciones reconocidas en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Son modificables por la vía del art. 41 ET. Dentro de las mismas se distingue, por el número de trabajadores afectados entre modificación individual y modificación colectiva (esta última exige período de consultas).

2) Condiciones convencionales: condiciones reconocidas en condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III ET. Son modificables por la vía del art. 82.3 ET.

Una vez fijada la novedad fundamental, la orientación legislativa, al igual que ocurre con el resto de medidas de flexibilidad interna, es ampliar el arbitrio empresarial en materia de modificación sustancial, ampliando el ámbito de la

<sup>28</sup> STS de 22 septiembre 2003 (RJ 2003\7308).

<sup>29</sup> STS 9 abril 2001 (RJ 2001/5112) y 9 diciembre 2003 (RJ 2004/2003).

causa de justificación de la modificación sustancial, aunque es posible distinguir una definición más rigurosa de las causas en la modificación de las condiciones de origen convencional (art. 82.3ET), y una regulación más laxa en la modificación de condiciones de origen contractual (art.41.1) E y, en segundo lugar, añadiendo la cuantía salarial al ámbito de la modificación sustancial de origen contractual.

Por otro lado, como gran novedad, se amplía el campo del descuelgue o inaplicación del Convenio Colectivo del salario al resto de modificaciones sustanciales, que se regula ahora en el art. 82 ET, que prevé la posibilidad de inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

- 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) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Para terminar, en el caso de la modificación del art. 82 ET, se prevé la sujeción a decisión obligatoria de la CCNCC o a arbitraje obligatorio, lo cuál es una cláusula de dudosa constitucionalidad. Este precepto, en relación a las funciones decisorias, que van mucho más allá de las meramente consultivas que constitucionalmente cabría asignar a la CNCC ha sido desarrollado por el RD 1362/12 de 27 de septiembre.

Partiendo de este cuadro general, descendamos ahora al detalle de las modificaciones introducidas.

## **7.2. Modificación sustancial de condiciones de origen contractual**

### ***7.2.1. Modificación sustancial individual***

#### **7.2.1.1. Las causas**

Se modifica el concepto de causas ETOP, de forma idéntica que en el caso de la movilidad geográfica, ampliando cuasi ilimitadamente el ámbito de la justificación, que pasa de unos objetivos concretos<sup>30</sup> a una mera relación con la

<sup>30</sup> :“Mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa o las contrataciones referidas a la actividad empresarial, que no hace sino definir los distintos ámbitos de la empresa: producción, organización de medios y demanda<sup>31</sup>.

Hay que destacar en este punto la homogeneización de las causas justificantes de la movilidad geográfica y la modificación sustancial (excepto las contrataciones referidas a la actividad empresarial, que con peculiares de la movilidad geográfica).

Por tanto, ya no es preciso mejorar la situación competitiva, o dar mejor respuesta a las exigencias de la demanda (supresión del control judicial de la finalidad), sino que es suficiente con que la medida de modificación sustancial esté relacionada con la competitividad, productividad u organización del trabajo o a las contrataciones. Este concepto amplio contrasta con el concepto “clásico” de causas E.T.O.P, que se mantiene en el art. 82 ET y que es más concreto y restringido.

Por otro lado, qué duda cabe, el contrato así flexibilizado en la cuasi totalidad de su contenido, supone la transmisión cuasi íntegra del riesgo de la explotación al trabajador, pues según la literalidad del precepto será justificada la modificación sustancial cuando existan causas relacionadas con la competitividad, productividad, organización técnica o del trabajo, con independencia que la modificación sustancial contribuya a organizar mejor los recursos o favorecer la posición competitiva.

Basta ahora la mera relación, desapareciendo toda finalidad justificante, aunque, como ya se dijo, no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo.

En este contexto de atribución al arbitrio unilateral del empresario de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo es preciso recordar que lo que se está haciendo es modificar unilateralmente lo pactado en un contrato (art. 1256 CC), bajo el pretexto de unas causas que se generalizan hasta el extremo, pretendiendo así evitar todo control judicial y atribuir, a la postre, facultades contractuales novatorias exorbitantes al empresario, algo impensable en derecho privado.

<sup>31</sup> Sobre el tema de las causas, véanse los comentarios realizados en el epígrafe relativo a las causas justificantes de la movilidad geográfica (6.1.1).

En efecto, si comparamos las exigencias del art.41.1 para modificar unilateralmente salario, jornada, etc, con las que se exigen en el derecho contractual común para la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, comprobaremos como el derecho “tuitivo laboral”, se transforma en este punto en menos tuitivo incluso que el derecho privado común. Así, viene siendo doctrina pacífica<sup>32</sup> que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige una serie de requisitos mucho más gravosos que los que ahora se exigen en derecho laboral, puesto que la aplicación de la citada cláusula en derecho común exige una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles

Tal comparación nos lleva a confirmar la desnaturalización de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, cual es la ajenidad de los riesgos. Ahora los riesgos los asume: por un lado, el trabajador, a través de la flexibilidad interna, por otro lado la sociedad, a través de los mecanismos de seguridad que acompañan a la flexibilidad externa, y en mucha menor medida que antes, el empresario.

#### 7.2.1.2. Nueva modificación sustancial: el salario

Se introduce como modificación sustancial: la cuantía salarial, que antes se regulaba en el descuelgue del art. 82 ET. Ahora, cuando el salario esté reconocido en contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutados por trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos se puede reducir con el sencillo trámite del art. 41. En cambio las cuantías salariales reconocidas en Convenio Colectivo sea este de sector o de empresa, se seguirán por el procedimiento de inaplicación del art. 82.3 ET.

#### 7.2.1.3. Distinción modificaciones individuales-colectivas

La nueva distinción entre modificaciones de carácter individual y colectivo viene dada sólo por los umbrales de número de trabajadores afectados en relación a la plantilla en períodos de 90 días y se mantiene la garantía anti fraude

<sup>32</sup> SSTs (Sala 1ª) núm. 1090/2004 de 12 noviembre RJ 2004/6900; De 23 abril 1991 RJ 1991/3023, de 14 de diciembre de 1940 (RJ 1940, 1135), 17 de mayo de 1941 (RJ 1941, 632) y 5 de junio de 1945 (RJ 1945, 698), la de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2164), etc.

declarando la nulidad de las modificaciones sustanciales de carácter individual operadas en períodos sucesivos de 90 días que superen los umbrales con objeto de eludir el procedimiento de las modificaciones sustanciales de carácter colectivo.

#### 7.2.1.4. Procedimiento

El procedimiento para la modificación sustancial individual se reduce a la notificación por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad, reduciéndose de esta forma el plazo de preaviso en 15 días respecto de los 30 de la regulación anterior.

El trabajador, ante tal decisión, que goza de inmediata ejecutividad, puede de forma alternativa y no cumulativa: conformarse o no conformarse e impugnar la decisión ante la jurisdicción social, en cuyo caso la sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones. (art. 41.3 ET y art. 138 LRJS). La negativa del empresario a reintegrar al trabajador a sus anteriores condiciones de trabajo da lugar a la acción de extinción del contrato del art. 50.1c) ET con una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades.

Otra opción del trabajador es pedir la rescisión contractual si resultase perjudicado por la modificación sustancial en todos los supuestos excepto en la modificación sustancial de sistema de trabajo y rendimiento. En caso de prosperar la acción de rescisión tendrá derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. (art. 41.3ET).

En fin, si las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET y redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador, el trabajador goza de la acción del art. 50.1a) ET, con una indemnización 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades.

#### 7.2.2. *Modificación sustancial colectiva*

En este punto podemos resumir el procedimiento como sigue

- 1) Las causas habilitantes son idénticas que en el caso de modificación sustancial individual. Las causas se presumen en caso de que haya acuerdo en el período de consultas.

- 2) Los umbrales para distinguir modificación individual-colectiva son idénticos que los que sirven para distinguir despido individual-colectivo o movilidad geográfica individual-colectiva

En cuanto al período de consultas, la duración del mismo no puede superar quince días y su objeto consiste en 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. Las partes están obligadas a negociar de buena fe con vistas a llegar a un acuerdo. Tal acuerdo no priva a los trabajadores de la opción de rescindir el contrato con indemnización de 20 días/año con un máximo de 9 meses.

A diferencia con lo que ocurre con la movilidad geográfica, y al igual que ocurre en el caso de la modificación sustancial de condiciones de origen convencional (art. 82.3 ET) cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (art.41.4 pfo 9º ET). Esta presunción es *iuris tantum*, por lo que cabrá prueba en contra de la existencia de las causas por quien la alegue.

Ante tal regulación se plantean 2 cuestiones: La primera es si en la modificación sustancial colectiva cabe la acción de conflicto colectivo en caso de acuerdo en período de consultas. La duda se plantea desde que el art.41.5 abre la acción de conflicto en los supuestos de conclusión del período de consultas sin acuerdo. Sin embargo, en el caso de acuerdo es plausible la existencia de representaciones colectivas disidentes con el mismo, lo cuál, conforme al art. 41.4, que no excluye la acción de conflicto por fraude, coacción, etc, así como de acuerdo con el objeto del proceso de conflicto, que se define en el art. 153.1 LRJS, en lo que aquí importa, como pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 4; no es difícil concluir que en casos de acuerdo también cabe la acción de conflicto.

La segunda cuestión que se plantea es si caso de acuerdo en período de consultas, puede el trabajador accionar para que declare injustificada la medida por inexistencia de la causa y pedir la condena a reponerle en sus anteriores condiciones. De una primera interpretación contextual, podríamos concluir que el legislador excluye en los casos de acuerdo la acción de reposición a las condiciones anteriores, puesto que el art. 41.4 (último párrafo in fine) se remite a la acción prevista en el párrafo segundo del apartado 3 del art.41, que no es otra que la de rescisión, mientras que la acción de reposición a sus anteriores condiciones viene prevista en el párrafo tercero del apartado 3 del art. 41. Ello contrasta con los supuestos de falta de acuerdo, en que parece se permiten las dos acciones, pues el pfo 10º del apartado 4 del art. 41 ET hace una remisión

genérica al apartado 3 del art. 41, sin precisar el párrafo y, por tanto, sin excluir la acción de reposición. Sin embargo, dicha interpretación no puede ser compartida, pues supondría que el acuerdo constituye una suerte de presunción *“iuris et de iure”* de existencia de la causa, lo que daría pábulo a situaciones de fraude. Por ello, concluimos que el trabajador, en los casos de acuerdo podrá impugnar el acuerdo por existencia de fraude, alegando la inexistencia real de la causa y corriendo con la carga de la prueba del fraude y de la falta de causa. Es decir, ejercerá la acción frente al acuerdo y con una carga de la prueba diversa a la acción de reposición prevista para los supuestos de modificación sustancial individual. Tal interpretación es coherente con el art. 138.2 LRJS, establece que *“Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de traslados, modificaciones, suspensiones o reducciones de carácter colectivo, la medida cuente con la conformidad de aquéllos”*.

Para terminar, hemos de tener en cuenta que aún existiendo acuerdo los no firmantes del mismo pueden haber interpuesto demanda de conflicto colectivo, en cuyo caso la sentencia que en el mismo se dicte gozará de fuerza de cosa juzgada sobre la justificación de la causa en la acción individual, conforme al art. 138.4 y 160.3 LRJS en relación con el art. 41.5 ET. Es decir, si no hay pronunciamiento colectivo sobre la justificación de las causas nada priva al trabajador la alegación y prueba de la inexistencia de tales causas, o de fraude, dolo... en la conclusión del acuerdo. (p.ej la empresa concluye un acuerdo de reducción de mejora contractual de salario a toda la plantilla a cambio de no reducirse a los firmantes del acuerdo, que pasan a cobrarlo en “dietas”).

En conclusión, en los casos de acuerdo en el período de consultas el trabajador puede interponer alternativamente las acciones de reposición (declaración de causa injustificada) o de rescisión del art. 41.3 ET, pero si existe una sentencia de conflicto colectivo la misma tendrá fuerza de cosa juzgada en los procesos individuales.

En los casos de acuerdo o no acuerdo sin impugnación por los sujetos colectivos legitimados, el empresario puede encontrarse con reclamaciones individuales de los trabajadores ante diversos órganos jurisdiccionales en que se discuta la existencia de la causa económica, técnica, organizativa o productiva. Para evitar el riesgo de sentencias contradictorias, el art. 124.3 LRJS, en los casos de despido colectivo ha articulado una acción declarativa con el fin de que la misma produzca fuerza de cosa juzgada en las acciones individuales, que no tiene parangón en los supuestos de modificación sustancial. Por ello, no habiendo norma alguna que se lo prevea expresamente, como en el caso del art. 124.3 LRJS, entendemos que el empresario no puede acudir a la acción colectiva de declaración de justificación de la causa, que suspendería las individuales

y produciría efectos de cosa juzgada en las mismas, evitando sentencias contradictorias, puesto que en tal caso estaría ejercitando una suerte de acción de jactancia, mero declarativa sin un interés real, sino hipotético (vid SSTC 210/92, 65/95 o STS 3/05/95); aunque bien es cierto que podría identificarse dicho interés en la evitación de sentencias contradictorias sobre unos mismos hechos y la necesidad de determinar en una sola resolución la existencia y justificación de las causas ETOP, como ha hecho el legislador en el caso del art. 124.3 LRJS.

En los casos de conclusión sin acuerdo, contra las decisiones empresariales unilaterales se podrá reclamar en conflicto colectivo (art. 153. y 247 LRJS), que será ejecutable, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3 del art. 41 ET. Esta remisión, en que- a diferencia de los casos de acuerdo- no se precisa el párrafo del apartado 3 del art. 41 ET, entendemos se refiere tanto a la acción de rescisión como a la acción reposición a las anteriores condiciones.

La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución. En este punto hay que cuestionarse si la interposición de conflicto colectivo en casos de falta de acuerdo, paraliza sólo las acciones de reposición o también las de rescisión. Entendemos que debería paralizar ambas, pues la acción de rescisión se basa en una modificación sustancial basada en causas justificadas existentes que el trabajador acepta. Sin embargo, pendiente una acción de conflicto, puede ocurrir que se declare fraude e inexistencia de dicha causa, por lo que en tales casos, existiría una prejudicialidad que el legislador pretende resolver dando preferencia a la acción colectiva que ha de suspender las individuales.

### **7.3. Modificación sustancial de condiciones de origen convencional**

Como novedad a destacar de la reforma introducida por la Ley 3/2012 tenemos la relativización del principio de vinculatoriedad de los convenios colectivos.

En efecto, aunque los Convenios son aún obligatorios dentro de su ámbito especial y temporal (art. 37.1 CE y art. 82.3 ET), sin embargo se convierte el mero riesgo de la empresa en una suerte de “*rebus sic stantibus*” que autoriza su inaplicación o descuelgue en la práctica totalidad de las materias negociadas en convenio estatutario, por varias vías.

Una de ellas, la que vamos a comentar, es la conocida ya como “descuelgue de convenio”, prevista en el art. 83.2 ET que se caracteriza por ser una inaplicación de parte de un convenio de sector o de empresa, al concurrir causas ETOP, sustituyendo durante un tiempo determinado las condiciones del CCol por otras pactadas *ad hoc*. Como característica de este proceso de “descuelgue

de convenio”, destaca la sumisión, en caso de falta de acuerdo, a un arbitraje impuesto por la CNCC, lo cuál es de dudosa constitucionalidad<sup>33</sup>.

Se merma así la vinculatoriedad del Convenio colectivo de sector y de empresa al permitir cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o productivas el descuelgue no sólo del régimen salarial, sino del amplio listado de materias que contempla el art. 82.3 ET.

A esta primera vía de relativización de la vinculatoriedad de los Convenios, prevista en el art. 82.3 ET hay que añadir una segunda vía, la del art. 84.2 ET, que establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto de los de Sector estatal, autonómico o inferior, de forma que la regulación de las condiciones establecidas en tales convenios *puede dejarse sin efecto en cualquier momento de su vigencia* por un convenio de empresa. A diferencia de la vía del art. 82.3, la del art. 84.2 ET tiene vocación de permanencia en el tiempo y no hay un acuerdo sustitutivo de las condiciones establecidas en el convenio aplicable, sino una mutación de la unidad de negociación, un cambio de condiciones y un nuevo convenio aplicable a las relaciones laborales afectadas por otro convenio.

Una vez efectuado este primer análisis, ahora examinaremos las causas que justifican el “descuelgue de convenio” del art. 83.2 ET, las condiciones laborales que pueden verse afectadas y el procedimiento a seguir para ello.

### **7.3.1. La definición de las causas**

En cuestión de las causas para el descuelgue hay que destacar diversos puntos de interés.

El primero, desde una perspectiva comparativa con otras medidas de flexibilidad interna y con medidas de flexibilidad externa, es que las causas ETOP en el art. 82.3 ET son más rigurosas que las previstas en el art. 40 y 41 ET. Ello contrasta con la práctica identidad entre las causas para el descuelgue y las del despido colectivo y suspensión o reducción de jornada (arts. 47, 51.1 y 82.3 ET), con la única diferencia de que la presunción de persistencia de la reducción de ingresos o ventas es de 2 trimestres en el caso de descuelgue y reducción de jornada y suspensión de contrato y de 3 trimestres en el caso de despido. Tal comparación nos indica la prioridad de la flexibilidad interna frente a descuelgue y la del descuelgue frente al despido.

<sup>33</sup> Vid. RD 1362/12 de 27 de septiembre, que regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cuyas funciones exceden en mucho de las meramente consultivas y se introducen de lleno en la sustitución de la autonomía colectiva de forma claramente inconstitucional (vid. STC 92/92).

Un segundo punto de interés en la (in)definición causal es la eliminación de toda referencia a la finalidad que se pretende lograr con el descuelgue o inaplicación del CCol, pues se excluye la necesidad de que las causas puedan dañar a la estabilidad económica (en la redacción anterior al RD-Ley 7/2011) o a que la situación o perspectivas económicas puedan verse negativamente afectadas a consecuencia de la aplicación del convenio, afectando a las posibilidades de mantenimiento de empleo en la empresa (en la redacción del RD-Ley 7/2011). Esta indefinición de la finalidad es acorde con la tónica general de huída del control judicial del poder empresarial que se produce en todas las medidas de flexibilidad interna y también en el despido colectivo.

Una vez efectuadas estas consideraciones sobre las causas, pasemos ahora a examinar la definición que de las mismas hace el art. 82.3 ET: Como novedades introducidas por la Ley 3/2012, sobre el RD-Ley 3/2012 destacan el descenso de ventas, como causa económica; que los ingresos han de ser ordinarios (con exclusión de los ingresos extraordinarios en el cómputo del descenso de ingresos) y que la comparación para determinar el descenso de ingresos ordinarios o ventas ha de hacerse con el mismo trimestre del año anterior.

Por otro lado, se introduce la interpretación auténtica del concepto de persistente: si se produce durante 2 trimestres consecutivos, a diferencia de los 3 trimestres que se exige para el despido.

Se suprime la necesidad que la causa económica pueda afectar a la viabilidad o a la capacidad de mantener el volumen de empleo, lo cuál deja a la causa económica sin justificación de la medida en un fin constitucionalmente legítimo como la viabilidad de la empresa o el mantenimiento del volumen de empleo de la empresa. La mera reducción de ventas en dos trimestres supone la inaplicación cuasi automática de lo acordado en convenio por un sujeto vinculado al mismo, sea de sector o de empresa. Algo cuestionable, sin perjuicio de que conforme se dijo pueda entenderse que tal medida habrá de estar sujeta a un juicio de razonabilidad de la medida en función, como es obvio de determinados fines<sup>34</sup>.

En las causas técnicas, organizativas o productivas, a diferencia de la regulación anterior, no existe necesidad de justificar la razonabilidad de la decisión de descuelgue e inaplicación de convenio en relación a la prevención de una evolución negativa o la mejora de la situación de la empresa mediante una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

<sup>34</sup> SAN núm. 61/2012 de 28 mayo AS 2012\1050.

### ***7.3.2. Condiciones laborales que pueden verse afectadas***

Contrasta el antiguo descuelgue salarial del art. 82.ET, que venía justificado por la necesidad de evitar que dicho régimen salarial pudiera afectar a la estabilidad económica de la empresa, con el actual modelo en que se amplían las condiciones laborales que se pueden afectar a las ya mencionadas con anterioridad, que suponen una notable ampliación del ámbito de “descuelgue”.

Desde otra óptica, si comparamos el listado del art. 82.3 ET con el del art. 41 ET, la primera cuestión que destaca es el carácter abierto o ejemplificativo del art. 41 ET y el carácter de “*numerus clausus*” del art. 82.3 ET<sup>35</sup>. La segunda cuestión es que el art.41 no cita las mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social, que sí se contemplan en el art.83.2 ET. Sin embargo, el carácter abierto del listado del art. 41 no impide considerar incluida dicha materia en el catálogo de dicho precepto siempre que la modificación cumpla con el estándar de “sustancialidad”, que ya hemos definido más arriba.

### ***7.3.3. Procedimiento de descuelgue de Convenio***

El procedimiento para la inaplicación del Convenio de empresa o de sector del art. 82.3 ET pasa, resumidamente, por los siguientes hitos:

La modificación exige un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET. Para ello se impone un período de consultas no superior a 15 días en los términos del art. 41.4 ET, que puede concluir con acuerdo o sin acuerdo.

- En caso de acuerdo, éste debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa; su duración es temporal y supone la presunción *iuris tantum* de concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.
- En caso de desacuerdo en período de consultas cualquiera de las partes puede someter la discrepancia a la Comisión paritaria, que ha de resolver en 7 días.
- Si no se solicita la intervención o la Comisión paritaria no llega a acuerdo las partes “deben” someter la controversia a los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en los acuerdos interprofesionales del art. 83 ET.

<sup>35</sup> En este sentido véase Rey Guanter, Salvador del, La flexibilidad interna en la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral Actualidad Laboral, nº 17, Octubre 2012, tomo 2, Editorial LA LEY.

- Si tales procedimientos no están previstos o no solventan la controversia, cualquiera de las partes puede someter la misma a la CNCC, que resuelve por sí misma o por medio de árbitro designado al efecto en un plazo no superior a 25 días.

A la vista de ello, el período de consultas es una fase procedimental común a la prevista en el art. 41.4 ET para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, razón por la que nos remitimos a lo ya expuesto sobre la materia<sup>36</sup>.

Conviene ahora contemplar las opciones que se abren tras la conclusión del período de consultas, distinguiendo los supuestos de finalización con o sin acuerdo. En el caso de finalización con acuerdo, se presume que concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y sólo puede impugnarse por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En efecto, el abuso de derecho, fraude de ley, o coacción son causas por las que se da entrada al control de finalidad que el legislador pretende sustraer al control judicial, pues así lo prevé el art. 82.3 pfo 7º, con la presunción de existencia de la causa. Más complicado será si la falta de acuerdo se suple con un laudo arbitral impuesto como prevé de forma constitucionalmente cuestionable el art. 82.3 ET, pues en tal caso la decisión arbitral o de la CNCC tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET, es decir, por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, conforme al art. 91.2 ET y art. 163.1 LRJS, utilizando el cauce de la impugnación de convenios colectivos, al que tienen vedado su acceso los trabajadores individualmente considerados (art.165.1 LRJS).

Por otro lado, el acuerdo es de naturaleza esencialmente temporal, puesto que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa, por lo que los pactos de descuelgue sólo serán aconsejables en los primeros momentos de la vigencia de los convenios que se pretenda inaplicar, de lo contrario, si se llevan a cabo poco antes de finalizar tal vigencia, quedarán sin efecto en poco tiempo y deberán reiterarse si subsisten las causas justificantes, una vez vigente el nuevo convenio de aplicación que deja sin efecto el anterior acuerdo de inaplicación. En este sentido hay que enfatizar que el RD-Ley 3/2012 suprimió el tope de 3 años de duración del acuerdo de inaplicación, lo cuál confirma la Ley 3/2012. Por otro lado, no deja de advertirse cierto desequilibrio en la supresión por la Ley 3/2012 de la posibilidad de recuperar las condiciones inaplicadas en caso de desaparecer las

<sup>36</sup> Véase epígrafe 7.2.2 sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

causas que la han originado, lo cuál supone que desaparecidas las causas ETOP que originaron el descuelgue, pactado al primer mes del primer año de la vigencia de un convenio de 2 años de duración, se mantendrán las nuevas condiciones durante el año y once meses restantes de la vigencia sin causas que lo justifiquen; algo ciertamente cuestionable.

En cuanto al contenido del acuerdo, éste debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables y su duración, que puede ser menor a la entrada en vigor del nuevo convenio de aplicación, pero no superior. Como novedad de la Ley 3/2012 el acuerdo de inaplicación no puede suponer el incumplimiento de obligaciones en materia de discriminación por razón de género de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa (arts. 45-49 LO 3/2007).

La finalización sin acuerdo supone, como primer efecto, el mantenimiento de las condiciones laborales convencionalmente aplicables.

En los casos de falta de acuerdo y de imposición de la solución por la CNCC (vid art. 22 RD 1362/12), hay que recordar TC se ha pronunciado en el sentido de que ha de considerarse contraria al art. 37.1 CE una interpretación del art. 41.1 ET que permita a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente<sup>37</sup>.

En relación al arbitraje obligatorio que también se prevé pueda imponer la CNCC (vid. art. 23.1 RD 1362/12), el TC declaró inconstitucionales los arts. 25 b) y 26 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo y, consecuentemente, el arbitraje obligatorio en los conflictos colectivos de trabajo, por estimar que la existencia de esta institución restringía el derecho a la negociación colectiva sin que concurrieran elementos justificativos para esa restricción<sup>38</sup>.

En definitiva, los medios autocompositivos de solución de conflictos, como las Comisiones Paritarias o como los pactados en acuerdos interprofesionales, son una manifestación del derecho a plantear conflictos colectivos, que comprende el derecho a crear medios propios y autónomos para resolverlos, pero la imposición no negociada de una solución al conflicto atenga contra la libertad sindical y la negociación colectiva<sup>39</sup>, por lo que los preceptos que se comentan son altamente cuestionables desde el prisma constitucional.

<sup>37</sup> STC 92/92 de 11 de junio.

<sup>38</sup> STC 11/1981 de 8 de abril.

<sup>39</sup> STC 217/91 de 14 de noviembre; FJ nº 5.

# LA NUEVA COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS Y SU REGLAMENTO 2012

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

*Profesora C. Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Comisión consultiva nacional de convenios colectivos, reforma 2012**

El presente estudio aborda las novedades más señaladas del reciente desarrollo reglamentario de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, órgano que resurge renovado tras la reforma laboral de 2012. Su actual configuración legal hace que confluyan en su diseño elementos que inciden con trascendencia en su naturaleza jurídica, carácter con el que actúan sus miembros y el procedimiento para la conformación de su voluntad. Diseño que se lleva a cabo a nivel legal, que atrae hacia su campo regulador el núcleo esencial y configurador de este órgano, desplazando así del ámbito reglamentario el margen de regulación. La clave de su reformulación gira en torno a un eje principal: la novedosa atribución de funciones decisorias a la Comisión; de órgano de encuentro y colaboración entre los agentes sociales y el Estado, y de promoción de la negociación colectiva. Pasa, además, a tener encomendada la función de decidir sobre la inaplicación singularizada de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo conforme al procedimiento regulado en el Estatuto de los Trabajadores. Ello obliga a replantear cuestiones hasta ahora asentadas desde el plano dogmático, como su naturaleza jurídica, la determinación del tipo de actividad que desempeña la Administración pública en la Comisión, la fórmula para integrar concretos grupos sociales, el procedimiento para llevar a cabo sus funciones, y los efectos sobre los interesados, entre otros, a lo que habría que añadir la necesidad de encuadrar el reglamento de la Comisión entre las categorías posibles que, por sus efectos, nos trasladan al espinoso deslinde competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ejecución de la legislación laboral.

## ABSTRACT

**Key words: National Advisory Committee on Collective Agreements, reform 2012**

The present study addresses the most mentioned novelties of recent regulatory development of the National Advisory Committee on Collective Agreements, organ which reemerges renewed after the labour reform of 2012. The key to its reformulation revolves around a main axis: the new allocation of decision-making functions to the Commission; organ of meeting and collaboration between the social partners and the State, and promotion of collective bargaining. It becomes, in addition, have entrusted the role of deciding on the inapplicability of the singular of working conditions provided for in the collective agreement according to the procedure regulated in the Statute of workers. This forces to rethink issues until now seated from the dogmatic plane, as their legal nature, the determination of the type of activity that public administration plays in the Commission, the formula to integrate specific social groups, the procedure for carrying out its functions, and effects on stakeholders, among others, to which should be added the necessary.

## ÍNDICE

1. LA REFORMULACIÓN DE LA COMISIÓN
2. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA COMISIÓN EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
  - 2.1. Consideraciones generales
  - 2.2. Naturaleza jurídica y composición
  - 2.3. Las funciones legales
3. TIPO DE REGLAMENTO Y COMPETENCIAS AUTONÓMICAS
  - 3.1. Tipo de reglamento
  - 3.2. Competencias autonómicas
4. LA NUEVA REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LA COMISIÓN
  - 4.1. Objeto y objetivos del reglamento de la Comisión
  - 4.2. Naturaleza, composición y funcionamiento
  - 4.3. Funciones
  - 4.4. El procedimiento para el desarrollo de las funciones decisorias:
    - 4.4.1. Reglas comunes. Inicio del procedimiento y documentación
    - 4.4.2. Procedimiento mediante decisión en el seno de la Comisión. La decisión
    - 4.4.3. Procedimiento mediante la designación de un árbitro. El laudo

## 1. LA REFORMULACIÓN DE LA COMISIÓN

Desde que por primera vez la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores previera la creación de una Comisión Consultiva Nacional –disposición final octava– dicha previsión ha permanecido en el texto de la ley hasta la promulgación y entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral –que sustituye al Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero–. Es sabido que dicha Comisión se constituyó en cumplimiento de aquel primer mandato legal, mediante el Real Decreto 2976/1983, de 9 de noviembre, de regulación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, y la Orden Ministerial de 28 de mayo de 1984 por la que se aprobaba su reglamento de funcionamiento, y desde entonces ha venido cumpliendo las funciones encomendadas legalmente. Pero en efecto, por primera vez, la Ley 3/2012 que reforma el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores –aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo– (ET) deja de prever su creación, esto es, parte ya de su dilatada existencia de casi 30 años. Este dato que puede parecer lógico y por ello carente de trascendencia, no deja de resultar significativo si se tiene en cuenta la nueva regulación legal y reglamentaria de la Comisión.

Los sustanciales cambios que opera la nueva norma de reforma laboral sobre la citada Comisión, como son la nueva función para decidir la inaplicación de condiciones de trabajo reguladas en convenios colectivos, o su composición legal no sólo tripartita –como hasta ahora– sino también paritaria, su consideración como órgano colegiado, su funcionamiento ordinario a través de

Comisión permanente, o la excesiva reglamentación que regula su funcionamiento y sus procedimientos de actuación, entre otros, conducen a pensar que estamos ante una, si no nueva, sí reformulada Comisión. Precisamente en su formulación actual, sí habría tenido sentido mantener la previsión legal de su creación. Su omisión parece denotar el deseo del legislador de mostrar una continuidad de las señas de identidad de la institución como órgano a través del que el Estado apoya y promueve la negociación colectiva, con la participación de propios protagonistas de la autonomía colectiva, esto es, las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas. Y esta continuidad, en efecto, se sigue produciendo en parte, pues la nueva regulación legal y reglamentaria de la Comisión mantiene sus tradicionales funciones consultivas y de observatorio de la negociación colectiva, pero difícilmente se puede ahora afirmar que sigan siendo estas funciones las que identifican a dicho órgano tripartito, ni que su finalidad siga siendo la misma que ha mantenido desde su creación hasta ahora<sup>1</sup>. La nueva función decisoria que le atribuye el artículo 82.3 ET y la disposición final segunda del mismo texto legal, en su redacción dada por la Ley 3/2012, para la solución de la falta de acuerdo en los procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos, produce un notable giro en la configuración de la Comisión que lleva a la necesidad de replantearse cuestiones que hasta ahora, y referidas a la Comisión anterior a la reforma laboral de 2012, estaban resueltas desde un plano dogmático-jurídico y jurisprudencial, como su naturaleza jurídica, tipo de actividad de la Administración pública, carácter con el que intervienen los sujetos privados en el órgano público, finalidad del órgano, alcance, ámbitos y formas de actuación, etc.

En relación con lo anterior y desde una perspectiva más amplia, se podrían identificar como elementos destacables que soportan o sobre los que se construye la nueva regulación sobre la Comisión, también predicables en general de la reforma laboral 2012 de otras instituciones laborales, los siguientes:

En primer lugar, y desde un plano formal, la intervención normativa parte de una institución preestablecida, asentada y aceptada, bajo sus mismos esquemas precedentes, por lo que mantiene buena parte de su formulación legal. En el caso de la Comisión, lo dicho resulta evidente en cuanto la institución tiene un camino recorrido de casi 30 años, su labor ha sido relativamente

<sup>1</sup> Para Valdés Dal-Ré, F., “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo* 17/1984, el propósito del ET al crear la Comisión Consultiva Nacional, ha sido “la de poner a disposición de los protagonistas sociales una organización de medios materiales desde la que ellos mismos, contando con la colaboración del Estado, puedan resolver los agudos problemas que suscita la definición del marco de la negociación colectiva en su vertiente funcional”.

pacífica, y comúnmente aceptada desde sus inicios y a lo largo de su existencia. Su regulación vigente hasta su actual reforma, le atribuía la finalidad de “asesoramiento y consulta en orden al planteamiento y determinación del ámbito funcional de los convenios de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto y en sus disposiciones de desarrollo” –art. 1.1 Real Decreto 2976/1983–, a la que posteriormente se añadiría la de observatorio de la negociación colectiva por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. La Comisión estaba adscrita orgánicamente al Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, organismo autónomo del Ministerio de Trabajo y posteriormente a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, aunque su normativa reguladora expresamente establecía que ejercerá sus competencias con independencia y autonomía funcional plenas. Su composición ha sido tripartita, y paritaria en su regulación reglamentaria, rigiéndose en su funcionamiento por la regla de la mayoría simple para adoptar informes y dictámenes, salvo en el caso de informes sobre extensión de convenios colectivos que ha regido la regla de mayoría absoluta –art. 11.2. Orden 8 de mayo de 1984–<sup>2</sup>.

La nueva regulación legal de la Comisión –disposición adicional 2 ET y Real Decreto 1362/2012– parte de ese mismo diseño, antes escuetamente esbozado, al que añade importantes novedades. Es decir, y sin entrar por ahora en las funciones de este órgano, la reforma aprovecha el camino recorrido por la Comisión, mantiene su esquema y funciones tradicionales, y de forma acumulada le atribuye lo que verdaderamente supone la esencia de la reforma y el cambio por excelencia. Se trata de una técnica jurídica sólo entendible desde el plano de la política de derecho que instrumentaliza, esto es, el mantenimiento y continuidad de la institución y la apariencia de levedad del cambio que se inserta en la estructura consolidada forman parte básica del contenido material de la reforma. El uso de la técnica jurídica con este fin, desde una perspectiva estrictamente jurídica, viene a trastocar las construcciones conceptuales sobre la institución concernida, y sobre los derechos materiales afectados, creándose

<sup>2</sup> Sobre el régimen jurídico anterior a la reforma de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos, vid. Valdés Dal-Ré, F., “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit. García Blasco, J., “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, Revista del Ministerio de trabajo y Seguridad Social núm. 3/1997. De Soto Rioja, S., “Ampliación competencial y reestructuración de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social nº 85/2006. Sala Franco, T., “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, Revista del Ministerio de trabajo e Inmigración, núm. 68/2007. Lahera Forteza, J., Valdés Dal-Ré, F., Valle Muñoz, F. A., “El papel de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, en AAVV “Manual Jurídico de Negociación Colectiva”, La Ley, 2008.

híbridos jurídicos de difícil encaje en las instituciones y principios del sistema jurídico, lo que sin duda puede afectar a su interpretación y aplicación, y a los derechos en juego.

En segundo lugar, y desde un plano material, la institución reformada se instrumentaliza al objeto de cumplir unos nuevos y diferentes fines. Si hasta ahora servía de apoyo a la negociación colectiva, desarrollando una función principalmente consultiva y no vinculante, ahora viene a cumplir además una finalidad de consecución de un interés público, no sólo privado, esto es, “la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española” –según se expone en el Preámbulo de la Ley 3/2012–. O dicho de otra forma, la intervención del Estado en la inaplicación de convenios colectivos, y su regulación como fórmula de derecho necesario, se justifica por la norma en la obligación de los poderes públicos de velar por la productividad en el marco de la libertad de empresa, lo que lleva al legislador reformista a que tal intervención del poder público se instrumentalice mediante un órgano que permita la participación destacada de dicho poder en el procedimiento de inaplicación, formando parte del órgano que decide e instituyendo un procedimiento legal que reconoce el derecho a pedir al órgano la solución a la inaplicación del convenio solicitada por el sujeto interesado.

Partiendo de estos elementos o bases de la reforma 2012 de la Comisión, se pueden entender al menos en parte las razones por las que el legislador reformista no continuara con el proyecto concebido bajo el gobierno anterior de sustituir la Comisión por otro organismo cuya creación se previó en la reforma de la negociación colectiva de 2011, esto es, el Consejo de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva –art. 7 del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, que da una nueva redacción a la disposición final segunda del ET–. Esta norma de 2011, estableció la fecha de 31 de diciembre de 2011 como límite para que el Gobierno adoptara las disposiciones reglamentarias necesarias para regular su constitución, organización y funcionamiento, y previó transitoriamente hasta tanto entraba en funcionamiento dicho nuevo órgano, que la Comisión continuara realizando sus actividades –previsión transitoria que ha sido derogada expresamente por la disposición derogatoria única.1.d) de la Ley 3/2012–.

El Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva se configuraba también como órgano colegiado de asesoramiento y consulta de carácter tripartito y paritario, pero la norma perseguía un nuevo enfoque del órgano a través de sus funciones, que aspiraban a convertirlo en una institución que tuviera un conocimiento integral de la negociación colectiva en nuestro país que permitiera a los interlocutores sociales beneficiarse de sus aportaciones, aumentar y enriquecer los contenidos de los convenios colectivos lo que se

reflejará en el aumento de la competitividad y productividad de las empresas y en la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores (según la Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2011)<sup>3</sup>. En coherencia con estos objetivos, la disposición final segunda ET recogía un listado de funciones a desarrollar por dicho nuevo órgano, que suponían un mayor impulso de la negociación colectiva, pues además de mantener las funciones de asesoramiento y consultivas que venía desarrollando la Comisión, y especificar más la labor de observatorio de la negociación colectiva, le atribuía una nueva competencia consistente en conocer anualmente el programa de actuación en materia de relaciones laborales a desarrollar por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, y por otro lado pretendía servir de mecanismo de relación entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Fundación Servicio Interconfederal de mediación y Arbitraje (SIMA), sin que ello supusiera la integración del Estado en la citada Fundación<sup>4</sup>. Por tanto, se podría decir que con este nuevo órgano la reforma de 2011 pretendía promocionar aún más la negociación colectiva, de lo que hasta el momento se había hecho a través de la Comisión, sin que por ello se asumieran competencias propias de la autonomía colectiva.

La puesta en funcionamiento del nuevo órgano no llegó a producirse por la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012 que, como es sabido, volvió a reubicar a la Comisión en la disposición final segunda ET, eso sí, reformulada, con una función de arbitraje obligatorio en los conflictos sobre inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos que no se hayan podido resolver mediante acuerdo de las partes o por medio de “otras” vías autónomas (según el Preámbulo de la Ley 3/2012). Esta nueva Comisión, su composición y organización, así como sus procedimientos de actuación, y las medidas de apoyo por parte de la Dirección General de empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ha sido desarrollada reglamentariamente a través del Real Decreto 1362/2012, en cumplimiento del mandato contenido en la nueva disposición final segunda ET.

Al estudio de la nueva regulación reglamentaria se dirige este trabajo, para lo que se hace necesario el análisis previo de las previsiones legales en torno a la Comisión, toda vez que su desarrollo reglamentario deberá ajustarse a las mismas por aplicación del principio de legalidad al que queda sometida la acti-

<sup>3</sup> Sobre las reformas de la negociación colectiva anteriores a 2012, vid. García Viña, J., *La negociación colectiva en España tras las últimas reformas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, para quien los interlocutores sociales han tenido una función muy importante a la hora de la regular el marco jurídico de la negociación colectiva (p. 27).

<sup>4</sup> Vid. Pérez Del Prado, D., *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, AAVV, Mercader Uguina, J. Perrote-Escartín, I., (Dirs.), Lex Nova, 2011, que en el análisis que de las funciones del Consejo, no considera que sea un órgano administrativo.

vidad reglamentaria del gobierno. Conviene aclarar que no es, por tanto, objeto del presente estudio la reforma llevada a cabo sobre la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos, regulada ahora en el art. 82.3 ET, sin perjuicio de que al hilo del análisis de la normativa objeto de estudio haya de hacerse referencia a dicho mecanismo legal de inaplicación<sup>5</sup>.

## 2. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA COMISIÓN EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

### 2.1. Consideraciones generales

La cuestión de cuáles sean los motivos de la recuperación de la Comisión por la reforma laboral 2012, primero a través del Real Decreto-Ley 3/2012 (art. 14.1 y disposiciones adicionales quinta y sexta), y después por la Ley 3/2012 (también en su art. 14.1 y disposiciones adicionales quinta y sexta), no ha mere-

<sup>5</sup> Sobre el nuevo procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos, regulado en el art. 82.3 ET vid.: Baylos Grau, A., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social* n° 57/2012. Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Las reformas de la reforma laboral de 2012, Relaciones Laborales n°15–18, agosto 2012. Cruz Villalón, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, en AAVV *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, García Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dirs.), Lex Nova, 2012. Matorras Díaz-Caneja, A., “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo”, en AAVV *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, J. Thibault Aranda (Dir.), A. Jurado Segovia (Coord.), La Ley, 2012. Megino Fernández, D., *Implicaciones y efectos de la reforma laboral de 2012. ¿Un paso adelante hacia el desmantelamiento del Derecho del Trabajo contemporáneo?*, Ediciones CEF, 2012. Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, M., “Las claves de la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales* n° 23/2012. Rodríguez-Piñero Royo, M., “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de estudio sobre negociación colectiva. La reforma laboral de 2012*, publicación electrónica consultable en la siguiente dirección: [http://www.empleo.gob.es/es/sec\\_trabajo/ccncc/G\\_Noticias/Jornadas/Jornadas.htm](http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/Jornadas.htm) Sala Franco, T., “La reforma de la negociación colectiva”, en AAVV *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant Lo Blanch, 2012. Sempere Navarro, A. y Martín Jiménez, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edición, 2012. Sepúlveda Gómez, M., “La reforma de la negociación colectiva 2012. Aspectos para el debate”, en prensa. Toscani Giménez, D., *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario. Comentarios a la Ley 3/2012, de 7 de julio*, *El Derecho*, 2012. Valdés Dal-Ré, F., *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Comares, 2012, y del mismo autor “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *Relaciones Laborales* 23/2012.

cido al legislador reformista ninguna explicación en sus preámbulos. Como es sabido, ambas normas se refieren a la Comisión en la nueva redacción que dan al art. 82.3 en materia de inaplicación de convenios colectivos, o descuelgue del convenio. Sí justifican en cambio ambas normas la medida consistente en que el procedimiento de inaplicación pueda acabar con una solución impuesta, “en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial”. No obstante, de los textos normativos citados se puede deducir claramente que el motivo para recuperar la Comisión ha sido el de atribuirle esta nueva y polémica función decisoria, que se intenta respaldar por el legislador en base a que “Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto a la Administración cuya intervención se justifica por la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española” (preámbulo); la referencia a los órganos en plural se debe a que la ley reconoce la nueva función decisoria también a los órganos similares de las comunidades autónomas, aspecto que será tratado más adelante.

Con este fin, pues, y desde este nuevo enfoque de la Comisión, proceden las normas citadas a regular dicho órgano en sus disposiciones adicionales quinta y sexta antes dichas. El Real Decreto-Ley 3/2012, por su carácter urgente no acomete una nueva regulación propiamente dicha de la Comisión, sino sólo parcialmente para atribuirle expresamente esta nueva función decisoria en la inaplicación de convenios colectivos y el mandato de continuar realizando sus actividades anteriores, además de habilitar al Gobierno para regular, mediante real decreto en el plazo de un mes, la Comisión, desarrolle sus funciones, establezca sus procedimientos de actuación y las medidas de apoyo para el desarrollo de sus funciones por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Añade la norma otra disposición adicional (sexta), en la que además de adscribir a la Comisión a la Dirección General de Empleo, ordena que se vea reforzada por esa Administración en la función decisoria que se le atribuye *ex novo*, sin perjuicio de lo que se establezca en las normas de desarrollo reglamentario. El citado desarrollo reglamentario no se llevó a cabo, quizás por la decisión del Gobierno de tramitar la reforma contenida en el Real Decreto-Ley 3/2012 como proyecto de ley ante el Parlamento, lo que se produjo efectivamente, dando lugar a la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Esta ley sí procede a dar una nueva redacción a la disposición final segunda del ET regulando los aspectos esenciales de la Comisión –naturaleza jurídica, composición y funciones–, de los cuales remite al desarrollo reglamentario los relativos a su composición y organización, sus procedimientos de actuación y las medidas de apoyo para el desarrollo de las funciones; en cambio no remite

al desarrollo reglamentario las funciones de la Comisión. Añade también la Ley 3/2012, igual que hizo el RDL 3/2012, otra disposición adicional (sexta) específica para contener el mandato de refuerzo de la Comisión en sus actuaciones para el desarrollo de las funciones establecidas en dicha ley, por parte de la Dirección General de empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establezca en las normas de desarrollo reglamentario, que con la citada ley alcanza a todas las funciones que la ley atribuye a la Comisión y no sólo de la función decisoria.

Por tanto, la nueva disposición final segunda ET no hace una remisión en blanco al desarrollo reglamentario de la Comisión. Al contrario, fija los elementos configuradores de dicho órgano, y en especial sus funciones, de manera que el reglamento deberá realizar su labor de desarrollo dentro de los márgenes dado por la ley, por estar sometido al principio de legalidad. De esta forma, la norma legal asegura el núcleo fundamental del órgano, ahora más ensanchado a como fue concebido en sus orígenes. Esta es la razón por la que se aborda seguidamente la regulación legal de la Comisión, pues ello permitirá un mejor análisis posterior del reglamento que la desarrolla y la constatación del respeto a la legalidad.

## 2.2. Naturaleza jurídica y composición

Ya hemos mantenido anteriormente que la disposición final segunda ET no alude a la creación de una Comisión, sino que toma como punto de partida de su regulación el de la existencia previa de dicho órgano<sup>6</sup>, al que mantiene su denominación tradicional de Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, no sólo en el título de la disposición final segunda ET sino a lo largo de su texto, denominación que, dicho sea de paso, ha extrañado al Consejo de Estado en su Dictamen sobre el proyecto de nuevo reglamento de la Comisión, en el que se apunta la relativa paradoja que supone la propia denominación del órgano, Comisión “Consultiva” Nacional de Convenios Colectivos, una vez que, además de sus clásicas funciones consultivas y de observatorio, se le dota también de funciones “decisorias”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cuando en realidad dicho órgano se había suprimido y sustituido por el Consejo de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva por el Real Decreto-Ley 7/2011, norma que mantenía “en funciones” a la Comisión hasta tanto este nuevo órgano entrara en funcionamiento, lo que no se llegó a producir por la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012.

<sup>7</sup> No obstante, para el Consejo de Estado “la conservación del nombre en la Ley habilitante así como opción por la continuidad de un determinado modelo de órgano sin perjuicio de las nuevas funciones, se considera admisible la denominación de Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, Dictamen 919/2012, de 20 de septiembre.

Sin embargo, desde una perspectiva de conjunto, la regulación legal de la Comisión configura novedosamente a este órgano respecto de su regulación precedente, a la vez que mantiene lo que han venido siendo sus características principales, lo que explico seguidamente. La disposición final segunda ET califica a la Comisión como órgano colegiado, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la Administración General del Estado, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, para a continuación asignarle las funciones que relaciona en tres grupos (de asesoramiento y consultivas; de observatorio de la negociación colectiva; y de intervención en los procedimientos de inaplicación de convenios colectivos regulado en el art. 82.3 ET). A partir de estos elementos legales se puede realizar una aproximación a lo que entendemos es lo más novedoso de la Comisión, es decir, su naturaleza jurídica, el tipo de actuación que ejerce la Administración pública en dicho órgano y el carácter con el que intervienen los agentes sociales como sujetos privados en dicho órgano. Pero esta tarea no se puede llevar a cabo analizando de forma individualizada los nuevos elementos legales en torno a la Comisión, sino observándolos en su conjunto y dentro de la ampliación que lleva a cabo el ET de su propio campo regulador en relación con el existente hasta ahora, atrayendo hacia sí la regulación del núcleo esencial del órgano que hasta ahora se habían dejado al desarrollo reglamentario<sup>8</sup>. Es lo que se pretende hacer a continuación.

De entrada, cabe destacar el dato de que es ahora la ley (ET) la que establece directamente una parte del diseño de la Comisión que anteriormente se dejaba al desarrollo reglamentario, esto es, la adscripción de la Comisión al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, su carácter paritario y la especificación de su integración por representantes de la Administración General del Estado, así como por organizaciones empresariales y sindicales más representativas. El carácter tripartito del órgano, que ahora también se expresa por la ley, era la única característica de la Comisión que se contenía en antes en su regulación legal –además de sus funciones–, sin embargo, sí resulta novedoso que la norma especifique qué grupos o sujetos conforman el órgano tripartito, quizás en la preocupación de asegurar que sean los sujetos que indica y no otros los que compongan la Comisión.

<sup>8</sup> Para García De Enterría, E y Fernández, T-R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, Thomson Civitas, 2008, págs. 208 y 209, la delimitación de la materia propia del ámbito reglamentario es la administrativa referidas al ámbito interno o doméstico de la Administración, que comprende los aspectos organizativos, en términos genéricos. Pero “cuando se trata de cuestiones que aun siendo administrativas implican para los ciudadanos como tales la imposición de obligaciones o deberes, la limitación de su libertad previa o de sus derechos, entonces se entiende que el reglamento debe actuar como complementario de la ley y que una norma previa con rango de tal es siempre necesaria”.

De otro lado, se recoge por primera vez a nivel legal el carácter paritario del órgano, de manera que a diferencia de su regulación precedente, el reglamento no puede configurar al órgano con una distribución no paritaria de los grupos que lo integran. Es cierto que el reglamento anterior de la Comisión también fijó su carácter paritario, pero no era un mandato legal, de manera que fue una opción reglamentaria, que dada las funciones consultivas y de asesoramiento que la ley atribuía a dicho órgano, se consideró por la doctrina como una composición injustificada<sup>9</sup>. Otro espacio que la ley ha atraído a su ámbito es el de fijarla adscripción del órgano al Ministerio de empleo y Seguridad Social<sup>10</sup>; como se recordará, la anterior regulación de la Comisión dejaba en manos del reglamento decidir sobre su funcionamiento autónomo o conectado con alguna otra institución ya existente de análogas funciones, optando el antiguo reglamento por adscribir el órgano al Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación<sup>11</sup>, y dotarlo de independencia en el ejercicio de sus competencias y autonomía funcional plenas –art. 2 RD 2976/1983–. Ahora la adscripción de la Comisión no podrá ser alterada por el reglamento, a no ser que se reformara la propia norma legal.

Por último, es también una novedad la calificación legal expresa por la disposición final segunda ET de la Comisión como órgano colegiado, en tanto que su forma de funcionamiento colegiado hasta ahora se contemplaba en el reglamento. Por tanto, la nueva regulación reglamentaria tendrá que contemplar necesariamente la formación de la voluntad de los miembros de la Comisión como colegio y no como sujetos individuales.

La decisión de que estos elementos configuradores de la Comisión se residencien ahora en el ámbito de la ley, sin posibilidad de configuración diferente por el reglamento, evidencia una preocupación del legislador que puede apuntar hacia la necesidad de reforzar la legitimidad del órgano para poder asumir la función de decisión en la inaplicación de convenios colectivos que ahora novedosamente le atribuye la ley lo que, sin duda, guarda una importante relación con la naturaleza jurídica de tan singular órgano, cuestión compleja por la razón que

<sup>9</sup> Valdés Dal-Ré, F. “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit., p. 19, para quien “En el terreno de los principios, en efecto, la tesis del tripartidismo proporcional estaría justificada en plenitud si en la Comisión se dilucidasen primordialmente intereses públicos”, lo que no era el caso con la regulación anterior de la Comisión y sus funciones como órgano consultivo.

<sup>10</sup> Aunque ya había quedado con anterioridad adscrita a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social por el Real Decreto 343/2012, de 10 de febrero (BOE 11 de febrero), por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y por el Real Decreto–Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11 de febrero). Posteriormente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7 de julio) reitera en su disposición adicional sexta la adscripción de la Comisión a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

apuntábamos al inicio de este trabajo sobre la técnica jurídica que caracteriza a la reforma laboral 2012, consistente en añadir a instituciones laborales consolidadas contenidos y finalidades nuevas que se superponen a las que ya tenían con anterioridad a la reforma; buen ejemplo de ello es precisamente la Comisión.

Desde que se creara la Comisión hasta su actual reforma, la determinación de su naturaleza jurídica no ha sido una cuestión controvertida, dada su función consultiva y de asesoramiento a los interlocutores sociales y a los poderes públicos sobre el planteamiento y la determinación del ámbito funcional de los convenios colectivos, a través de la elaboración de informes y dictámenes consultivos en ningún caso con carácter vinculante. Al respecto se afirmaba que su capacidad de intervención era muy limitada porque dentro un sistema basado en el principio de autonomía negocial de los interlocutores sociales, la complejidad de la estructura de la negociación colectiva debe ser gobernada y administrada por los propios representantes de los trabajadores y de los empresarios, sin que la misma pueda ser dirigida ni condicionada desde los poderes públicos, ni siquiera a través de organismos en los que tienen una importante presencia las propias organizaciones sindicales y empresariales, lo que explica el reducido alcance de sus competencias<sup>12</sup>. Y esto explicaba también el hecho de que su naturaleza jurídica, difícil de encajar en los distintos tipos de entidades públicas, no pasara de calificarse como organismo público adscrito al Ministerio de Trabajo. De forma más matizada, se ha mantenido que pese a ser creado por el Estado y pese a intervenir en dicho órgano la Administración de Estado –de forma tripartita y paritaria junto a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas–, se trataba de un órgano instrumental, de interrelación entre los poderes públicos y los agentes sociales, a través del cual el Estado promociona la negociación colectiva, participando junto a los agentes sociales en forma colaborativa, pero sin llegar a ejercer una competencia pública estatal, ya que el Estado cuando participa en este órgano no puede tomar decisiones públicas, sólo colaborar en el asesoramiento y cumplir una función de apoyo a los protagonistas de la autonomía colectiva<sup>13</sup>. Por tanto, el

<sup>11</sup> Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, se creó por el Real Decreto Real Decreto–ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, siendo suprimido como órgano autónomo por el RD 530/1985, transformándolo en un Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC). La CCNCC pasó a estar adscrita a la Dirección General de Trabajo en virtud del Real Decreto 1888/1996, de 2 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>12</sup> Vid. Cruz Villalón, J. Rodríguez–Ramos Velasco, P. Gómez Gordillo, R., *Estatuto de los trabajadores Comentado*, Tecnos, 2003, p. 1184.

<sup>13</sup> Valdés Dal–Ré, F. “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit., p. 9, y De Soto Rioja, S., “Ampliación competencial y reestructuración de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit., p. 234, quien se plantea la dificultad de distinción por la mezcla de competencias de la Comisión a partir del Real Decreto–Ley 5/2006.

elemento funcional y el carácter promocional y de fomento con el que ha intervenido la Administración pública en este órgano han tenido siempre una relevante importancia a la hora de determinar su naturaleza jurídica.

La actual disposición final segunda ET califica a la Comisión como “órgano colegiado adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social”, y convendría adelantar al respecto que, tanto antes como ahora, la adscripción de un órgano a una Administración pública es un acto que hace que el mismo pase a formar parte de esa Administración pública y, por tanto, sometido al Derecho Administrativo<sup>14</sup>. De manera que, de entrada, estamos ante un órgano que forma parte de la Administración General del Estado, integrado por la propia Administración pública y sujetos privados que representan a grupos sociales. Estos sujetos, público y privados integran en su conjunto un colegio, ya que es un órgano que ahora la disposición final segunda ET califica como órgano colegiado, lo que comporta que va a ser el órgano el titular de las funciones que la ley le atribuye, y no cada uno de los integrantes del mismo de forma individualizada. Así, las funciones del órgano se tendrán que llevar a cabo a través de la formación conjunta de voluntades, de forma que cuando el órgano adopte decisiones no lo estarán haciendo sus integrantes, sino el colegio. En principio nada hay que objetar a la existencia de órganos colegiados públicos, en tanto están previstos por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), que contempla la posibilidad de que en dichos órganos colegiados participen organizaciones representativas de intereses. En estos casos, se trata de normas organizativas que regulan los aspectos organizativos de dichos órganos colegiados como parte integrante de la Administración pública –aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado–, pero no les atribuye las funciones materiales que pueden desarrollar, ya que este aspecto queda a las normas que los crean –art. 22 LRJAP–. Pero la existencia de órganos colegiados de este tipo en la Administración Pública no conlleva por sí misma su consideración como órgano administrativo de la

<sup>14</sup> Para García De Enterría, E y Fernández, T–R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, cit., págs. 50 y 51, el aspecto organizativo también forma parte del Derecho Administrativo, pues no sólo es presupuesto para que la Administración Pública lleve a cabo su función administrativa, sino también es esencial para determinar si una entidad pertenece o no a la Administración pública, “así, por ejemplo, ocurre con las empresas públicas. La función o actividad empresarial que despliegan no habría posibilidad de integrarlas en la Administración Pública, ni de someterlas al menos en ciertos aspectos al Derecho Administrativo. Si se toma en consideración el aspecto organizativo, en cambio (por ejemplo, el hecho de su adscripción en una entidad pública) entonces ya es posible considerarla parte de la Administración Pública y aplicarle, en lo que proceda, el Derecho Administrativo”.

Administración, ya que sólo supone en principio una forma de organización de la Administración pública; su calificación dependerá pues del tipo de funciones que la norma le atribuya. Hasta la reforma 2012, como es sabido, las funciones de la Comisión eran sólo de asesoramiento y consulta no vinculante sobre la determinación del ámbito funcional de los convenios colectivos, sobre extensión de convenios colectivos y observatorio de la negociación colectiva; de ahí que la doctrina hiciese especial hincapié en que no se podía calificar a la Comisión como órgano administrativo que llevara a cabo funciones político-administrativas propias de la Administración pública<sup>15</sup>.

Ahora bien, pese a que la reforma 2012 no crea formalmente un nuevo órgano, materialmente sí lo está creando porque le atribuye una función propia de los órganos administrativos de la Administración pública, esto es, “funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo” –art. 5.2 la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), función que ha sido interpretada por la doctrina administrativista como la “potestad para producir actos jurídicos que hacen nacer, modificar o extinguir derechos subjetivos”<sup>16</sup>. La disposición adicional segunda ET está creando un órgano administrativo, colegiado, de la Administración General del Estado con una función decisoria consistente en decidir, a petición de un sujeto privado si éste tiene o no derecho a inaplicar condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos conforme al art. 82.3 ET, lo que se podría a priori considerar un tipo de intervención de la Administración pública en forma de autorización discrecional, pues con la decisión se levanta de manera singularizada una prohibición –en este caso disponer por voluntad propia de la aplicación del convenio colectivo–, sólo si a juicio del órgano el supuesto se encuentra en el presupuesto legal habilitante, tarea en la que el órgano tiene discrecionalidad a la hora de valorar las circunstancias concurrentes.

Por otro lado, la calificación de la Comisión como órgano administrativo colegiado de la Administración Pública del Estado no se ve impedida por el hecho de que su actual reglamento –como también hacía el anterior– exprese que la Comisión “ejercerá sus competencias con independencia y autonomía funcional plenas”, ya que aunque la regla general es que dichos órganos sean dependientes de la Administración pública es posible la existencia y “existen en nuestro país los llamados órganos independientes, que no dependen de ninguna Administración pública, aunque son Administraciones públicas porque dictan

<sup>15</sup> Valdés, cit.

<sup>16</sup> Gallardo Castillo, M.J., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Tecnos, 2010, p. 54, con cita de González Pérez y González Navarro.

actos administrativos”<sup>17</sup>. Además, el propio art. 22 LRJAP parte de la no dependencia jerárquica de los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, “salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado”; aunque gocen de dicha independencia, la ley citada los considera integrados en la Administración pública. Por tanto, y recapitulando, la Comisión es un órgano colegiado integrado en la Administración General del Estado, con independencia jerárquica y funcional respecto de ésta; de carácter consultivo; decisorio o activo porque decide y ejecuta; político-administrativo, porque ejerce política y hace actividad administrativa; especial, porque sólo conoce de una materia específica, no general; obligatorio, porque tiene que existir necesariamente al establecerlo una ley; y permanente, porque ha sido creado para actuar con continuidad y no sólo para una función temporal<sup>18</sup>.

Esta nueva caracterización de la Comisión, no obstante, y en relación con la función decisoria que le atribuye la ley, adolece en mi opinión de elementos no ajustados a Derecho que podría inhabilitarla para llevar a cabo dicha función. Me referiré aquí solo al de la composición del órgano y el carácter con el que actúan los sujetos que la integran. Los órganos administrativos de las Administraciones Públicas están compuestos por representantes de la propia Administración públicas –de una o varias a la vez–, y en ocasiones su norma de creación prevé la participación en el mismo de sujetos privados, como fórmulas en las que los poderes públicos facilitan la participación de los grupos sociales en la vida política, económica, social y cultural; un ejemplo de ello es el reconocimiento de la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en numerosos organismos públicos relacionados con el ámbito económico y social, ya sean éstos consultivos, gestores o administrativos. Sin embargo, no es éste el tipo de modelo participativo que se desprende de la actual configuración de la Comisión, ya que su regulación actual no está contemplando dicha participación institucional como un derecho de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, sino como una obligación en tanto le está atribuyendo al órgano colegiado tripartito y paritario una función decisoria que no puede dejar de realizar por voluntad propia, ni por voluntad de sus integrantes; esto es, la ley le atribuye una función administrativa y no una mera participación institucional voluntaria de esos sujetos privados. A estos efectos, recuérdese que el derecho de representación institu-

<sup>17</sup> Gallardo Castillo, M.J., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, cit., p. 56.

<sup>18</sup> Según la clasificación que hace la doctrina administrativista sobre los órganos administrativos. *Ibídem* p. 55.

cional en las Administraciones públicas que así lo tengan previsto es un derecho que forma parte de la libertad sindical de los sindicatos más representativos conforme al art. 6 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical<sup>19</sup>; y también las asociaciones empresariales más representativas tienen su reconocimiento equivalente en la disposición adicional sexta del ET. Pero no es en esta calidad de ejercicio de un derecho con la que participan los agentes sociales, ya que ahora el órgano no puede actuar y ejecutar sus funciones decisorias si estos sujetos privados no forman parte necesariamente del mismo, al ser tripartito y paritario, a diferencia de los demás órganos administrativos decisorios de la Administración pública que sí pueden funcionar con normalidad aunque los sindicatos y organizaciones empresariales no ejerzan su derecho de participación o representación institucional en dicho órgano<sup>20</sup>; en cambio, los órganos administrativos consultivos sí pueden ser sin obstáculo tripartitos, sean paritarios o no, ya que no son decisorios, como hasta ahora venía siendo el caso de la Comisión. De forma que la ley les está atribuyendo a los agentes sociales de forma imperativa, desarrollar y ejecutar una función que no es la propia de estos sujetos, esto es, dictar actos administrativos que crean, modifican o suprimen derechos, lo que se lleva a cabo a través de la decisión del órgano colegiado del que forman parte necesaria. A ello no es obstáculo el hecho de que los agentes sociales tengan por sí mismos y entre sí, poderes normativos propios, ya que este poder se ejerce dentro del ámbito de competencias propias de la autonomía colectiva como es la negociación colectiva –art. 37.1 CE–, pero no dentro de órganos administrativos decisorios de la Administración pública.

Desde esta perspectiva, el tipo de participación que expresa la actual configuración de la Comisión no puede considerarse como una fórmula de tripartidismo tradicional en el ámbito de las relaciones laborales, en las que el Estado participativo promueve cauces de colaboración, cooperación o interrelación entre los grupos sociales y el Estado<sup>21</sup>. Pese a que la ley califique a la Comisión como tripartita y especifique quienes la componen, de forma paritaria o

<sup>19</sup> Hay numerosos ejemplos en el ámbito laboral de este tipo de participación, como en el Consejo Económico y Social; Consejo Estatal del Trabajo Autónomo; Fondo de Garantía Salarial; Servicios Públicos de empleo; entidades gestoras de la Seguridad Social, etc.

<sup>20</sup> Para García De Enterría, E. y Fernández, T–R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, cit., págs. 88 y 89, la participación de los ciudadanos en las funciones administrativas de la Administración pública, entre otras fórmulas participativas, se puede llevar a cabo a través incluso de la inserción de los interesados en órganos decisorios genuinos, lo que se formaliza siempre en órganos colegiados en los que dichos interesados tienen siempre una presencia minoritaria; de este modo, “los ciudadanos colaboran en la organización y funcionamiento de la Administración, pero no constituyen la Administración entera, ni aun, normalmente, la parte predominante de su actuación”.

<sup>21</sup> Valdés Dal–Ré, F. “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit.

proporcionada, por la nueva finalidad y funcionalidad de que se la dota, la Comisión ha dejado de tener el carácter órgano de interrelación entre los grupos sociales y el Estado, de encuentro, diálogo, promoción, consulta, etc, para pasar a ser un órgano administrativo decisorio dentro de un formato tripartito. El mismo preámbulo de la Ley 3/2012 intenta justificar en el tripartidismo el que la Comisión pueda llevar a cabo la función decisoria de inaplicación de convenios colectivos, como si de un órgano tradicional de colaboración entre grupos sociales y el Estado se tratara. Por las razones expuestas se puede mantener, por tanto, que la actual Comisión no es un órgano de colaboración entre agentes sociales y Estado, ni tampoco un órgano de desarrollo de negociación colectiva; aunque en su forma pueda parecerlo, materialmente no lo es.

### 2.3. Las funciones legales de la Comisión

La nueva redacción de la disposición final segunda ET relaciona de forma ordenada y por separado las funciones que tendrá la Comisión. En las letras a) y b) recoge las que se pueden denominar funciones tradicionales de la Comisión, y en la letra c) la nueva función de intervención en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo de acuerdo con el art. 82.3 ET. Realizaré al respecto algunas observaciones referidas a lo que de novedoso presenta la nueva redacción.

a) Sobre la función de asesoramiento y consulta de la Comisión, el texto indica taxativamente los tres supuestos respecto de los que la Comisión desarrollará esta función: sobre el ámbito funcional de los convenios colectivos; sobre el convenio colectivo de aplicación a una empresa; y sobre la consulta preceptiva en el supuesto de extensión de un convenio colectivo regulado en el art. 92 ET. Se puede apreciar en el primer supuesto una formulación genérica, imprecisa y menos explícita que su regulación precedente, pues no se concreta cuál pueda ser el objeto de la consulta respecto del ámbito funcional de los convenios colectivos, de manera que el reglamento tendrá más margen para determinar los aspectos relativos al ámbito funcional de los convenios colectivos que pueden ser consultables a la comisión. No obstante, ello no debe llevar a entender que la Comisión puede asumir la competencia para fijar el ámbito funcional de los convenios colectivos pues se trata de una competencia de las partes negociadoras, además de que la consulta por la materia de que se trata no puede ser vinculante<sup>22</sup>. Pero la amplitud de la nueva dicción viene

<sup>22</sup> Laheraforzeza, J., Valdés Dal-Ré, F., Valle Muñoz, F. A., “El papel de la comisión consultiva nacional de convenios colectivos”, en AAVV “Manual Jurídico de Negociación Colectiva”, edición n.º 1, Editorial La Ley, 2008, p. 1323.

también dada por el hecho de que ahora la norma legal no contempla la consulta como un instrumento dirigido a las partes negociadoras de convenios colectivos, ya que no expresa a quién o a quienes se presta esa labor de consulta, lo que en principio permite concebir la consulta como un mecanismo abierto a una más amplia determinación subjetiva por parte del reglamento.

El segundo supuesto, referido a la consulta sobre el convenio aplicable a una empresa, no aparecía en la ley ni en el reglamento anterior de la Comisión, sin embargo ha sido un tipo de consulta que ha venido realizando ésta habitualmente, por considerarse una vía adecuada para ello, dado que el informe no es vinculante y la labor de la Comisión consiste en la verificación de las actividades económicas incluidas en los convenios colectivos de posible aplicación<sup>23</sup>. Sin duda los interesados pueden acudir a la jurisdicción cuando consideren que el convenio colectivo que se aplica a la empresa no es el que corresponde, pero la acción procesal no podría consistir en una mera consulta técnica a los tribunales sino un conflicto actual derivado de la incorrecta selección del convenio a aplicar.

Por lo que se refiere al tercer supuesto, esto es, a la consulta preceptiva en los casos de extensión de convenios colectivos regulado en el art. 92.2 ET, estaba también contemplada en la regulación anterior, si bien no por el ET, sino por el reglamento de la Comisión de 1983 pese a no existir previsión legal al respecto<sup>24</sup>; el actual reglamento sobre extensión de convenios colectivos –Real Decreto 718/2005–, sí ha introducido expresamente la obligatoriedad del órgano instructor de la extensión de solicitar preceptivamente informe al órgano consultivo correspondiente. Ahora, la disposición final segunda ET da cobertura legal a la consulta, no obstante debe seguir entendiéndose que el objeto de la misma debe seguir estando referido a la comprobación de que la empresa o empresas y trabajadores o el sector o subsector de actividad pertenecen al mismo o similar ámbito funcional del convenio colectivo que se pretende extender por la autoridad laboral competente.

b) Función de observatorio de la negociación colectiva. Ya fue atribuida con anterioridad a la Comisión por la Ley 43/2006. Su formulación en el ET parece atribuir al observatorio sólo la función de difusión de la documentación

<sup>23</sup> Para Molero Manglano, C., "Los problemas de determinación del convenio colectivo aplicable a la empresa por razón de su actividad", *Actualidad laboral* 7/2004, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sí parece una instancia absolutamente adecuada a los efectos que nos ocupan, aunque sus dictámenes tampoco son vinculantes, y se entenderán siempre sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a los Tribunales laborales en los términos legalmente establecidos.

<sup>24</sup> Sobre el conflicto positivo de competencias entre la Comunidad Autónoma de País Vasco y el Estado que produjo dicha regulación vid. STC 17/1986, de 4 de febrero, y STC 86/1991, de 25 de abril que califica al reglamento como de ejecución de legislación.

de estudio e información sobre la negociación colectiva, pero lo lógico es que todas estas tareas se lleven a cabo dentro del mismo observatorio.

c) La función decisoria en el procedimiento de inaplicación de convenios colectivos regulado en el art. 82.3 ET, que la disposición final segunda ET eleva a función permanente de la Comisión. En correspondencia con el art. 82.3 ET que reconoce la facultad de dirigirse a la Comisión para solucionar la pretensión de inaplicación de las condiciones previstas en convenios colectivos “a instancia de cualquiera de las partes”, la disposición final segunda ET atribuye dicha función a la Comisión, de manera que se hace factible de esta forma su implementación cuando el conflicto entre dentro del ámbito territorial de la Comisión. Aunque no es objeto de este trabajo el análisis del procedimiento de inaplicación de convenios colectivos regulado en el art. 82.3 ET<sup>25</sup>, sólo precisaré que, conforme a la naturaleza jurídica de la Comisión que antes he mantenido, no puede considerarse que dicho órgano ejerza una actividad de negociación colectiva por las razones que allí expusimos. La decisión en sede pública de privar de forma singularizada la fuerza vinculante del convenio colectivo y su eficacia personal, extramuros de la negociación colectiva, entendemos que choca frontalmente con este derecho constitucional, pues una autorización administrativa no puede excepcionar a instancia de una parte –siendo la empresa la única posible interesada en ello– y prescindiendo de la voluntad de la otra parte, la aplicación de una norma colectiva vinculante fruto de la negociación colectiva<sup>26</sup>. Este procedimiento de inaplicación de convenio colectivo ha sido calificado por la doctrina como un arbitraje obligatorio público<sup>27</sup>, y supone una extralimitación de la Administración en sus competencias pues en nuestro ordenamiento jurídico y conforme a reiterada jurisprudencia constitucional sólo es posible tal medida en casos excepcionales como el previsto para casos de huelga que por su duración y posición de las partes produzcan grave perjuicio a la economía nacional<sup>28</sup>, o en el caso excepcional y temporal que supuso la derogación de las Ordenanzas laborales en 1994 y el vacío de

<sup>25</sup> Vid. al respecto la doctrina citada en la nota 5.

<sup>26</sup> “El legislador, al regular el ejercicio de los derechos constitucionales, debe respetar su contenido esencial, que en el caso del derecho a la negociación colectiva “no es otro que el de asegurar la posibilidad de actuación del poder normativo compartido en que la autonomía colectiva consiste”, Alarcón Caracuel, M.R. “Las relaciones ley–convenio colectivo”, en AAVV *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Coord. Rojo Torrecilla, E., Marcial Pons, 1998, p. 18.

<sup>27</sup> Entre otros, Cruz Villalón, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, págs. 480 y ss., Valdés Dal–Ré, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *Relaciones Laborales* n° 23/2012.

<sup>28</sup> Art. 10 Real Decreto–Ley 17/1977, y STC 11/1981 que lo interpreta.

convenio colectivo que podía producir<sup>29</sup>. No se está negando aquí la competencia del Estado para regular un procedimiento extrajudicial de solución de conflictos laborales<sup>30</sup>, ya que la tiene, pudiendo dar lugar a sistemas públicos de solución autónoma y extrajudicial de conflictos laborales –en el que tienen derecho a participar los sindicatos más representativos conforme al art. 6 de la ley Orgánica de Libertad Sindical–, sistemas que pueden coexistir con los sistemas privados que negocien los agentes sociales en el ámbito de la autonomía colectiva. Lo que se mantiene es que el poder público no puede reconocer el derecho de una parte en conflicto a someter a la otra a un arbitraje obligatorio público, ni privado, pues se trata de una decisión que ha de ser consensuada por las partes o por sus representantes como titulares del derecho a la negociación colectiva y, como se expuso arriba, los agentes sociales no están ejerciendo una competencia de negociación colectiva en la nueva función decisoria de la Comisión de la que ahora forman parte necesaria. Es, además un arbitraje que resuelve la propia Administración pública y que se inserta en el ordenamiento jurídico con carácter general, lo que en la esfera de los interesados supone el derecho a que la Administración pública lo haga efectivo.

### **3. TIPO DE REGLAMENTO Y COMPETENCIAS AUTONÓMICAS**

#### **3.1. Tipo de reglamento**

El desarrollo reglamentario de la Comisión se ha llevado a cabo por el Gobierno a través de la promulgación del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –BOE de 28 de septiembre–, sobre el que interesa en primer lugar abordar su calificación dentro de las posibles tipologías de reglamentos en función de sus efectos, cuestión de trascendencia pues tiene que ver con el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia objeto de estudio.

<sup>29</sup> Vid. Cruz Villalón, J., Derogación de ordenanzas laborales y negociación colectiva, Relaciones laborales II/1995 (trata de una facultad discrecional de la Comisión Consultiva, que no le fuerza a desencadenar el procedimiento arbitral en el caso de que la negociación no alcance los resultados esperados de la firma del convenio colectivo). Para Lahera Forteza, J., “La impugnación del arbitraje obligatorio y del laudo arbitral en la sustitución de las Ordenanzas Laborales”, Relaciones Laborales 3/1999, “el arbitraje obligatorio es una decisión de la CCNC que sólo puede ser calificada de acto administrativo, con todas sus consecuencias jurídicas. Es cierto que la CCNC, en su actividad normal, no toma decisiones, pues asesora y consulta, y, por tanto, no realiza actos administrativos, pero también lo es que, en este caso excepcional, la disp. trans. 6.<sup>a</sup> ET encomienda una decisión administrativa en materia laboral a la CCNC que, en ningún momento, desborda los fines que justifican su existencia”.

A estos efectos, no está de más recordar la diferencia entre reglamentos normativos y reglamentos organizativos, clasificación tradicional de los reglamentos en atención a sus efectos. Los primeros (también llamados reglamentos *ad extra*) son normas de la Administración pública cuya regulación afecta a todos los ciudadanos con una finalidad uniformadora de la legislación y que actúa como complemento o desarrollo técnico de una ley que contiene habilitación específica para su desarrollo; en estos casos, “la ley remite a una norma ulterior, que ha elaborado la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia ley establece”, de ahí que estos reglamentos sean siempre ejecutivos cuya función es complementar y desarrollar la ley en que se apoyan<sup>31</sup>. Los reglamentos organizativos son también normas aprobadas por la Administración pública, que regulan aspectos administrativos internos, de organización o procedimiento de su funcionamiento interno; estos reglamentos organizativos no necesitan una habilitación específica por la ley, ya que deriva del reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria de la Administración pública<sup>32</sup>. Por tanto, no todos los reglamentos organizativos son en ejecución de una norma que mandata el desarrollo, sino que pueden ser también independientes porque contienen una disposición organizativa para regular una materia no reservada a la ley<sup>33</sup>. Por otro lado, las materias que tengan una reserva de ley, como es la regulación de un estatuto de los trabajadores (art. 35.2 CE), puede tener un desarrollo reglamentario normativo en tanto la ley autorice expresamente a ello. En relación con la legislación

<sup>30</sup> Como de hecho se regula aún en el Real Decreto-Ley 17/1977, sobre procedimiento de solución de conflictos laborales, de carácter voluntario, ya que la STC 11/1981 declaró inconstitucional el sistema arbitral de conflicto de intereses que se contemplaba en el art. 25 b) para la solución de los conflictos colectivos de intereses, en base a que “ni se trata propiamente de un arbitraje, ni, aunque fuera así, concurren los elementos justificativos de la restricción que al derecho de negociación pueden establecerse sin afectar al contenido constitucional en el artículo 37 de la Constitución”.

<sup>31</sup> García De Enterría, E y Fernández, T-R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, Thomson Civitas, cit., págs. 214 y ss. Según el TC, el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley, de modo mediano o inmediato, a través de la habilitación.

<sup>32</sup> Según la STC 18/1992, los reglamentos organizativos o de administración son aquellos que, todo lo más, alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario por integrarse éstos de una u otra forma en la organización administrativa, pero no los derechos y obligaciones de éstos en aspectos básicos o con carácter general.

<sup>33</sup> La STC 51/2006, afirma en relación con la competencia en ejecución de legislación estatal que es pacífico que en el ámbito ejecutivo puede tener cabida una competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal.

laboral, es sabido que se trata de una competencia exclusiva atribuida al Estado por la Constitución Española –art. 149.1.7ª– y que el término legislación ha sido interpretado por doctrina y jurisprudencia como comprensivo no sólo de las leyes laborales en sentido formal, sino también por los reglamentos normativos en tanto suponen una regulación objetiva de la materia laboral en cuestión –actividad reglamentaria que necesita habilitación legal expresa –o remisión normativa expresa– para poderse llevar a cabo por el Gobierno, de ahí que los reglamentos normativos sean siempre ejecutivos<sup>34</sup>.

Aplicado lo anterior al reglamento de la Comisión objeto de estudio, conviene aclarar en primer lugar que la disposición final segunda ET –apartado dos– efectúa una remisión al reglamento para que regule su composición y organización, sus procedimientos de actuación, así como las medidas de apoyo para el desarrollo de sus funciones por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Se trata, pues, de una remisión normativa a un desarrollo reglamentario organizativo, concretamente el de un órgano de la Administración General del Estado. Pero el hecho de que exista una remisión normativa, dado que la materia que se reenvía al reglamento es la auto organizativa propia de la Administración pública, deviene en una remisión superflua en tanto es una potestad propia del Gobierno que le atribuye la Constitución española; por ello, pese a que podemos denominar a dicho reglamento como formalmente ejecutivo –ya que ejecuta o desarrolla un mandato de la ley– esto no conlleva en sí mismo que dicho reglamento tenga naturaleza normativa, sino organizativa. Si esto es así, como reglamento organizativo no forma parte de la legislación laboral de competencia exclusiva del Estado, por lo que los procedimientos de actuación que regula el reglamento para llevar a cabo las funciones de la Comisión no vinculan a las comunidades autónomas, lo que adquiere especial relevancia en lo que se refiere a la función decisoria de la Comisión para decidir sobre la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos.

Confirma su calificación como reglamento organizativo, no normativo, no sólo el título del propio reglamento “por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, y de la continua referencia que contiene a que su objeto es “regular la composición, organización y funciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos” –preámbulo de la norma–, que se vuelve a repetir cuando describe los objetivos de la regulación, y cuando regula en su art. 1 el objeto del real decreto; también se deriva de su propio contenido, que se centra en el desarrollo organizativo de la Comi-

<sup>34</sup> Vid. STC 7/1985, de 25 de enero, que incorpora la dimensión final del reglamento en base a la cual los reglamentos normativos forman parte de la legislación laboral, en tanto si no tienen carácter uniformador serán reglamentos que pertenecen a la esfera ejecutiva y no a la legislativa.

sión y sus funciones, cumpliendo así el mandato legal de desarrollo contenido en la disposición final segunda ET. Por otro lado, también el Dictamen del Consejo de Estado califica dicho reglamento como organizativo<sup>35</sup>, al igual que hace la doctrina laboralista habida hasta ahora sobre al reglamento de la Comisión<sup>36</sup>.

No obstante, y pese a quedar clara la naturaleza organizativa del reglamento, la norma plantea un interrogante que conviene despejar, relativo al título competencial que se contiene en la disposición final primera del reglamento, según la cual “*Este real decreto se dicta conforme con lo establecido en el art. 149.1.7ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas*”. Si se trata de un reglamento organizativo que no integra la legislación laboral del Estado, pero por otro lado se dicta en ejecución de un mandato legal de desarrollo reglamentario, característica propia de los reglamentos normativos, podría producirse la confusión de entender, a la vista del exhaustivo desarrollo de la función decisoria de la Comisión para decidir sobre la inaplicación de convenios colectivos, que el citado reglamento podría estar desarrollando el procedimiento regulado en el art. 82.3 ET, esto es, el desarrollo del procedimiento de inaplicación de convenios, lo que a su vez conllevaría a que fuese un procedimiento aplicable también al ámbito de las comunidades autónomas como legislación laboral. Pero esta interpretación debe descartarse enseguida, no sólo por las razones que antes hemos expuesto en torno a su naturaleza organizativa, sino porque existe una razón específica y circunstancial que lleva a que el reglamento adopte estos elementos formales de todo reglamento normativo, y es la de que introduce modificaciones al reglamento sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo regulado en el Real Decreto 713/2010, de 28 mayo

<sup>35</sup> Dictamen 919/2012, de 20 de septiembre, según el cual “*Dado que se trata de una norma organizativa relativa a un órgano incardinado en la Administración General del Estado, cuyas competencias espaciales están claramente delimitadas en los artículos 13 y 17, no sería necesario que se recoja expresamente dicho título competencial*”.

<sup>36</sup> Vid. Blasco Pellicer, A., “El nuevo reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, Relaciones Laborales núm. 1/2013, para quien “*Conviene recordar que las normas procedimentales que examinamos contenidas en el RD 1362/2012, de 27 de septiembre, sólo resultan aplicables a la actuación del CCNCC y a los procedimientos que en la misma se tramite; y, obviamente, no a los que no resulten de su competencia. Las Comunidades Autónomas en ejercicio de su plena competencia al respecto, podrán establecer el órgano que deba asumir estas funciones decisorias y el procedimiento que deba seguirse. En cualquier caso, la determinación del órgano autonómico está condicionado por su carácter tripartito y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración Autonómica*”.

–disposición final tercera<sup>37</sup>. Esta disposición sí tiene carácter normativo toda vez que modifica un reglamento que es normativo que desarrolla la regulación contenida en el art. 90.2 ET, y por tanto, con su modificación se está llevando a cabo legislación laboral de competencia del Estado<sup>38</sup>; la habilitación legal para el desarrollo reglamentario en esta materia derivaría de la disposición final quinta ET que autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo de esta ley. Ahora bien, el hecho de que una disposición final del reglamento, relativa a otra materia no relacionada con la composición y funcionamiento de la Comisión, tenga carácter normativo no transmite dicho carácter al reglamento en lo que se refiere a la regulación de la Comisión ni sus procedimientos de actuación, por lo que su articulado ordinario no deviene en legislación laboral vinculante para las comunidades autónomas.

### 3.2. Competencias autonómicas

Siendo por tanto el nuevo reglamento de la Comisión de carácter organizativo que regula el funcionamiento de un órgano de la Administración General del Estado, no puede entenderse como reglamento normativo que integre la legislación laboral de competencia exclusiva del Estado. Así pues, las comunidades autónomas pueden llevar cabo actividad reglamentaria no sólo de ejecución de legislación laboral conforme a sus estatutos de autonomía, sino de organización de sus propios órganos<sup>39</sup>. La atribución de la competencia en los procedimientos de inaplicación de convenios colectivos que hace el art. 82.3 ET a los “órganos similares de las comunidades autónomas” en los casos que

<sup>37</sup> Las modificaciones introducidas no se refieren sólo al depósito de los acuerdos, laudos arbitrales y decisiones de la Comisión u órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, sino que incluye también otras materias no relacionadas con la actuación de la Comisión en la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos regulado en el art. 82.3 ET; así, el nuevo reglamento amplía los tipos de acuerdos que deben ser objeto de inscripción en el registro que ahora alcanza también, además de a los ya contemplados hasta ahora, a “los acuerdos parciales a que se refiere el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores”.

<sup>38</sup> Se trata de la misma razón por la que el desarrollo reglamentario anterior de la Comisión no se llevó a cabo por orden ministerial, pese a existir una autorización legal expresa en el ET para ello, ya que el Real Decreto 2976/1983 que reglamentaba la Comisión, modificó en aquella ocasión el régimen de extensión de los convenios colectivos regulado en el ya hoy derogado Real Decreto 572/1982.

<sup>39</sup> Para el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se mantiene que “a través de su Estatuto se han ampliado las posibilidades de establecer reglamentos ejecutivos por parte de la Comunidad Autónoma, que ahora ya no sólo abarcan las competencias exclusivas y las competencias compartidas de desarrollo legislativo y ejecución, sino que se extienden a las competencias de ejecución de la legislación estatal”, Balaguer Callejón, F., et alii, *AAVV El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, 2007, p. 156.

territorialmente no se le atribuyen al conocimiento de la Comisión, permite que por tanto las comunidades autónomas puedan regular la organización y funcionamiento de los órganos que se vayan a encargar de llevar a cabo esta competencia, no estando condicionadas por la regulación contenida en el reglamento de la Comisión.

No obstante, y en relación con esta última afirmación conviene aclarar que el art. 82.3 ET sí contiene elementos del procedimiento de inaplicación de convenios colectivos, aplicables o vinculantes para las comunidades autónomas, como normas imperativas de derecho necesario, sin perjuicio de que éstas lo lleven a cabo a través de sus órganos correspondientes y no de la Comisión. Dichos elementos son: 1) Obligación de la comunidad autónoma de llevar a cabo el procedimiento cuando la inaplicación del convenio en cuestión afecte a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de esa comunidad autónoma, lo que habrá de llevar a cabo a través de “su órgano correspondiente”. La referencia al órgano autonómico es altamente imprecisa, ya que cabe interpretar ese adjetivo como “órgano oportuno” o que “pertenece a la comunidad autónoma”, lo que dejaría amplia libertad a ésta para decidir sobre la elección del órgano autonómico competente; o también se podría entender como órgano que se corresponde con el órgano estatal, esto es, equivalente a éste. El preámbulo de la ley 3/2012 utiliza sin embargo la expresión “órganos similares” de las comunidades autónomas, expresando que se trata en todo caso de órganos –el estatal y los autonómicos– tripartitos, lo que lleva a interpretar que la finalidad de la norma es atribuir la competencia a órganos autonómicos de esta naturaleza tripartita, lo que no obliga a que tengan que ser paritarios. Y, yendo más allá, el reglamento de Comisión se refiere en su disposición adicional segunda a aquellas comunidades autónomas en las que no se hubieran constituido los “órganos tripartitos equivalentes a la Comisión”, a los efectos de que puedan celebrar un convenio de colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad por el que la Comisión pueda actuar en el ámbito territorial de dichas comunidades autónomas y mientras estos “órganos tripartitos” no se constituyan. Entiendo que la calificación que hace el reglamento de estos órganos autonómicos como órganos tripartitos “equivalentes” a la Comisión excede de su ámbito de regulación, por no ser un reglamento de desarrollo normativo del procedimiento previsto en el art. 82.3 ET. 2) Que la decisión del órgano autonómico se pueda adoptar en su seno o por un árbitro designado al efecto por dicho órgano con las debidas garantías de imparcialidad. 3) Que la decisión se debe dictar en plazo no superior a veinticinco días contados desde la fecha del sometimiento del conflicto ante el órgano. 4) Que la decisión adoptada por la Comisión en su seno o a través de arbitraje tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas, y sólo será recurrible por los procedimientos y causas previstos en el art. 91 ET.

Así que en los supuestos de inaplicación de convenios colectivos que sean competencia de las comunidades autónomas, según lo dispuesto en el art. 82.3 ET, éstas necesariamente tendrán que cumplir con estos elementos legales del procedimiento, tanto si proceden a crear su órgano competente *ex novo* y a regular sus funciones y procedimiento de actuación, como si cuentan ya con este tipo de órgano y proceden a dotarlo de una nueva norma reglamentaria que adecúe su funcionamiento y actuación a la nueva función decisoria atribuida por la ley. Pero, en cualquier caso, las comunidades autónomas no estarán vinculadas por las reglas de actuación que el reglamento de la Comisión regula pues, como venimos manteniendo, no se trata de una reglamento normativo que regule el procedimiento de inaplicación de convenios colectivos.

Esta última afirmación nos lleva a plantearnos la cuestión de si el Gobierno podría haber llevado a cabo un desarrollo reglamentario del art. 82.3 ET en lo que se refiere al procedimiento de inaplicación de convenios colectivos por el órgano público estatal o los autonómicos correspondientes, en base a la potestad reglamentaria que le confiere la disposición final quinta ET. Desde una perspectiva puramente técnico-jurídica, entiendo que sí podría hacerse pues la norma legal contiene los elementos nucleares necesarios del procedimiento instituido a seguir ante el órgano público –la Comisión o los órganos correspondientes de las comunidades autónomas–, de modo que el desarrollo reglamentario supondría un complemento procedimental ya que el ET ha procedido a regular los elementos básicos y definitorios del procedimiento –que hemos expuesto antes–. Ejemplos de ello existen en el mismo Título III del ET; así, en materia de depósito y registro de convenios y acuerdos colectivos, regulada en el art. 90.2 ET y desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 713/2010; o en materia de extensión de convenios colectivos regulada en el art. 92.2 ET y desarrollada por el Real Decreto 718/2005, de 20 de junio. En ambos supuestos la competencia es compartida entre Estado y comunidades autónomas, según el ámbito de los convenios o de la extensión respectivamente y, además, en ambos casos se trata de procedimientos en los que interviene la Administración pública autorizando o no el registro o la extensión de los convenios colectivos. La similitud con la intervención de la Administración pública estatal y autonómica en la autorización o no de la inaplicación del convenio colectivo resulta evidente. Sin embargo, sí existe una diferencia fundamental entre los supuestos comparados, y es que mientras en los primeros estamos ante una intervención de la Administración pública acorde con su papel promocional de la negociación colectiva en beneficio tanto de las empresas como de los trabajadores y sus representantes, sin que en ningún caso asuma competencias propias de la negociación colectiva –en la función de registro, depósito y publicación de los convenios colectivos es una actividad de la Administración que ayuda a que estos instrumentos colectivos perfeccionen su carácter normativo

a través de su publicidad oficial, y en el caso de la extensión de convenios la Administración contribuye a cubrir vacíos de negociación colectiva por inexistencia de sujetos legitimados a través de la extensión de convenios, en aras de evitar los perjuicios derivados de tal vacío—, mientras que en la autorización de inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET la Administración pública está interviniendo para excepcionar singularmente la fuerza vinculante de los convenios colectivos, a petición de una parte sometida a dicho convenio colectivo y en beneficio de la misma y, por tanto, ocupando el papel que sólo a la negociación colectiva corresponde, debilitándola tanto en su función económica como en su función política<sup>40</sup>.

Desde esta perspectiva, la decisión política de no regular reglamentariamente el procedimiento de inaplicación de convenios colectivos —en la fase procedimental residenciada en la Administración pública— puede ser coherente con la pretensión del legislador reformista de entender que la intervención de la Comisión o de los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en la decisión de inaplicación de convenios colectivos constituye expresión de negociación colectiva en base a dichos órganos son tripartitos —preámbulo de la Ley 3/2012—. No obstante, el sólo hecho de que intervenga la Administración pública en la decisión de inaplicación, haciéndolo además a través de un órgano público<sup>41</sup>, impide ya de entrada su calificación como negociación colectiva, de ahí que la doctrina haya considerado que lo razonable hubiera sido canalizar la solución de tales discrepancias a través de sistemas autónomos de resolución de conflictos laborales establecidos en acuerdos interprofesionales de ámbito estatal y autonómicos<sup>42</sup>. Es evidente que aún resultaría más difícil mantener que se trata

<sup>40</sup> En este sentido vid. Valdés Dal-Ré, F., “La reforma de la negociación colectiva 2012”, Relaciones Laborales núm. 23/2012. Según el autor, para la reforma laboral 2012 el convenio colectivo es una mero aparejo de los intereses empresariales y, como tal, sustituible o modificable a su voluntad, debilitando de esta forma las funciones tradicionales de la negociación colectiva, ahora concebida al servicio del interés empresarial, apreciado conforme a cánones subjetivos; un ejemplo clamoroso de la merma de función normativa de los convenios colectivos, es para el autor la implantación de la fórmula del arbitraje obligatorio en caso de ausencia de acuerdo en las iniciativas empresariales de inaplicación del convenio colectivo previsto en el art. 82.3 ET.

<sup>41</sup> Para Cruz Villalón, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, cit., p. 482, “lo definitorio de estos organismos es su carácter de órganos administrativos, que dictan estrictos actos administrativos y, por tanto, no son propiamente expresión de la autonomía colectiva”.

<sup>42</sup> En este sentido Cruz Villalón, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, Revista de Derecho Social nº 57/2012, p. 239, con cita de Rodríguez-Piñero, M., Valdés Dal-Ré, F., y Casas Baamonde, M. E., “La nueva reforma laboral”, Relaciones Laborales 5/2012, p. 35. En el mismo sentido vid. Valdés Dal-Ré, F., “La reforma de la negociación colectiva 2012”, cit.

de una intervención negociada si existiese un reglamento que regulara un procedimiento administrativo pero, a la inversa, el hecho de que no se haya reglamentado el procedimiento de inaplicación no convierte al mecanismo en negociación colectiva, por lo que sigue siendo un procedimiento administrativo. Por otro lado, el reglamento organizativo de la Comisión pese a no ser vinculante para las comunidades autónomas, como hemos mantenido anteriormente, sin embargo puede cumplir un efecto pedagógico de resultados aún no constatables en el sentido de servir de referente para la regulación autonómica de los órganos correspondientes a los que éstas atribuyan la función de decisión en inaplicación de convenios colectivos. La razón para mantener esta afirmación es la excesiva reglamentación administrativa del procedimiento de actuación de la Comisión en su función decisoria<sup>43</sup>, eso sí sólo aplicable al funcionamiento de la Comisión y, por tanto, no vinculante para las comunidades autónomas, salvo que éstas celebren convenios de colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para que temporalmente y hasta tanto creen sus propios órganos puedan tramitar los procedimientos de su competencia a través de la Comisión, según la disposición adicional segunda del reglamento de la Comisión.

Más dudoso puede resultar el que las comunidades autónomas que hayan asumido en sus estatutos competencias ejecutivas de legislación laboral puedan dictar reglamentos en ejecución del procedimiento contemplado en el art. 82.3 ET, pues el Tribunal Constitucional ha interpretado que la potestad reglamentaria de la comunidad autónoma sólo puede ser entendida como emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica, y no como potestad reglamentaria de alcance general<sup>44</sup>.

## 4. LA NUEVA REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LA COMISIÓN

### 4.1. Objeto y objetivos del reglamento de la Comisión

Como hemos mantenido anteriormente, el reglamento objeto de estudio es de tipo organizativo mediante el que la Administración pública, en este caso la estatal, desarrolla la organización y funcionamiento de sus órganos, potestad

<sup>43</sup> El propio Dictamen del Consejo de Estado, cit., refiere que “El Real Decreto proyectado contiene un detallado desarrollo de tales funciones decisorias –que incluso a veces incurre en excesivo rigor reglamentista–”.

<sup>44</sup> STC 31/2010, de 28 de junio (BOE de 16 de julio), sobre el Estatuto de Autonomía para Cataluña, en que se mantiene que “Cuestión distinta es si la competencia ejecutiva de la Generalitat puede ejercerse, a partir de «la normativa (legal y reglamentaria) del Estado», no sólo como función ejecutiva *stricto sensu*, sino también como potestad reglamentaria de alcance general. La respuesta es, de acuerdo con nuestra doctrina, claramente negativa” (FD 61).

para la que no necesita una habilitación legal expresa. No obstante, en el caso que nos ocupa la disposición final segunda ET no solo efectúa una remisión expresa al desarrollo reglamentario de la Comisión, lo que obliga a su ejecución, sino que además regula los elementos nucleares de la Comisión –composición y funciones–, por lo que el reglamento deberá llevar a cabo su labor de desarrollo respetando ese contenido legal. De otro lado, el mandato de regulación reglamentaria de la Comisión concreta los aspectos a desarrollar por esta vía, –composición y organización de la Comisión, sus procedimientos de actuación y las medidas de apoyo de la Dirección General de Empleo de Ministerio de Empleo y Seguridad Social para el desarrollo de las funciones de la Comisión–, lo que significa que como mínimo el reglamento deberá desarrollar estos aspectos especificados en la remisión legal, sin perjuicio de que pueda regular además otros aspectos organizativos y de actuación del órgano –por ejemplo las funciones de la Comisión, no incluidas en la remisión legal–, siempre que su contenido no se extralimite o sea contrario a la regulación legal de la Comisión.

El objeto del reglamento –art. 1– queda así limitado a la regulación de la composición y funciones de la Comisión. La norma ha optado por regular los procedimientos de actuación de la Comisión dentro de cada una de las funciones, especialmente en la función decisoria, de ahí que dentro de su objeto sólo se refiera a la composición y funciones. Dos de los tres objetivos especificados en el preámbulo de la norma, se refieren a la nueva función decisoria de la Comisión en materia de inaplicación de convenios colectivos regulada en el art. 82.3 ET; así, es objetivo de la norma desarrollar esta función –formulado en plural, lo que entendemos se debe a que la regulación de la función permite adoptar a la Comisión diferentes decisiones– y adaptar la organización y funcionamiento de la Comisión a esta nueva función. El otro objetivo expresado, que figura en la norma en primer lugar, podríamos decir que no ha sido determinante para acometer la nueva regulación de la Comisión, pues la dispersión normativa a la que se refiere, consistente en la regulación anterior de la Comisión a través de real decreto y orden ministerial, no ha sido impedimento para su funcionamiento hasta ahora. Proporcionar una regulación completa de la composición y funciones de la Comisión es, pues, la finalidad de su nuevo reglamento, tal como se dice en su preámbulo, dada la nueva función decisoria que la reforma laboral 2012 atribuye a la Comisión sobre inaplicación de convenios colectivos conforme al art. 82.3 ET. El propio texto destaca la importancia de este mecanismo de flexibilidad interna de las empresas en aras de evitar el recurso a los despidos y, por otro lado, resalta el hecho de que las funciones decisorias no son enteramente nuevas en las actividades de la Comisión. Es por tanto el desarrollo de estas nuevas funciones decisorias el núcleo fuerte del reglamento y al que se le dedica mayor extensión –dato también resaltado en el preámbulo de la norma–.

De otro lado, este reglamento deroga expresamente la regulación anterior de la Comisión contenida en el Real Decreto 2976/1983, de 9 de noviembre, por el que se regula la Comisión consultiva Nacional de Convenios Colectivos, y en la Orden Ministerial de 28 de mayo de 1984, por la que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

En lo que sigue, y sin ánimo de exhaustividad, abordamos el análisis de los aspectos más destacables la regulación reglamentaria de la Comisión y su sujeción a los elementos legales configuradores de dicho órgano.

## 4.2. Naturaleza, composición y funcionamiento

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la Comisión, el reglamento se limita a reiterar lo establecido por la disposición final segunda ET respecto del carácter colegiado del órgano<sup>45</sup>, su composición tripartita, especificando también los grupos que lo integran –representantes de la Administración General del Estado y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas–, y su adscripción al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, concretada a través de la Dirección General de Empleo, que ejerce sus competencias con independencia y autonomía funcional plenas–. La Comisión conserva el mismo nombre que venía teniendo desde su regulación reglamentaria anterior, sobre lo que ya formulamos observaciones *supra* (epíg. 2.2) al analizar la regulación legal de la Comisión, a las que nos remitimos. No menciona en cambio el nuevo reglamento el carácter paritario de la Comisión, pero en su articulado sí se refleja dicho carácter al regular la composición del órgano, lo que además resulta obligado por establecerlo así la disposición final segunda ET.

Por otro lado, se establece en el nuevo reglamento que la Comisión ejerce sus competencias con independencia y autonomía funcional plenas, lo que también se contenía en el anterior reglamento, sobre lo que ya hemos mantenido que la LRJAP parte en principio de la regla general de que los órganos

<sup>45</sup> Según la Disposición final segunda, titulada “*Derecho supletorio*”: “En lo no previsto en el presente real decreto, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ajustará su funcionamiento a las normas generales de actuación de los órganos colegiados recogidas en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Pero estas mismas normas ya se declaran subsidiarias frente a la legislación específica de cada órgano colegiado, por lo que su consideración expresa como derecho supletorio resulta superflua. Entiendo que la declaración de subsidiariedad que efectúa el reglamento sólo a la parte que regula los órganos colegiados no impide la aplicación de dicha ley al procedimiento de las funciones decisorias de la Comisión, en lo que pueda resultar aplicable.

colegiados de la Administración pública son independientes jerárquicamente, y que es posible la existencia de órganos colegiados independientes, sin que por esta doble independencia dejen de ser órganos de la Administración pública, ni conlleve tampoco reconocimiento de personalidad jurídica propia ni autonomía económica y financiera, como es el caso de la Comisión estudiada.

En cuanto a la composición de la Comisión, mantiene el nuevo reglamento su composición tradicional –Presidente, Secretario, y seis vocales por la Administración General del Estado, y seis más por cada uno de los agentes sociales, es decir, los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, e igual número de vocales suplentes por cada grupo–, la forma de designación o nombramiento de sus miembros y las facultades de estos –arts. 4 a 7–. Sin embargo hay varias novedades que resulta obligado destacar. En primer lugar, desaparece la figura de los vicepresidentes contemplados en la regulación anterior, los cuales formaban parte de la Comisión, constituían la mesa junto al presidente y secretario, con derecho a voto, y podían sustituir a un vocal titular o suplente de la representación a la que pertenecieran. No encaja ahora esta figura sobre todo por la forma de actuación ordinaria de la Comisión que es, como veremos, en Comisión permanente con un número reducido de integrantes.

En segundo lugar, resulta totalmente novedoso atribuir al Presidente voto de calidad para “dirimir con su voto los empates a efectos de adoptar acuerdos”, lo que había sido puesto en tela de juicio por los sindicatos por contravenir lo dispuesto en la LRJAP –art. 23.1.d) en relación con el art. 22.2–, según recoge el Dictamen del Consejo de Estado<sup>46</sup>, en cuyo Informe se considera ajustado a derecho atribuir dicho voto de calidad al presidente porque la misma LRJAP se remite a lo que disponga la norma específica que regule el órgano colegiado en cuestión que, en este caso, no es otra que el propio reglamento de la Comisión que así lo establece. Se trata sin duda de una novedad que adquiere especial relieve en lo que se refiere a la nueva función decisoria de la Comisión en relación con su forma de funcionamiento ordinario en Comisión permanente, supuestos en los que la norma evita de esta forma que no se pueda adoptar la decisión sobre la inaplicación del convenio colectivo por producirse empate en el número de votos válidos emitidos. Esta opción reglamentaria resulta coherente con lo que argumentábamos (epíg. 2.2) sobre la naturaleza de la Comisión como órgano administrativo que crea, modifica o suprime derechos, ya que la petición del interesado nunca se podrá quedar por este motivo sin resolución de su solicitud, ya sea favorable o desfavorable.

Y, en tercer lugar, es también novedosa la no regulación de las causas por las que los integrantes de la Comisión pierden su condición de miembro de la

<sup>46</sup> Dictamen 919/2012, cit.

misma. Antes estaban reguladas en el art. 8 de la orden ministerial que aprobaba el reglamento de la Comisión, que contemplaba expresamente las siguientes causas: a) *Por decisión del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta vinculante, en su caso, de la Organización u Organizaciones que represente.* b) *Por cualquier otra causa que impida el ejercicio de la función de miembro.* Se plantean ahora serias dudas sobre la voluntariedad de participar en este órgano para los agentes sociales, pero no por el hecho de que no se contemplen las causas de pérdida de la condición de miembro ya que las personas físicas no pueden ser obligadas a formar parte de un órgano colegiado contra su voluntad, sino que en otra posible lectura de la omisión normativa y en relación con la configuración del órganos y sus funciones decisorias, se pueda entender que los puestos de vocales deban estar siempre designados, sin perjuicio de que las personas concretas que los ocupen puedan cambiar. Un elemento más que redundante en el carácter del órgano como administrativo, pero que produce dudas sobre la legitimidad en la formación de la voluntad del mismo, por tratarse de una participación obligatoria de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos (epíg. 2.2).

En lo que se refiere al funcionamiento de la Comisión, la novedad antes anticipada es la creación por el reglamento de una Comisión permanente como forma ordinaria de funcionamiento del órgano “con vistas a dotar de mayor agilidad a su actuación, si bien la propia Comisión permanente podrá reservar al Pleno la aprobación de determinados dictámenes, informes y decisiones” –art. 8.1–; dicha Comisión permanente estará integrada por el presidente y dos vocales de cada uno de los tres grupos que la constituyen, así como por el secretario –art. 11–, haciendo falta al menos la presencia de la mitad de sus miembros para constituirse y el voto la mayoría de los asistentes para la adopción ordinaria de acuerdos, salvo para el emitir el informe preceptivo sobre extensión de convenios colectivos y para adoptar las decisiones sobre inaplicación de convenios colectivos –incluida la de remitir la resolución al arbitraje externo– en los que se exige el voto favorable de la mayoría absoluta de la Comisión permanente –art. 8.3–. Es pues una razón de agilidad en su actuación lo que lleva al reglamento a erigir a la Comisión permanente en la forma protagonista de funcionamiento de la Comisión, pues incluso tiene capacidad para reservar al Pleno la aprobación de determinados dictámenes, informes y decisiones –art. 8.1–. Al respecto, el Dictamen del Consejo de Estado considera que “resulta un modo singular de proceder que sea el órgano inferior (la Comisión Permanente en el caso de la CCNCC) el que en definitiva determine el ámbito de actuación del órgano superior (el Pleno) en lugar de que sea la norma la que preserve el núcleo de las funciones más importantes del Pleno y, en su caso, prevea que sea este el que pueda acordar su delegación y los límites para esta”<sup>47</sup>. Pese a ello, en el Dictamen se considera preferible en aras de la agilidad del órgano y da por

sentado que “en los casos de una trascendencia superior la Comisión Permanente adoptará la decisión que corresponda de forma razonada y que, en su caso, el Pleno puede avocar el ejercicio de las competencias cuando lo considere necesario”, aunque esta última posibilidad no se contempla expresamente en el reglamento, pues las funciones que le atribuye éste las tiene en tanto la Comisión permanente haya reservado su conocimiento al Pleno, salvo para designar a los miembros de la Comisión permanente que lo hará el Pleno a propuesta vinculante de cada uno de los grupos de representación.

### 4.3. Funciones

En capítulos separados regula el reglamento cada uno de los grupos de funciones que la disposición final segunda ET atribuye a la Comisión: funciones consultivas, (Cap. III) Observatorio de la negociación colectiva (Cap. IV) y funciones decisorias (Cap. V), y salvo la segunda que sólo comprende un artículo descriptivo de los cometidos y actividades del Observatorio, los otros dos grupos de funciones siguen idéntica sistemática reguladora: objeto, ámbito de actuación y legitimación y, se añade en el caso de las funciones decisorias, regulación del procedimiento, siendo esta parte como ya se ha comentado antes la más extensa. A continuación comentamos lo que resulte destacable y novedoso respecto de su regulación anterior.

En cuanto a las funciones consultivas, la nueva regulación sólo contempla la consulta a la Comisión, no el asesoramiento<sup>48</sup>, sobre el ámbito funcional de los convenios y se detallan las materias sobre las que se pueden solicitar consultas al órgano. Las otras dos materias que pueden ser objeto de consulta, tradicionales en la Comisión, son la de interpretar un convenio colectivo para determinar su ámbito funcional y determinar el convenio colectivo aplicable a una empresa, si bien esta última hasta ahora no se había recogido expresamente en el reglamento. Por último, se contempla la consulta preceptiva en los supuestos de extensión de un convenio colectivo conforme al art. 92.2 ET, que ya se encontraba anteriormente también. En cambio el nuevo reglamento no recoge la función de consulta sobre la posibilidad de un acuerdo de adhesión a un convenio colectivo en vigor –antes contemplada en el art. 2 del anterior reglamento de la Comisión. En todo caso, es un tipo de consulta que no consta que llegara a realizar la Comisión<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Dictamen 919/2012, cit.,

<sup>48</sup> No obstante, las funciones que ha venido desempeñando la Comisión, han sido principalmente de consulta y no de asesoramiento. Vid. En este sentido Sala Franco, T., “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit., p. 174.

<sup>49</sup> Vid. Pérez del Prado, D., *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, cit.

En lo referente al ámbito de actuación en el que la Comisión puede emitir sus dictámenes e informes no vinculantes, ésta despliega su competencia en casos de consultas sobre convenios colectivos sectoriales cuyo ámbito de aplicación sea superior al de una comunidad autónoma o sobre convenios colectivos de empresa con centros de trabajo situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, salvo en el supuesto de consulta sobre convenio aplicable a una empresa en cuyo caso la Comisión resulta competente cualquiera que sea el ámbito de la empresa, lo que resulta razonable por la necesidad de valorar convenios colectivos con ámbito de aplicación en más de una comunidad autónoma. Por último, en cuanto a los sujetos legitimados para solicitar estas consultas, el reglamento mantiene su redacción anterior con la salvedad de incluir –o más bien especificar– a los órganos de representación unitaria de los trabajadores, en tanto que mantiene la polémica expresión de entidad sindical o empresarial (que en virtud de su representatividad acredite un interés legítimo en la consulta que formule). Hubiera sido deseable, no obstante, reconocer legitimación a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, y no sólo a los unitarios, por mucho que los órganos sindicales puedan canalizar la consulta a través del sindicato al que pertenecen y, por otro lado, a las comisiones paritarias de los convenios colectivos, como ya en su día expresó la doctrina<sup>50</sup>.

En cuanto a la función de observatorio de la negociación colectiva, ya había sido atribuida a la Comisión por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, y engloba la información, el estudio y documentación sobre la negociación colectiva, así como su difusión, recogida en similares términos por la actual disposición final segunda ET, con la diferencia de que ésta sólo encomienda al observatorio la labor de difusión de lo realizado por la Comisión en la materia citada, en tanto que el Reglamento atribuye al observatorio, como si se tratara de una entidad diferenciada de la Comisión, los cometidos y actividades que especifica en el único artículo que dedica a ello – art. 15–. Estos cometidos y actividades en parte incorporan los que asignara la reforma 2011 de la negociación colectiva al Consejo de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva en su función de observatorio de la negociación colectiva. Las actividades específicas que el reglamento asigna al observatorio, por otro lado, resultan reiterativas de los cometidos que previamente relaciona, y a su vez éstos tienen en ocasiones una formulación genérica o imprecisa, así por ejemplo la prevista en la letra b) del apartado 2 cuando atribuye al observatorio el cometido de seguimiento y análisis periódico de la negociación colectiva en España, tanto de su estructura como de sus contenidos, no se especifica con qué finalidad; o la difusión de

<sup>50</sup> Valdés Dal-Ré, F. “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit., p. 26.

buenas prácticas e innovación en materia de negociación colectiva –c)– y la realización de actividades que permitan la difusión de la negociación colectiva y del trabajo del observatorio –d)–.

En lo que se refiere a las funciones decisorias –art. 16 a 24–, el reglamento efectúa una regulación minuciosa de la materia que evidencia una finalidad de completitud normativa, siendo la parte dedicada al procedimiento la más extensa. Aquí nos referiremos a algunos aspectos de la regulación reglamentaria sobre el objeto, ámbito de actuación y sujetos legitimados en relación con las funciones decisorias de la Comisión (sobre la regulación legal de la función decisoría vid. epíg. 2.3).

El objeto de las funciones decisorias de la Comisión, tal como lo denomina el reglamento –art.16– se concreta en la obligación de la Comisión de resolver la discrepancia surgida entre la empresa y los representantes de los trabajadores por falta de acuerdo en los procedimientos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable a que se refiere el art. 82.3 ET<sup>51</sup>. El precepto no deja lugar a dudas de que lo que la disposición final segunda ET expresa como “intervención” de la Comisión en estos procedimientos, lo es de forma imperativa a los efectos de resolver la discrepancia, utilizando la expresión “resolverá”. Esto no quiere decir que el reglamento contradiga la regulación legal, toda vez que el propio art. 82.3 contempla la intervención de la Comisión en la discrepancia en términos tales que conlleva implícita la obligación de la Comisión de resolver el conflicto –a petición de cualquiera de las partes, cuya decisión habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días–. Por tanto, no sería posible, en estos términos, una posible negativa de la Comisión sobre su intervención, ni queda margen para que pueda decidir si interviene o no; una vez solicitada su intervención, ésta se tiene que producir, pues desde la perspectiva de los interesados que pueden solicitarla el art. 82.3 ET les está reconociendo un derecho potestativo a iniciar esa última fase del procedimiento, que si deciden ejercer pasa a ser derecho subjetivo en tanto no cabe la posibilidad de silencio o negativa expresa del órgano a resolver. Es éste otro elemento que apuntábamos arriba como clave para determinar el carácter con el que actúa la Administración en estos supuestos (epíg.

<sup>51</sup> Debe tenerse en cuenta que la disposición adicional tercera del reglamento de la Comisión excluye del ámbito competencial de ésta a aquellos convenios o acuerdos colectivos que regulen condiciones de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas, a los que resulta de aplicación la regulación específica sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos establecida en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Y autoriza al Ministerio de Empleo y Seguridad Social y de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar cuantas disposiciones sean necesarias en relación con la aplicación de las funciones decisorias de la Comisión a las entidades públicas empresariales, a las sociedades estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal y entidades de análoga naturaleza.

2.3). El resto del precepto se limita a reproducir de forma más explícita pero sin modificar las reglas recogidas en el art. 82.3 ET.

Lo mismo cabe decir del ámbito de actuación de la Comisión o delimitación de su ámbito territorial de intervención –art. 17–, lo que se hace conforme al art. 82.3 ET, es decir, la Comisión sólo tendrá competencia para resolver en los supuestos en los que la inaplicación del convenio afecte a centros de trabajo de la misma empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma. Lo que sí añade específicamente el reglamento es la competencia de la Comisión también en los casos en que la inaplicación afecte a empresas situadas en las ciudades de Ceuta y Melilla, entendemos que por no ser comunidades autónomas sino ciudades autónomas, lo que técnicamente no es un impedimento para que hubieran podido tener órganos propios para realizar la función decisoria, pero el art. 82.3 ET sólo menciona como órganos competentes o la Comisión, o los órganos correspondientes de las comunidades autónomas, y estas ciudades no lo son.

Por otro lado, si una empresa tiene centros afectados por la pretendida inaplicación del convenio en una comunidad autónoma y en alguna de estas ciudades, la competencia de la Comisión se puede ver comprometida ya que ésta sólo puede actuar si la inaplicación afecta a centros de la empresa “situados en el territorio de más de una comunidad autónoma”, es decir, como mínimo dos comunidades autónomas y estas ciudades no lo son; es evidente que la comunidad autónoma en este caso tampoco podría resolver sobre el centro de trabajo ubicado en alguna de estas dos ciudades, entonces ¿cabe interpretar que cada órgano –la Comisión y el autonómico en cuestión– serían competentes para un mismo supuesto, cada uno en su ámbito territorial? No cabría esta duda si el art. 82.3 ET hubiera acotado el ámbito de la Comisión en otros términos, como que el conflicto “afecte a centros situados en un territorio superior al de una comunidad autónoma”, en vez de “en el territorio de más de una comunidad autónoma”, pero no se hace así y puede dar lugar a una respuesta afirmativa a la pregunta.

Finalmente, en cuanto a los sujetos legitimados para solicitar la actuación de la Comisión, el reglamento –art. 18– reproduce la regla legal contenida en el art. 82.3 ET, especificando las partes a las que alude éste, es decir, las empresas y los representantes legales de los trabajadores. Al respecto conviene matizar la alusión a los representantes de los trabajadores, no por el hecho ya puesto de manifiesto por la doctrina de que la legitimación de esta parte es en la práctica irreal pues el interesado en la aplicación del convenio y quien inicia el procedimiento es sólo la empresa<sup>52</sup>, sino desde la perspectiva de su calidad de parte

<sup>52</sup> Para Blasco Pellicer, A., “El nuevo reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit., “a ningún observador puede escapársele que esa amplia legitimación es más teórica que real. Es cierto que, en el plano teórico no podía obviarse dejar constancia de

emplazada al procedimiento ante la Comisión para resolver el conflicto iniciado por la empresa. Desde este punto de vista, interesa observar que el reglamento hace referencia a los representantes legales de los trabajadores, y la misma habrá que entenderla hecha a los representantes legales (comités de empresa, delegados de personal, comités intercentros o secciones sindicales) con los que se haya iniciado el periodo de consultas, ya que de lo contrario podría haber en el inicio del procedimiento ante la Comisión un cambio interesado en la elección de la representación legal de los trabajadores a la que citar, ya que es la empresa la que debe identificar a los representantes de los trabajadores en su solicitud, según el art. 20.b). Lo anterior debe servir también para aclarar lo expresado en el art. 19.1, segundo párrafo, cuando se refiere a que la parte que inicia la solicitud debe entregar copia de la misma a la otra parte, informándola del número asignado a la misma, con el fin de que ésta pueda consultar el estado de la tramitación y recibir las notificaciones relativas al procedimiento, “mediante los representantes a que hace referencia el párrafo b) del art. 20 o cualesquiera otros que expresamente comuniquen a la Comisión”, es decir, no es que se pueda cambiar la parte que representa a los trabajadores, es que ésta a los efectos de recibir notificaciones puede designar a otras personas.

En caso de no existir representantes de los trabajadores, a la comisión designada por los trabajadores conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET, según el art. 18 del reglamento que reproduce lo ya establecido al respecto por el art. 82.3 ET.

Para finalizar, el reglamento deja a salvo las funciones de la Comisión en relación con las atribuciones que correspondan a la autoridad laboral y a la jurisdicción competente, como ya hiciera también la regulación legal anterior; es una previsión también contemplada en la actual disposición final segunda ET. La novedad en esta materia se encuentra en que el reglamento añade una nueva delimitación pensada para la función decisoria de la Comisión consistente en que ésta se ejerce sin perjuicio de las previsiones contempladas en los sistemas de solución autónoma de conflictos fijados por la negociación colectiva, de manera que la norma no impide a la negociación colectiva regular estos sistemas de solución autónoma de conflictos pero, a la vez las funciones de la Comisión no pueden quedar sometidas a las previsiones que se puedan fijar en estos procedimientos, sin perjuicio de que a través de estos medios autónomos pueda quedar solucionada la discrepancia que haga innecesario acudir a la Comisión.

la legitimación de los representantes de los trabajadores, estables o elegidos *ad hoc*. Pero no es menos cierto que ello carece de ninguna trascendencia práctica puesto que lo normal y habitual, por no decir lo único que parece viable de hecho, es que sea el empresario el que someta la discrepancia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”.

#### 4.4. El procedimiento para el desarrollo de las funciones decisorias

##### 4.4.1. Reglas comunes. Inicio del procedimiento y documentación

Del procedimiento ante la Comisión para la solución de las discrepancias sobre la inaplicación del convenio colectivo cabe destacar, en primer lugar, la obligatoriedad de tramitación electrónica de todos los trámites y las comunicaciones entre la Comisión y las partes<sup>53</sup>. La solicitud, de parte, se debe presentar en la sede electrónica del Ministerio de Empleo y Seguridad social, no ante la Comisión, y debe contener el motivo de la discrepancia y la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo que ‘desea’ –resulta extraño el uso de este verbo, teniendo en cuenta lo técnico que resulta el reglamento en la regulación del procedimiento– y determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa y su periodo de aplicación. A la solicitud habrá de acompañarse una prolija documentación –también por vía electrónica– que se detallada en el extenso art. 20<sup>54</sup>. A partir del inicio, el procedimiento se caracteriza por la celeridad de los trámites, dado que legalmente tiene que resolverse en el plazo de veinticinco días contados desde la fecha de sometimiento del conflicto ante los órganos –la Comisión o los órganos correspondientes de las comunidades autónomas–, según el art. 82.3 ET y art. 16.3 del reglamento, que habrá que entender son hábiles por aplicación de lo dispuesto en el art. 48.1 LRJAP. De ahí que el art. 19.2 del reglamento no compute en dicho plazo máximo para resolver, el plazo de diez en los casos de requerimiento para subsanación de deficiencias en la solicitud o documentación. También puede ser también el motivo de que el plazo conferido a la otra parte para que efectúe las alegaciones que considere procedente sea sólo de cinco días; teniendo en cuenta la complejidad que puede revestir la documentación para acreditar la concurrencia de la causa económica, técnica organizativa o de producción que “tomará como referencia la documentación que sea preceptiva

<sup>53</sup> El Dictamen del Consejo de Estado, cit., sugiere la conveniencia de que las comunicaciones con las partes pueda ser preferentemente electrónica, pero no exclusivamente, en estos términos, recordando lo establecido por el art. 4. b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, que afirma el «principio de igualdad, con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos», pero dicha sugerencia no ha prosperado.

<sup>54</sup> Sobre la solicitud y documentación a acompañar se ha dicho que “están reguladas pensando en que el peticionario es el empresario pues parte de esta documentación difícilmente podrá estar al alcance de los representantes de los trabajadores”, según Blasco Pellicer, A., “El nuevo reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit.

en la comunicación de los despidos colectivos” –art. 20 h)– dicho plazo puede devenir en insuficiente para una adecuada contradicción de la contraparte.

Por otro lado, la celeridad de los trámites se refleja también en la forma peculiar de conformación de la voluntad del órgano colegiado sin necesidad de reunión que contempla el art. 19.4 para evacuar el primer trámite dirigido a la Comisión permanente por el Secretario, esto es, el de pronunciarse individualmente cada miembro de la Comisión en el plazo de un día sobre el procedimiento a seguir para la solución de la discrepancia (resolver en el seno de la Comisión o resolver mediante la designación de un árbitro imparcial, art. 16.3) y, en su caso, sobre la remisión del procedimiento al Pleno de la Comisión. Aunque no se explicita, se deduce que cada miembro debe comunicar su opción al secretario de la Comisión –probablemente también por vía electrónica– pues a éste le corresponde transcurrido ese plazo de un día comprobar las respuestas obtenidas y si no hubiera un número de respuestas coincidentes en número al de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión, la discrepancia se tendrá que resolver en el seno de la Comisión, dando a conocer el secretario el resultado de las respuestas obtenidas para la constancia del procedimiento a seguir, no teniéndose en cuenta la conformidad o no de las partes con el tipo de procedimiento que resulte de la Comisión permanente. Hay que añadir que el plazo de cinco días a la contraparte para que formule alegaciones y el de un día a los miembros de la Comisión acabado de comentar, son simultáneos. Por tanto, se resuelva por la Comisión permanente, por el árbitro designado por ésta o, en su caso, por el Pleno, se podría disponer de un máximo de 20 días hábiles para resolver, siendo inferior si el Secretario tarda más de un día en cada comunicación de las que debe hacer, lo que tal y como está previsto el procedimiento parece improbable.

Aunque el plazo máximo para la resolución de la solicitud se fija legal y reglamentariamente en veinticinco días, no hay en dichas normas una previsión expresa en contrario de que la Administración pública pueda decidir la ampliación del plazo fijado si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero, conforme dispone el art. 49.1 LRJAP, que entendemos aplicable por tratarse de un procedimiento administrativo.

#### ***4.4.2. Procedimiento mediante decisión en el seno de la Comisión. La decisión***

Si debe resolver la Comisión en su propio seno por así haberlo decidido ésta –ya sea a favor de la propia Comisión permanente o del Pleno– o por no haberse obtenido un número de respuestas equivalentes al de la mayoría absoluta sobre el procedimiento a seguir, contempla el reglamento la obligación del secretario de solicitar a los servicios técnicos disponibles por la Comisión un

informe sobre la discrepancia, que deberán elaborar en el plazo de diez días, pudiendo solicitarse a las partes durante ese plazo la documentación complementaria o las aclaraciones que se consideren necesarias. No especifica el reglamento cuáles sean esos servicios técnicos, sólo se alude a los disponibles por la Comisión, lo que habrá que relacionarse con las medidas de apoyo de la Dirección General de empleo del Ministerio de empleo y Seguridad Social a la Comisión, previstas en la disposición adicional primera del reglamento para el desarrollo de las funciones establecidas en el art. 82.3 ET. Esta disposición, además, contempla que dicha Dirección General de Empleo establezca las medidas de colaboración necesaria con la Dirección General de Inspección de trabajo y Seguridad Social para poder cumplir con el refuerzo que sea necesario a la Comisión para el desarrollo de las citadas funciones. No están previstas por tanto estas medidas de refuerzo para el desarrollo de las demás funciones de la Comisión, sino sólo para la de inaplicación de convenios colectivos, opción que entra dentro del margen que la disposición adicional segunda ET deja al reglamento.

De manera que el informe citado, en función de las disponibilidades de apoyo, se podrá requerir a los servicios técnicos de una u otra autoridad laboral, o a los servicios técnicos propios de la Comisión si resultan disponibles. La razón de no fijar específicamente el servicio técnico competente puede deberse al hecho de que no se pueda calcular a priori un ritmo en el número y complejidad de las solicitudes, pero presenta el inconveniente de que estos servicios puedan ser diferentes en función de la carga de trabajo de la Comisión y, por tanto, que no se sigan unos criterios uniformes en la elaboración del citado informe. Tampoco el reglamento especifica cual es el objeto del informe, sólo que debe realizarse sobre la discrepancia<sup>55</sup>, pero del texto del precepto –art. 21.2– puede deducirse que su finalidad sea la de facilitar a la Comisión la comprensión técnica y revisión de la documentación aportada y demás aspectos del caso concreto, por lo que dicho informe ni debe contener propuesta de resolución a la Comisión, ni debe ser vinculante para la Comisión en posibles valoraciones sobre la discrepancia.

La decisión de la Comisión, tras la celebración de reunión convocada con cinco días de antelación a la misma, debe ser siempre motivada y resolver decidiendo sobre la discrepancia, además debe comunicarla a las partes dentro del plazo legal previsto como duración máxima del procedimiento –veinticinco días desde la fecha de solicitud–, y a la autoridad laboral a los solos efectos de su depósito; dicha decisión será vinculante e inmediatamente ejecutiva –art.

<sup>55</sup> En este sentido Blasco Pellicer, A., “El nuevo reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, cit.

22-. Sobre el contenido posible de la decisión, el reglamento cuenta con mayor margen que en otros aspectos del procedimiento dado que ni el art. 82.3 ET, ni la disposición final segunda ET regulan nada al respecto, salvo el tener que resolver la Comisión necesariamente la discrepancia, y a instancia de parte.

La regulación reglamentaria conduce a dos posibles soluciones por la Comisión en función de si ha constatado la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o no –sobre lo que se tiene que pronunciar inexcusablemente–. En caso de que la Comisión considere que no concurre la causa o causas alegadas por la empresa, conforme a la regulación que de las mismas hace el art. 82.3 ET, así lo tiene que declarar, con la consecuencia de que no procede la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo objeto de solicitud. Si, por el contrario, la Comisión considera que concurre la causa o causas alegadas por la empresa, la Comisión se tiene que pronunciar además sobre la pretensión de inaplicación para: o bien aceptarla en sus propios términos, o bien proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Una u otra decisión la habrá de tomar la Comisión valorando la adecuación de la pretensión en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. Así mismo, la Comisión se tiene que pronunciar sobre el periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo.

De la norma se infiere que la inadecuación de la pretensión de la empresa no puede dar lugar a que la Comisión pueda rechazar la pretensión de inaplicación, sino su posible modulación en la forma en que el reglamento permite, esto es, decidiendo la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Sobre esta forma de modulación, no se entiende en primer lugar por qué el reglamento la considera una propuesta cuando ninguna opción de respuesta o conformidad se da a la empresa que ve modificada su pretensión, ya que la decisión es vinculante e inmediatamente ejecutiva. Y tampoco, qué deba entenderse por distinto grado de intensidad de las mismas condiciones de trabajo, esto es, si se refiere a la duración de la inaplicación, o al número de trabajadores afectados, o a la cuantía de la condición de trabajo si es cuantificable, ya que queda descartado que la Comisión pueda decidir la inaplicación de condiciones de trabajo diferentes a las pretendidas por la empresa. En cualquier caso es una forma de dejar un amplio margen a la Comisión para que pueda concretar en cada caso la posible modulación de la pretensión, en función del tipo de condición de trabajo de que se trate, de forma que la inaplicación resulte más adecuada en relación con la causa alegada y con los efectos sobre los trabajadores afectados, juicio de adecuación que la Comisión habrá de basar en su libre criterio de valoración.

En cuanto al periodo de duración de la inaplicación, sobre el que tiene que pronunciarse la Comisión en los casos favorables a la pretensión, conduce a

pensar en la posibilidad de que se pueda fijar una duración de la medida inferior a la prevista legalmente dado que ésta lo es en términos de duración máxima –art. 82.3 ET–.

Para finalizar, en los mismos términos que el art. 82.3 ET, el reglamento atribuye a la decisión de la Comisión la eficacia de acuerdo alcanzado por las partes en el periodo de consultas con el que se inicia el procedimiento de inaplicación, sólo recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 ET –art. 16.3–. Es pues una regulación que en nada se aparta de lo previsto en el propio art. 82.3 ET, por lo que sólo se hará la siguiente observación. La eficacia vinculante y general de la decisión dentro de su ámbito de aplicación –que es la que tiene el acuerdo adoptado en periodo de consultas–, la competencia de la Jurisdicción social para conocer de la posible impugnación de la decisión de la Comisión –conforme al nuevo art. 2. h) de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el art. 91 ET– y los motivos de impugnación –coincidentes con los que impugnación de los convenios colectivos por remisión del art. 91 ET a esa modalidad procesal, esto es, por conculcar la legalidad vigente o lesionar gravemente el interés de terceros–, en nuestra opinión no impide su consideración de acto administrativo atribuido al control de la Jurisdicción Social por razón de la materia, como ocurre con otros procedimientos administrativos sometidos al conocimiento de dicha Jurisdicción<sup>56</sup>.

#### ***4.4.3. Procedimiento mediante la designación de un árbitro. El laudo***

La resolución de la solicitud de inaplicación de convenio colectivo puede ser remitida a un árbitro externo sólo por decisión de la Comisión, como ya vimos, según el propio art. 82.3 ET y el art. 16.3 del reglamento. Su designación debe recaer entre expertos imparciales e independientes. En dicha designación tendrá preferencia la realizada de común acuerdo por las partes; en otro caso, será la Comisión la que lo designe conforme al procedimiento de designación establecido en el art. 23.1 del reglamento, y caso de no conseguirse la designación por la Comisión, deberá resolver ésta en su propio seno la solicitud de inaplicación de convenio colectivo. En cualquier caso, el reglamento evita todas las posibles situaciones que pudieran dar lugar a una vía muerta para resolver la solicitud.

Cuando el cauce para resolver sea mediante árbitro, el reglamento reproduce las mismas reglas que contempla para los supuestos de resolución en el seno de la Comisión: mismo plazo máximo para resolver, acceso a toda la docu-

<sup>56</sup> Vid. Art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

mentación, posibilidad de contar con las mismas medidas de apoyo que la Comisión, incluido el informe previsto en el art. 21.1. La única diferencia en el procedimiento es que el árbitro podrá requerir la comparecencia de las partes o solicitar documentación complementaria, además de contar ya con las alegaciones de la contraparte entre la documentación entregada.

Lo mismo cabe decir del contenido que debe tener la resolución adoptada por el árbitro –laudo–, que el reglamento recoge en los mismo términos que respecto del contenido de la decisión de la Comisión cuando es ésta la que resuelve –art. 24–, de manera que la resolución mediante laudo arbitral queda también limitada por las mismas reglas, incluida la obligación de resolver, que no repetimos para evitar reiteración siendo las observaciones al respecto las mismas que allí se hicieron.

Otra diferencia en el procedimiento es la de que el laudo no lo comunica el árbitro a las partes sino a la Comisión y será ésta la que lo comunique a las partes, pues dicho laudo se identifica con la decisión de la Comisión por el art. 82.3 ET y 16.3 del reglamento, por lo que resultan de aplicación los mismos efectos previstos para ésta – es vinculante e inmediatamente ejecutivo–, la misma eficacia –de acuerdo alcanzado en periodo de consulta– y mismo procedimiento y motivos de impugnación –los previstos en el art. 91 ET– a lo que se añaden por virtud del propio art. 91 ET causas específicas de impugnación en caso de resolución mediante laudo, propias de esta forma de resolver: por no haberse observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión–.

El laudo debe ser comunicado a las partes por la Comisión, dentro del plazo máximo previsto legalmente –que aquí también entiendo puede ser ampliado–, si bien este plazo no se aplica expresamente a la obligada comunicación a la autoridad laboral del resultado del procedimiento cuando haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo, a los solos efectos de su depósito.



# EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO TRAS EL REGLAMENTO DE DESARROLLO. ALGUNAS REFLEXIONES

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Despido colectivo, reglamento desarrollo, reforma**

En octubre de 2012 se ha aprobado el Reglamento que desarrolla el procedimiento para llevar a cabo un despido colectivo. Se trata de una norma extensa y prolija, que invita a la reflexión y a su análisis. Ya la norma antecesora de 2011, en el periodo de convivencia con un art. 51 ET reformado y despojado de la autorización administrativa, había dado lugar a algunos pronunciamientos jurisprudenciales de interés, no especialmente abordados por la doctrina iuslaboralista por su carácter reciente.

El estudio que se presenta pretende analizar algunas cuestiones problemáticas de la nueva norma y aportar luz sobre su posible interpretación y solución.

Se parte de que la norma es o puede ser conocida por el lector, de ahí que se haya centrado el comentario sólo en las cuestiones que se han considerado más relevantes. En especial, en lo relativo al periodo de consultas, en donde la regulación reglamentaria se exploya, como no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta la importancia dada por el legislador a esta fase del procedimiento de despido colectivo.

## ABSTRACT

**Key Words: Redundancy, Legal Reform, 2012**

In October of 2012 has been approved the regulation which develops the procedure to carry out a collective dismissal or redundancies. It is an extensive and detailed regimen that invites reflection and analysis. The standard predecessor of 2011, during the period of cohabitation with the article 51 ET –refurbished and stripped of the administrative authorization–, had resulted in some jurisprudential pronouncements of interest, not specifically addressed by the doctrine by his recent character iuslaboralista.

The study presented aims to analyse some problematic issues of the new standard and bring light on its possible interpretation and dispute.

It is part of the Law is or can be known by the reader; hence the comment has focused only on issues that have been considered most relevant. In particular, as regards the period of consultation, where statutory regulation speaks, how it could be otherwise, taking into account the importance given by the legislator to this phase of the collective dismissal procedure.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PERIODO DE CONSULTAS
  - 2.1. ÁMBITO DE LAS CONSULTAS: GLOBAL O POR CENTROS DE TRABAJO
  - 2.2. DESARROLLO Y DURACIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS
  - 2.3. DOCUMENTACIÓN A APORTAR Y CONTENIDO DEL PERIODO DE CONSULTAS
  - 2.4. SUSTITUCIÓN DEL PERIODO DE CONSULTAS
3. FUNCIONES DE LA AUTORIDAD LABORAL Y DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
4. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y NOTIFICACIÓN DE LOS DESPIDOS
5. PARTICULARIDADES DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ESTAMOS ANTE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?

## 1. INTRODUCCIÓN

Recientemente ha sido aprobado el Reglamento que establece el procedimiento a seguir para los despidos colectivos tanto en la empresa privada como en el sector público<sup>1</sup>. Se trata de una norma que ha llegado con cierto retraso, lo que había dado lugar a una situación peculiar: la convivencia de un despido colectivo sin autorización administrativa con un Reglamento de desarrollo establecido para despidos sometidos a dicha autorización<sup>2</sup>. El Gobierno trató, mediante una Orden Ministerial<sup>3</sup>, de aclarar las posibles confusiones, pero, aun así, se esperaba con gran interés la norma a la que este estudio se refiere.

No se pretende, como el lector tendrá enseguida ocasión de comprobar, un estudio exhaustivo de la misma ni el comentario de todas sus fases. Se trata de diferenciar las cuestiones que consideramos más oscuras o de mayor complejidad y ofrecer nuestro punto de vista sobre ellas, junto a las aportaciones que también han hecho la jurisprudencia y la doctrina.

Se parte del procedimiento previsto para la empresa privada, ubicado en el capítulo I del Título I de la norma, para, en un momento final, hacer algunas observaciones a los despidos colectivos en la Administración Pública, a los que se refiere el Título III del Reglamento.

<sup>1</sup> RD 1483/2012, 29–10, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante: RDDC).

<sup>2</sup> RD 801/2011, 10–6, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

<sup>3</sup> Orden ESS/487/2012, 8–3, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio.

## 2. PERIODO DE CONSULTAS

No es algo nuevo en el procedimiento de despido colectivo: formaba parte de los antiguos Expedientes de Regulación de Empleo. Pero ahora se convierte, en ausencia de la autorización administrativa, en el único medio que tienen los trabajadores para la defensa de la plantilla ante la propuesta empresarial de despido colectivo.

La Exposición de Motivos del RDDC señala “su importancia de primer orden en la nueva regulación”, al tiempo que indica que su efectividad deberá conjugarse “con la necesaria celeridad y agilidad de los procedimientos demandados por las empresas”.

### 2.1. Ámbito de las consultas: global o por centros de trabajo

Un problema de partida importante se plantea en relación con el ámbito que deben tener las consultas para un despido colectivo: si éstas deben celebrarse con carácter global para toda la empresa o si cabe que se negocie separadamente por centros de trabajo.

El nuevo reglamento sigue el mismo planteamiento que su antecesor en el sentido de posibilitar tanto la negociación global como la fragmentaria por centro de trabajo. Ésta segunda opción queda plasmada en los arts. 6.2, 27.2 y 28.3 RDDC.

La cuestión problemática radica en que la jurisprudencia ha venido señalando que no es posible la negociación separada por centros de trabajo, siendo necesario que la empresa lleve a cabo una negociación global. Así, una resolución judicial tachó de *ultra vires* el reglamento anterior en este punto, por considerar que se vaciaba la fuerza de la negociación colectiva, apoyándose en los siguientes argumentos<sup>4</sup>:

<sup>4</sup> SAN núm. 90/2012, 25-7 (AS\2012\1674), FD 4º. Así se señala que el nuevo procedimiento exige una negociación global, lo que no ocurría con la situación a la que se refería el RD 801/2011, en donde la autorización administrativa podía contener pronunciamientos diversos: “debe tenerse en cuenta que la misma (la disposición reglamentaria 801/2011) se pensó para un procedimiento que culminaba con una decisión de la autoridad administrativa, a la que el citado reglamento habilitó para dictar resoluciones parcialmente estimatorias; es decir, podía autorizar despidos en unos centros de trabajo y no en otros (art. 14.4 y 15.2 RD 801/2011). Así, en el caso que nos ocupa, podría haber autorizado el despido en Álava y Vizcaya, y no en Navarra. Pero esta opción de autorización administrativa parcial no es trasladable a la resolución judicial que culmina el proceso de impugnación de despido colectivo”. Otras Sentencias posteriores que siguen este mismo criterio –si bien todavía en referencia al RD 801/2011– son: SAN núm. 137/2012, 16-11 (JUR\2012\369735), FD 3º y SAN núm. 142/2012, 21-11 (JUR\2012\384238), FD 3º. Vale la pena transcribir parte de lo sostenido en SAN núm. 137/2012: “De acuerdo con esta doctrina, la negociación por centros impuesta por la demandada, dando lugar a acuerdos indi-

Primero. La Directiva sobre despido colectivo<sup>5</sup> y el art. 51.2 ET no contemplan la posibilidad de parcelar el proceso de negociación por centros de trabajo.

Segundo. El art. 124 LJS considera un fallo unitario y no mixto: “la decisión empresarial sólo puede ser ajustada a Derecho, no ajustada a Derecho, o nula. En definitiva, el legislador sigue en la norma procesal su propia concepción unitaria y homogénea del despido colectivo tal como lo regula el art. 51 ET, que ha de recibir, por tanto, una solución judicial de la misma naturaleza”.

Tercero. El hecho de que sea la AN la que conozca de estos despidos cuando afectan a centros de varias Comunidades Autónomas, en lugar de haber optado por reglas competenciales ajustadas a cada centro de trabajo.

Cuarto. La salvaguarda de la impugnación por los trabajadores con carácter individual (es decir: de su derecho a la tutela judicial efectiva), ya que la sentencia dictada en un proceso de impugnación colectiva del despido posee efectos de cosa juzgada respecto a los procesos individuales.

El nuevo reglamento, como hemos indicado, mantiene un planteamiento similar por lo que debiera ser considerado *ultra vires* en este punto. De momento, no ha habido ningún pronunciamiento judicial que así lo haya declarado para la nueva norma, pero, aplicando la jurisprudencia anterior, ésta debiera ser la solución al problema. Resulta más protector que la negociación se haga de manera conjunta para toda la empresa, porque se trata de una reestructuración que, aun afectando a parte de la plantilla, tiene su repercusión en la totalidad de trabajadores de la misma. El art. 51.2 ET se refiere a un periodo de consultas con los representantes legales de la empresa y no por centros de trabajo. Y, lógicamente, mayor fuerza negociadora tendrán los trabajadores si realizan las consultas con carácter unitario, que si se hace fragmentariamente.

Esa declaración de *ultra vires* a que nos referimos exigiría un replanteamiento de los interlocutores del periodo de consultas, ya que siempre sería necesaria la constitución de una comisión negociadora para toda la empresa. Si en el convenio colectivo, existe la figura del Comité Intercentros, éste debe ser el órgano adecuado. En caso contrario, habría que pactar su constitución o el de una comisión negociadora *ad casum*, integrada por representantes de todos los

vidualizados tan sólo en algunos de ellos, en ciertos casos alcanzados con representantes unitarios y en otros con comisiones ad hoc, es contraria a lo dispuesto en el art. 51.2 ET, y por elementales razones de coherencia y convicción, la Sala debe mantener su criterio. Además, en este caso se observa con especial claridad hasta qué punto la tramitación de un despido colectivo por centros degrada las garantías para los trabajadores, puesto que convierte a los centros de trabajo en rivales entre sí, parcela y, consecuentemente, merma la fuerza negociadora de los representantes de los trabajadores, y hace de mayor debilidad a algunos afectados frente a otros”.

<sup>5</sup> Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE L 225/16, de 12 de agosto de 1998).

centros de trabajo, y no sólo de los afectados por el despido. Ésta debiera tener un número de representantes adecuado que posibilitara una negociación ágil.

En relación con la representación de trabajadores en aquellos centros que carezcan de representantes legales, se acude a la comisión “ad hoc”, similar a la prevista para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo. El reglamento se remite a lo previsto en el art. 41.4 ET, si bien detalla con precisión la constitución. Se ha planteado la cuestión de qué sucede si comunicado por la empresa la intención de celebrar periodo de consultas para un despido colectivo, el centro sin representación no la designa en el plazo que tiene señalado para ello. La doctrina entiende, y nosotros nos sumamos a esta opinión, que el periodo de consultas se tendrá por celebrado<sup>6</sup>. Así puede deducirse de lo indicado por la norma reglamentaria, cuando señala “que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento” (art. 26.4 *in fine* RDDC).

## 2.2. Desarrollo y duración del periodo de consultas

Otro de los aspectos llamativos de la nueva norma es la prolijidad con que detalla el número de reuniones que deben celebrarse durante el periodo de consultas. Éstas, como es sabido, tienen una duración general diversa en función del número de trabajadores de la empresa.

Ahora la norma detalla, como decimos, el calendario de reuniones<sup>7</sup>. Una regulación impositiva de este aspecto, creemos que merecería ser tachada también de *ultra vires*, ya que el art. 51.2 ET no detalla en absoluto estos pormenores y puede considerarse un atentado al derecho de negociación colectiva y a la libertad de las partes para reunirse cuándo lo vean oportuno. Pese a que se pueda considerar tuitiva de la posición de los trabajadores, en cuanto obligaría al empresario a tener que celebrarlas, no parece el mejor camino para un desarrollo de la negociación natural y fluido. La cuestión no va más allá porque, finalmente, el legislador opta por darle carácter dispositivo a la regula-

<sup>6</sup> Monereo Pérez entiende que, si no se designa ninguna comisión, “el trámite debe darse por evacuado y el empresario obrar en consecuencia, puesto que la falta de consultas no le es imputable” (cfr. *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2012, pg. 68). Coincide con él Blasco Pellicer, quien afirma que “las consultas no pueden celebrarse por lo que... el período debe ser amortizado, sin perjuicio de que la decisión final empresarial no pueda tener efecto hasta transcurridos treinta días desde la comunicación empresarial de inicio” (cfr. “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, en VVAA, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia 2012, pg. 173).

<sup>7</sup> La escasa regulación de las consultas fue criticada en su día por Navarro Nieto, F., *Los despidos colectivos*, Edit. Civitas y Junta de Andalucía, Madrid 1996, pg. 174.

ción, permitiendo que las partes se organicen como estimen mejor. De todos modos, la redacción del artículo puede inducir a una cierta confusión cuando dice que “a la apertura del periodo de consultas se fijará un calendario de reuniones a celebrar dentro del mismo, *que respetará lo establecido en este artículo*, si bien las partes podrán acordar de otra forma el número de reuniones e intervalos entre las mismas” (art. 7.2 RDDC).

Por otro lado, el legislador subraya la importancia de que las partes negocien de buena fe (arts. 51.2 ET y 7.1 RDDC). Es numerosa la jurisprudencia que ha declarado nulo el despido colectivo por considerar que ha faltado este aspecto en la negociación: bien porque se trataba de un grupo de empresas a efectos laborales, que se ocultaba tras una o dos empresas del grupo<sup>8</sup>, bien porque la empresa negoció separadamente con los trabajadores fuera de la comisión negociadora, bien porque la empresa planteó una única opción a negociar, sin admitir ningún tipo de planteamiento alternativo, etc. Por todas ellas, vale la pena citar lo que indica una resolución judicial, que, respecto a las consultas, señala que tiene que haber un verdadero proceso negociador “caracterizado por su dinámica de concesiones recíprocas o de construcción de soluciones y opciones consensuadas. Quien se acerca a la mesa de consultas de un expediente de regulación de empleo con una única posibilidad sobre la mesa, la suya, no negocia porque no intercambia valor alguno, ni efectúa concesiones, ni ofrece opciones. Sencillamente se limita a tratar de cumplir formalmente un trámite, el del periodo de consultas o de negociación, y tal comportamiento no constituye una negociación de buena fe, máxime cuando ni tan siquiera se ponen sobre la mesa los documentos contables legalmente exigidos para que la parte afectada pueda conocer las causas”<sup>9</sup>.

La agilidad que se quiere tenga el período de consultas aparece reflejada en que no hay que agotar los plazos si las partes alcanzan un acuerdo, por ejemplo, tras la primera reunión. Lo que no se entiende bien es que la terminación del periodo pueda tener lugar por decisión común de las partes, en cualquier momento, pese a que no hubieran alcanzado acuerdo y no hubiera concluido el

<sup>8</sup> La doctrina iuslaboralista ha prestado atención a la problemática de los grupos de empresas. Así, puede consultarse: Baz Rodríguez, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Edit. Comares, Granada 2002; Fernández López, M<sup>a</sup>. F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, en obra coordinada por ella misma, *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Edit. Trotta, Madrid 2004; y Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C., *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas. Una propuesta de reforma*, Edit. Comares, Granada 2002.

<sup>9</sup> STSJ Madrid 30-5-2012, núm. 415/2012 (AS\2012\1672), FD 2º. Otros ejemplos, en relación con los supuestos enumerados, pueden verse en SAN 26-7-2012 (Sentencia núm. 91/2012, AS\2012\1678), SAN 25-7-2012 (Sentencia núm. 90/2012, AS\2012\1674) y STSJ Cataluña 13-6-2012 (Sentencia núm. 15/2012, JUR\2012\257822).

plazo del periodo de consultas. Si, como el legislador ha mantenido insistentemente, éste es el elemento clave del procedimiento, sorprende ahora que las partes puedan decidir rehusar tenerlo; que es lo que parece dar a entender el legislador cuando dice: “Igualmente, las partes, de común acuerdo, podrán en cualquier momento dar por finalizado el período de consultas, por entender que no resulta posible alcanzar acuerdo alguno, debiendo comunicarlo expresamente a la autoridad laboral” (art. 7.6 RDDC). Se ha de entender, a nuestro juicio, que, al menos, habrá tenido que celebrarse una primera reunión para que esa terminación del periodo pueda aceptarse por la autoridad laboral.

### 2.3. Documentación a aportar y contenido del periodo de consultas

La documentación a aportar al inicio del periodo de consultas viene señalada tanto en el art. 51.2 ET como en el art. 3 RDDC. Son aspectos claros si bien algunos de ellos merecen ser comentados.

En primer lugar, el periodo previsto para la realización de los despidos debe estar determinado adecuadamente. Alguna resolución judicial señala que no basta con señalar simplemente el *dies a quo*<sup>10</sup>.

En segundo lugar, se exige claridad en los criterios empleados para identificar a los trabajadores que serán objeto de despido, si bien no se exige la relación nominal de los mismos. No cabe por ello un criterio genérico, como ha señalado la jurisprudencia<sup>11</sup>.

En tercer lugar, se plantea la duda de la importancia que debe darse al informe que debe emitir la representación legal de los trabajadores (art. 64.5.a) ET). Alguna resolución judicial<sup>12</sup> no lo considera motivo para la declaración de nulidad del despido colectivo pero el reglamento lo menciona expresamente en la documentación común a presentar (art. 3.3 RDDC).

La documentación específica, según la causa alegada, aparece descrita con carácter eminentemente técnico (arts. 4 y 5 RDDC). Resulta clara y entendemos que no merece más comentario.

<sup>10</sup> STSJ Madrid, 25-6-2012 (AS\2012\1773).

<sup>11</sup> V. STSJ Cataluña, 23-5-2012, FD 5º, y SAN 26-7-2012, FD 7º. Un ejemplo de tal criterio genérico, rechazado por la Sala, puede verse en la STSJ Madrid, 25-6-2012 (AS\2012\1773), en la que la empresa alega como tal “un criterio de idoneidad acorde con la estructura productiva y organizativa que requiere la empresa, criterio valorado a través de la cadena de mando” (FFDD 18º y 19º). Un criterio muy alejado del que puede verse en la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Navarra, 5-6-2012 (AS\2012\1673), en donde se exponen hasta ocho criterios de determinación, que van desde el absentismo hasta la autonomía, pasando por la disciplina, responsabilidad, iniciativa, cooperación, aprendizaje y habilidades.

<sup>12</sup> STSJ Galicia, 6-7-2012 (AS\2012\1677).

Si nos centramos ahora en el contenido del periodo de consultas, éste se concreta en las llamadas “medidas sociales de acompañamiento”, que descriptivamente se definen como “medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (art. 7.1 RDDC).

Hay que distinguir la recolocación interna de los trabajadores, que forma parte de esas medidas sociales, de la recolocación externa, que la llevan a cabo empresas de recolocación autorizadas. Éstas, las recolocaciones externas integran un Plan con ese mismo nombre, obligatorio para “las empresas que lleven a cabo un despido colectivo de más de cincuenta trabajadores” (art. 9 RDDC). Pero ello no impide que pueda ser materia del periodo de consultas de despidos colectivos que afecten a un número menor de trabajadores, si bien, en este caso, no tendrá el carácter obligatorio que tiene el Plan.

Cabe valorar positivamente la sustitución del Plan de acompañamiento social, a que se refería la norma reglamentaria anterior, por la división que hace ahora el RDDC entre “medidas sociales de acompañamiento” y “plan de recolocación externa”.

Es el art. 8 del RDDC el que ofrece una lista no cerrada de cuáles pueden ser esas medidas sociales de acompañamiento, distinguiendo dos bloques: medidas “para evitar o reducir los despidos” (art. 8.1 RDDC) y medidas “para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados” (art. 8.2 RDDC). De ahí que podamos concluir que las medidas tienen una doble misión: evitar el despido o buscar soluciones al despido ya inevitable.

Entre las primeras –medidas para evitar los despidos– encontramos todas las fórmulas relativas a lo que se ha dado en llamar “flexibilidad interna” en la empresa. Como novedad, la posible inaplicación o “descuelgue” de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, tal como permite el art. 82.3 ET.

Ya en un segundo bloque –medidas para atenuar los efectos del despido– encontramos las que citara el anterior reglamento, junto a la concesión al trabajador de un derecho de reingreso preferente si se producen vacantes del mismo o similar grupo profesional al suyo, que, quizás, deba entenderse con relación a cualquier grupo profesional, fuera o no el suyo, siempre y cuando dispusiera de la cualificación profesional necesaria. Desaparecen las medidas “para hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”, mencionadas en el anterior reglamento<sup>13</sup>. El nuevo procedimiento agiliza y evita afectar a todo lo que pueda referirse al modo de gestión empresarial.

Es muy probablemente éste –el art. 8 RDDC– un artículo de importancia capital en el periodo de consultas, ya que éstas deben ir encaminadas a reducir

<sup>13</sup> Art. 9.4 RD 801/2011.

los despidos y sus efectos. Las del primer bloque parecen más cercanas a las posibilidades de la empresa. Las del segundo bloque presentan mayor dificultad para su puesta en práctica. Una empresa en situación de crisis puede no ser capaz de organizar el reciclaje de sus trabajadores, salvo que lo externalice, lo cual conduce también a un coste económico que habrá de soportar. La letra e) relativa a las medidas compensatorias por gastos de movilidad geográfica parece una medida más propia del primer bloque que de este segundo. Alguna medida no resulta especialmente clara, como la mencionada en la letra d) (también del segundo bloque): “Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral o de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo”.

Respecto del plan de recolocación externa, obligatorio para aquellas empresas en los que el despido colectivo afecte, al menos, a cincuenta trabajadores, sólo subrayar que éste deberá llevarse a cabo por empresas de recolocación autorizadas, de las cuales trata la Ley de Empleo y un Reglamento propio<sup>14</sup>.

## 2.4. Sustitución del periodo de consultas

De manera parca, el art. 51.2 ET señala que “el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo”.

El reglamento se refiere a esta opción en el art. 28.4, que hace referencia, en particular, a los procedimientos de mediación o arbitraje “regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o de nivel autonómico”. Puede sorprender que, con la importancia dada por el

<sup>14</sup> V. arts. 20.2 y 21 bis Ley 56/2003, 16–12, Empleo. Art. 2.2 RD 1796/2010, 30–12, por el que se regulan las agencias de colocación: “Las empresas de recolocación son agencias de colocación especializadas en la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario general establecido con carácter general para las agencias de colocación”. Sobre dichas agencias, *in extenso*, v. el interesante estudio de Gala Durán, C., “Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, nº 56, octubre–diciembre 2011, pgs. 103–120.

legislador al periodo de consultas, se permita ahora, en cualquier momento, su sustitución por un sistema de composición externo. No es lo mismo, ciertamente, la mediación que el arbitraje. La figura del mediador casa mejor con una ayuda al periodo de consultas. La figura del árbitro elimina la negociación y deja en manos de un tercero la solución de la controversia. Parece acertada la ubicación que hace el RDDC de esta posibilidad al final del periodo de consultas, tras el intento de las partes por alcanzar un acuerdo. La norma señala, al igual que el ET, que “el procedimiento de mediación o arbitraje deberá desarrollarse dentro del plazo máximo de duración establecido para la consulta con los representantes de los trabajadores”. Lo que no queda claro es qué plazo va a tener el mediador o el árbitro en caso de que se hayan llevado a cabo con anterioridad unas consultas frustradas: ¿sólo dispondrá del resto del tiempo que quede por agotar? ¿O debe entenderse que comienza a computar de nuevo el periodo de consultas? Nos inclinamos por esta segunda opción, por la complejidad que tienen estos asuntos y, de este modo, dejar al árbitro –si es éste el procedimiento de composición elegido– un tiempo prudencial para poder estudiar con detenimiento la documentación disponible<sup>15</sup>.

### **3. FUNCIONES DE LA AUTORIDAD LABORAL Y DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**

La función a desempeñar por la autoridad laboral en este nuevo procedimiento cambia considerablemente respecto de la que tenía en el antiguo, en donde debía autorizar o denegar la solicitud empresarial de despido colectivo.

Ahora, tal como señala el art. 51.2 ET, se trata de velar por que el periodo de consultas se lleve a cabo de un modo adecuado. Y es aquí donde se centran las nuevas funciones de la autoridad laboral, que aparecen descritas en el artículo 10 RDDC. De lo que allí se expone cabe destacar lo siguiente:

Primero. Se prevé una comunicación fluida entre las partes que celebran las consultas y la autoridad laboral. Ésta puede realizar las advertencias y recomendaciones que estime convenientes, al tiempo que recibe también las observaciones que las partes le quieran hacer llegar. La autoridad laboral actúa como

<sup>15</sup> En sentido similar se pronuncia Monereo Pérez: “No se entiende por qué en estos supuestos se siguen imponiendo los plazos máximos, dado que las partes –por la complejidad de la situación– podrían acordar que el procedimiento autónomo se alargara más allá en el tiempo. Por otra parte, es posible que el plazo se encuentre ya muy avanzado y no exista el tiempo necesario para el desarrollo del procedimiento alternativo. Es por ello que puede entenderse que el plazo debería computar desde que se produce el acuerdo de acogerse a la mediación o al arbitraje, pues previamente puede que no ha existido un auténtico periodo de consulta–negociación” (cfr. *El despido colectivo...*, pg. 98).

tercero imparcial que canaliza todas las observaciones a ambas partes implicadas en el procedimiento. Pero lo que no debe olvidarse es que el legislador no quiere que el proceso se detenga porque pueda faltar alguna documentación legalmente establecida. Hay una opción preferencial por la agilidad y por la posibilidad de subsanar *a posteriori* lo que haya podido omitirse en un momento previo (art. 6.4 RDDC)<sup>16</sup>.

Segundo. Se le encomiendan a la autoridad laboral funciones de mediación, si las partes así lo solicitan, y de asistencia, en este caso con mayor libertad de actuación. Puede ser interesante traer aquí a colación lo que prevé la Directiva de despidos colectivos. En efecto, ésta señala que, durante el plazo que dura el procedimiento, la autoridad pública competente buscará soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados (art. 4.2). Parece ser una llamada a la intervención autónoma, que se identifica con esa asistencia a que se refiere el art. 10 RDDC. Es decir, el legislador español opta por un papel de ayuda por parte de la autoridad laboral, pero no impositivo de lo que finalmente las partes deben hacer. De ahí que la mediación se contemple sólo “a petición conjunta de las partes” (art. 10.3 RDDC). Para estas funciones de mediación y asistencia, la autoridad laboral podrá requerir la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por otro lado, y centrándonos ahora en la función de este último órgano, el reglamento le atribuye la elaboración de un informe sobre el contenido de la comunicación inicial del periodo de consultas y el desarrollo del mismo (art. 11.2 RDDC).

Se plantea la cuestión de cuándo debe emitirse el informe y qué papel juega hasta entonces la Inspección. La norma estatutaria no es especialmente clara, ya que, por un lado, señala que “recibida la comunicación (se refiere a la de inicio del periodo de consultas), la autoridad laboral... recabará, con carácter precep-

<sup>16</sup> Como observa Goerlich Peset, “ante un eventual desarrollo anómalo de las consultas, la autoridad laboral puede formular “advertencias y recomendaciones” al respecto (artículo 49 LISOS) como paso previo al ejercicio de las facultades sancionadoras si los incumplimientos se consolidaran malogrando las finalidades del periodo de consultas. Téngase en cuenta en este último sentido que no ha sufrido modificación alguna el artículo 7.7 LISOS que configura como infracción grave “la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos”. Es más, esta facultad de vigilancia se ha extendido a las medidas de acompañamiento impuestas legalmente (artículo 51.10 ET) o que hayan sido asumidas por el empresario en el marco del procedimiento: el nuevo artículo 8.14 LISOS configura como infracción muy grave su incumplimiento” (cfr. “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012: la culminación de una larga evolución”, en García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Edit. Lex Nova, Valladolid 2012, pg. 360).

tivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del periodo de consultas”. Y a continuación, afirma que “el informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas...” (art. 51.2). Por su parte, el reglamento señala que una vez que la autoridad laboral ha recibido la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo, “dará traslado de la misma a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social... a efectos de la emisión del preceptivo informe” (art. 11.1 RDDC). Luego se plantea la duda de cuándo comienza a intervenir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: si es en el momento final, cuando el empresario comunica su decisión a la autoridad laboral, o antes, durante el periodo de consultas.

A nuestro juicio, la forma de conciliar ambos preceptos la da el art. 6, apartados 3 y 4 RDDC: la autoridad laboral debe recabar el informe cuando se le comunica el inicio del periodo de consultas, dando traslado de la documentación que acompaña a dicha comunicación, lo que permite ya la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con su función de vigilancia y también de asesoramiento y mediación. Otra cosa distinta es cuándo debe emitir su informe, en cuyo caso hay que acudir bien al art. 51.2 ET bien al art. 11.2 RDDC, que señalan un plazo improrrogable de quince días desde la finalización del periodo de consultas y su consiguiente comunicación de término por el empresario a la autoridad laboral, tal como prescribe el art. 12.1 RDDC.

De este modo, durante el periodo de consultas, la Inspección de Trabajo debe comprobar también si el escrito de comunicación de inicio del procedimiento reúne los requisitos exigidos (documentación común, memoria explicativa y, en su caso, plan de recolocación externa); de no ser así, lo comunicará a la autoridad laboral para que lo advierta al empresario (art. 6.4 RDDC). Hay, de algún modo, una duplicidad de funciones, porque de esto también debe ocuparse la autoridad laboral. Quizás el legislador confíe más en la eficacia de la Inspección como instrumento de apoyo de dicha autoridad y por su mayor cercanía al escenario donde se desarrolla el periodo de consultas.

También durante este periodo deberá velar por que no se produzca fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo<sup>17</sup>. De apreciar tales vicios de consentimiento, no vemos objeción para que lo comunique a la autoridad laboral lo antes posible, sin necesidad de esperar a la confección del informe y sin perjuicio de que quede constancia también en éste. En relación

<sup>17</sup> No siempre la versión de la Inspección de Trabajo es aceptada por los Tribunales. Así, un ejemplo de rechazo de la misma en la que se ponía de relieve la inadecuación de las consultas en STSJ Galicia núm. 4389/2012, 19-7 (AS\2012\1888), FD 3º. La Sala entendió que no procedía esa apreciación, pues se había llevado a cabo la recolocación de trabajadores.

con un posible fraude consistente en la connivencia entre empresario y trabajadores para la obtención de prestaciones por desempleo, el reglamento señala que “así se hará constar en el informe, para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo” (art. 11.4 RDDC). De este modo, aunque no lo diga expresamente la norma, hay que entender que el informe emitido por la Inspección de Trabajo debe llegar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo. ¿En qué momento? Entendemos que una vez haya llegado a la autoridad laboral. Ésta deberá remitirlo a la entidad gestora de la prestación por desempleo y ésta se pronunciará –no indica la norma en qué plazo, pero se entiende que con la máxima celeridad posible– sobre el posible fraude, que podrá dar lugar a la impugnación del acuerdo por la autoridad laboral (art. 51.6 ET).

#### **4. FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y NOTIFICACIÓN DE LOS DESPIDOS**

El empresario debe comunicar a la autoridad laboral competente, en el plazo máximo de quince días desde la fecha de la última reunión del periodo de consultas, el resultado del mismo. Tanto si se ha alcanzado acuerdo como si no, debe proceder a dicha comunicación. Si hay acuerdo, remitirá copia del mismo. Si no lo hay, comunicará su decisión final a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, junto con las condiciones del despido (art. 12.1 RDDC). Transcurrido ese plazo sin que se haya producido la comunicación empresarial, el procedimiento de despido colectivo se entiende que ha caducado, lo que conllevará la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento (art. 12.4 RDDC).

La cuestión que se suscita en este momento es qué naturaleza tiene ese acuerdo que ha podido alcanzar el empresario con la comisión negociadora del despido colectivo. Siguiendo a un autor de la doctrina, lo podemos calificar de “pacto colectivo de reorganización”, que forma parte de la heterogénea categoría de los pactos o acuerdos colectivos de empresa. En ningún caso, puede ser calificado de convenio colectivo estatutario<sup>18</sup>.

En cuanto a la notificación de los despidos, ésta deberá hacerse de modo individual a los trabajadores afectados, siguiendo los requisitos formales establecidos para el despido objetivo (art. 14.1 RDDC). Alguna resolución judicial no considera necesario que el empresario justifique en la carta de despido los

<sup>18</sup> Monereo Pérez, J. L., *El despido colectivo...*, pgs. 78–79.

criterios de selección utilizados para seleccionar al trabajador, sin perjuicio de que éste pueda solicitarlos a la empresa<sup>19</sup>.

Tanto el art. 51.4 ET como el art. 14.2 RDDC señalan que “en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido”. Se trata de un plazo a respetar haya habido o no acuerdo en el periodo de consultas<sup>20</sup>. Se salvaguarda así que la autoridad laboral haya tenido ocasión de conocer el expediente y de recibir el informe de la Inspección de Trabajo así como la valoración, en su caso, de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.

Puede resultar un plazo excesivamente amplio si las consultas no han tenido lugar por entender las partes que no era posible alcanzar acuerdo alguno, o si el acuerdo se ha alcanzado al inicio del periodo de consultas. Entendemos que en tales casos podrían ser suficientes quince días desde la comunicación del empresario a la autoridad laboral de la finalización sin acuerdo de las consultas. En otros casos, el plazo puede resultar breve. Nos referimos al supuesto en que las consultas han tenido una duración de treinta días –al tener la empresa más de cincuenta trabajadores–. La autoridad laboral debe recibir el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Quizás debiera ampliarse en quince días, alcanzando así una duración total de cuarenta y cinco días. No obstante, es probable que el legislador desee imponer de nuevo la línea de la agilidad en la tramitación y permitir la comunicación de los despidos sin perjuicio de que la autoridad laboral pueda, posteriormente, impugnar el despido, en caso de fraude, dolo, coacción, abuso de derecho o falta de buena fe.

La Directiva de despidos colectivos parece también favorable a plazos más amplios. Así, señala que “en la medida en que el plazo inicial previsto (se refiere a los treinta días que median desde la comunicación de inicio de consultas hasta la fecha de notificación individual de despidos) sea inferior a sesenta días, los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de prorrogar el plazo inicial hasta sesenta días después de la notificación, cuando los problemas planteados por los despidos colectivos

<sup>19</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Navarra, 5–6–2012, que señala que “el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva que ampara a todo trabajador afectado por una decisión extintiva queda suficientemente salvaguardado con la posibilidad legal que tiene de solicitar la aportación como prueba de los criterios de valoración que se hubieran utilizado por la empresa, o el resultado de las encuestas de valoración de personal, y asimismo con la posibilidad de aportar al proceso indicios que pongan de manifiesto que la elección del trabajador que reclama está fundada en un trato discriminatorio o en la vulneración de cualquier derecho fundamental...” (FD 4º).

<sup>20</sup> No tiene carácter dispositivo (Cfr. Blasco Pellicer, A., *op. cit.*, pg. 177).

considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial” (art. 4.3). El legislador español ha hecho caso omiso de esta posibilidad<sup>21</sup>.

## **5. PARTICULARIDADES DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Quizás sea ésta una de las novedades más importantes en el nuevo reglamento, al desarrollar la DA 20<sup>a</sup> ET, introducida por la Ley 3/2012, que prevé claramente y sin ambages la posibilidad de que el personal laboral de una Administración Pública pueda verse afectado por un despido colectivo. Se zanja así cualquier tipo de duda, que había llegado a dar lugar a cierta discusión doctrinal sobre si era posible que se diera este despido en el ámbito de lo público<sup>22</sup>. Pues bien, el reglamento dedica su Título III a las “Normas específicas de los procedimientos de despido colectivo del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público”. Concretamente, se centra en lo que debe entenderse por Administración Pública, según el art. 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público. Será en estos órganos donde se producirán las especialidades, mientras que aquellos otros entes públicos que no se identifiquen de este modo con la Administración Pública seguirán el mismo procedimiento previsto para la empresa privada.

Nos limitaremos a algunas observaciones del procedimiento contenido en la norma:

Primero. En el contexto de las causas de despido, llama la atención que no aparece en el reglamento mencionada la causa productiva, que sí aparece en la DA 20<sup>a</sup> ET; muy probablemente porque se entiende que no es propia de una Administración Pública, cuya misión es el servicio público y actuar sin ánimo de lucro, pero que sí puede contemplarse en aquella otra parte de sector público que actúa con criterios empresariales.

Segundo. A la hora de computar el número de trabajadores necesarios para que resulte aplicable el procedimiento de despido colectivo, se tendrá en cuenta “la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente con arreglo al Estatuto de los Trabajadores o normativa dictada en su desarrollo” (art. 35.2 RDDC). No se considerará, por tanto, al personal funcionario.

Tercero. No se identifica la autoridad laboral a la que hay que comunicar la tramitación del despido. Ha de entenderse aplicable el art. 25 RDDC. Surge

<sup>21</sup> Muy crítico con el alejamiento de la normativa española respecto de la Directiva comunitaria se manifiesta Cabeza Pereiro, J., “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, n<sup>o</sup> 57, enero-marzo 2012, pgs. 188-193.

de este modo la duda de cuál sería dicha autoridad si el despido afecta al propio ente que ejerce de autoridad laboral.

Cuarto. Aparece un nuevo ente, que es el órgano de Función Pública, que cumple un papel supervisor y de autorización en los despidos colectivos. Se trata del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Supone un elemento extraño si comparamos este procedimiento con el propio de la empresa privada y si tenemos en cuenta que dicho órgano emite un informe vinculante para poder efectuar los despidos, lo que se traduce en una autorización administrativa, si bien la norma habla de “requisito”. Por otro lado, el informe se justifica como requisito de garantía en relación con “acuerdos, convenios, pactos o instrumentos similares de los que puedan derivarse costes u obligaciones en materia de personal a su servicio”. Su ausencia supondrá la nulidad del procedimiento (art. 47.1 RDDC). Parece claro que se pretende así un control sobre las indemnizaciones que se puedan pactar en el periodo de consultas.

Quinto. El plan de recolocación externa lo ha de llevar a cabo el Servicio Público de Empleo, ya sea estatal o autonómico, según el Ente a que se refiera el despido. Alguna opinión doctrinal ha criticado esta diferencia de trato respecto a los despidos colectivos en la empresa privada<sup>23</sup>.

Sexto. El despido colectivo en las Entidades Locales aparece más simplificado que en el resto de las Administraciones Públicas. No se menciona el informe vinculante del órgano de Función Pública (art. 48 RDDC). Muy probablemente, el legislador apunta a que sea en este ámbito donde mayores despidos colectivos se vayan a producir.

Séptimo. Nada se dice de la comunicación individual de los despidos. Se aplicará, por la remisión al procedimiento de despido colectivo en la empresa privada que el propio reglamento establece, el régimen del despido objetivo.

<sup>22</sup> A favor de la posibilidad de despidos colectivos en la Administración Pública: Cruz Villalón, J., “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, nº 49/2010, Edit. Bomarzo, pgs. 17–40. En contra, Gualda Alcalá, F. J., *La reforma del despido objetivo y colectivo en la Ley 35/2010. Análisis para la defensa del derecho a la estabilidad en el empleo*, Edit. Bomarzo, Albacete 2011, pgs. 105–117.

<sup>23</sup> Alamán Calabuig, M., y Rodríguez-Piñero Royo, M., critican lo que consideran “una diferencia de trato poco justificable entre sujetos públicos y privados. Que se excluya que los públicos acudan a agencias privadas de recolocación es criticable, sobre todo cuando los servicios públicos de empleo no han incluido estos servicios en sus actividades hasta hace muy poco; peor es el caso de las empresas privadas, a las que se obliga a asumir el coste de contratar unos servicios externos, generalmente elevados, sin que se les dé la opción de recibirlos de un servicio público” (cfr. “La regulación de los despidos colectivos. Primeros comentarios al RD 1483/2012”, artículo en prensa, facilitado por el autor, pg. 17).

Ahora bien, como ha sido puesto de relieve en la doctrina, puede ser de difícil ejecución la puesta a disposición de la indemnización que prevé el art. 53.1.b) ET<sup>24</sup>.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ESTAMOS ANTE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?

La cuestión merece una respuesta diversa según nos situemos en la empresa privada o en la Administración Pública.

En la primera, no lo es tal, porque no concluye con resolución administrativa alguna. Lo que sucede es que, pese a ello, la regulación es tan exhaustiva que recuerda el estilo propio de un procedimiento reglado. Baste pensar en la minuciosidad con que se describen las consultas, si bien, como también ha quedado expuesto, esta regulación tiene carácter dispositivo. El procedimiento, como decimos, está enormemente estructurado. Hasta tal punto que el legislador fija un plazo de caducidad de quince días si el empresario no comunica a la autoridad laboral su decisión final de despido colectivo una vez haya tenido lugar la última reunión del período de consultas (art. 12.4 RDDC). En la doctrina, también se ha manifestado una cierta perplejidad ante el resultado final<sup>25</sup>.

En cuanto a los despidos colectivos en el ámbito de la Administración Pública, resulta a la postre una cuestión tautológica, ya que es la propia Admi-

<sup>24</sup> Así lo observa De Soto Rioja, S.: “En sus consecuencias últimas, es decir, en la formalización de la necesaria notificación individual de cada despido, esta remisión en bloque a los postulados del despido objetivo sin mayor matización también genera grandes y graves problemas de efectividad. En especial, respecto de los requisitos establecidos en el artículo 53 ET sobre puesta a disposición simultánea de la indemnización, pues se convierte en la práctica en un elemento de casi imposible cumplimiento salvo que se acepte como algo natural un incremento notable de los costes. Bien por el retraso que conllevará la materialización de la medida, bien por las más que probables condenas por despido improcedente que a buen seguro se producirán a poco que se materialicen los inevitables retrasos en el pago y siga aplicándose la doctrina judicial consolidada en la materia. Piénsese en la necesidad de autorización y de tramitación administrativa que conlleva el libramiento de toda clase de fondos públicos, además de su necesaria consignación presupuestaria” (cfr. *La reestructuración del empleo en el sector público. La difícil armonización de los postulados del Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo y los imperativos de naturaleza económica*, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, Huelva 2012, pgs. 86–87).

<sup>25</sup> Desdentado Bonete lo califica de “curioso procedimiento administrativo que no termina con un acto administrativo de resolución” (cfr. “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos aspectos sustantivos y procesales (1)”, *Actualidad Laboral*, nº 17–18, octubre 2012, pg. 1797).

nistración la que procede a llevar a cabo los despidos<sup>26</sup>. De ahí que siga un procedimiento administrativo interno, que tiene como peculiaridad fundamental que éstos pueden requerir, en determinados casos, el informe vinculante del órgano de Función Pública, que se asemejaría a un acto administrativo de autorización dentro del propio procedimiento.

<sup>26</sup> Alamán Calabuig, M., y Rodríguez-Piñero Royo, M., *op. cit.*, pg. 16.

# EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: SU INCIDENCIA SOBRE LA CONTENCIÓN DEL GASTO PÚBLICO Y EL AUMENTO DE LA PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Incapacidad temporal, fraude, control público, mutuas, control empresarial, absentismo**

Durante la situación de incapacidad temporal, el trabajador es protegido en tres planos distintos: el económico, con el pertinente subsidio de Seguridad Social; el psicofísico, mediante la dispensa de la prestación de asistencia sanitaria; y el laboral, a través de la suspensión del contrato de trabajo, acompañada del pertinente mantenimiento del vínculo jurídico y de la reserva del puesto. Esta triple realidad tuitiva no debe hacer olvidar que el legislador, en los últimos años, se ha esforzado por alcanzar un control eficaz de las bajas médicas como instrumento idóneo para la contención del gasto público y para la mejora de los estándares de productividad empresarial frente a posibles conductas sospechosas de abuso o fraude, idea que cobra singular relevancia en los momentos actuales donde la grave crisis económica condiciona la dimensión cuantitativa de la financiación presupuestaria de esta contingencia. Parece haber quedado, sin embargo, relegado a un segundo plano el hecho de que la incapacidad temporal conlleva, en realidad, un proceso patológico de intensidad suficiente como para imposibilitar la realización del trabajo, lo cual ocasiona, a su vez, la pérdida del salario, a cuya sustitución se dirige la correspondiente actuación de la Seguridad Social.

## ABSTRACT

**Key words: temporary disability, fraud, public control, Cooperative insurance societies for occupational accidents and professional illnesses, missing work.**

During the situation of temporary disability, the worker is protected in three different planes: the economic one, with the pertinent subsidy of National Health Service; the psychophysical one, given by sanitary assistance; and the labour one, across the suspension of the contract, accompanied of the reservation of the position in the work. This triple reality must not make forget that the legislator, in the last years, has tried to obtain an effective control of the medical falls as best instrument to reduce of the public expenditure and to improve the productivity of the companies, trying to end with possible conducts of abuse or fraud, especially important desire in times of economic. Although it seems to have stayed in the background that the temporary disability supposes, actually, a pathological process of sufficient intensity as to prevent from carrying out the work, which causes the loss of the salary, replaced for the National Health Service.

**ÍNDICE**

1. LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS: LA SOSPECHA DE FRAUDE
2. LA GESTIÓN DEL SUBSIDIO
  - 2.1. La intervención de la Entidad Gestora
  - 2.2. El papel de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social
3. El control de la incapacidad temporal desde el punto de vista SANITARIO
  - 3.1. Principales deficiencias
  - 3.2. Medidas de refuerzo para la contención del gasto
4. LA ESCASA INCIDENCIA DE LOS CONTROLES PÚBLICOS SOBRE LA ESFERA DE LA PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL
  - 4.1. Procedimiento administrativo de revisión del alta médica emitida por las Entidades Colaboradoras
  - 4.2. Procedimiento administrativo de disconformidad del alta médica expedida por la Entidad Gestora
5. PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN
6. LA VIGILANCIA POR EL EMPRESARIO DE LA ENFERMEDAD: POSIBILIDADES Y LÍMITES
  - 6.1. La obligación del trabajador de someterse a los exámenes médicos propuestos por la empresa
  - 6.2. Consecuencias disciplinarias
  - 6.3. Despido objetivo
    - 6.3.1. Por ineptitud
    - 6.3.1. Por "absentismo"
7. TUTELA PREVENTIVA DE LA SALUD
8. CONCLUSIONES

## **1. LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS: LA SOSPECHA DE FRAUDE**

De todos es conocido cómo dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social ocupa un lugar primero y principal la prestación en la situación de incapacidad temporal, cuya finalidad es doble: otorgar asistencia sanitaria y sustituir rentas cuando el trabajador pierde transitoriamente su capacidad profesional (art. 128 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social –LGSS–). La realidad que protege la Seguridad Social, en este caso, no es sólo la alteración de la salud, sino también la pérdida temporal de ingresos que como consecuencia de la misma puede sufrir quien vive de su trabajo, de suerte que si afecta a un trabajador asalariado constituye causa de suspensión del contrato con reserva de puesto<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Martín Valverde, A. y García Murcia, J.: "Concepto de incapacidad temporal (I)", *Nuevos clásicos, Aranzadi*, junio 2008, (BIB 2008/3306), pág. 1.

Esta prestación ha sido objeto de múltiples reformas legislativas que han afectado a importantes aspectos de su régimen jurídico, desde su denominación, pasando por su duración y cuantía, hasta su gestión y control. Es más, la regulación de la incapacidad temporal constituye uno de los aspectos por los que viene pasando necesariamente cualquier modificación del Derecho de la Seguridad Social en los últimos años.

Así, y sin ánimo exhaustivo, cabe recordar que<sup>2</sup>:

- 1º Las viejas y nunca pacíficas contingencias de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional fueron reformadas por la Ley 42/1994, de 31 de diciembre, la cual procedió a dar una nueva denominación a la primera (incapacidad temporal), suprimiendo formalmente la segunda, y sustituyéndola por una prórroga con efectos económicos hasta la posible calificación de invalidez permanente.
- 2º La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, estableció una competencia compartida entre los médicos del Servicio Público de Salud y los facultativos del Instituto Nacional de Seguridad Social, introduciendo un nuevo apartado en el número 1 del art. 131 *bis* LGSS, a partir del cual se permitía a los segundos expedir el parte de alta médica, sin perjuicio de poder seguir recibiendo la correspondiente asistencia sanitaria, competencia que se extendió a los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y a los facultativos adscritos al Instituto Social de la Marina (ISM)<sup>3</sup>.
- 3º La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, modificó la entonces vigente Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, para tipificar como incumplimiento grave el hecho de no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por la Entidad Gestora, así como no presentar ante la misma los antecedentes, justificantes o datos requeridos.
- 4º La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, centró su atención en la novación de las condiciones de extinción de la prestación económica, introduciendo, al tiempo, un nuevo apartado primero en el art. 131.3 *bis* LGSS, en el cual se recogía la obligación de cotizar durante la situación de incapacidad temporal, con la pretensión de proporcionar solución a las

<sup>2</sup> Sala Franco, T.: “La incapacidad temporal: visión crítica de su actual régimen jurídico”, en AA.VV (Monereo Pérez, J.L. *et alli*, Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, 2008, págs. 795 y ss.

<sup>3</sup> Carrero Domínguez, C. y Quintero Lima, M.G.: “La gestión de las enfermedades profesionales por las Mutuas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales”, en AA.VV (Mercader Uguina, J.R., Coord.): *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid, 2007, pág. 399.

posibles lagunas surgidas mientras estaba pendiente la declaración de incapacidad permanente.

- 5° La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, procedió a la supresión de la segunda prórroga de la incapacidad temporal, atribuyendo al INSS la facultad de determinar los efectos que deberían producirse una vez agotado el plazo de doce meses, pudiendo expedir el alta a los exclusivos efectos económicos.
- 6° La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó nuevamente la regulación del subsidio de incapacidad temporal con el fin de que el alta expedida en el duodécimo mes pudiese extender sus efectos conjuntamente al ámbito laboral y al de la protección social, tratando así de evitar la inseguridad jurídica provocada por la disparidad de diagnósticos entre los Servicios de Salud y el INSS.
- 7° La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, ha introducido dos novedades en el panorama descrito: de un lado, el cómputo de la duración de la prestación pasa a realizarse en días (antes se efectuaba en meses); de otro, se añade una nueva causa de alta, cual es la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS en los casos de trabajadores sin derecho a subsidio<sup>4</sup>.
- 8° La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, establece que hasta el cumplimiento de los 365 días de los procesos de incapacidad temporal, los Inspectores del INSS o del ISM, tendrán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir el alta médica a todos los efectos –y no sólo a los de la prestación económica–. Se adelantan, pues, a los 365 primeros días las facultades de la Entidad Gestora para dar de alta al trabajador por encima de la actuación del médico del Sistema de salud y sin intervención alguna de la Inspección Sanitaria a la que sule en esta actuación<sup>5</sup>. Y cuando el alta haya sido evacuada por el INSS o el ISM, estos órganos serán los únicos competentes para, a través de sus propios facultativos, emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquélla se produce en un plazo de los 180 días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología. A tal efecto, la Secretaría de Estado para la Segu-

<sup>4</sup> García-Atance, J.M.: “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, págs. 13 y ss.

<sup>5</sup> López Gandía, J.: “La reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca”, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pág. 252.

ridad Social a propuesta del INSS, y mediante resolución publicada en el BOE, debería determinar la fecha a partir de la cual se asumirían estas funciones, circunstancia que ha tenido lugar por Resolución de 22 de noviembre de 2010, entrando en vigor el día 26 del mismo mes y del mismo año<sup>6</sup>.

- 9º La disposición adicional 14ª Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, recoge la necesidad de que el Gobierno, con la participación de los agentes sociales, proceda a abordar una reforma del marco normativo de aplicación a las Mutuas, con el fin, entre otros aspectos, de garantizar su función de entidades colaboradoras respecto a la protección de los derechos de los trabajadores en el ámbito de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o de la correspondiente al cese de actividad de trabajadores autónomos. Desaparece, sin embargo, la previsión que incorporaba el Proyecto de Ley sobre la posibilidad de que las Mutuas y el INSS desarrollen programas y criterios de colaboración a fin de controlar más eficazmente los costes empresariales derivados de los procesos de incapacidad temporal de duración inferior a 15 días.
- 10º La disposición adicional 4ª Ley 3/2012, de 6 de julio, habilita al Gobierno para que, previa consulta con los interlocutores sociales, estudie en un plazo de tres meses la modificación del régimen jurídico de las Mutuas en aras a una “más eficaz gestión de la incapacidad temporal”.
- 11º En fin, toda esta complejidad legislativa se llevado a cabo, además, manteniéndose la ordenación reglamentaria procedente del desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966, en particular el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y la Orden de 13 de octubre de 1967, los cuales conviven con todo un elenco de normas infralegales posteriores de distinto alcance, entre las cuales cabe mencionar el Decreto 1646/1972, de 23 de junio; el RD 53/1980, de 11 de enero; el RD 575/1997, de 18 de abril (modificado por el RD 1117/1998, de 5 de junio), o la Orden de 12 de febrero de 2004. Más próximo en el tiempo, es menester hacer mención al RD 1430/2009, de 11 de septiembre, en virtud del cual se regulan los procedimientos a seguir, de una parte, en el supuesto de disconformidad del interesado en relación con las altas

<sup>6</sup> Olarte Encabo, S.: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2012, BIB 2010/3242, pág. 12.

expedidas por los Servicios correspondientes del INSS en aquellos procesos que hayan alcanzado los doce meses de duración, y, de otra, cuando se trate de revisar, a instancias del beneficiario, las altas médicas expedidas por las Mutuas<sup>7</sup>.

Desde tales premisas y a la luz de esta evolución normativa, el panorama no puede ser más desalentador al coexistir en su aplicación un elenco de normas, legales y reglamentarias, aparecidas en cascada a lo largo de los últimos cuarenta años, no en vano la regulación vigente más antigua data de hace casi cuarenta años (Orden de 17 de octubre de 1967). Algunas de estas disposiciones han sido semiderogadas, otras muchas reinterpretadas y no pocas resultan obsoletas. Es hartó preocupante, además, la existencia de importantes lagunas o carencias, sólo cubiertas eventualmente por la negociación colectiva, por el contrato individual de trabajo, por la propia tolerancia empresarial o por la jurisprudencia, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, con las visitas al médico que no causan baja o con las suspensiones contractuales derivadas de intervenciones quirúrgicas no cubiertas por la Seguridad Social (curas de adelgazamiento, cirugía estética<sup>8</sup>, desintoxicaciones...). En el peor de los casos, las insuficiencias han sido totalmente olvidadas, conforme ocurre con las situaciones de incapacidad temporal fruto de enfermedades mentales, marcadas por un cúmulo ingente de especialidades capaces de aconsejar, en múltiples ocasiones –y sobre todo a efectos de asistencia sanitaria–, un tratamiento separado del patrón común<sup>9</sup>.

Este preocupante diagnóstico no debe hacer olvidar que el hilo conductor de las sucesivas intervenciones del legislador ha sido el de reducir las bajas de complacencia, que tanta repercusión negativa provocan sobre el dinero público y sobre los estándares de productividad empresarial, idea que cobra singular relevancia en los momentos actuales donde la grave y global crisis económica condiciona la dimensión cuantitativa de la financiación presupuestaria de la

<sup>7</sup> Panizo Robles, J.A.: “Un nuevo paso en el control de la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 320, 2009, págs. 35 y ss.

<sup>8</sup> La STS 21 febrero 2012 (rec. 769/2011) ha entendido que la cirugía puramente estética, asumida de forma voluntaria y que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, no sólo se encuentra excluida del sistema de sanidad pública, sin recibir por lo tanto atención sanitaria de la Seguridad Social, sino que tampoco genera el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo.

<sup>9</sup> Burgos Giner, M.A.: “El control de la incapacidad temporal”, en AA.VV. (Ojeda Avilés, A., Coord.): *La incapacidad temporal*, Pamplona, 1996, págs. 187 y ss.

incapacidad temporal. Ahora bien, detrás de tal objetivo no debe subyacer únicamente la premisa del fraude, sino que se debe encontrar un justo equilibrio entre la salvaguarda del derecho a la salud de los trabajadores y la imposibilidad de prestar cobertura a situaciones que no son merecedoras de protección<sup>10</sup>.

## 2. LA GESTIÓN DEL SUBSIDIO

El anterior esbozo normativo muestra un panorama harto enrarecido, dentro del cual cobran significativa relevancia las mutaciones obradas en el tradicional reparto de papeles entre el área sanitaria y el área de gestión económica que se ocupan de la incapacidad temporal, adquiriendo un peso especial la segunda en detrimento de la primera, máxime si se tiene en cuenta que, en España, la media constante de trabajadores afiliados que se encuentra en situación de incapacidad temporal ha llegado a ascender al 6,2 por 100<sup>11</sup>.

Esta premisa no debe hacer soslayar, sin embargo, que el subsidio está directamente relacionado con la atención médica, hasta el punto de que esta última constituye presupuesto imprescindible para la existencia del hecho causante de aquél. De ello no parece ser consciente, muchas veces, el legislador, centrado obsesivamente en mantener un permanente control público de la prestación económica a través de la intervención de la Entidad Gestora y dejando relegada la participación de los facultativos del Sistema Público de Salud a una mera tarea burocrática sin demasiadas garantías clínicas, capaz de desvirtuar su sentido primigenio como juicio individualizado y exhaustivo sobre la situación patológica y su entidad<sup>12</sup>.

### 2.1. La intervención de la Entidad Gestora

La preocupación por la necesidad de corregir y frenar las causas de fraude, que se recogía en la Recomendación decimotercera del Pacto de Toledo, es la

<sup>10</sup> González Del Río, J.M.: “Competencias del INSS”, en AA.VV (Sempere Navarro, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid, 2011, pág. 150.

<sup>11</sup> Fernández-Costales Muñiz, J.: “Breves consideraciones en torno a la incapacidad temporal y sus mecanismos de control en el marco de su continua e interminable reforma”, *Revista Técnico Laboral*, núm. 120, 2009, pág. 168.

<sup>12</sup> Dueñas Herrero, L.J.: “Contingencia y prestación por incapacidad temporal”, en AA.VV (Blanco Martín, A., Coord.): *Las incapacidades laborales: un punto de vista práctico*, Valladolid, 2002, págs. 31 y ss.

que ha inspirado gran número de intervenciones normativas en el control de la prestación aquí analizada, sobre las cuales procede insistir en este momento<sup>13</sup>:

1º Hasta la reforma de 2006, las funciones de seguimiento del subsidio pasaron por las dos siguientes circunstancias: de un lado, la posibilidad de que las entidades responsables del pago pudieran someter a los beneficiarios a reconocimientos médicos y, como consecuencia de ello, remitir a los Servicios de Salud las propuestas de alta; de otro, la facultad del INSS de expedir altas médicas, a los exclusivos efectos económicos de la prestación, que precisaban la conformidad, expresa o tácita, de los Servicios de Salud<sup>14</sup>.

2º Con posterioridad, se ampliaron considerablemente las prerrogativas de la Entidad encargada del abono de la prestación en detrimento de las que venían ejerciendo tradicionalmente los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas –e, incluso, las Mutuas–, pues, si bien se mantuvo la duración de la prestación en doce meses, prorrogables por otros seis, cuando se presumiera que durante ellos el trabajador podía ser dado de alta por curación, sin embargo se alteraron las facultades de emisión de bajas, pasando a residenciarse en el INSS a través de los Equipos de Valoración de la Incapacidad (EVI). Tal iniciativa se atribuyó, además, y con un alcance general, de modo que la actuación de la Entidad Gestora no quedaba limitada a los procesos sobre los que tenía responsabilidad directa en el pago, sino que afectaba también a los correspondientes a trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial del Mar o a aquéllos gestionados por las Mutuas, y todo ello cualquiera que fuese el origen de la contingencia, común o profesional<sup>15</sup>.

3º En el año 2007 se da nueva redacción al apartado 1 del art. 128 LGSS, estableciendo un cauce de verificación más exhaustivo que pasa por varias fases<sup>16</sup>:

A) Una vez superado el período de doce meses (ahora 365 días) en la situación de incapacidad temporal, el INSS es la única entidad competente para poder adoptar las resoluciones siguientes: a) acordar la prórroga expresa de la incapacidad temporal con un límite de seis meses más (180 días); b) determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente; c) emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se

<sup>13</sup> Rodríguez Escanciano, S.: “La gestión de la incapacidad: el papel de las Mutuas”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 8, 2007, págs. 56 y ss.

<sup>14</sup> García Ninet, J.I.: “La incapacidad temporal”, en AA.VV (Ojeda Avilés, A., Coord.): *La incapacidad temporal*, Pamplona, 1996, págs. 13 y ss.

<sup>15</sup> Fernández Domínguez, J.J. y Fernández Fernández, R.: *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las Mutuas*, Valencia, 2007, pág. 37.

<sup>16</sup> Cardenal Carro, M.: “De nuevo retocando la regulación de la incapacidad temporal”, en AA.VV (Monereo Pérez, J.L. et alii, Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, 2008, págs. 823 y ss.

produzca en el espacio de seis meses (180 días) posterior a una posible alta médica por la misma o similar patología; o d) expedir el alta, lo cual ya no va a tener sólo efectos en el ámbito de la prestación económica de la Seguridad Social, sino también en la propia situación laboral, provocando la finalización de la suspensión del contrato de trabajo y, como consecuencia de ello, generando la obligación del trabajador de reanudar su actividad productiva.

Conviene introducir, no obstante, una matización, pues, tras el agotamiento del período máximo de 545 días en situación de incapacidad temporal, si el trabajador continua necesitando asistencia sanitaria y sigue impedido para el trabajo, se ha de examinar su estado, a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda, abonándole las prestaciones de incapacidad temporal hasta su calificación, aun cuando se declare que su estado no es constitutivo de incapacidad permanente<sup>17</sup>.

B) A partir del día siguiente a aquél en el que la Entidad Gestora competente haya dictado resolución declaratoria de la prórroga o de inicio de un expediente de incapacidad permanente, queda suprimido el régimen de colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación. Conviene matizar, empero, que el art. 2 RD 1430/2009 establece unos supuestos especiales en los cuales, a pesar de que el proceso de incapacidad temporal haya alcanzado los doce meses de duración (365 días), se mantiene el pago por parte de la empresa, bien hasta la extinción de la situación de incapacidad temporal, bien hasta la calificación de la incapacidad permanente, como es el caso de las empresas autorizadas para colaborar voluntariamente en la gestión de aquélla y el de las Corporaciones Locales respecto del personal al que vinieran reconociendo y abonando la prestación aquí analizada.

C) Cuando el proceso de incapacidad temporal provenga de contingencia profesional, y su cobertura se hubiera realizado con una Mutua, ésta ha de efectuar ante el INSS o ISM, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos anteriormente señalados, considerándose aceptada por la Entidad Gestora si esta última no manifiesta en contrario su parecer en el plazo de los 5 días naturales siguientes a su recepción<sup>18</sup>.

D) Expedida el alta médica, el interesado puede aquietarse a la misma (desplegando entonces plenos efectos laborales) o, por el contrario, mostrar expresamente su disconformidad, en el plazo máximo e improrrogable de 4 días naturales, ante la Inspección Médica –u órgano equivalente del Servicio

<sup>17</sup> SSTS, Social, 27 septiembre 2005 (RJ 8316), 23 noviembre 2012 (RJ 2012, 150) y 23 mayo 2012 (rec. 2405/2011), comentadas por Morales Vallez, C.E.: “El subsidio de incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012, (BIB 2012/2776), pág. 5.

<sup>18</sup> Sempere Navarro, A.V.: *Régimen jurídico de las Mutuas patronales*, Madrid, 1986, pág. 206.

Público de Salud–, la cual, a su vez, puede: a) ratificar, dentro del espacio de los 11 días naturales siguientes a la fecha de la expedición de la resolución inicial de la Entidad Gestora, la decisión de esta última; b) no emitir, dentro del lapso indicado, pronunciamiento alguno, en cuyo supuesto la resolución de la Entidad Gestora extingue la situación de incapacidad temporal a los efectos laborales y de Seguridad Social; c) manifestar razonadamente la disconformidad con la actuación del INSS y proponer la modificación de la actuación adoptada, en cuyo caso este organismo, en el plazo de los 7 días naturales siguientes, puede reconsiderar el alta médica inicialmente expedida y reconocer al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos o, por el contrario, confirmar su previa decisión prorrogando la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la resolución definitiva (art. 3 RD 1430/2009)<sup>19</sup>.

Intervienen, por tanto, tres actores<sup>20</sup>: a) el propio trabajador, a quien le corresponde manifestar su oposición ante los Entes encargados de velar por la asistencia sanitaria; b) el sujeto que ha expedido el alta (la Entidad Gestora responsable del pago de la prestación) y contra cuya actuación se formula el incidente de disconformidad; y c) la Inspección Médica u órgano equivalente del correspondiente Servicio Autonómico de Salud, en tanto destinataria de la oposición por parte del empleado, y quien deberá manifestar su apoyo, expreso o tácito, o su rechazo a la actuación del INSS. La empresa, sin embargo, carece de presencia activa en este procedimiento pese a su colaboración obligatoria en el ámbito de la incapacidad temporal, más allá de las comunicaciones que se le hayan efectuado respecto del inicio del mismo o de la resolución adoptada. De igual modo, las Mutuas no ostentan legitimación para impugnar el alta emitida por el INSS.

4º En fin, tras la reforma introducida por la Ley 35/2010, el INSS a través de sus propios médicos puede, bien expedir bajas, en los 365 días primeros de la incapacidad temporal, cuando la baja médica se produzca en el plazo de los 180 días siguientes al alta médica emitida por la Entidad Gestora y se trate de la misma o similar patología; bien expedir partes de alta durante los 365 primeros días, a través de los Inspectores médicos adscritos –al INSS o al ISM– ejerciendo las mismas competencias que la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efectos; o bien, después de 365 días, reconocer la situación de prórroga expresa con el límite de 180 días

<sup>19</sup> Fernández Orrico, F.J.: “Cinco nuevos aspectos de aplicación en la incapacidad temporal y la enfermedad profesional incorporados por Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre”, *Aranzadi Social*, núm. 16, 2010, págs. 55 y ss.

<sup>20</sup> Velázquez Fernández, M.: *Impacto laboral del estrés*, Bilbao, 2005, págs. 90-91.

más, determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o emitir un parte de alta médica<sup>21</sup>.

Se otorgan, por tanto, competencias al INSS, de forma exclusiva, para expedir los partes de alta médica y baja médica a todos los efectos después de los 365 primeros días de incapacidad temporal, y, como novedad, en forma compartida con la Inspección Médica del Servicio Público de Salud durante los 365 primeros días<sup>22</sup>.

En coherencia con esta reforma que refuerza el control del INSS, se adiciona un párrafo tercero a la disposición adicional cuadragésima LGSS conforme al cual la Inspección médica de los Servicios Públicos de Salud podrá solicitar la remisión de los datos médicos necesarios para el ejercicio de sus competencias, que obren en poder de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

## **2.2. El papel de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social**

Configuradas normativamente como “las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo que, con tal denominación, se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social” (art. 68 LGSS), las Mutuas, singularmente a partir del año 1994, han ido adquiriendo una presencia importante en la gestión de la incapacidad temporal no sólo por contingencias profesionales, sino también por contingencias comunes<sup>23</sup>.

Quedan equiparadas, por cuanto aquí interesa, con las Entidades Gestoras, si bien con las siguientes limitaciones: a) No están facultadas para expedir altas médicas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes; b) Tras el transcurso de los doce meses (365 días) del correspondiente proceso de incapacidad temporal, el control médico-administrativo del mismo corresponde en exclusiva al INSS en los términos anteriormente indicados; c) Este organismo está facultado para determinar la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal aunque la gestión del correspondiente

<sup>21</sup> Olarte Encabo, S.: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, cit., págs. 3 y 4.

<sup>22</sup> Tortuero Plaza, J.L. y Moreno Romero, F.: “Un nuevo y definitivo giro en la reforma de la incapacidad temporal”; *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2010, págs. 211 y ss.

<sup>23</sup> Virolés Piñol, R.M.: “Colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo en la gestión de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, 1997, T. III, págs. 1079 y ss.

proceso sea competencia de la Mutua; d) Las Entidades Colaboradoras no pueden adoptar medidas cautelares, entre las que se encuentra la suspensión en el abono de la prestación, cuando haya un incumplimiento por parte del beneficiario de presentar, en los plazos establecidos, las declaraciones, documentos o justificantes de la situación y tampoco pueden sancionar las conductas indebidas o fraudulentas de los perceptores de prestaciones por incapacidad temporal<sup>24</sup>.

Si la enfermedad es de origen profesional, corresponde a la Mutua la declaración de la situación de incapacidad temporal y el cese de la misma. En todo caso y de conformidad con el art. 4 RD 1430/2009, las altas que expidan estas Entidades Colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales pueden ser revisadas, a instancias del interesado, ante el INSS, quedando excluidas solamente aquéllas expedidas una vez que la incapacidad temporal haya sobrepasado los doce meses (365 días), cuya competencia corresponde en exclusiva al INSS.

En cambio, la determinación de la alteración de la salud con efecto incapacitante corresponde al facultativo de los Servicios Públicos mediante la expedición del parte de baja si ésta deriva de enfermedad común; ni la Mutua ni el INSS disponen de facultades para determinar el nacimiento de la contingencia desde la órbita sanitaria, quedando escindidas, una vez más, la valoración jurídico-clínica, atribuida a los Servicios Públicos de Salud, y la determinación jurídico-prestacional, que corresponde al INSS o a la Mutua si la empresa ha formalizado con ella la cobertura de esta prestación<sup>25</sup>. Lo que sí puede hacer el INSS es emitir el alta.

En fin, tras la Ley 35/2010, las Mutuas asumirán a su cargo, sin perjuicio del posible resarcimiento posterior por los Servicios de Salud o por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, “el coste originado por la realización de pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral por contingencias comunes” (disposición adicional quinquagésimo primera LGSS)<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Llorente Álvarez, A.: “Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social”, en AA.VV (Hierro Hierro, F.J., Coord.): *Diccionario de la Seguridad Social*, Pamplona, 2006, págs. 467 y ss.

<sup>25</sup> Sempere Navarro, A.V.: “Colaboración en la gestión”, en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, 2006, pág. 676.

<sup>26</sup> Olarte Encabo, S.: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, cit., pág. 12.

Sea como fuere, toda esta regulación debe considerarse provisional, pues, como ya consta, la disposición adicional 4ª Ley 3/2012 habilita al Gobierno para que, previa consulta a los interlocutores sociales, estudie la modificación del régimen jurídico de las Mutuas en aras a una gestión más eficaz de la incapacidad temporal.

### **3. EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DESDE EL PUNTO DE VISTA SANITARIO**

Si algo ha quedado claro en los epígrafes precedentes es que la complejidad del sistema regulador de la situación aquí analizada es consecuencia inmediata de sus incesantes reformas, singularmente significativas en cuanto a la gestión y control de la prestación sobre la cual viene girando tradicionalmente una sospecha constante de fraude. Esta dificultad se ve acrecentada en virtud del entrecruzamiento de tres niveles normativos distintos: el de la asistencia sanitaria, el de la situación suspensiva de la relación laboral y el de la prestación económica de Seguridad Social. Tales parámetros no son, sin embargo, igualmente atendidos por el legislador, mostrando una preferencia clara por aquellos aspectos y sujetos tendentes a garantizar que el cobro de la prestación no sea irregular, y relegando a un plano secundario las circunstancias médicas circundantes a la misma<sup>27</sup>.

No otorga el mismo peso, por tanto, a los varios actores que inciden sobre la incapacidad temporal, fijando el siguiente orden de importancia: a) la Entidad Gestora (INSS o ISM, según el Régimen de Seguridad Social en el cual se encuentre encuadrado el trabajador protegido); b) la Entidad Colaboradora (Mutua) que puede llevar a cabo la cobertura de esta prestación, siempre y cuando haya mediado una elección en tal sentido por la empresa o por el propio trabajador por cuenta propia; y c) los correspondientes organismos sanitarios (Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas o el Instituto de Gestión Sanitaria –IGESA–) en tanto el subsidio por incapacidad temporal guarda relación con una pérdida de salud que incapacita al empleado, de forma temporal, para la realización de su trabajo, situación que ocasiona a su vez la pérdida del salario, a cuya sustitución se dirige la correspondiente actuación de la Seguridad Social<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Santa-María Ruiz, M.D.: “Incapacidad temporal. Problemas de control”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 152, 2008, págs. 147 y ss.

<sup>28</sup> Tortuero Plaza, J.L.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: la enésima reforma de 2006”, en AA.VV (Monereo Pérez, J.L. *et alli*, Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, 2008, págs. 801 y ss.

### 3.1. Principales deficiencias

El celo puesto de manifiesto por el ordenamiento jurídico a la hora de pautar la intervención en el desarrollo del proceso por parte de la Entidad Gestora (o –en menor medida– Colaboradora) quiebra de manera estrepitosa en su esfera médica, olvidando que el instrumento clave sigue siendo el denominado “parte”, dotado de singular importancia en las primeras fases, esto es, en la declaración de la situación de incapacidad temporal y en las confirmaciones tempranas de la misma.

Conviene aclarar que el inicio en la tramitación difiere en función de la contingencia de la cual derive la incapacidad temporal, pero lamentablemente la consecuencia es la misma: la amnesia del legislador sobre la importancia de la *lex artis*, movido por un excesivo interés en poner vetos a la percepción de la prestación pecuniaria<sup>29</sup>.

1º Si es de origen común, el subsidio requiere, para hacerse efectivo, un parte de baja expedido por el médico de atención primaria. Este documento no se puede emitir con efectos retroactivos anteriores al examen del trabajador. Debe extenderse, además, por cuadruplicado según modelo establecido. El original debe ser enviado a la Inspección de los Servicios Sanitarios u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud. En él deberá constar el diagnóstico, la descripción de las limitaciones funcionales y una previsión acerca de la duración del proceso patológico. El segundo ejemplar se debe remitir a la Entidad Gestora o Mutua, el tercero se entrega al trabajador y el cuarto, sin que conste el diagnóstico, debe presentarse en la empresa. Ésta, tras cumplimentar los datos a ella referidos, lo envía sellado y firmado a la Entidad Gestora o a la Mutua en el plazo de 5 días, salvo cuando haya asumido ella misma el pago del subsidio en régimen de colaboración voluntaria<sup>30</sup>.

Llegado el cuarto día, contado desde el inicio de la situación de incapacidad temporal, el médico de atención primaria expedirá el parte de confirmación, a partir del cual el trabajador comenzará a percibir el subsidio. Sucesivamente, y mientras se mantenga la situación, deberá emitir un parte de confirmación cada 7 días.

Cuando el médico de familia suscriba el tercer parte médico de confirmación (esto es, el décimo octavo día), deberá aportar, al tiempo, un informe complementario recogiendo las dolencias padecidas por el trabajador, el trata-

<sup>29</sup> Rivas Vallejo, P.: “Seguridad Social y riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 2004, pág. 279.

<sup>30</sup> Lantarón Barquín, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Valencia, 2007, págs. 23 y ss.

miento prescrito, la evolución de la enfermedad y su incidencia sobre la capacidad funcional. Este dictamen debe formalizarse, además, cada cuatro semanas. Por su parte, y con carácter trimestral, la Inspección de Servicios Sanitarios debe expedir un informe médico de control en el cual constarán todos los extremos que justifiquen la necesidad de mantener el proceso, documento a enviar a la Entidad Gestora o a la Mutua (arts. 1 y 2 RD 575/1995).

Durante la baja, los Equipos Médicos del INSS podrán citar al trabajador a los reconocimientos que consideren necesarios con el fin de darle de alta o de que, alcanzado el duodécimo mes en situación de incapacidad temporal, se disponga de una historia clínico-laboral completa capaz de permitir al EVI efectuar la propuesta más correcta (RD 1300/1995). Así, cuando se alcance el undécimo mes, el médico evaluador del INSS efectuará, mediante el oportuno reconocimiento del trabajador, un informe de síntesis. Este informe y la documentación clínica obrante en el expediente serán examinados por el EVI, quien efectuará propuesta de Resolución al Director Provincial del INSS en el sentido siguiente: a) reconocimiento de prórroga expresa de incapacidad temporal con señalamiento de la fecha a partir de la cual se pueda efectuar un nueva revisión clínica; b) iniciación de expediente de incapacidad permanente; o c) tramitación de alta médica con plenos efectos<sup>31</sup>.

2º Cuando el proceso de incapacidad temporal derive de contingencia profesional, el control sanitario corresponde a la Mutua responsable del abono del subsidio. Ésta será competente para emitir los partes de baja, confirmación y alta (arts. 1.4.2 y 1.6 RD 575/1997). El primer parte de confirmación de la baja se expedirá a los 7 días desde que tuvo lugar aquélla y se sucederán, si fuese menester, igualmente cada 7 días. En el momento en el cual se alcance el duodécimo mes en la duración del proceso de incapacidad temporal, remitirá al INSS la propuesta que considere más adecuada en relación con la continuidad o no del citado proceso<sup>32</sup>.

Sabido es, pues, que el parte médico de baja es el acto que desencadena el inicio de la situación de incapacidad temporal y su emisión justificará las ausencias del trabajador. Hay que tener en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, la declaración de la baja médica procede de un facultativo del Servicio Público de Salud en una entrevista para la que cuenta con un tiempo

<sup>31</sup> Grau Pineda, M.C.: “Nuevas estrategias preventivas frente a nuevos riesgos psicosociales”, en *Gestión práctica de riesgos laborales: integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, núm. 38, 2007, págs. 18-27.

<sup>32</sup> Molina Navarrete, C.: “Nuevas dimensiones de la ‘prevención’ y el ‘aseguramiento’ de riesgos profesionales: ‘enfermedades del trabajo’ y ‘riesgos emergentes’”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M<sup>o</sup>.N., Dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, 2005, pág. 94.

reducido, dada la presión asistencial de los centros de salud, donde se atiende no sólo a los trabajadores, sino también a pensionistas, desempleados y, en general, a toda la población susceptible de ser tratada sanitariamente; con una imposibilidad objetiva para acceder de inmediato a pruebas diagnósticas básicas –radiografías, análisis de sangre y de orina, resonancias magnéticas, etc.–, lo que motivará en muchos casos la concesión “preventiva” de la baja médica, desconociendo las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo, y atendiendo exclusivamente a las manifestaciones del propio beneficiario, a lo que hay que unir la limitación propia de la falta de formación académica en la valoración funcional de daño corporal o mental<sup>33</sup>.

### **3.2. Medidas de refuerzo para la contención del gasto**

Ante tales deficiencias, no puede extrañar que, a lo largo de los últimos años, la Entidad Gestora (el INSS), mediante conciertos con los diferentes Servicios Públicos de Salud Autonómicos, haya contribuido a financiar la mejora en la comunicación informática de los partes, mediante la dotación de recursos electrónicos en las consultas de los facultativos y la agilización en la remisión de los datos. Además –y aun cuando se reiteren argumentos ya vertidos–, no cabe olvidar que el legislador ha intentado reforzar el sistema de supervisión de las bajas, distinguiendo dos momentos: antes de los 365 días y después.

a) Una vez emitida la baja médica en los supuestos de contingencias comunes, los facultativos de los Servicios Públicos de Salud pueden realizar el pertinente control sanitario de dichas situaciones, a través de los partes de confirmación, que se extenderán al cuarto día del inicio de la situación y, sucesivamente, cada siete días, teniendo en cuenta los informes de los partes oficiales y de los dictámenes médicos de cualesquiera facultativos, extremos que contarán con carácter confidencial y que no podrán ser utilizados para finalidades distintas a dicho control. Consecuencia de esta actuación, pueden emitir partes médicos de alta durante los 365 primeros días de la incapacidad temporal (no sólo cuando se trate de contingencias comunes sino también cuando se trate de contingencias profesionales cuya cobertura esté a cargo de la propia Entidad Gestora), estando su expedición condicionada a la realización de un previo reconocimiento del trabajador.

Al tiempo –y en paralelo–, el propio INSS (o el ISM) puede emitir altas médicas a todos los efectos, por curación o por incomparecencia injustificada a

<sup>33</sup> Salas Baena, A.: “El control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2012, pág. 14.

los reconocimientos médicos convocados por los Inspectores Médicos de dicha Entidad Gestora en ese mismo espacio de los primeros 365 días de baja. Es más, si el INSS ha emitido el alta en ese plazo solo esta Entidad resulta competente para emitir nuevas bajas por la misma o similar patología dentro de los 180 días posteriores.

Igualmente, las Mutuas también pueden expedir el alta, pero únicamente cuando se trate de una baja médica derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que afecte a trabajadores cuyas empresas hayan concertado la protección de tales contingencias con las mismas.

Ahora bien, estas Entidades Colaboradoras deberán conformarse con efectuar meras propuestas de alta cuando se trate de contingencias comunes aseguradas con la Mutua, propuestas a formular primero ante el Servicio Público de Salud y luego, si fracasan, ante el INSS, bien por curación, bien por la realización de trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio, bien por rechazo o abandono del tratamiento médico sin causa justificada, o bien por actuación fraudulenta en la obtención o en la conservación del subsidio. *A sensu contrario*, únicamente, pueden extinguir directamente el derecho al subsidio por incomparecencia del beneficiario a los reconocimientos médicos convocados por las Mutuas, pues, en este caso, no se trata de un acto que tenga naturaleza sancionadora, terreno donde la competencia es exclusiva del INSS, sino de gestión ordinaria de la prestación, presumiendo *iuris tantum* que la no asistencia a la cita equivale a la sanidad del trabajador<sup>34</sup>.

b) Una vez agotado el plazo de duración de doce meses del proceso de incapacidad temporal, el INSS es el único órgano competente para: a) emitir el alta médica, ante la que cabe, bien el inicio del procedimiento administrativo de disconformidad previsto en el art. 128.1 a) LGSS (en el plazo de cuatro días) quedando prorrogada la situación de incapacidad temporal por ministerio de la ley, o bien la interposición de reclamación previa a la vía judicial (en el plazo de treinta días) de conformidad con lo señalado en el art. 73 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS); b) reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses procediendo al pago directo del subsidio; o c) determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente<sup>35</sup>. Si la incapacidad temporal tuviera su origen en una contingencia profesional y se hubiera optado por su cobertura con una Mutua, ésta ha

<sup>34</sup> STS 5 octubre 2006, comentada por Monreal Bringsvaer, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, págs. 6 y ss.

<sup>35</sup> Martínez Lucas, J.A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2009, págs. 2677 y ss.

de efectuar ante el INSS propuesta de actuación en alguno de los tres sentidos señalados<sup>36</sup>. Igualmente, el INSS es el único órgano competente para la calificación como común o profesional del riesgo del que emana la contingencia a partir de dicho plazo de doce meses<sup>37</sup>, sin que, en este caso, el beneficiario esté obligado a la devolución de lo percibido pese a la posterior confirmación del alta<sup>38</sup>.

#### **4. LA ESCASA INCIDENCIA DE LOS CONTROLES PÚBLICOS SOBRE LA ESFERA EMPRESARIAL**

El protagonismo otorgado al INSS en el proceso de control público de la incapacidad temporal no debe hacer olvidar que las Entidades Colaboradoras cuentan con una red asistencial muy amplia y cercana a los centros de trabajo donde se producen las contingencias profesionales, al tiempo que sus servicios sanitarios están altamente especializados en el tratamiento y curación de las patologías (principalmente músculo-esqueléticas) que sufren normalmente los trabajadores, razón por la cual, aun tratándose de los mismos pacientes y dolencias, los procesos de incapacidad temporal suelen tener una duración mucho menor cuando son asistidos por los servicios médicos de las Mutuas que cuando lo son por los Servicios Públicos de Salud. Sin duda, en ello incide el mayor conocimiento por parte de los facultativos de las Mutuas de las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo que desarrolla el paciente, así como la habitual y más fluida coordinación de estas entidades colaboradoras con las empresas para facilitar la reincorporación paulatina al puesto de trabajo o, incluso, el traslado a otro compatible con la situación del trabajador, de forma temporal o permanente, siendo también indiscutible la ventaja de poder contar con la posibilidad de utilizar recursos diagnósticos y quirúrgicos sin las listas de espera que sufren los Servicios Públicos de Salud y la disponibilidad desde un primer momento de las infraestructuras rehabilitadoras con las que suelen estar dotados la mayor parte de los centros asistenciales de las Mutuas<sup>39</sup>.

Ahora bien, con ser evidentes los efectos de todos los controles públicos anteriormente esbozados (singularmente del INSS y, sobre todo, de las Mutuas)

<sup>36</sup> Paredes Rodríguez, J.M.: “Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación del nuevo modelo de control de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2010 (BIB 2010/252), págs. 3 y ss.

<sup>37</sup> Tortuero Plaza, J.L.: “Un nuevo y definitivo giro en la reforma de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2010 (BIB 2010/2384), págs. 3 y ss.

<sup>38</sup> Paredes Rodríguez, J.M.: “Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de control de la incapacidad temporal”, cit., pág. 6.

<sup>39</sup> Salas Baena, A.: “El control de la incapacidad temporal”, cit., pág. 29.

en la esfera de la contención del gasto social, sin embargo no lo son tanto en la del absentismo. Y así, aun cuando durante la suspensión del contrato que conlleva la incapacidad temporal se “exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo” (art. 45.2 ET), lo cierto es que durante tal situación desaparece o, al menos, se reduce al mínimo, la rentabilidad que el empresario espera obtener del trabajador contratado. Además, aunque la causa de suspensión del contrato de trabajo que constituye la incapacidad temporal se extingue con el alta médica, alta que lógicamente comporta la finalización del derecho a la prestación económica, sucede, empero, que en la práctica no siempre que un trabajador pierde el derecho al subsidio de incapacidad temporal está obligado a solicitar inmediatamente (en el plazo de veinticuatro horas) su vuelta al trabajo si no quiere incurrir en la falta disciplinaria que constituyen las ausencias injustificadas.

Por poner algunos ejemplos, en los casos de incapacidad temporal común gestionada por la Mutua, con anterioridad al día 365, resulta que ésta no puede adoptar por sí misma una decisión –alta del beneficiario– que repercuta en la esfera laboral, únicamente puede tomar medidas que incidan en el ámbito de la protección social, referidas al mantenimiento de la prestación económica<sup>40</sup>. Si la incapacidad temporal deriva de contingencia profesional, asegurada con una Mutua, la emisión de los partes de baja y de alta corresponde a los médicos de la misma, con la salvedad ya conocida de que transcurridos los primeros 365 días, el parte de alta pasa a ser competencia exclusiva del INSS [art. 128.1 a) LGSS]. Esta matización al margen, la competencia plena de la Mutua durante dicho período inicial para determinar tanto el inicio como el final de la protección por incapacidad temporal y, consecuentemente, la obligación del trabajador de solicitar la reincorporación a su puesto de trabajo se difumina en la realidad porque el trabajador puede obtener una baja posterior (estratégica) del Servicio Público de Salud que inicialmente (y a salvo posterior recalificación por el INSS) lo sería por contingencia común aún tratándose de las mismas secuelas, a partir de la cual el empresario debe asumir serios problemas organizativos derivados de la situación de un trabajador que por decisión de la Entidad Colaboradora debe reincorporarse a su puesto de trabajo, pero que, sin embargo, no lo hace con el aval de una decisión de su médico de cabecera, que debe ser comunicada por la empresa a la Entidad Colaboradora<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Martínez Lucas, J.A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2009, pág. 2678.

<sup>41</sup> Monreal Bringsvaerd, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 2012, pág. 2.

#### **4.1. Procedimiento administrativo de revisión del alta médica emitida por las Entidades Colaboradoras**

En estas condiciones en las que simultánea o sucesivamente tenga lugar un alta médica por contingencias profesionales (expedida por la Mutua) y una baja médica por contingencias comunes (expedida por los Servicios Públicos de Salud), y dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición adicional 19ª Ley 40/2007, el RD 1430/2009 incorpora un procedimiento administrativo de revisión ante el INSS de las altas que expiden las Mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, facultando expresamente al organismo gestor de la Seguridad Social a tal fin, teniendo su resolución naturaleza de reclamación administrativa previa a la demanda judicial (art. 4.12). Este procedimiento tiene un triple límite subjetivo, objetivo y temporal: 1) se ciñe a los partes médicos de alta emitidos por las Mutuas y entidades colaboradoras, excluyendo los expedidos por los médicos de los Servicios Públicos de Salud; 2) se restringe a los partes médicos de alta derivados de contingencias profesionales, excluyendo las contingencias comunes; 3) solo opera durante los doce primeros meses de incapacidad temporal<sup>42</sup>.

El trabajador es el único legitimado para presentar ante el INSS la solicitud de revisión del alta emitida por la Mutua dentro de los cuatro días naturales siguientes a su notificación, sin que quepa la revisión de oficio y sin que la empresa tenga en ningún momento la condición de interesado, y ello a pesar de que resulta directamente afectada por el alta médica expedida por la Mutua o, dicho de otra manera, sufre las consecuencias de un alta médica indebida que le obliga a dar tarea al trabajador afectado aunque no esté en condiciones de prestar servicios<sup>43</sup>. La solicitud debe recoger los motivos de disconformidad con dicha alta médica y adjuntar el historial médico previo, relacionado con el proceso de incapacidad temporal o, en su lugar, copia de la solicitud de dicho historial a la Entidad Colaboradora, con el fin de que la Entidad Gestora conozca los antecedentes médico-clínicos existentes (art. 4.2 RD 1430/2009)<sup>44</sup>.

La solicitud de revisión conlleva la prórroga de la situación de incapacidad temporal con todos los efectos asociados, incluidos lógicamente el abono delegado de la prestación por parte de la empresa y el mantenimiento de la suspensión contractual, mientras que su presentación extemporánea determina que la resolución administrativa sea denegatoria y, con ello, el alta médica expedida

<sup>42</sup> Molins García-Atance, J.M.: “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pág. 30.

<sup>43</sup> Martínez Lucas, J.A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, cit., pág. 2679.

<sup>44</sup> González Del Río, J.M.: “Competencias del INSS”, en AA.VV (Sempere Navarro, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid, 2011, pág. 144.

por la Mutua adquiere efectos desde la fecha de su emisión, manteniéndose la suspensión del contrato simplemente durante cuatro días o durante once si opta por interponer directamente reclamación previa a la vía judicial (art. 71.3 LRJS). De esta forma, mientras se tramita todo el procedimiento administrativo, se garantiza el pago del subsidio al interesado, si bien si sus pretensiones no tienen éxito el trabajador debe reintegrar las prestaciones percibidas durante el transcurso de la prórroga si el INSS confirma la decisión de la Mutua o fija una nueva fecha de extinción de la incapacidad temporal (art. 4.8 RD 1430/2009), medidas que inciden directamente –permítase la reiteración– en la esfera de la contención del gasto, pero carecen de repercusiones en el ámbito de la organización empresarial de un tiempo que debiendo haber sido trabajado no lo fue y además durante su transcurso el empresario ha ingresado las cuotas correspondientes<sup>45</sup>.

Aunque el procedimiento administrativo de revisión es preferente, tal y como señala el art. 4.1.2º RD 1430/2009, la celeridad buscada puede verse empañada por defectos atribuibles al propio interesado, abriéndose el trámite de subsanación de diez días cuando la documentación resultara incompleta<sup>46</sup>. Presentada en tiempo y forma la misma, el INSS debe comunicar a la Mutua el inicio de dicho procedimiento para que ésta aporte en el plazo de dos días hábiles los antecedentes e informe sobre los extremos que motivaron la emisión del alta. La Mutua puede no atender este requerimiento, resolviendo el INSS en función de la documentación presentada por el interesado (art. 4.4 RD 1430/2009)<sup>47</sup>.

La resolución del INSS debe dictarse, además, previo informe preceptivo pero no vinculante del EVI, en el plazo de quince días hábiles, determinando la fecha y efectos del alta médica con el oportuno reintegro de las prestaciones económicas percibidas o el mantenimiento de la baja médica, calificando en su caso la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, así como la improcedencia o nulidad de eventuales bajas emitidas por el Servicio Público de Salud durante la tramitación de este procedimiento. La resolución del INSS puede impugnarse, a su vez, en vía judicial, en cuyo caso el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia, que no tendrá recurso, se dictará en el plazo de tres

<sup>45</sup> Monreal Bringsvaerd, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, cit., pág. 3, autor a quien se sigue en la presente exposición.

<sup>46</sup> López Gandía, J.: “La reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca”, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pág. 252.

<sup>47</sup> Monreal Bringsvaerd, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, cit., pág. 4.

días [art. 140.3 c) LRJS]<sup>48</sup>. Si el pronunciamiento judicial invalida el alta de la Mutua por considerarla indebida, las posibles bajas estratégicas deberán ser tenidas por inexistentes, correspondiendo a la Mutua que expidió el alta abonar la prestación económica de la incapacidad temporal que sigue teniendo carácter profesional. En cambio, si convalida el alta de la Mutua, no puede entrar a valorar la procedencia de eventuales bajas estratégicas, cosa que sí ha podido hacer el INSS en el marco del procedimiento administrativo previo. La inseguridad en la que queda la empresa durante estos períodos es, pues, absoluta<sup>49</sup>.

#### **4.2. Procedimiento administrativo de disconformidad del alta médica expedida por la Entidad Gestora**

No cabe olvidar tampoco que agotados los primeros 365 días, es el INSS el único que puede adoptar la decisión de prórroga expresa (con el límite de 180 días), determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o, finalmente, emitir un parte de alta médica (por curación o por incomparecencia a reconocimientos médicos ordenados por el propio INSS). No es infrecuente que el beneficiario reciba un alta que, a su juicio, resulte improcedente, al entender que aún no se encuentra en condiciones para reincorporarse al puesto de trabajo. Para dar cauce a este parecer, el acto administrativo de alta de la Entidad Gestora es revisable mediante un procedimiento específico, conocido como procedimiento de disconformidad<sup>50</sup>. Si el trabajador decide poner en marcha este procedimiento, al igual que en el epígrafe anterior, se produce un alargamiento de la situación de incapacidad temporal y, por consiguiente, de la suspensión del contrato de trabajo con lógicas repercusiones en la vertiente del fomento del absentismo.

El citado procedimiento de disconformidad, regulado en el art. 128.1 LGSS, hace posible que el INSS revoque su decisión sobre el alta médica atendiendo a las razones esgrimidas por la Inspección Médica del Servicio Público de salud, ante quien el trabajador habrá manifestado previamente su disconformidad con dicha decisión sobre el alta dentro de los 4 días naturales siguientes a la fecha de la correspondiente resolución del INSS. La suspensión del contrato del trabajador que se acoge a esta posibilidad perdura o bien hasta que la Inspección del Servicio de Salud resuelve confirmando expresa o implícitamente el alta del INSS, para lo que tiene un máximo de 11 días desde que se

<sup>48</sup> Sirvent Hernández, N.: “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2011, págs. 1858 y ss.

<sup>49</sup> Monreal Bringsvaerd, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, cit., pág. 4.

<sup>50</sup> González Del Río, J.M.: “Competencias del INSS”, cit., pág. 141.

dicta la resolución de alta médica, o bien hasta que el INSS resuelve finalmente la propuesta de la Inspección. Para ello tiene un plazo de 7 días que empiezan a contar desde que finaliza otro plazo previo de 7 días que, a su vez, tiene la Inspección para dirigir al INSS la propuesta de reconsideración del alta. Si el INSS reconsidera el alta, la incapacidad temporal se prorroga a todos los efectos, pero si se reafirma en su decisión previa de alta, la incapacidad temporal se prorroga solo hasta la fecha de esta última resolución, de suerte que pueden transcurrir hasta 18 días para que el INSS emita la resolución de alta confirmatoria de la primera, manteniéndose la suspensión del contrato durante este espacio de tiempo (art. 3 RD 1430/2009)<sup>51</sup>.

Cabe la posibilidad de que el procedimiento de disconformidad concluya sin éxito para el interesado. Ante tal situación y a la luz de la nueva regulación de la LRJS para el supuesto en que hayan transcurrido más de 365 días de la situación de incapacidad temporal, no cabe reclamación administrativa previa, lo cual va a beneficiar al trabajador ya que reduce el plazo de contestación judicial durante un período en que existe la obligación de reincorporación al puesto de trabajo tras el alta (arts. 71.1 in fine y 140.1 LRJS).

En fin, cuando lo que se pretenda impugnar sea una alta médica del INSS emitida antes de los 365 días, es necesario plantear reclamación administrativa previa, disponiendo a tal efecto el interesado de 11 días, frente a los 30 anteriores, desde la notificación de la resolución del alta (art. 71.2.2º LRJS), rigiendo un plazo de caducidad de 20 días para presentar la demanda, a contar desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por la Entidad Gestora. El término para la contestación a dicha reclamación previa se reduce, en beneficio del trabajador, de 45 a 7 días, entendiéndose denegada dicha reclamación por silencio administrativo (art. 71.5.2º LRJS).

## 5. PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN

Las facultades de anulación o suspensión del subsidio por incapacidad temporal son también compartidas por las Entidades Gestoras (INSS e ISM) y las Mutuas.

El art. 132 LGSS establece la posibilidad de que sea anulado el percibo de la prestación por las siguientes causas<sup>52</sup>:

<sup>51</sup> Monreal Bringsvaerd, E.: "Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción", cit., pág. 4.

<sup>52</sup> García Gil, B.: "Obligaciones de la empresa", en AA.VV (Sempere Navarro, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid, 2011, pág. 133-134.

1ª Actuación fraudulenta por parte del beneficiario para conservar la prestación por un tiempo superior al que proceda, falseando la realidad respecto a la existencia de enfermedad o producción de accidente. En este caso, la decisión puede adoptarla no solo el INSS sino también la Mutua, dentro de las facultades de gestión que le encarga el art. 80 RD 1993/1995.

2ª Trabajo por cuenta propia o ajena. Carece de sentido, aquí, el motivo que justifica la prestación, que no es otro que la pérdida de ganancia por parte del trabajador, aunque la realización de la actividad no suponga necesariamente su curación y no implique concurrencia desleal.

Por su parte, el art. 25.1 LISOS considera infracción grave “efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentaria”. El hecho de que la realización de la actividad laboral sea contemplada por la normativa administrativa como infracción grave cuya imposición es competencia exclusiva de la Entidad Gestora, ha derivado en una importante contienda judicial cuestionándose que la Mutua, dentro de sus facultades de gestión de la prestación, pudiera acordar la anulación o suspensión de la prestación por esta circunstancia<sup>53</sup>. Tal duda ha sido resuelta por el Tribunal Supremo que estimó la competencia de la Mutua para la anulación o suspensión siempre que tales actos no excedan temporalmente de la actividad desarrollada (tantos días de suspensión como de actividad laboral)<sup>54</sup>. Por el contrario, la suspensión por tiempo superior a aquél durante el que se ha compatibilizado la percepción del subsidio con el desarrollo de un trabajo, sí es una sanción, que debe imponerse por el INSS.

3ª Rechazo o abandono del tratamiento indicado sin causa razonable. Sobre el concepto jurídico indeterminado “causa razonable” se han pronunciado los Tribunales al enjuiciar los casos concretos, entendiendo, por ejemplo, que queda extramuros del mismo el hecho de tener que ser sometido el trabajador a intervención quirúrgica (salvo que la operación entrañe realmente un riesgo, sin que pueda producirse un buen resultado)<sup>55</sup> o la práctica de deportes claramente incompatibles con el estado de salud del trabajador<sup>56</sup>. Al igual que en los supuestos anteriores, la suspensión del abono de la prestación por esta causa puede ser acordada por la Entidad Gestora o por la Mutua<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Paredes Rodríguez, J.M.: “Incompetencia de la Mutua para extinguir el subsidio de incapacidad temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”. *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2007, págs. 956 y ss.

<sup>54</sup> STS, Social, 5 octubre 2006 (RJ 6620), seguida por las SSTS, Social, 23 abril, 12 julio, 10 octubre y 5 noviembre 2007 (recs. 900/2006, 454/2006, 4133/2005 y 647/2007) y 18 febrero 2009 (rec. 2116/2007).

<sup>55</sup> STSJ, Social, Cataluña 7 marzo 2006 (AS 624).

<sup>56</sup> STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 8 enero 1998 (AS 206).

<sup>57</sup> STS, Social, 22 abril 2002 (RJ 7794).

4ª Incomparecencia injustificada a cualesquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o las Mutuas, cuya consecuencia es la extinción del derecho al subsidio (art. 131 LGSS y art. 25.2 LISOS). Según el Tribunal Supremo, tampoco en estas circunstancias estamos ante el ejercicio de una potestad sancionadora, sino de un genuino acto de gestión económica que puede ejercer no sólo el INSS sino también la Mutua<sup>58</sup>. Sin embargo, en los supuestos de comparecencia del beneficiario al reconocimiento médico, si la Mutua, tras la correspondiente revisión, entiende que debe expedirse el alta médica, no puede efectuar tal declaración por sí sola, sino que ha de proponerlo a la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, los cuales, tras consultar con los facultativos que han asistido al paciente, pueden expedir el alta, pudiendo la Mutua, si no recibe contestación, optar entre reproducir la propuesta ante los Servicios Públicos de Salud o ante el INSS (art. 6 RD 575/1995). E, igualmente, ante la negativa expresa del trabajador a someterse a la revisión médica, la Mutua no está facultada para extinguir el subsidio por incapacidad temporal, sino tan sólo para expedir propuesta de alta médica (art. 6.1 RD 575/1997)<sup>59</sup>.

A la vista de estos cuatro apartados, cabe destacar que el legislador ha ampliado el ámbito competencial de las Mutuas con la finalidad de una mejor gestión del sistema, como una fórmula más en aras a combatir mejor el fraude, encubriendo verdaderas medidas sancionadoras bajo la apariencia de meros actos de gestión ordinaria y entendiéndolo, a la postre, que la iniciativa privada puede hacerlo de forma más eficiente que la pública<sup>60</sup>.

No cabe olvidar tampoco que las Mutuas pueden destinar una parte de los resultados económicos positivos obtenidos en la gestión de las contingencias profesionales o comunes al establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones sociales por contingencias comunes de las empresas, que será proporcional al ahorro de costes generados al sistema de la Seguridad Social por incapacidad temporal, siempre que concurra una de las dos condiciones siguientes: a) Que se reduzcan los costes de la incapacidad temporal por debajo de los límites que se establezcan. b) Que se obtenga una reducción significativa de estos costes como consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores, que modifiquen

<sup>58</sup> SSTs, Social, 13 diciembre 2007 (RJ 1273), 28 mayo 2008 (RJ 5124), 18 febrero 2009 (RJ 2575) y 15 abril 2010 (RJ 4657).

<sup>59</sup> Valle Muñoz, F.A.: "La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico de la Mutua patronal", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2011, (BIB 2010/3867), pág. 7.

<sup>60</sup> Gil Plana, J. y González Del Río, J.M.: "Aspectos polémicos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 139, 2008, pág. 595.

las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de los trabajadores afectados por enfermedad común y mejoren el control del absentismo injustificado<sup>61</sup>. Se trata, pues, de un acicate económico para que tanto las Mutuas como las empresas, cada una dentro de sus competencias en la gestión y control de la incapacidad temporal, velen por una racionalización del gasto en esta cobertura y luchen contra el absentismo ilícito, provocando un beneficio dinerario directo mediante la reducción de las cotizaciones. En suma, las empresas que consigan reducir los gastos por incapacidad temporal mediante planes pactados de prevención del absentismo laboral, se beneficiarán de reducciones de las cotizaciones por contingencias comunes cuando las Mutuas establezcan sistemas de reducción *ad hoc* y apliquen a ellos los excedentes habidos en la gestión de la incapacidad temporal<sup>62</sup>.

## **6. LA VIGILANCIA POR EL EMPRESARIO DE LA ENFERMEDAD: POSIBILIDADES Y LÍMITES**

La alteración de la salud, a consecuencia de dolencias físicas o psíquicas, impedirá al trabajador temporalmente la realización de su habitual actividad profesional, quedando justificada, por tanto, la intervención del empresario, bien a través de actuaciones destinadas a controlar la realidad de tales patologías, bien a prevenir el desarrollo de las mismas. En ambos momentos pueden ser de gran ayuda las nuevas tecnologías, máxime cuando la falta de asistencia al trabajo por deficiencias en el bienestar del trabajador se ha convertido en un grave problema para la débil economía española y para la productividad de las empresas. Aun cuando las bajas laborales se han visto sustancialmente reducidas por la recesión y la amenaza constante de la pérdida del empleo, no cabe olvidar que, en lo que es un mero ejemplo, en 2010 faltaron cada día a su puesto de trabajo un millón de personas por enfermedades comunes y accidentes no laborales<sup>63</sup>.

### **6.1. La obligación del trabajador de someterse a los exámenes médicos propuestos por la empresa**

Además del control de las alteraciones de la salud del trabajador realizado por los Servicios Públicos de Salud y las Entidades Gestoras (INSS e ISM) y

<sup>61</sup> Salas Baena, A.: "El control de la incapacidad temporal", cit., pág. 31.

<sup>62</sup> Conde Colmenero, P.: "Fiscalización de la incapacidad temporal", cit., pág. 135.

<sup>63</sup> Poquet Catala, R.: "La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012", *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2012, pág. 1281.

Colaboradoras (Mutuas) en orden a evitar el cobro indebido de prestaciones económicas de Seguridad Social, también puede el empresario inspeccionar la situación de incapacidad temporal de los trabajadores aunque se trate de comportamientos desarrollados fuera del lugar de trabajo, no en vano la incapacidad temporal constituye causa de suspensión del contrato con derecho a reserva del puesto de trabajo [art. 45.1 c) ET], durante la cual quedan interrumpidas las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de su remuneración (salvo los conceptos que, como mejora, se prevean en contrato de trabajo o en convenio colectivo), conservándose, no obstante, el deber de mantener de alta al trabajador en la Seguridad Social y de cotizar por él (art. 13.2 RD 2064/1995)<sup>64</sup>.

En consecuencia, durante la situación de incapacidad temporal desaparece o, al menos, se reduce al mínimo, la rentabilidad que el empresario espera obtener del trabajador contratado, al tiempo que se incrementan los costes laborales. Precisamente por ello, el empresario puede plantearse la necesidad de "...verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador", alegado por éste para justificar las faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento, bien del médico de la empresa o bien a través del facultativo elegido por el empresario, de forma que cualquier comprobación realizada por personal no sanitario viola el contenido del art. 20.4 ET<sup>65</sup>, debiendo respetarse, además, el derecho a la dignidad y la intimidad del trabajador, pudiendo cifrar los datos con claves codificadas<sup>66</sup>. Dicho precepto no otorga, sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, la facultad empresarial de crear un fichero automatizado con los datos relativos a las bajas laborales sin el consentimiento de los trabajadores implicados, lo cual resulta contrario al juicio de proporcionalidad a efectuar siempre que un derecho fundamental entre en conflicto con alguna prerrogativa del empresario limitativa del mismo y, por tal razón, semejante medida adolece de la tacha de ser lesiva para el derecho consagrado en el art. 18.4 CE<sup>67</sup>.

Con todo, dicha interpretación no ha contado con una aceptación unánime por parte de la doctrina, en tanto, si bien el art. 20.4 ET "en ningún momento habla de almacenamiento de datos, el precepto ha de tener un alcance bastante mayor", pues lo contrario dificultaría enormemente las posibilidades de control sobre el absentismo laboral de los trabajadores por parte del empresario (es de

<sup>64</sup> Salas Baena, A.: "El control de la incapacidad temporal", cit., pág. 30.

<sup>65</sup> González Ortega, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Pamplona, 1993, págs. 143 y ss.

<sup>66</sup> Muñoz Molina, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Pamplona, 2005, pág. 248.

<sup>67</sup> STCo 202/1999, de 16 de diciembre.

suponer que si el ET permite a este último reaccionar frente a las faltas de asistencia en los arts. 58 y 54 ET le está permitiendo, “al menos tácitamente, una mínima anotación de dichas ausencias”) y la remisión de la información al respecto a los representantes sindicales o unitarios.

Sin entrar a detallar los pros y contras de esta medida, procede dudar de la eficacia de la misma en relación a la finalidad de reducir el absentismo, pues la consecuencia negativa inmediata para el trabajador, a tenor del art. 20.4 ET, no es otra que la suspensión de determinados derechos económicos (únicamente los que corren a cargo de la empresa derivados de las mejoras voluntarias sobre las prestaciones básicas o mínimas), no de la totalidad de los mismos y no en caso de discrepancia (esto es, el trabajador se ha sometido al reconocimiento pero no se entiende justificada formal y materialmente la enfermedad), sino sólo en el supuesto de negativa a la práctica del examen clínico<sup>68</sup>.

Ante la poca eficacia de esta vía, nada impide que la empresa pueda dirigirse también, lógicamente, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para denunciar aquellas situaciones de sus trabajadores en situación de incapacidad temporal que entiendan puedan ser consideradas como infracciones del orden social. Debe tenerse en cuenta, en este marco, que la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación del orden social es “pública” (el escrito deberá contener, además de los datos de identificación personal del denunciante y su firma, los hechos, la fecha y el lugar de su acaecimiento, la concreción de los presuntos responsables y demás circunstancias relevantes), y que el acusador “no puede alegar la consideración de interesado” a ningún efecto en la fase de investigación, aun cuando sí pueda tenerla si se incoo el correspondiente procedimiento sancionador (art. 13.2 Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo –LIT–). En cualquier caso, no se tramitarán aquellas denuncias que: a) sean anónimas; b) se refieran a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo; c) manifiestamente carezcan de fundamento o resulten ininteligibles; o d) coincidan con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional (art. 13.2 LIT). En fin, la Inspección podrá solicitar al denunciante su comparecencia para “ratificar, ampliar o concretar el contenido de la denuncia” (art. 24.2 RD 138/2000).

## 6.2. Consecuencias disciplinarias

Estas dos medidas de supervisión no agotan las posibilidades, pues el empleador puede recurrir a cualquier otra a fin de extraer las correspondientes

<sup>68</sup> Jover Ramírez, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pág. 50.

consecuencias sancionadoras en el ámbito de la relación laboral<sup>69</sup>. Así, el despido disciplinario del trabajador puede resultar procedente cuando la empresa compruebe la realización por parte del trabajador en situación de incapacidad temporal de actividades coetáneas incompatibles con dicha contingencia o la simulación de una enfermedad o accidente, atendiendo al apartado b) del art. 54 ET: “transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño del trabajo”<sup>70</sup>. Ha sido admitida, por ejemplo, en vía judicial, la utilización de cámaras de vídeo<sup>71</sup> o la intervención de una agencia de detectives<sup>72</sup> como medios de demostración a estos efectos aun cuando se utilicen extramuros del lugar de trabajo, siempre y cuando se desplieguen en espacios públicos, quedando vetada su utilización en el ámbito privado –normalmente el domicilio del trabajador o personas relacionadas con el mismo–. Muy significativo resulta aquel pronunciamiento, en el que para comprobar la situación de incapacidad temporal de la trabajadora se grabó a ésta por un detective cuando procedía a realizar determinadas operaciones en “un tendedero de ropa situado en la fachada exterior del edificio, delante de una ventana” de su domicilio. Considera la Sala que “la grabación videográfica vulnera el derecho fundamental a la intimidad”, pues recoge “momentos puntuales” de una persona que se asoma al exterior de su vivienda “para realizar actos propios de su vida privada y reservada”, en una interpretación que parte de una consideración subjetiva de los actos íntimos, que “no pierden esa naturaleza por el hecho de que pueda circunstancialmente verlos quien pase ocasionalmente por la vía pública, ya que no son actos destinados a esa exhibición” y si se han expuesto al conocimiento público se ha hecho “en la creencia razonable de su visión absolutamente anecdótica e irrelevante”<sup>73</sup>.

Por lo demás, se ha declarado en vía judicial la procedencia del despido fundamentado en el art. 54.2 a) ET (“faltas de asistencia al trabajo no justificadas”) en aquellos casos en los que, producida el alta médica, el trabajador no se reincorpora a su puesto de trabajo en el plazo establecido (veinticuatro

<sup>69</sup> Jover Ramírez, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006, pág. 170.

<sup>70</sup> San Martín Mazzucconi, C.: “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal”, en AA.VV (Sempere Navarro, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid, 2011, págs. 49 y ss.

<sup>71</sup> SSTSJ Galicia 22 noviembre 2002 (AS 3471) ó Murcia 15 julio 2002 (AS 227640).

<sup>72</sup> STS 6 enero 1998 (RJ 54) ó SSTSJ Cataluña 26 enero 2010 ( JUR 158885), Andalucía 18 mayo 2010 (JUR 176035) ó Madrid 12 febrero 2010 (JUR 133070).

<sup>73</sup> STSJ Vasco 30 junio 2008 (AS 2817), comentada por Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruíz, A.B.: “El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial”, *Justicia Laboral*, núm. 44, 2010, pág. 30.

horas)<sup>74</sup>. Sin embargo, se han considerado improcedentes aquellas extinciones contractuales en las que el trabajador ha aportado prueba contundente de su voluntad de continuar su relación laboral y de que sigue imposibilitado realmente para incorporarse al trabajo como consecuencia de la prolongación de la enfermedad o dolencia acreditada, ofreciendo los medios de verificación oportunos<sup>75</sup>.

Al tiempo, el despido fundado en la falta de conveniencia empresarial en conservar a un trabajador con bajas prolongadas o reiteradas no ha sido calificado, en principio, en vía judicial como nulo, sino sólo como improcedente, sin dejar apenas margen a efectos de valorar posibles atentados discriminatorios a la dignidad del trabajador mórbito, al no tomarse la patología física o psíquica efectivamente padecida como causa de estigmatización, en pro de lo que debería ser una tutela real, articulada a través de la calificación de nulidad del despido y readmisión obligatoria, sobre la que en muy pocos supuestos repara la doctrina judicial<sup>76</sup>, si bien no cabe negar alguna excepción como aquel pronunciamiento, en virtud del cual, sin cambiar con carácter general la jurisprudencia contraria a calificar como nulos los despidos por repetidas bajas de los trabajadores debidas a enfermedad, sí entiende nulo de pleno derecho el comportamiento de la empresa que opera, como “práctica habitual”, coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo... cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo”, en una coacción que se vincula a la advertencia de adoptar “el despido para el caso de no aceptar la propuesta”<sup>77</sup>. En todo caso, procede recordar que, tras la reforma de 2012, el despido improcedente se indemniza con un montante económico de 33 días de salario por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades (sustancialmente inferior a los anteriores 45 días de salario por año de servicio con el máximo de 42 mensualidades) y se suprimen los salarios de tramitación en aquellos supuestos en los que no se opta

<sup>74</sup> Entre muchas, SSTSJ Extremadura 4 diciembre 2008 (JUR 103102), Madrid 26 octubre 2009 (JUR 109280) ó Aragón 4 febrero 2010 (JUR 1849990).

<sup>75</sup> SSTSJ Galicia 25 septiembre 2009 (AS 63), Comunidad Valenciana 7 octubre 2009 (JUR 10756) ó Navarra 30 diciembre 2009 (JUR 127733).

<sup>76</sup> Baz Tejedor, J.A.: “La reconducción hacia el despido estratégico”, *Revista de Derecho Social*, núm. 56, 2011, pág. 83. En concreto, reconocen la improcedencia del despido, entre otras, SSTS 29 enero 2001 (RJ 2069), 23 septiembre 2003 (RJ 1923), 12 julio 2004 (RJ 7075), 23 mayo 2005 (RJ 9656), 11 diciembre 2007 (RJ 2884), 22 enero 2008 (RJ 1621) ó 27 enero 2009 (RJ 1048).

<sup>77</sup> STS 31 enero 2011 (NSJ037767). Por extenso, Arenas Viruez, M.: “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, *Relaciones Laborales*, núm. 27, 2011, págs. 21 y ss.

por la readmisión, trasladando los costes del litigio al trabajador que consume sus prestaciones por desempleo<sup>78</sup>.

### **6.3. Despido objetivo**

La alteración del “equilibrio contractual” que tiene lugar en algunos supuestos de incapacidad temporal permite, a la postre, la extinción por causas objetivas del vínculo laboral con la indemnización, si es procedente, de 20 días de salario por año de servicio, atendiendo, entre otras, a las dos circunstancias siguientes:

#### **6.3.1. Por ineptitud**

El despido objetivo puede tener como causa la ineptitud persistente del trabajador sobrevenida o conocida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa [art. 52.1 a) ET], referida, de acuerdo con la doctrina científica y jurisprudencial, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de su conocimiento, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, con una consecuente disminución del rendimiento o un trabajo defectuoso, siempre con referencia al contenido originariamente pactado en el contrato y en relación con el conjunto de las tareas encomendadas al trabajador, no a uno de sus concretos aspectos<sup>79</sup>. Ejemplos de esta circunstancia pueden encontrarse en los casos de pérdida de autorizaciones o titulaciones necesarias para ejercer el trabajo contratado ante la no superación de las pruebas necesarias como consecuencia del padecimiento de algunas patologías físicas o psíquicas.

#### **6.3.2. Por “absentismo”**

Con la finalidad de aumentar la productividad y la eficiencia en el trabajo, en nuestro ordenamiento laboral se ha venido contemplando desde antiguo el absentismo laboral del trabajador como causa de extinción de la relación laboral, para evitar el incremento de los costes laborales empresariales, permitiéndose prescindir de aquellos operarios cuyas faltas de asistencia al trabajo

<sup>78</sup> Ruiz Castillo, M.M.: “La última modificación ilegal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 218.

<sup>79</sup> Mercader Uguina, J.R.: “Art. 52”, en AA.VV.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 2011, pág. 744.

hacen excesivamente onerosa la contraprestación empresarial que deriva del contrato.

Así, el despido objetivo también puede encontrar justificación, al calor del nuevo art. 52. d) ET, en las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos (siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores llegue al 5 por 100 de las jornadas hábiles) o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, en lo que se ha venido a denominar por algún sector de la doctrina judicial “despido por excesiva morbilidad”<sup>80</sup>.

Retrotrayendo la vista atrás, cabe recordar que esta causa de despido sólo podía operar cuando concurría un determinado grado de inasistencia individual del trabajador despedido y éste se acompañaba de un determinado nivel mínimo de absentismo del conjunto de la plantilla de la empresa. Hasta la Ley 35/2010 ninguno de estos dos extremos fue objeto de modificación alguna. Desde la promulgación del ET se venía exigiendo el mismo parámetro mínimo de inasistencia del trabajador: el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses. Y para el porcentaje de absentismo de la plantilla se requería el 5 por 100, hasta que la citada Ley de reforma de 2010 lo rebajó al 2,5 por 100.

Con la voluntad clara de facilitar el recurso a esta medida extintiva, el Real Decreto Ley 3/2012 suprimió este último parámetro y el índice de absentismo de la plantilla desapareció como requisito exigible, circunstancia que se mantiene en la Ley 3/2012, pero con un requisito añadido “que el total de faltas de asistencia (del trabajador despedido) en los doce meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas anuales”. Ahora bien, este último condicionante sólo es exigible en los supuestos en los que el trabajador tenga faltas de asistencia de al menos un 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, pues a este parámetro se une el indicado del cómputo anual con un “siempre que”. Separado de estas circunstancias, que con el adverbio indicado se incorporan, se establece otro parámetro distinto con su propio régimen, que se presenta independiente del anterior con una conjunción disyuntiva, esto es, el tradicional grado de inasistencia del 25 por 100 en el período de cuatro meses discontinuos.

Sea como fuere, con esta causa de despido objetivo por absentismo, se trata de evitar la onerosidad que para el empresario puede derivarse de continuas

<sup>80</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 9 julio 2009, comentada por Fernández Díez, A.: “El absentismo laboral como causa de despido objetivo en la reforma laboral”, *Información Laboral*, núm. 8, 2012, págs. 53 y ss.

faltas al trabajo de corta duración e intermitentes en el tiempo, que provocan desorganización en la producción, falta de continuidad en la prestación, problemas de sustitución del trabajador, sobrecarga de trabajo para sus compañeros o costes añadidos derivados de la necesidad de abonar a cargo del empresario la prestación de incapacidad temporal en los supuestos de enfermedad común del cuarto al décimo quinto día, extremos todos ellos que ocasionan un perjuicio para el empresario que supera con creces el riesgo propio del negocio que debe razonablemente asumir, bajo la sospecha, además, de la quizás irreal existencia de justificación de las ausencias. Y es este desequilibrio prestacional el que convierte al contrato de trabajo en sensiblemente injusto para el empresario, ofreciéndole así la posibilidad de resolverlo<sup>81</sup>.

Esta consideración implica que no se computen ciertas faltas en las que la razón alegada parece estar más justificada y acreditada<sup>82</sup>: las debidas a enfermedades comunes o accidentes no laborales de duración superior a veinte días consecutivos, las motivadas por embarazo, parto o lactancia, o como consecuencia de violencia de género; contingencias profesionales; maternidad y paternidad; vacaciones; licencias; actividades de representación legal de los trabajadores; huelga legal; o –como novedad tras la reforma de 2012– respondan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave [art. 52 d) ET].

Una cuestión delicada ha sido la relativa al cómputo de las ausencias que tienen origen en un único proceso patológico, esto es, una pluralidad de bajas que, aisladamente consideradas, no rebasan los veinte días (naturales)<sup>83</sup>, pero que apreciadas en su conjunto obedecen a una única enfermedad y sí superan dicho límite temporal. Este interrogante ha sido resuelto por el Tribunal Supremo al entender “que no es posible excluir del cómputo, como período de baja por enfermedad común superior a veinte días, la suma de diferentes bajas por enfermedad debidas a la misma patología, en la medida en que falta el requisito fundamental de que ese período de baja sea de veintiún o más días consecutivos”<sup>84</sup>, interpretación de la que se deben excluir, como ya consta, las ausencias derivadas de un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, para la descripción de las cuales se puede acudir, a falta de otra previsión, al RD 1148/2011, de 29 de julio, en virtud del cual se desarrolla, en el sistema de la Seguridad Social, la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

<sup>81</sup> Poquet Catala, R.: “La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012”, cit., pág. 1299.

<sup>82</sup> Jover Ramírez, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, cit., pág. 51.

<sup>83</sup> Alzaga Ruíz, I.: “El absentismo del trabajador como causa de despido objetivo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011, pág. 415.

<sup>84</sup> STS 24 octubre 2006 (RJ 8104).

A la luz del actual tenor del art. 52 d) ET, un trabajador podría ser despedido, salvo error de cálculo, si inasiste al puesto de trabajo por enfermedad común o accidente no laboral durante veintidós jornadas laborales en un período de cuatro meses no consecutivos o nueve jornadas en dos meses consecutivos, siempre que también haya fallado el 5 por 100 de las jornadas anuales, lo que representa un total de 12 jornadas en ese ámbito. Dos justificaciones pueden esgrimirse ante tales circunstancias, en primer lugar, permitir a las empresas desprenderse de los trabajadores que menor contribución realizan a la productividad, dado el elevado número de ausencias a su puesto de trabajo y la consecuente alteración que ello supone para el normal desarrollo del ciclo productivo y organizativo de la empresa; y, en segundo término, reducir el gasto en prestaciones de incapacidad temporal, tanto para las empresas como para la Seguridad Social, en la medida que se considera que facilitar el despido en los supuestos de absentismo laboral permitirá corregir los pretendidos abusos existentes en esta prestación, que ha venido a merecer la calificación de “refugio” de supuestos no cubiertos<sup>85</sup>.

Ahora bien, esta configuración del despido por ausencias justificadas del trabajador genera, no obstante, una serie de efectos secundarios e indirectos difíciles de evitar con incidencia negativa en la productividad de la empresa. Posiblemente surgirán conductas en las que el trabajador, ante la amenaza de su puesto de trabajo, opte por: a) acudir a prestar servicios con las aptitudes físicas y psíquicas limitadas o alteradas por la enfermedad padecida, poniendo en situación de peligro a sí mismo, a sus compañeros o a terceros usuarios o clientes del servicio prestado, pudiéndose propagar, al tiempo, enfermedades infectocontagiosas en la empresa; b) procurar un alargamiento artificial de las bajas laborales o instar procesos de Seguridad Social de cualificación de contingencia como profesional, bien con carácter previo al despido, bien una vez tenga lugar éste<sup>86</sup>, de modo que, con total seguridad, la resolución del proceso de despido tendrá virtualidad mucho antes que el proceso de Seguridad Social, provocando una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si el despido por la vía del art. 52 d) ET se declaró procedente y con posterioridad se reconoce el origen profesional de la contingencia<sup>87</sup>; c) impugnar el alta médica ex art. 128.1 a) LGSS con el objeto de beneficiarse de la prórroga auto-

<sup>85</sup> Moreno Gene, J.: “La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 350, 2012, pág. 51.

<sup>86</sup> Torollo González, F.J.: “Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas)”, en AA.VV (MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid, 2012, pág. 223.

<sup>87</sup> Torollo González, F.J.: “Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas)”, cit., pág. 225.

mática de la incapacidad por el tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que ésta adquiera plenos efectos.

## 7. TUTELA PREVENTIVA DE LA SALUD

Si una enfermedad injustificada y reiterada en un trabajador o en varios de ellos origina problemas organizativos y productivos, no cabe duda que la mejor solución es la adopción de medidas preventivas. Así, entre las obligaciones del empresario en materia de seguridad laboral, se encuentra la de garantizar a los trabajadores a su servicio una vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario únicamente se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Sea como fuere, debido a la sensibilidad de las informaciones, parece conveniente que los datos sanitarios obtenidos mediante la práctica de los reconocimientos médicos sean oportunamente protegidos, quedando sujetos a las limitaciones establecidas en el art. 22.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), habida cuenta las únicas personas que pueden tener acceso completo a la documentación sanitaria serán el propio trabajador y los facultativos.

Los extremos obtenidos son, por tanto, datos íntimos (verdadera esencia de la calificación legal como “sensibles”), lo cual lleva aparejadas varias consecuencias de interés para la “recogida” y tratamiento informático de esta información, marcadas por la propia LPRL, entre otras:

a) El trabajador tiene derecho a conocer personalmente el resultado de cuantas pruebas le hayan sido realizadas sobre su estado de salud; verdadero derecho de acceso a traducir en un conocimiento inmediato (mediante comunicación escrita) de la información al respecto existente.

b) Esta información aparece calificada expresamente como confidencial; ello no significa, sin embargo, que el trabajador (amén, claro está, de los profesionales –personal cualificado contratado o servicio concertado a una entidad especializada ajena a la empresa– que hubieran realizado tales controles) sea el único con derecho o posibilidad de acceder a tales datos, pues la confidencia-

lidad queda garantizada por Ley a través de una excepción general y otra excepción a la excepción (técnica jurídica ésta absolutamente reprochable, en tanto demuestra una falta de claridad expositiva que es fuente continua de confusión para el intérprete<sup>88</sup>). Así, y en primer lugar, queda abierto el acceso a la información médica de carácter personal a los facultativos y autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, quienes, sin embargo, no podrán facilitarla al empresario o a otras personas (léase representantes sindicales, unitarios, delegados de prevención o miembros del comité de seguridad y salud) sin el consentimiento expreso del afectado (excluyendo así el implícito o tácito, pues, dados los intereses en juego, no cabría presumir nunca su otorgamiento).

c) No sólo existe una excepción general, sino una excepción a la excepción, a partir de la cual queda ampliado el círculo de quienes pueden conocer una información médica, cada vez menos confidencial –menos íntima–, habida cuenta también el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención (delegados de prevención, representantes unitarios o sindicales o comité de seguridad y salud) “serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”.

d) Todos los datos que se extraigan del cumplimiento del deber empresarial de garantizar la salud deben ser almacenados en “ficheros” de la empresa, quedando condicionado su mantenimiento en ellos a su utilidad –según Ley– y, consecuentemente, a su periódica actualización. Es más, el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad competente la documentación por la que acredite que efectivamente cumple con el deber de control de la salud de los trabajadores y las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos practicados.

En definitiva y como puede comprobarse, el cumplimiento de lo previsto en la LPRL demanda al titular de la organización empresarial realizar un acopio documental que, en ciertos casos, dependiendo de la índole de la actividad empresarial, puede resultar ingente, y para su organización será de todo punto necesaria su acumulación en ficheros, de los cuales es responsable precisamente el empresario aunque –paradójicamente– no tiene derecho al acceso a la

<sup>88</sup> Cardona Rubert, M.B. y Morro López, J.: “Los datos sanitarios del trabajador en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV.: *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid, 24 y 25 de mayo de 1996 (ejemplar multicopiado), pág. 3.

totalidad del contenido de los mismos<sup>89</sup>. Es más, se prohíbe el uso de tales datos sobre la salud del trabajador con fines discriminatorios o en perjuicio del afectado, pero estos extremos son difícilmente verificables en la relación laboral, pues (con una dicción demasiado amplia y ambigua) no se considerarán dentro de esa categoría aquellas acciones o decisiones del empresario, emprendidas o tomadas como consecuencia de informaciones que revelen “la ineptitud del trabajador, su incompatibilidad por razones de salud o seguridad con el desempeño de su actividad laboral habitual o que el estado de su salud suponga riesgos para otros trabajadores o terceros” (art. 22.1 LPRL)<sup>90</sup>.

Se dificultaría el cumplimiento del mismo deber de vigilar el estado de salud de los operarios *ex art. 22 LPRL* y la transmisión de las conclusiones a los órganos competentes en materia de prevención de riesgos (comité de empresa, delegados de personal, delegados sindicales, delegados de prevención y miembros del comité de seguridad y salud) cuando los trabajadores se negaran categóricamente a prestar su aquiescencia al tratamiento de sus datos personales. Otra cosa es, desde luego, el uso y configuración efectiva del fichero, marcados por la necesidad de que la información compilada y tratada sea la mínima posible, perspectiva desde la cual cabría cuestionarse la legalidad de una utilización empresarial de esos datos con el fin de adoptar medidas sancionadoras, máxime cuando el art. 22 LPRL atribuye a la obligación empresarial de vigilancia de la salud un objetivo muy tasado, cual es únicamente la de tener a disposición de la autoridad laboral dicha información<sup>91</sup>.

En fin, si el trabajador no obtiene, en los reconocimientos médicos, la aptitud para seguir en su puesto de trabajo a consecuencia de una enfermedad profesional, ha de ser trasladado a otro puesto o, en su caso, causar baja en la actividad. Para el primero de los supuestos, el art. 5 RD 1430/2009 determina que las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad por contingencias comunes se reducen en el 50 por 100. Esta misma rebaja se aplica para los casos en los que los trabajadores con enfermedad profesional sean contratados por otra empresa, diferente de aquella donde prestaban servicios cuando se constató la existencia de dicha enfermedad, para desempeñar un puesto de trabajo compatible con su estado de salud. La previsión reglamentaria se concreta en precisar que la existencia de enfermedad profesional se acreditará

<sup>89</sup> Pradas Montilla, R.: “Empresas y protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Laboral*, 2003, T. I, pág. 73.

<sup>90</sup> Cardona Rubert, M.B.: “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 53.

<sup>91</sup> Montoya Melgar, A.: “Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática”, en Alonso Olea, M. y Montoya Melgar, A.: *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, Madrid, 1999, págs. 301 y ss.

mediante certificación del EVI de la Dirección Provincial del INSS correspondiente, mientras que la constatación de la compatibilidad del nuevo puesto con el estado de salud del trabajador se efectúa por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>92</sup>.

## 8. CONCLUSIONES

Cierto es que en algunas ocasiones la prestación de incapacidad temporal actúa como refugio de situaciones diversas, para las que no está prevista (desempleo encubierto, períodos breves de inactividad, atención de familiares, solución temporal de circunstancias laborales incómodas, instrumento de huida de situaciones de incapacidad permanente...), lo cual provoca un incremento del gasto y perjudica el tejido empresarial<sup>93</sup>. No menos verdad resulta, sin embargo, que muy a menudo personas que se hallan realmente enfermas e incapacitadas para trabajar son dadas de alta sin las debidas garantías en un exceso de celo hartamente criticable.

En esta tesitura, el legislador parece dar más peso a la primera de las premisas que a la segunda, pues las sucesivas reformas de la citada prestación han ido orientadas a reforzar el papel de control de la Entidad Gestora, el INSS o el ISM. Al tiempo, se ha dado participación a las Mutuas para colaborar no sólo en la gestión de los riesgos profesionales, sino también en la incapacidad temporal por contingencias comunes, bajo la idea de que estas Entidades tutelan las contingencias en beneficio del empresario, que es quien contrata la “póliza” con ellas, y no del trabajador, de ahí que, incluso, sean más restrictivas de los derechos de los afectados que el INSS y que los Servicios Públicos de Salud, circunstancia que incide, a su vez, de forma positiva en la contención del gasto público<sup>94</sup>.

Ahora bien, con el fin de alcanzar un justo equilibrio, procede tener en cuenta que, además del pertinente control público, la intervención del empresario en este ámbito es fundamental en diferentes aspectos. Primero, impulsando el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos

<sup>92</sup> Panizo Robles, J.A.: “Un nuevo paso en el control de la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal”, cit., núm. 320, 2009, pág. 58.

<sup>93</sup> Mercader Uguina, J.R.: “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales*, 2004, Tomo I, págs. 403 y ss.

<sup>94</sup> Molina Navarrete, C.: “La reforma en materia de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Modificaciones incesantes, racionalización aplazada”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pág. 291.

laborales establecidas por la normativa al efecto con el fin de conseguir el mejor estado de bienestar físico y moral de los trabajadores a través de una “organización saludable”. Segundo, reduciendo la barrera de reincorporación de los trabajadores tras la enfermedad a través del diseño del correspondiente plan de acogida en el que se identifiquen puestos de trabajo idóneos a tal fin, así como posibilidades de adaptabilidad de las condiciones laborales. Tercero, ejercitando las oportunas medidas de verificación del estado de enfermedad o accidente del trabajador mediante reconocimientos médicos o procediendo a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en aquellos casos oportunamente justificados.

En definitiva, la intención de eliminar las posibles situaciones de fraude derivadas de la falta de asistencia al trabajo como consecuencia de dolencias físicas o psíquicas que temporalmente limitan la capacidad del trabajador para el desempeño de su actividad profesional no debe hacer olvidar que ha de ser el propio empleado el principal destinatario de aquellas medidas que coadyuven a reducir las causas y los motivos que originan dicha ausencia, máxime si éstas redundan en la búsqueda de su bienestar. Es necesario, pues, emprender una seria actividad pedagógica para hacer ver a los empresarios que se van a conseguir mayores beneficios mediante el diseño de un sistema de premios al cumplidor que con el establecimiento de castigos al simulador<sup>95</sup>.

<sup>95</sup> Jover Ramírez, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, cit., pág. 66.



---

# Informes y documentos



# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA DURANTE 2012

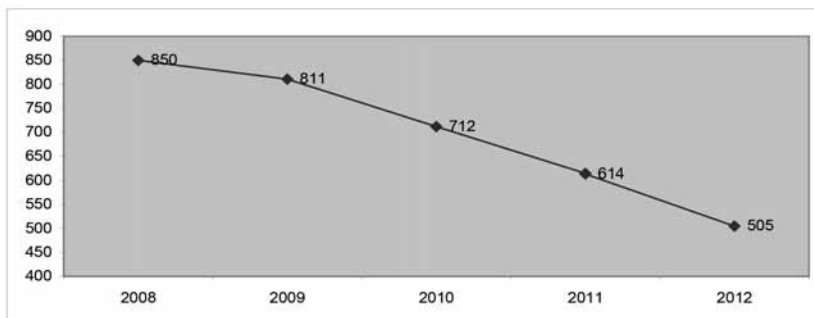
FRANCISCO PINA PÉREZ

*Jefe de Servicio de Negociación Colectiva*  
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

La negociación colectiva andaluza durante el ejercicio 2012 ha sido un reflejo de la complicada situación económico y social en la que han continuado desarrollándose los procesos negociales. El proceso negocial se enfrentaba en el año 2012 a la negociación de doscientos noventa convenios colectivos que terminaron su vigencia a finales del año 2011 o lo hacía a lo largo de este ejercicio, de los cuales cincuenta y nueve eran convenios colectivos de sector. A ellos debía acumularse la pendencia de negociaciones de años anteriores, en torno a unos quinientos ochenta, de todos ellos ciento cincuenta y cuatro eran de ámbito sectorial. Por tanto, a principios de año, nuestra negociación colectiva se encontraba con las mayores cifras de pendencia negocial de la última década, continuando la tendencia existente en el año anterior. Únicamente se contabilizaban 293 convenios colectivos vigentes a 1 de enero.

Al finalizar el año 2012, de los convenios colectivos que debían haberse negociado durante el año aún restaban algo más de doscientos cincuenta convenios colectivos por negociar, de los cuales cuarenta y cinco eran de sector, a los que habría de sumar otros sesenta y cinco convenios de sector más que continuaron su pendencia arrastrada de ejercicios anteriores. A 31 de diciembre de 2012 eran 505 los convenios colectivos vigentes, es decir 212 más que a principio de año, de los cuales el 13 % correspondían a convenios que debían negociarse en el año 2012, y el restante 87 % a negociaciones de años anteriores.

**Evolución número de convenios colectivos vigentes en Andalucía**



Fuente: Consejo Andaluz de relaciones Laborales

Los datos anteriores no hacen sino evidenciar la paralización sufrida en la mayor parte de las mesas de negociación durante el año. Las razones observadas a lo largo del ejercicio para explicar esta paralización podrían resumirse en las siguientes:

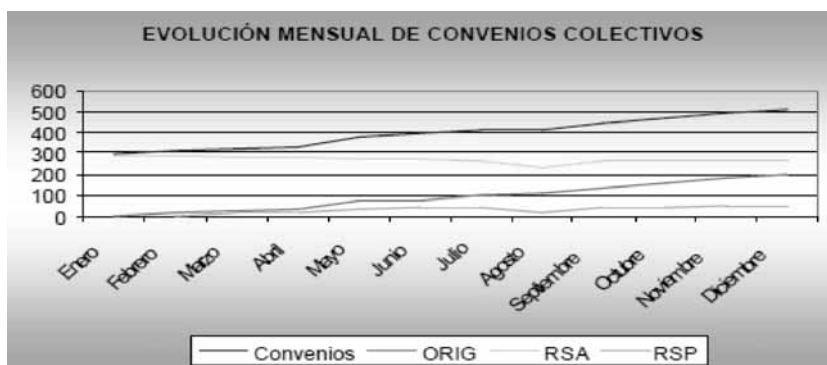
Por una parte la continuación de la coyuntura económica negativa, marcada por las consecuencias de la crisis internacional financiera, y que durante este año ha tenido una derivada sobre la deuda soberana de los estados, así como las elevadas tasas de desempleo y la continuación de la contracción de la actividad empresarial y la consecuente caída de la producción.

Por otra parte, la incertidumbre legislativa que acompañó todo el ejercicio 2011, continuó a lo largo del primer semestre del año 2012 por cuanto la anunciada reforma laboral por el Gobierno, con importantes modificaciones en lo que a negociación colectiva se refería, se materializó inicialmente mediante Real Decreto-Ley, de diez de febrero, pero sin el consenso previo de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, que sí habían alcanzado el 25 de enero el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. El hecho de que el mencionado Real Decreto-Ley hubiera de tramitarse como Ley en el Parlamento, con la incertidumbre de si en el íter parlamentario se alteraría lo regulado, contribuyó a la paralización de las mesas de negociación. Paralización a la que también favoreció el hecho de que la reforma legislativa se apartara sustancialmente del II AENC en materias nucleares de la negociación colectiva, como estructura, estableciendo la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa sobre el convenio sectorial en determinadas materias; la vigencia, al limitar temporalmente el período de ultractividad de los convenios; o la inaplicación de los convenios colectivos, al introducir un procedimiento que puede culminar en una solicitud de inaplicación unilateral a órganos tripartitos de la Administración.

Asimismo, la unión de la incertidumbre legislativa y el contexto de crisis económica generalizada en casi la totalidad de los sectores de actividad, podría haber contribuido al hecho de que el 30% de los convenios de sector que *tocaba* negociar durante el año 2012 en nuestra comunidad, por haber finalizado su vigencia inicial pactada el 31 de diciembre de 2011, iniciaran el año sin haber sido denunciados, y por tanto en situación de prórroga tácita. Cifra que se elevaba al 55% aproximadamente de los convenios colectivos de empresa que igualmente *tocaban* negociar.

Estas razones podrían explicar que el número de convenios colectivos con vigencia expresa en el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza al finalizar el ejercicio 2012 haya sido el más bajo de los últimos quince años, alcanzado la cifra de 505 convenios colectivos, 109 convenios colectivos menos que en el año 2011, debiéndonos remontar a los años 93 o 94, periodo igualmente de crisis económica, para encontrar cifras similares de convenios colectivos

vigentes en nuestra comunidad (503 y 464 respectivamente). En este aspecto, nuestra comunidad no ha sido ajena al conjunto del estado, que igualmente ha registrado un descenso muy acusado en el número de convenios registrados en los últimos ejercicios pasando de una cifra cercana a los cuatro mil convenios colectivos en el 2010 a algo más de dos mil quinientos en 2011 o dos mil seiscientos en 2012, iniciando un repunte que sin embargo no se ha producido en nuestra comunidad.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

La publicación de la Ley 3/2012 de 7 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (LRL en adelante), si bien permitió despejar la incertidumbre legislativa presente en las mesas de negociación, mantuvo sustancialmente la regulación del RD-Ley 3/2012, acentuando si cabe alguna de sus novedades más importantes al acortar de dos a un año el periodo de ultractividad de los convenios colectivos. Este hecho ha introducido un nuevo elemento decisivo a tener en cuenta en las mesas de negociación, alterando de manera significativa los equilibrios o desequilibrios existentes en las mismas. Así, tras la entrada en vigor de la LRL, de acuerdo con los datos estadísticos obrantes en el CARL, se encontraban denunciados, y por tanto en ultractividad, 324 convenios colectivos, de ellos 242 eran convenios de empresa y 82 convenios de sector. En principio este era el número de convenios potencialmente afectados por la reforma en materia de ultractividad a la entrada en vigor de la misma.

De los 324 convenios que estaban denunciados, 168 contenían en su articulado las cláusulas de prórroga del convenio hasta la firma de un nuevo convenio, y 156 convenios no contenían cláusulas de este tipo. En este sentido, no parece baladí señalar que la nueva regulación de la ultractividad permite pacto en contrario, si bien no se aclara en su articulado, si estos pactos debían

realizarse con posterioridad a la entrada en vigor de la LRL o serían válidos los contenidos en los convenios firmados con anterioridad a la misma. En cualquier caso, sólo los 156 convenios en ultractividad que no preveían cláusulas de ultractividad indefinida, afectaban a 447.715 trabajadores y 44090 empresas. De estos 156 convenios colectivos, 52 son convenios de sector y 104 son convenios de empresa. Los 52 convenios de sector suponen el 63% de los convenios de sector que están en ultractividad, que afectan a 413.912 trabajadores y 43.986 empresas.

La pérdida de vigencia de estos 52 convenios de sector supondría que pasaría a aplicarse el convenio superior si lo hubiese, existiendo en caso contrario un vacío de cobertura.

En este sentido de los 52 convenios de sector 18 convenios tendrían un convenio superior estatal que incluiría condiciones de trabajo completas (CC Construcción, CC Derivados del cemento, CC Madera, CC Transporte de mercancías por carretera, CC Empresas de Bingo, CC distribución y saneamiento de aguas, CC Exhibición cinematográfica). En el resto de los casos estaríamos ante nuevos vacíos de cobertura totales o parciales; como en el caso de comercio y metal, cuyos acuerdos nacionales no contienen condiciones de trabajo relativas a jornada o cuantía del salario.

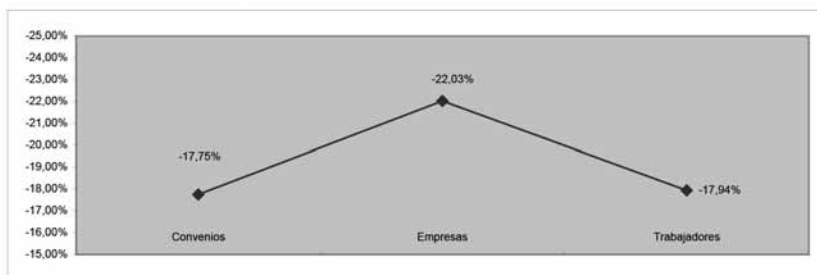
#### **Cuadro Resumen convenios colectivos denunciados antes del 8 de julio de 2012**

	Denunciados (ultractividad)	Prevén ultractividad hasta la firma del nuevo convenio	No prevén ultractividad
Convenios de sector	82	30	52
Convenios de empresa	242	138	104
Total	324	168	156

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cualquier caso, la mencionada reforma no produjo un desbloqueo o aceleración de las mesas de negociación en el segundo semestre del año, como ponen de manifiesto los ratios finales de convenios colectivos vigentes en Andalucía, y que suponen comparadas con el año 2011, un descenso en el número de convenios colectivos vigentes del 17,76 %, que conlleva igualmente un descenso en el ámbito de afectación tanto de empresas (-22%) como de trabajadores (-17,9%).

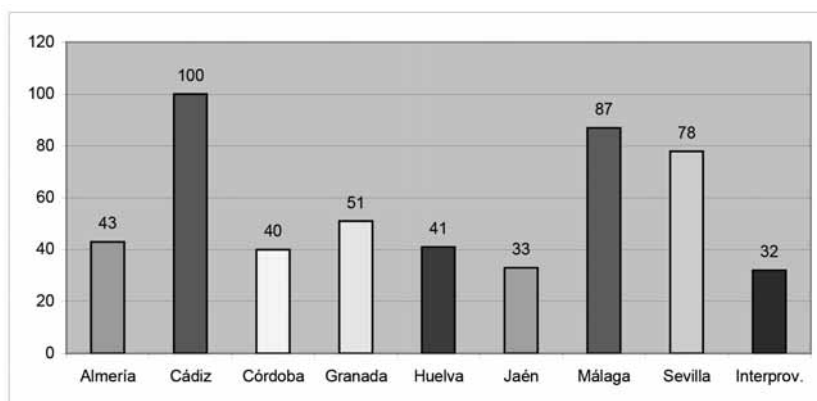
**Variación porcentual respecto a año anterior.  
Convenios empresas y trabajadores**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Centrando el análisis en los 505 convenios colectivos vigentes en Andalucía en 2012, podemos observar como la gran mayoría corresponden a un ámbito funcional negociador de nivel de empresa o inferior, alcanzando a 413 de los convenios vigentes, lo que supone el 81,7% del total; por el contrario, los convenios de sector suponen 92 del total, es decir, un 18,3% de los mismos. De la totalidad de esos convenios, 195 son “originarios” –esto es, han sido recepcionados a lo largo de este año por el CARL–, mientras que el resto de los convenios, 310 son “revisados” –esto es, firmados durante años anteriores que continúan vigentes en 2012–.

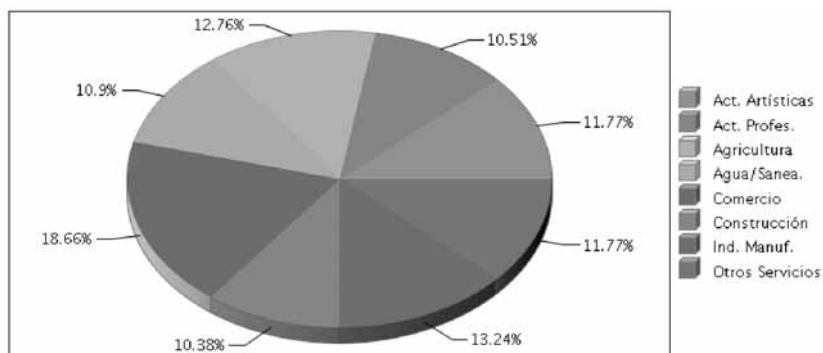
La extensión territorial de su eficacia o ámbito geográfico, permite afirmar respecto a la distribución provincial de estos convenios, que el mayor índice de actividad negociadora se localiza en la provincia de Cádiz.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Atendiendo al tipo de actividad económica y al número de trabajadores que acogen, los convenios más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza son: los del sector del “Comercio”, con el 18,66% del total de los trabajadores, seguido por los convenios propios del sector de “Agricultura”, con el 12,76% del total de los trabajadores afectados.

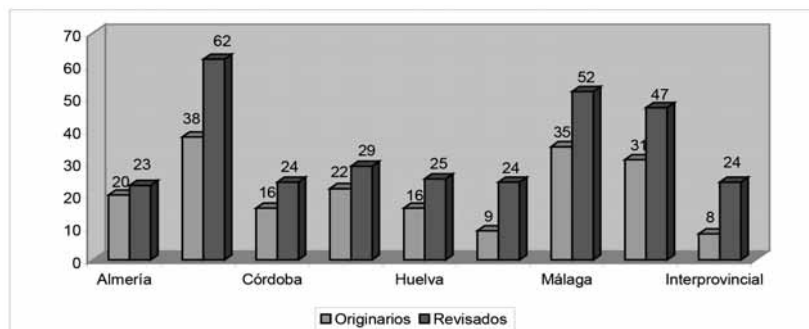
### Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

De los 505 convenios vigentes en Andalucía, los textos que pueden considerarse como originarios del año 2012, son 195, y suponen el 38,6% del total. Es decir, un porcentaje manifiestamente inferior al de los convenios revisados, (310) que alcanza al 61,4%. Esta proporción se mantiene –aunque con algunas alteraciones– a nivel provincial, como puede observarse en el cuadro siguiente

### Tipología de convenios. Distribución Provincial



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Convenios revisados**

Ámbito geográ.	Nº Conv	Empresas	Trabaj	ISP
Almería	23	553	6530	2,26
Cádiz	62	7811	37249	0,72
Córdoba	24	14641	97044	2,15
Granada	29	9432	85454	2,26
Huelva	25	4817	15881	1,02
Jaén	24	16063	71207	1,76
Málaga	52	7346	128833	1,37
Sevilla	47	19475	80413	1,99
Interprov.	24	7399	19569	2,41
Total	310	87.537	542.180	1,78

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Convenios originarios y primeros convenios**

Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se han recepcionado un total de 48 (5,05% del total de vigentes), siendo Málaga la provincia más destacada en este aspecto.

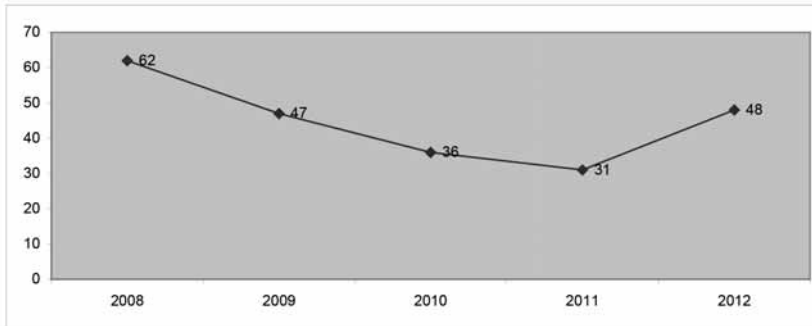
**Convenios originarios/ Primeros Convenios**

Ámbito geográ.	Convenios originarios			Primeros Convenios		
	Nº Conv	Empresas	Trabaj	Nº Conv	Empresas	Trabaj
Almería	20	6231	27733	2	2	404
Cádiz	38	7426	46523	8	8	2795
Córdoba	16	5139	34977	2	2	93
Granada	22	5522	14378	7	7	240
Huelva	16	321	13857	4	4	595
Jaén	9	48	2374	3	3	48
Málaga	35	15396	127026	13	13	293
Sevilla	31	6347	72972	5	5	429
Interprov.	8	8	999	4	4	153
Total	195	46438	340839	48	48	5050

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

En cuanto a la evolución de los primeros convenios, cabe destacar que los 48 primeros convenios son de empresa, siendo el único indicador del año que muestra una ruptura con relación a los años anteriores. En este sentido no parece baladí señalar que la LRL introduce la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias, pudiendo ser esta la causa del cambio de tendencia advertido.

### Evolución del número de primeros convenios



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Los 505 convenios vigentes afectan a 883.019 trabajadores y 133.975 empresas. Por provincias, son los convenios de las provincias de Sevilla y Málaga los que destacan en cuanto a mayor porcentaje de afectación. Con porcentajes inferiores se sitúan tanto los convenios del resto de las provincias andaluzas como los interprovinciales.

En cuanto al número de empresas afectadas por tales convenios (171.821), en primer lugar se sitúan los de Sevilla, seguidos a poca distancia por los de Jaén.

### Convenios colectivos vigentes: Distribución provincial de Empresas y Trabajadores

Tabla 1. Convenios Colectivos Vigentes

Ámbito geográ.	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	43	6.784	34.263	0,43%
Cádiz	100	15.237	83.772	0,64%
Córdoba	40	19.780	132.021	1,83%
Granada	51	14.954	99.832	1,96%
Huelva	41	5.138	29.738	0,61%
Jaén	33	16.111	73.581	1,73%
Málaga	87	22.742	255.859	1,06%
Sevilla	78	25.822	153.385	1,50%
Interprov.	32	7.407	20.568	1,61%
Total	505	133.975	883.019	1,35%

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

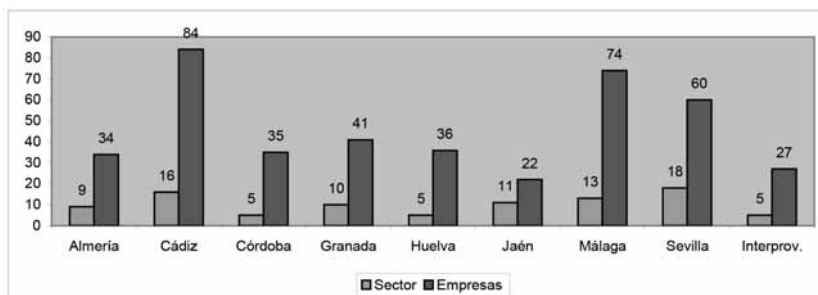
**Convenios vigentes: sector/empresa**

Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº Conv	Empresas	Trabaj	Nº Conv	Empresas	Trabaj
Almería	9	6.750	31.565	34	34	2.698
Cádiz	16	15.153	75.520	84	84	8.252
Córdoba	5	19.745	128.350	35	35	3.671
Granada	10	14.913	96.509	41	41	3.323
Huelva	5	5.102	25.270	36	36	4.468
Jaén	11	16.089	69.533	22	22	4.048
Málaga	13	22.668	248.102	74	74	7.757
Sevilla	18	25.762	143.397	60	60	9.988
Interprov.	5	7.380	10.000	27	27	10.568
<b>Total</b>	<b>92</b>	<b>133.562</b>	<b>828.246</b>	<b>413</b>	<b>413</b>	<b>54.773</b>

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Cuando se pasa a analizar el ámbito funcional de los convenios vigentes, al examinar la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 505 convenios vigentes, 413 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 81,7 % del total. Sólo 92 de los vigentes son convenios de sector, lo que supone el 18,3 % del total.

Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas

**Ámbito funcional por provincias. Convenios vigentes**

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

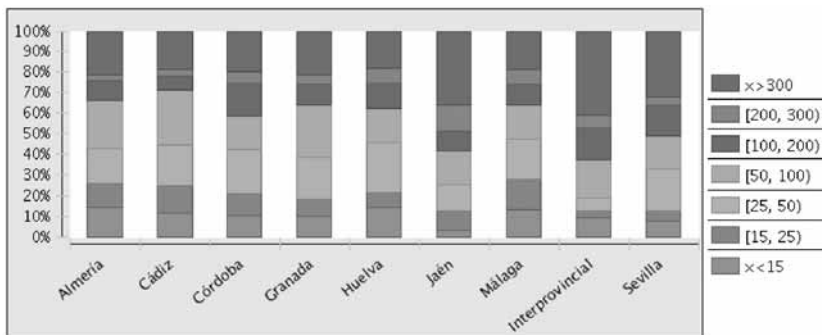
### Convenios de empresa: Distribución

Ámbito geográ.	Convenios de Empresa			
	Nº Conv	Empresas	Trabaj	ISP
Almería	34	34	2.698	0,77%
Cádiz	84	84	8.252	1,01%
Córdoba	35	35	3.671	1,10%
Granada	41	41	3.323	1,16%
Huelva	36	36	4.468	0,62%
Jaén	22	22	4.048	1,22%
Málaga	74	74	7.757	1,32%
Sevilla	60	60	9.988	0,69%
Interprov.	27	27	10.568	0,84%
Total	413	413	54.773	0,95%

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Tal y como se observa en la tabla, del examen de los convenios de empresa en relación con su particular ámbito de aplicación, se deduce que son mayoritarios aquellos que corresponden a la empresa en su conjunto, seguido de los de centro de trabajo. Numéricamente son muy inferiores aquellos convenios que tienen la naturaleza de intercentro, los de grupo de empresa y los de grupo profesional o franja. En lo referente al campo de afectación personal, son igualmente los convenios empresariales lo que se sitúan en primer lugar, situándose a continuación los de centro de trabajo. Este esquema es coincidente con el que se produjo en las anualidades precedentes.

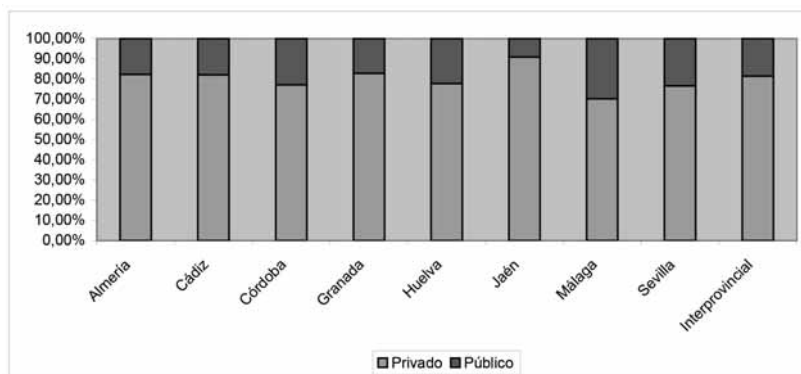
### Porcentajes por provincias de convenios colectivos vigentes según el tamaño de las empresas



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Como se observa en el gráfico siguiente, son numéricamente superiores los convenios de índole privado.

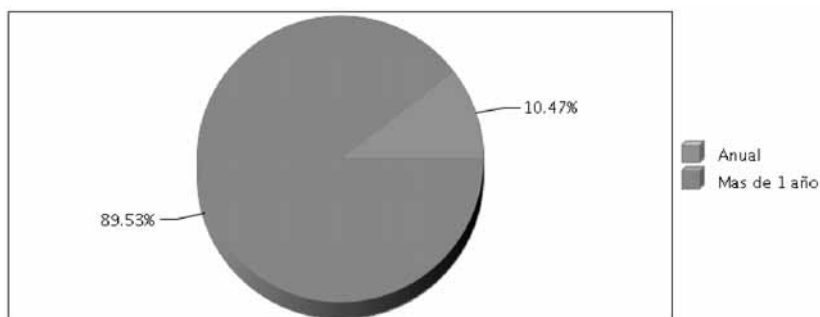
**Convenios vigentes de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

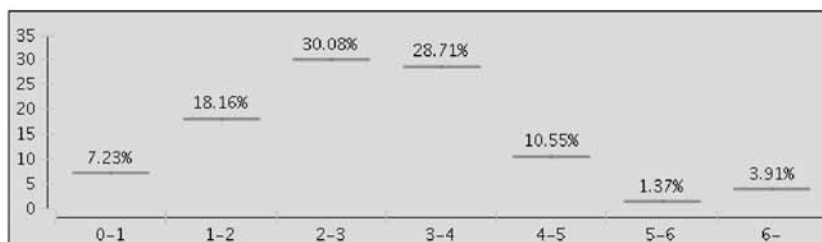
**Convenios originarios anuales/supraanuales**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

La distribución de vigencias entre los convenios supraanuales implica que son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 3 años de vigencia, suponiendo el 30,% del total de los convenios vigentes en Andalucía. Ello supone un cambio de tendencia respecto al año anterior en el que eran los convenios de duración hasta cuatro años los predominantes.

### Convenios colectivos vigentes. Ámbito temporal

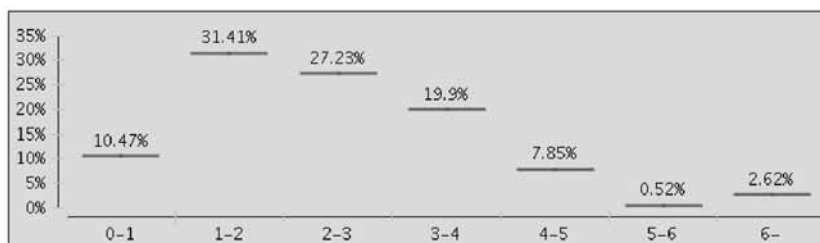


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si centramos el análisis de las vigencias en los convenios originarios del año 2012 vemos como la tendencia hacia convenios de duración reducida se acentúa, pues los convenios con una mayor presencia son los que fijan un período de hasta 2 años de vigencia (31%).

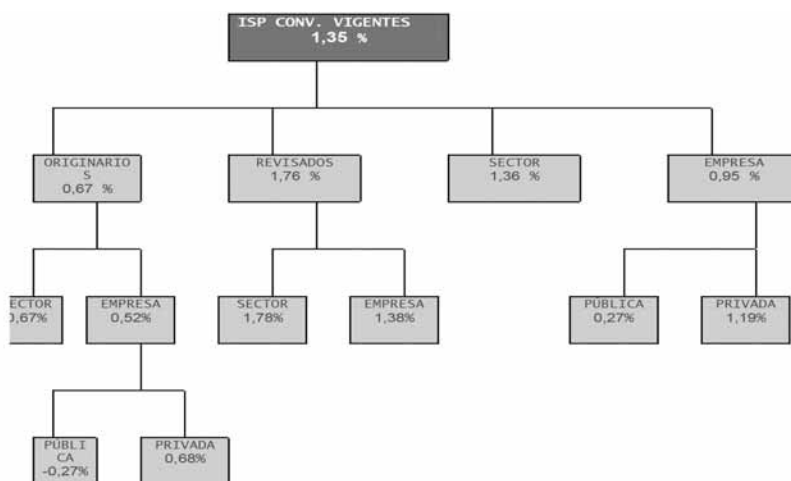
### Convenios colectivos originarios año 2012. Ámbito temporal

#### Convenios colectivos originarios. Ámbito temporal

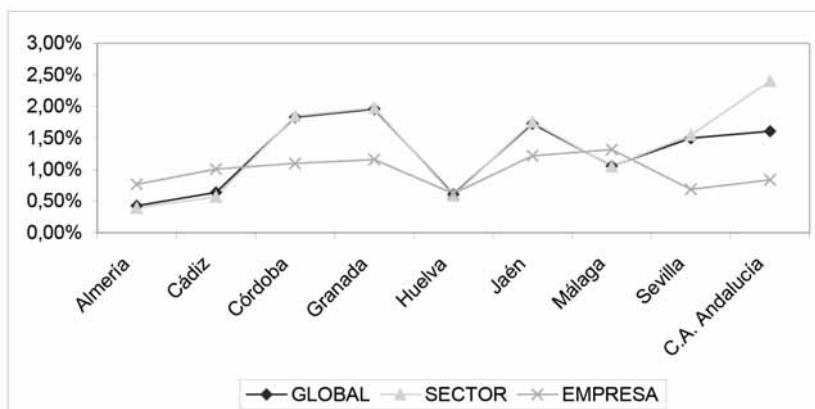


Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

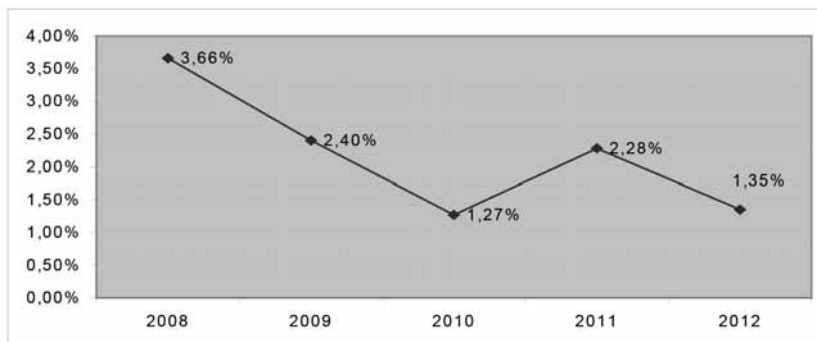
El incremento salarial ponderado (I.S.P.) en cómputo total, durante el año 2012, se situó en 1,35%, siendo más alto en los convenios de sector (1,36%) que en los de empresa (0,95%). No obstante, los convenios colectivos suscritos en el año 2012 reflejan una importante contención, al no superar el 0,67%, siendo muy significativo el ISP negativo en el sector público.



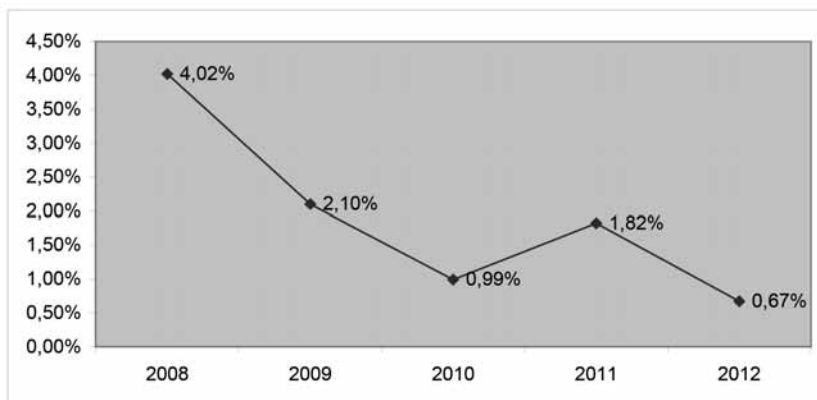
**ISP en convenios vigentes (según sector-empresa) a nivel provincial**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

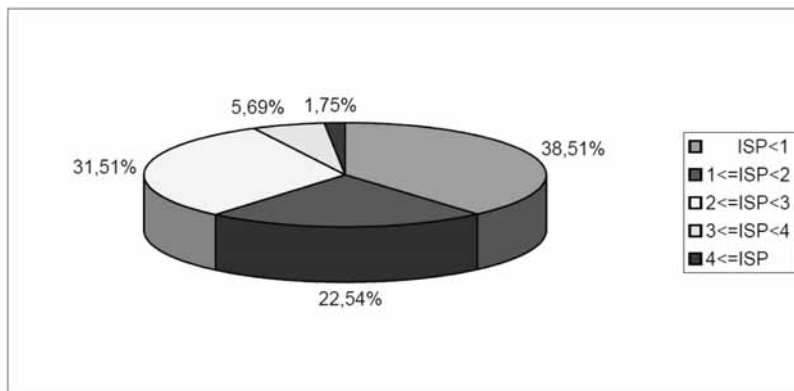
**Comparativa interanual I.S.P. convenios vigentes**

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Comparativa Interanual I.S.P. convenios originarios**

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P.**



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Por lo que respecta a la determinación de la jornada debemos indicar que, una vez anualizada y ponderada, es decir, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal. La media ponderada de la jornada de trabajo sobre el total de convenios queda fijada en 1770,31 horas.

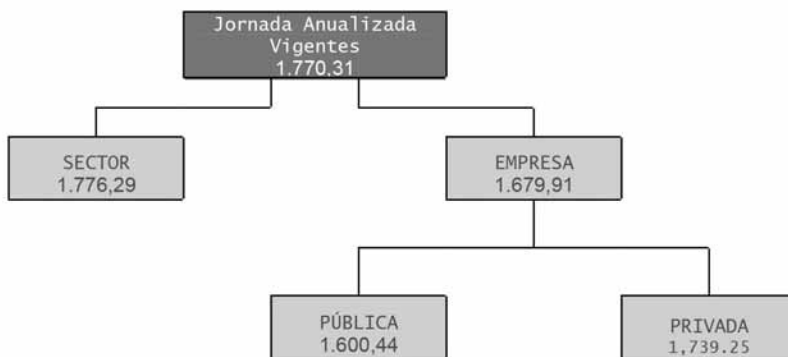


Tabla 9. Jornada promedio convenios colectivos vigentes

Ámbito geográ.	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	Jornada Anualizada
Almería	43	6.784	34.263	1.815,77
Cádiz	100	15.237	83.772	1.784,10
Córdoba	40	19.780	132.021	1.755,09
Granada	51	14.954	99.832	1.777,32
Huelva	41	5.138	29.738	1.770,61
Jaén	33	16.111	73.581	1.767,07
Málaga	87	22.742	255.859	1.781,57
Sevilla	78	25.822	153.385	1.752,01
Interprov.	32	7.407	20.568	1.709,64
<b>Total</b>	<b>505</b>	<b>133.975</b>	<b>883.019</b>	<b>1.770,31</b>

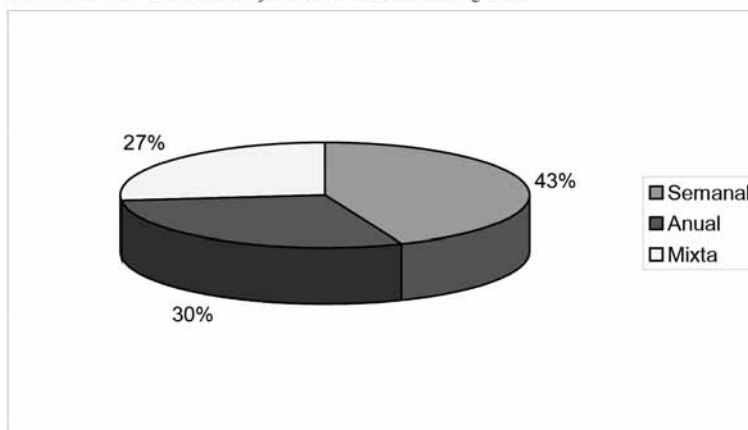
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Tabla 12. Jornada promedio convenios colectivos originarios

Ámbito geográ.	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	Jornada Anualizada
Almería	20	6.231	27.733	1.818,94
Cádiz	38	7.426	46.523	1.779,58
Córdoba	16	5.139	34.977	1.738,23
Granada	22	5.522	14.378	1.796,84
Huelva	16	321	13.857	1.754,67
Jaén	9	48	2.374	1.717,87
Málaga	35	15.396	127.026	1.814,59
Sevilla	31	6.347	72.972	1.759,82
Interprov.	8	8	999	1.767,59
<b>Total</b>	<b>195</b>	<b>46.438</b>	<b>340.839</b>	<b>1.786,61</b>

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

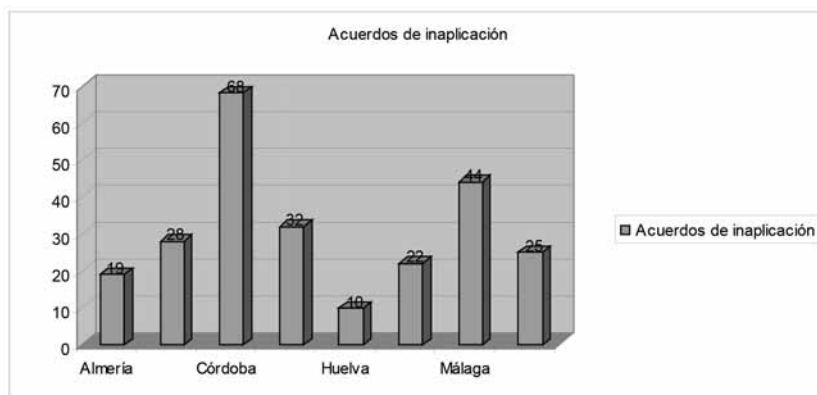
Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Originarios



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

### Inaplicaciones de convenios colectivos

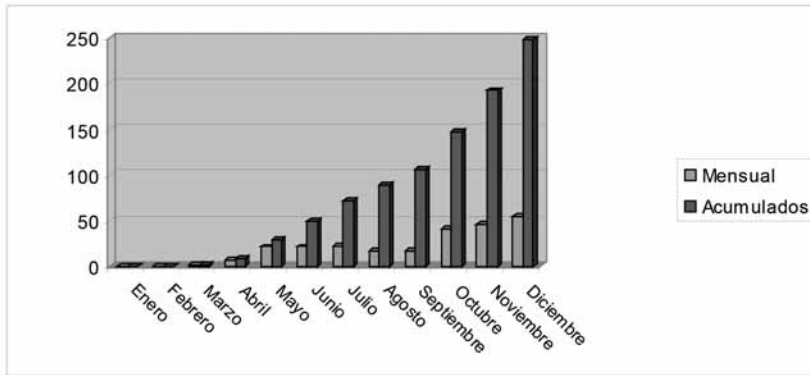
Si bien la LRL no tuvo un efecto desbloqueador durante el año 2012, sí ha tenido un reflejo mucho más acusado en los acuerdos de descuelgue de convenios colectivos, cuya existencia hasta la fecha era testimonial. En este sentido, en nuestra comunidad autónoma se presentaron a la Autoridad Laboral 248 acuerdos de inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos vigentes en el año 2012. Por su importancia cuantitativa cabe destacar el número de expedientes presentados en las provincias de Córdoba (68) y Málaga (44), lo que supone casi la mitad (45%) de todos los presentados en Andalucía.



Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Si analizamos el ámbito de los convenios colectivos inaplicados encontramos que 237 (95%) son de sector, mientras que 11 (5%) son de empresa. En cuanto al sector de actividad afectado podemos destacar al Sector del Metal con 71 expedientes (28,6%) y al del Comercio con 43 (17,3%).

Como puede observarse en los gráficos siguientes, la presentación de acuerdos de inaplicación de convenios colectivos se ha visto incrementada sensiblemente desde el pasado mes de Julio, coincidiendo con la entrada en vigor de la LRL.

**Evolución acuerdos inaplicación presentados mensual y acumulado**

Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

---

Comentarios de Jurisprudencia



**EL CONTROL JUDICIAL EN LOS DESPIDOS  
COLECTIVOS Y LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO  
FUNDAMENTO DEL PODER DE DIRECCIÓN DEL  
EMPRESARIO**

*STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 11 de julio de 2012*

M<sup>a</sup> LUISA RODRÍGUEZ COPÉ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El 2 de abril de 2012 la dirección de la empresa GSS, SL., anunció a la representación legal de los trabajadores su decisión de proceder a incoar expediente de despido colectivo para extinguir los contratos de trabajo de 56 empleados de un total de 1999 que formaban parte de la plantilla de la empresa, alegando causas económicas, organizativas y de producción. El preceptivo periodo de consultas finalizó sin acuerdo el día 9 de mayo de 2012, si bien el número de trabajadores afectados se redujo a 55. El 8 de junio, mediante correo electrónico, la empresa comunica al comité la exclusión del expediente de otros 18 trabajadores, disminuyendo el número de afectados a 37.

La empresa, en virtud de las propuestas planteadas por la representación de los trabajadores en el periodo de consultas, procedió a alcanzar un acuerdo transaccional con 31 trabajadores, abonando 29 días de salario por año de servicio, sin topes de antigüedad, suscribiendo al efecto un documento específico en el que las partes plasmaron el acuerdo, acordando dar por resueltas, saladas y finiquitadas las relaciones laborales mantenidas.

A la fecha del juicio fueron seis los trabajadores que no aceptaron la propuesta; dos de ellos, miembros del Comité de Empresa, interpusieron demanda contra la empresa, en nombre y representación de FES-MADRID y de CGT, compareciendo CC.OO., CTI y el Comité de Empresa de GSS, SL., como interesados.

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**RESUMEN:** El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia del día 11 de julio de 2012 estima la demanda interpuesta en su pretensión principal, declarando la nulidad del despido colectivo, por aplicación de lo establecido en el artículo 124. 9 LRJS, advirtiendo que contra la misma puede interponerse recurso de casación ante la Sala IV del Tribunal Supremo.

## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

1. DELIMITACIÓN DEL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS CAUSAS DEL DESPIDO COLECTIVO Y SUS EFECTOS SOBRE EL PODER EMPRESARIAL
2. ANÁLISIS DE LA STSJ DE MADRID DE 11 DE JULIO DE 2012
  - 2.1. El cumplimiento de los requisitos formales
  - 2.2. Las razones alegadas: especial referencia a la causa económica
  - 2.3. El control judicial de los hechos concurrentes
3. OTROS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES
4. CONCLUSIÓN

## INTRODUCCIÓN

Para el análisis de esta sentencia partimos de una base irrefutable que traemos ahora a colación para que sirva, además de planteamiento previo, de apunte reflexivo y nos permita, también, analizar en qué medida el poder de dirección del empresario se ve afectado (¿potenciado?) por las continuas reformas llevadas a cabo en nuestro marco normativo laboral desde 2010.

Tanto en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, como en la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral el término “flexibilidad” (de entrada o interna y de salida o externa<sup>1</sup>) alcanza un gran nivel de juridificación<sup>2</sup> haciendo referencia básicamente a aquellos instrumentos que el marco regulador proporciona a la empresa para modificar las condiciones de trabajo aplicables a su plantilla de trabajadores, de forma temporal o permanente, adaptándolas a nuevas circunstancias impuestas por el mercado en el que aquélla desenvuelve su actividad.

<sup>1</sup> En este sentido, Pedrajas/Sala/Molero, en *La flexibilidad interna en la empresa* (valoración crítica de las reformas de 2010, 2011 y 2012). Tiran lo Blanch, Valencia, 2012. Consideran los autores que las reformas y particularmente la de 2012, hacen una apuesta clara y simultánea por la flexibilidad interna y por la flexibilidad de salida. Se preguntan por la oportunidad de esta apuesta en paralelo por dos fórmulas de flexibilidad que aparecen como opuestas.

<sup>2</sup> Tanto por su reiterada utilización en el Preámbulo como por su expresa inclusión en los textos normativos.

Por una parte, las medidas que se instrumentan o, si se quiere más genéricamente, los componentes de la flexibilidad interna que se han fomentado con los cambios habidos desde 2010 afectan en esencia a cuatro ámbitos: concretamente, las reformas han incidido en la movilidad del trabajador –tanto geográfica (art. 40 ET), como funcional (art. 39 ET)<sup>3</sup>– en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET)<sup>4</sup>, incluyéndose la modificación sustancial de funciones, de estructura y cuantía salarial como causa de extinción voluntaria del contrato de trabajo con derecho a indemnización y reconduciéndose la modificación de condiciones de trabajo recogidas en convenio colectivo del Título III del ET al procedimiento del apartado 3 artículo 82 del citado texto legal, al denominado descuelgue de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo (art. 82.3 ET)<sup>5</sup> y a la suspensión del contrato de trabajo (y reducción de la jornada) por causas empresariales (art. 47 ET).

Por otra parte, y con respecto a la flexibilidad externa, el debate que monopolizó la reforma de 2010 y, sobre todo la de 2012, fue el alcance material del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; máxime cuando la Ley 3/2012 ha simplificado el elemento causal –algunos hablan de *descausalización* de los despidos– ha suprimido la histórica autorización administrativa previa, y ha limitado el control judicial.

A analizar este último aspecto, esto es, la restricción del control judicial y su papel en la valoración de la decisión empresarial, dedicaremos las próximas líneas. Para ello nos basaremos en la del TSJ de Madrid, de 11 de julio de 2012

<sup>3</sup> Se suprimen de nuestro ordenamiento los sistemas de encuadramiento basados en categorías profesionales lo que supone una reordenación y mayor sistemática del artículo 39. El nuevo sistema de clasificación profesional basado en el grupo se impone no únicamente a la negociación de futuros convenios sino que, además, se exige que los convenios en vigor se adapten al nuevo modelo en el plazo de un año.

<sup>4</sup> Las modificaciones sustanciales han sufrido cambios de importancia, entre las que podríamos destacar, además de la flexibilización del concepto de causa económica, técnica, organizativa o de producción, la diferenciación de tipos de modificaciones sustanciales atendiendo al número de trabajadores afectados, la ampliación de posibilidad de rescisión del contrato por el trabajador a las causas en enumeradas en el artículo 41.1 susceptibles de modificación sustancial (excepto las relativas a sistema de trabajo y rendimiento), la aclaración de que no puede haber resolución ex artículo 50 ET si la modificación se ha ajustado al artículo 41, y la remisión a la regulación de los convenios estatutarios la materia relativa a la modificación sustancial de condiciones previstas en los mismos.

<sup>5</sup> La Ley 35/2010 modificó el régimen de la cláusula de descuelgue para el supuesto de que una empresa pretendiese la inaplicación del régimen salarial establecido en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa, abriendo esa posibilidad no sólo a las empresas con pérdida actuales, sino también a aquellas que, aunque no tuviesen esas pérdidas, era previsible que las tuviese en un futuro. El RDL 3/2012 extiende esta posibilidad al resto de las condiciones de trabajo previstas en el convenio, de acuerdo con lo establecido en la nueva redacción del artículo 82.3 ET.

que, junto a otros pronunciamientos, nos darán una visión más aproximada de cómo es interpretada y aplicada la reciente normativa laboral en los llamados despidos económicos. En concreto, y en lo que respecta a la temática central sobre la que versa la sentencia comentada –los despidos colectivos– nos preguntamos hasta que punto la interpretación que realicen los juzgados y tribunales de lo social puede llegar a neutralizar los efectos de la reforma, e incidir en el objetivo flexibilizador del poder empresarial que la ha inspirado.<sup>6</sup>

## **1. DELIMITACIÓN DEL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS CAUSAS DEL DESPIDO COLECTIVO Y SUS EFECTOS SOBRE EL PODER EMPRESARIAL**

Las reformas han cambiado el marco regulatorio de los despidos colectivos al facilitar la justificación de las causas que los provocan y disminuir la intervención administrativa. El control externo es, a partir de ahora, únicamente judicial y los criterios para su desarrollo han variado de forma sustancial; y ello por dos razones fundamentales.

Por una parte, y aunque de forma limitada para la causa económica, se introduce una regla que objetiva la legitimidad de la decisión empresarial, de este modo, se está constriñendo el control que puede ser desarrollado por el juez<sup>7</sup>. Recordemos que el inciso final del segundo párrafo del artículo 51.1. ET establece un criterio cuantitativo para determinar cuando el descenso de ingresos o ventas puede considerarse suficiente como para recurrir al despido económico<sup>8</sup>. Por otra parte, desaparecen los criterios legales respecto a las finalidades que debía perseguir la empresa al reestructurar su plantilla, pues ya no será preciso acreditar la causa, ni tampoco justificarla, puntos básicos en la anterior redacción. Estos aspectos junto con la desaparición de la autorización administrativa acaban con los criterios de control externo anteriormente existentes.

<sup>6</sup> En este sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012, Diario La Ley, N<sup>º</sup> 7833, 2012. Según el autor, “dónde se hace más patente en el RDL 3/2012 la búsqueda de flexibilidad es en su vertiente genuina de ampliación de los poderes empresariales de gestión y de ajuste de personal, tanto en el tratamiento de la flexibilidad interna, como la nueva regulación de la negociación colectiva y de los descuelgues que introduce, como de la flexibilidad externa y su reflejo jurisdiccional”.

<sup>7</sup> En la sentencia comentada el Tribunal afirma que “el legislador quiere que el control judicial quede limitado la valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas porque, en suma, se trata de un despido objetivo, debiendo ser posible valorar las causas y los hechos de forma objetiva”.

<sup>8</sup> “...en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”.

La nueva redacción legal tiene un fin claro: constreñir el control externo a desarrollar por el juez únicamente a la existencia de la causa, sin permitir que se extienda a la valoración de la razonabilidad de la medida; y además, objetivarlo de forma extrema, como muestra la regla que impone considerar concurrente la causa después de tres trimestres consecutivos de disminución de ingresos o ventas. En definitiva, el legislador quiere que el control judicial quede limitado a la valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas, evitando así que el libre ejercicio de las facultades empresariales quede suplantado por el juez o tribunal, facultados hasta ahora para emitir juicios de oportunidad.<sup>9</sup>

Este planteamiento supone un incremento de la flexibilidad empresarial y, por ende, potencia la capacidad del empresario a la hora de elegir las medidas más adecuadas para reestructurar su empresa. Si el control judicial queda constreñiendo a la existencia de unos hechos, sin necesidad de que se extienda a la relación existente entre ellos y la decisión extintiva –o modificativa o suspensiva– adoptada por el empresario, ¿dispone éste de completa libertad para, ante causas idénticas en su configuración legal, elegir unas u otras? Es evidente que esta amplísima discrecionalidad empresarial no resulta admisible.<sup>10</sup>

Sin duda, el poder de dirección y organización del empresario encuentra su fundamento único en el reconocimiento constitucional de la garantía institucional de la economía de mercado y del derecho de libertad de empresa (artículo 38 CE). Pero cuando estamos hablando de flexibilidad externa o de salida, o de “reestructuración de la plantilla”, la facultad de gestión empresarial ha de encontrar un punto de equilibrio entre esa libertad de empresa y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos (artículo 35 CE).

Tras las reformas, en el despido colectivo si la empresa acredita las causas, el despido debe ser considerado regular<sup>11</sup>, sin entrar a realizar un análisis de su

<sup>9</sup> Véase, la obra de AA.VV. (Dir. García Perrote/Mercader Uguina), Reforma laboral 2012. Lex Nova, 2012, p. 300.

<sup>10</sup> De nuevo, AA.VV., Reforma laboral 2012, cit., p. 302 al afirmar que “no todas las medidas justificadas en el interés de la empresa pueden ser consideradas alternativas igualmente válidas en una determinada situación por la sencilla razón de que los intereses en juego, protegidos constitucionalmente, no son siempre los mismos”.

<sup>11</sup> La Ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de los despidos que ha dado lugar a que los tribunales realizasen en muchas ocasiones juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. En este sentido, Cavas Martínez (Coord.), La reforma laboral de 2012 (Análisis del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). Ed. Laborum, 2012, p. 187.

adecuación a ellas.<sup>12</sup> Sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto, esta idea debería ser matizada, aludiendo a los principios generales de ejercicio de los derechos (artículo 7 Cc), de manera que la facultad empresarial de despedir debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, sin que en ningún caso pueda alegarse la nueva normativa para legitimar el abuso de derecho. La definición del mismo lleva a entender que el beneficio de la duda corresponde al empresario, lo que incrementa la inseguridad a la hora de interpretar la causalidad; en definitiva son los Tribunales<sup>13</sup> los que deben guiar el proceso de aplicación de las nuevas normas.

Parte de la doctrina se ha pronunciado ya al respecto afirmando que, “resultaría absurdo establecer la revisión judicial de los despidos colectivos, nada menos que a cargo de las Salas Sociales de los Tribunales Superiores de Justicia, para luego limitar el alcance de dicho control a una mera constatación de la concurrencia de la causa en su vertiente estrictamente fáctica, sin entrar a valorar la razonabilidad y proporcionalidad del despido”.<sup>14</sup> Resulta evidente que aunque una empresa presente una disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas durante tres trimestres consecutivos –el paradigma de la presunción legal de causalidad– en la labor judicial deberán valorarse aspectos como la situación económica de la empresa o la proporcionalidad con el número de despedidos<sup>15</sup>; y ello porque la Ley se sitúa por debajo de la Constitución, los Tratados Internacionales y la normativa comunitaria, por lo que debe ser interpretada conforme a dicho acervo de superior entidad.<sup>16</sup>

Veamos la postura del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 11 de julio de 2012.

<sup>12</sup> Y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 del RD 801/2011, de 11 de junio, que se entiende vigente en virtud de la Orden EES/487/2012, de 8 de marzo.

<sup>13</sup> Recordemos que los despidos colectivos van a ser enjuiciados por los TSJ con casación directa ante el TS, lo que va a permitir que, en un corto espacio de tiempo, existan pronunciamientos jurisprudenciales que encaucen la aplicación de la normativa vigente.

<sup>14</sup> En este sentido se pronuncian Agustí Maragall y Serna Calvo, Magistrados adscritos a la Sala Social del TSJ de Catalunya, en su estudio “Impugnación judicial de los despidos colectivos en el RDL 3/2012: ¿cuál debe ser el alcance del control judicial de la causa?”, publicado en el número extraordinario monográfico sobre la Ley 3/2012 y el RDL 20/2012, de la revista *on-line* de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia. Véase en <http://www.iuslabor.org>

<sup>15</sup> Por ejemplo, pueden existir descensos mínimos de ingresos, pero haber obtenido ganancias de millones de euros; es exigible, además, la proporcionalidad de la situación económica alegada con el número de despedidos pues, en caso contrario, se tendría que validar, por ejemplo, el despido de mil asalariados por un descenso de ingresos o, incluso pérdidas, nimio.

<sup>16</sup> Falguera Baró, “Referencia a la impugnación de los despidos colectivos y otras reflexiones sobre el despido” Número extraordinario monográfico sobre la Ley 3/2012 y el RDL 20/2012, de la revista *on-line* de la Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia. Véase en <http://www.iuslabor.org>

## 2. ANÁLISIS DE LA STSJ DE MADRID DE 11 DE JULIO DE 2012

La sentencia, con una extensa y pormenorizada redacción (hasta 23 páginas entre *hechos probados* y *fundamentos de derecho*) examina en sus fundamentos de derecho diversas cuestiones. Veámoslas.

### 2.1. El cumplimiento de los requisitos formales

Según la sentencia, la empresa y su perito han construido su argumentación en base a unos datos provisionales e inciertos, por lo que el informe técnico y la memoria resultan cuestionables y carentes de credibilidad y rigor.

Basándose en el contenido del vigente artículo 6 del RD 801/2011, el Tribunal considera que la empresa no ha aportado la información pertinente sobre las cuentas anuales del último ejercicio económico completo –el de 2011–, cuando podía y debía hacerlo, lo que implica un claro *abuso de derecho* máxime cuando esa información no ha sido facilitada a la representación unitaria de los trabajadores, con la consiguiente dificultad para éstos de conocer la situación de la empresa de cara a la correcta utilización del cauce del despido económico.<sup>17</sup>

Del mismo modo, el informe sobre las causas organizativas y de producción que la empresa alega se construye sobre unas previsiones que, según la Sala, no se pueden corroborar con datos objetivos. El informe aportado por la empresa informa y explica pero no justifica de forma objetiva y, no olvidemos, que la justificación objetiva la exige el ET y RD 801/2011, pues estamos ante un despido objetivo de índole colectiva.

Para el Superior de Justicia estas omisiones constituyen un incumplimiento de un deber de información cuya ausencia debe penalizarse con la declaración de *nulidad* por cuanto la entrega de la información pertinente y obligatoria constituye en los despidos colectivos una pieza esencial para utilizar correctamente el cauce legal del despido objetivo económico.

### 2.2. Las razones alegadas: especial referencia a la causa económica

Además del motivo expuesto, la sentencia dedica sus fundamentos de derechos segundo, tercero y cuarto a la causa económica invocada por la empresa. Después de un análisis pormenorizado de los datos aportados, el Tribunal llega

<sup>17</sup> Véase la STS de 8 de noviembre de 2011 (recurso 364/2011), perfectamente trasladables al supuesto analizado.

a la conclusión de que el panorama económico real de empresa no justifica en forma alguna un despido colectivo por causas económicas.<sup>18</sup>

A continuación, y con el fin de reflejar la posición del Tribunal con respecto a la posición de la empresa, y en particular con respecto a la alegación de pérdidas previsibles o futuras, reproducimos literalmente algunos de los argumentos esgrimidos en la sentencia.

Argumenta el Superior de Justicia que

*...no puede haber disminución persistente del nivel de ingresos cuando la propia empresa afirma como fiel y exacto reflejo de su situación que espera crecer de forma sostenida, mejorar respeto del último año, que tiene oportunidades para aumentar su negocio, que está invirtiendo y creando nuevas filiales...*

*...En este sentido de los informes de la gestión y de la propia actuación de la empresa parece que su principal interés con el ERE es subjetivo y no objetivo, consistente en buscar soluciones que le permitan reducir los costes fijos y convertirlos en variables. En efecto, tal y como afirma una de las empresas dependientes con ocasión de la prueba aportada con la consolidación uno de los “riesgos” es la subida anual en los gastos de explotación fundamentalmente por los gastos de personal sometidos a convenio y la consiguiente dificultad para repercutir estas subidas anuales al precio unitario final al cliente.*

*Si la empresa a través de EREs reduce progresivamente el personal sometido a convenio y procede a la externalización vía off Shore, que es uno de sus objetivos declarados y la mira de sus inversiones, llevándose las plataformas a otros países donde opera con personal local en condiciones alejadas a las existentes en nuestro país, ni siquiera vinculándose por una explícita declaración de responsabilidad social corporativa, nada tiene que repercutir al cliente en relación con las subidas del personal sujeto a convenio o los costes de la mano de obra española, reduciendo de forma notable sus gastos al operar con una mano de obra mucho más barata, sin convenio, ofreciendo de esta forma servicios que le generan una mayor plusvalía y margen de beneficios, a costa de la destrucción de empleo nacional con el consiguiente gravamen y coste social que ello supone. Ni tan siquiera se ha probado que el servicio futuro que piensa ofrecer al cliente vaya a ser más barato o considerablemente más competitivo frente a lo que es el uso en el sector.*

<sup>18</sup> En primer lugar, según razona la Sala, porque no hay pérdidas, ni cabe preverlas; tampoco “... existe una disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios cuando la cifra de negocio ha aumentado, los deudores han disminuido, se dispone de *factoring* con crédito no dispuesto y los clientes son solventes”.

*Todo ello si bien es entendible desde el punto de vista estrictamente subjetivo productivo empresarial no lo es desde el punto de vista objetivo de la legislación laboral y de responsabilidad social a la que las empresas se deben, porque no hay causa económica que ampare la destrucción de empleo cuando la misma solo se basa en la conveniencia empresarial de obtención de un mayor beneficio y no en pérdidas, presentes o futuras, o en decrecimiento evidente de ingresos que dificulten sus sostenibilidad futura.*

*La existencia de una causa concreta y próxima y objetiva que justifique la extinción es imprescindible porque así lo exige la norma y lo ha interpretado de forma reiterada nuestra jurisprudencia (STS 19 de septiembre de 2011, recurso 4056/2010). Esas causas concretas, objetivas y próximas son las que la ley señala y hay que acreditar y en ellas no se contempla la conveniencia empresarial y la consecución de un mayor beneficio a costa de la destrucción de empleo.*

### **2.3. El control judicial de los hechos concurrentes**

La sentencia, insistimos, muy extensa en redacción, dedica su fundamento de derecho octavo al control judicial de la concurrencia de los hechos. Atendiendo al tenor literal del pronunciamiento analizar, la Sala no desconoce la nueva redacción del art. 51 del ET y el deseo del legislador de eliminar los elementos de incertidumbre y que los tribunales emitan juicios de oportunidad en relación con la gestión de las empresas. Según expresa el Tribunal, el legislador quiere que el control judicial quede limitado a la valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas porque, en suma, se trata de un despido objetivo, debiendo ser posible valorar las causas y los hechos de forma objetiva.

Así pues, los trabajadores pueden ser despedidos de forma colectiva por justas causas objetivas; pero, a juicio del Tribunal, esta objetividad y la limitación del control judicial a la concurrencia de unos hechos expresamente deseada y querida por el legislador con la reforma no reduce sino que incrementa el rigor en las condiciones de fondo y de forma exigibles.<sup>19</sup>

Nos recuerda “el de justicia” que tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rija el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción –para su licitud– a condiciones de fondo y de forma, lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia de estos derechos

<sup>19</sup> Porque como señala la STS de 29 de noviembre de 2010, recurso 3876/09, es lo “más acorde con el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE, que en su vertiente individual se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa (SSTC 22 /1981, de 2/Julio, FJ 8; y 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4).

con el proclamado en el artículo 35.1 que en su vertiente individual se concreta en el «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa» y, sobre todo, con el principio de Estado social y democrático de Derecho. Todo ello invita necesariamente –en el supuesto de que tratamos– a acoger interpretaciones no extensivas en la aplicación del derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas.<sup>20</sup>

En la valoración que hace el Tribunal del caso en concreto considera que las causas legales y objetivas no existen. Lo que sí existen son otros hechos: amortización de puestos de trabajo y simultánea creación de nuevos puestos con masiva contratación de trabajadores ajenos, temporales, y una empresa que afirma estar en crecimiento.

Explica la sentencia que cuando una empresa amortiza puestos de trabajo y crea otros en la forma y circunstancias en que la demandada lo ha hecho en el supuesto examinado se trata de una decisión empresarial interesada y subjetiva que no se ajusta al ineludible requisito de objetividad por imperativos de la producción o de la gestión de la empresa que proclama el artículo 51 y que al ser subjetiva impide la aplicación del precepto y determina que los despidos lo sean sin justa causa.

### 3. OTROS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES

Realizando un somero análisis de las resoluciones que hemos podido encontrar en los repertorios de jurisprudencia, nos encontramos con pronunciamientos que comparten la línea de interpretación expuesta por la sentencia que comentamos

Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 30 de mayo de 2012. En este caso, la preparación de una documentación contable “ad hoc” para justificar el despido colectivo es desmentida, a juicio del Tribunal, por el resto de la documentación aportada sobre la evolución económica de la sociedad, la cual tampoco pudo ser desvirtuada por la prueba pericial practicada.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional también ha tenido ocasión de pronunciarse en una sentencia de 25 de junio de 2012, donde analiza un supuesto en el que la empresa, habiendo iniciado un Expediente de Regulación de Empleo bajo la vigencia de la legislación anterior, tras la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012 paralizó el mismo de manera artificial y reinició uno

<sup>20</sup> Considera el Tribunal que “lo que es objetivo es objetivo y es sencillo de demostrar y no precisa subjetivismo judicial pero tampoco empresarial”.

nuevo al amparo de la nueva norma, desvirtuando lo establecido en las Disposiciones Transitorias e incurriendo en un claro fraude de ley. La anulación de los despidos realizados en fraude de ley resulta lógica.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 23 de mayo de 2012 entra a resolver un expediente de regulación de empleo planteado por una empresa sin tener en cuenta los datos económicos del grupo de empresas en el que estaba integrada. Las empresas pertenecían a los mismos socios, estaban ubicadas en un mismo centro de trabajo y tenían un funcionamiento unitario, lo que amén de otros defectos en la tramitación del proceso, determinó que no se justificaban las circunstancias que se alegaban para proceder al despido colectivo y se decretó su nulidad.

#### 4. CONCLUSIÓN

Sirva de conclusión a este comentario una de las muchas argumentaciones que la sentencia expone para declarar la nulidad del despido llevado a cabo por la empresa.

*Los expedientes de regulación de empleo son un coste social para ayudar a empresas en crisis o con dificultades de productividad que afectan de forma real y objetiva a su supervivencia, permitiendo y facilitando tras la aplicación de esa medida extraordinaria su pervivencia en el mercado como garantía de generación de empleo y de riqueza futura para la sociedad en su conjunto. No son ni deben ser un medio de destrucción de trabajo para generar más riqueza y beneficio al empresario que no está en crisis ni tiene dificultades reales acreditadas y objetivas pues ello perjudica no solo a los trabajadores y a la sociedad si no al resto del tejido empresarial realmente necesitado de acudir a medidas de crisis de tan alto impacto humano y social.*

En definitiva, el Tribunal nos deja claro que la posición de la empresa no debe ser asumida como una verdad incuestionable e inmutable. Los requisitos planteados por la Ley no pueden quedar reducidos a meros formalismos; la propia reforma ha residenciado en la jurisdicción social la responsabilidad última de velar por ello.

Entrar en el fondo de los asuntos y velar para que los expedientes extintivos de regulación de empleo respondan a causas reales amparadas por la Ley y no a la simple conveniencia del empresario, y ello no implica parcialidad en los jueces, ni restricciones al poder de dirección empresarial, sino, al contrario, un ejercicio de responsabilidad de todos los implicados.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> En esta nota concluyente se han tenido en cuenta los comentarios publicados en el Blog de actualidad política y jurídica publicado en <http://hayderecho.com> por JM. Pérez Gómez.



**SOBRE EL LIMITADO ACCESO A LA JUBILACIÓN  
ANTICIPADA DESDE EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES POR  
CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS**

*Sentencia del TSJ de Galicia, de 13 abril de 2012*

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Con fecha de 19 de diciembre de 2005, la relación laboral que el trabajador mantenía con su empresa quedó extinguida por fin de contrato y pasó a percibir la prestación por desempleo desde el 20 de diciembre de 2005 al 19 de diciembre de 2006, permaneciendo desde el 19 de junio de 2007 como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente. Meses más tarde, el 23 de enero de 2008, cuando contaba con 61 años de edad, el trabajador solicitó el reconocimiento de una pensión de jubilación acreditando a tales efectos las siguientes cotizaciones: al Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos (RETA), 9.587 días cotizados comprendidos entre el 1 de abril de 1976 al 30 de junio de 2002, y al Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) 1618 días cotizados comprendidos entre el 16 de julio de 2002 y 19 de diciembre de 2006. Sin embargo, el INSS le denegó la pensión solicitada por no entender cumplido el requisito de los 65 años de edad, ni haber ostentado la condición de mutualista por cuenta ajena con anterioridad al 1 de enero de 1967. Motivo por el que el trabajador decidió presentar demanda contra el INSS y la TGSS en reclamación de la pensión de jubilación anticipada.

La sentencia de instancia ratifica la resolución administrativa dando respuesta negativa a la pretensión del actor, quien recurre contra este pronunciamiento denunciando la interpretación errónea y no aplicación del art. 161 bis. 2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) –según la redacción dada al mismo por el art. 3º. Tres de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre– y señalando que reúne las condiciones fijadas en el precepto invocado para poder acceder a la pensión de jubilación anticipada.

\* Profesora Dra. del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**RESUMEN:** La Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 13 de abril de 2012 (Rec. 3436/2008), desestima el recurso de suplicación interpuesto y declara que el trabajador no reúne los requisitos necesarios para acceder anticipadamente a la pensión de jubilación, hasta que el trabajador cumpla los 65 años de edad. Sostiene la citada resolución, en primer lugar, que aun cuando el actor se encontraba afiliado al RGSS en el momento de solicitar la pensión, para acceder a la misma precisó acudir a la normativa reguladora del cómputo recíproco de cotizaciones, resultando de la totalización de los periodos cotizados a efectos carenciales que el Régimen por el que se debía reconocer la pensión era el RETA, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 35 del Decreto 2530/1970 –por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos– y 67 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 –por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del referido Régimen Especial–. En segundo lugar, y siendo el RETA el régimen que debe resolver el reconocimiento de la pensión, se ha de tener en cuenta que en su normativa reguladora no está prevista la jubilación anticipada, sin que pueda entenderse aplicable a los trabajadores autónomos lo dispuesto en el art. 161 bis. 2 LGSS, toda vez que la modalidad de jubilación anticipada que dicho precepto regula se dirige exclusivamente a los trabajadores pertenecientes a los Regímenes que en él se señalan (DA 8ª LGSS), sin que entre ellos se encuentre el RETA ni tampoco el REA por cuenta ajena. Y en tercer lugar que la única excepción regulada en la Ley 47/1998 de, 23 de diciembre, al permitir que el trabajador que haya cotizado a varios regímenes del Sistema y que no reúna en ninguno de ellos todos los requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada, pueda obtenerla en aquel régimen donde acredite un mayor número de cotizaciones aunque dicho régimen no la prevea (como sucede en el RETA), exige en todo caso que el interesado hubiera ostentado la condición de mutualista a 1 de enero de 1967 o con anterioridad, sin que tal requisito concurra en el actor.

## ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO PREVIO: LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN COMPETENTE PARA RECONCER LA PRESTACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE PLURIACTIVIDAD SIMULTÁNEA O SUCESIVA
2. LA IMPOSIBILIDAD DE CAUSAR ANTICIPADAMENTE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DESDE EL RETA POR VÍA DEL ART. 161 BIS.2 LGSS
3. EL ACCESO DESDE EL RETA A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA TRANSITORIA PROCEDENTE DEL ANTIGUO MUTUALISMO LABORAL: UN SUPUESTO ESPECIAL Y RESIDUAL CONTEMPLADO EN LA LEY 47/1998, DE 23 DE DICIEMBRE
4. REFLEXIÓN FINAL

## **1. PLANTEAMIENTO PREVIO: LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN COMPETENTE PARA RECONOCER LA PRESTACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE PLURIACTIVIDAD SIMULTÁNEA O SUCESIVA**

Como hemos adelantado, aunque la cuestión litigiosa consiste en determinar si el trabajador reúne todos los requisitos jurídicamente exigidos para poder jubilarse anticipadamente, en necesario dilucidar previamente qué régimen de la Seguridad Social es el competente para otorgar la prestación, al tratarse de un trabajador que acredita haber cotizado de manera sucesiva tanto al RETA como al RGSS según se desprende de las circunstancias fácticas anteriormente expuestas.

Para tal cometido, la sentencia comentada se atiene a la doctrina marcada por el TS en sus Sentencias –entre otras– de 12 de mayo de 1999 (Rec. 3459/1998), de 21 de septiembre de 2006 (Rec. 3506/2005), y de 21 de enero de 2009 (Rec. 208/2008), en las que se resuelve la cuestión sobre qué régimen de la Seguridad Social debe reconocer la pensión de jubilación cuando el trabajador ha cotizado a lo largo de su vida laboral en el RGSS y en el RETA, y no acredita en ninguno de estos regímenes por separado las cotizaciones necesarias para causar derecho a la pensión, pero si reúne cotizaciones suficientes en el uno y en el otro sumándolas todas. De manera que, en línea con el razonamiento seguido en los referidos pronunciamientos por el Alto Tribunal, entiende el TSJ de Galicia que la solución a dicha cuestión viene dada por el contenido del art. 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (regulador del Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos), en el que se dispone con carácter general el cómputo recíproco de cotizaciones entre el RGSS y el RETA –en criterio que fue después extendido a todo el sistema de la Seguridad Social por el Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre–, incluyendo de otra parte las siguientes salvedades:

En el apartado a) establece que para que el trabajador pueda causar derecho a la pensión en el régimen en el que estaba cotizando, es imprescindible que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto las cotizaciones efectuadas exclusivamente en dicho régimen. Situación que no se da en el supuesto aquí debatido dado que el trabajador no acredita en el RGSS, como régimen al que estaba cotizando en el momento de producirse la jubilación, el período de carencia necesario para causar derecho a la prestación computando únicamente las cotizaciones abonadas a dicho régimen tal y como el precepto exige “inexcusablemente”.

En el apartado b) se prevé que cuando no se cumplen estos requisitos en el régimen en el que se halle cotizando el trabajador, éste causará derecho a la

pensión en el régimen en el que hubiera cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reúna los requisitos de edad, períodos de carencia o cualesquiera otros que en aquél se exijan. Circunstancias éstas que tampoco concurren en el actor, al no acreditar la carencia exigida en el RETA contempladas de forma aislada las cotizaciones al mismo.

Y por último, el apartado c) dispone que cuando el trabajador no hubiera reunido en ninguno de los regímenes por separado los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, se sumarán a tal efecto las cotizaciones correspondientes a todos, y la pensión se otorgará por el régimen en el que se hayan acreditado mayor número de cotizaciones. Por lo que siendo éste el supuesto en el que se halla el solicitante de la pensión –dado que sumadas las cotizaciones efectuadas en ambos regímenes reúne la carencia precisa para causar la prestación en cualquiera de ellos– señala la sentencia comentada que se habrá de aplicar lo que dicho apartado dispone para el indicado caso, esto es, que la pensión deberá ser reconocida conforme a la normativa propia del régimen en el que se acrediten mayor número de cuotas, siendo éste régimen en nuestro caso el RETA.

Además añade la sentencia, a fin de reforzar tal conclusión, que aunque ciertamente pudiera haberse optado por otras soluciones, como la de que la pensión se otorgue por el régimen en el que el trabajador se hallara cotizando en el último período de su vida laboral, o por aquel en el que, estando en alta, se hubiera acreditado un número mínimo de cotizaciones”, la norma es clara inequívoca al decantarse por “el criterio de otorgar el reconocimiento de la pensión a aquel régimen en el que el interesado tenga acreditado mayor número de cotizaciones”. Solución ésta que el Tribunal considera adecuada a la cuestión litigiosa planteada, descartando cualquier otra interpretación correctora de la norma porque en algunos casos pueda resultar más favorable al beneficiario.

## **2. LA IMPOSIBILIDAD DE CAUSAR ANTICIPADAMENTE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DESDE EL RETA POR VÍA DEL ART. 161 BIS.2 LGSS**

Una vez que se declara que la pensión debe ser reconocida conforme a la normativa propia del RETA –por ser éste el régimen en donde se ostenta el mayor número de cotizaciones– el TSJ de Galicia descarta la posibilidad de que el actor pueda acceder a la modalidad de jubilación anticipada regulada en el art. 161 bis. 2 LGSS y arts. 1 y 2 del RD 1132/2002, de 31 de octubre, a favor de los desempleados de avanzada edad que cumplan determinadas circunstancias: tener cumplidos los 61 años de edad, haber cesado involuntariamente en la actividad que vinieran desempeñando (situación que, en todo caso, se enten-

derá producida cuando la relación laboral se haya extinguido por alguna de las causas que dan origen a la situación legal de desempleo *ex art. 208.1.1 LGSS*), y acreditar 6 meses de inscripción en la oficina de empleo y 30 años de cotización efectiva<sup>1</sup>.

En una primera aproximación tales presupuestos materiales parecen concurrir en el supuesto enjuiciado, pues como se hace constar en los hechos probados, en el momento de solicitar la pensión (23 de enero de 2008) el trabajador contaba con 61 años de edad, llevaba más de 6 meses inscrito como demandante de empleo (desde el 19 de junio de 2007) tras haber percibido la prestación por desempleo debido al cese involuntario en su actividad por cuenta ajena por fin de contrato, y reunía el periodo de carencia exigido totalizando las cotizaciones realizadas tanto al RETA como al RGSS (9.587 días cotizados al RETA y 1618 días en el RGSS).

Sin embargo, el hecho de que la pensión deba ser causada aplicando la normativa reguladora del RETA impide que el trabajador pueda obtenerla antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación (situada en los 65 años con carácter general hasta el 1 de enero 2013<sup>2</sup>), pues como a este respecto recuerda el

<sup>1</sup> Téngase en cuenta que algunos de los requisitos exigidos por el art. 161 bis. 2 LGSS para acceder a esta modalidad de jubilación anticipada han sido modificados con motivo de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011). De forma que a partir del 1 de enero de 2013, fecha de entrada en vigor de la nueva redacción dada a dicho precepto por el art. 5 de la citada Ley (Disposición final 12ª Ley 27/2011), será necesario acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años (y no de 30 como se ha exigido hasta el momento), y se limitan las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho a esta forma de jubilación anticipada, no contemplándose ya todas las situaciones legales de desempleo del art. 208 LGSS.

<sup>2</sup> Hasta el momento, la edad mínima exigida en el RETA para causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria se ha situado en los 65 años *ex arts. 43 Decreto 2530/1970 y 89 Orden de 24 de septiembre de 1970*, coincidiendo así con la fijada por el art. 161.1 a) LGSS para el RGSS pese a la falta de remisión expresa de la DA 8ª LGSS a este precepto. Pero como es sabido, la elevación de esta edad mínima u ordinaria de jubilación ha constituido uno de los principales cometidos de la reforma efectuada sobre nuestro Sistema público de pensiones por la Ley 27/2011. Por lo que a partir del 1 de enero del 2027, la edad ordinaria de jubilación pasará a ser de 67 años para los trabajadores que acrediten cotizaciones a partir del periodo mínimo de cotización exigido de 15 años, y se mantendrá en 65 años tan sólo para aquéllos que acrediten al menos 38 años y 6 meses de cotización al Sistema. Así se desprende de la nueva redacción dada al art. 161.1 LGSS por el art. 4.1 de la Ley 27/2011, cuya aplicación ahora sí se extiende a todos los regímenes del Sistema por expresa remisión de la DA 8ª.1 LGSS –modificada a tal efecto por la DF 8ª de la Ley 27/2011-. Aunque con la finalidad, entre otras, de suavizar el impacto sociopolítico de estos nuevos requisitos de acceso a la pensión ordinaria de jubilación, el art. 4.2 Ley 27/2011 incorpora a su vez la DT 20ª a la LGSS, ordenando que la implantación de los mismos se realice de forma paulatina y gradual en el periodo comprendido entre 2013 y 2027. De forma tal que, de un lado, el paso de 65 a 67 años iniciará su elevación en los 65 años y 1 mes para el año 2013, incrementándose a un ritmo de 1 mes por año hasta el 2018 y de dos meses por año

Tribunal citando a la STS de 21 de enero de 2009 (Rec. 208/2008), la jubilación anticipada prevista en el art. 161 bis. 2 LGSS para el RGSS, es un beneficio que tan sólo ha sido extendido por la DA 8ª.3 LGSS (Normas aplicables a los Regímenes Especiales) a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y de los Trabajadores del Mar, sin incluir a los trabajadores por cuenta propia del RETA.

Ahora bien, resulta destacable que para las mismas situaciones de pluriactividad sucesiva pero en relación con la conocida como «jubilación parcial anticipada», el TS haya declarado en sus Sentencias de 20 de enero y 20 de mayo de 2009 (Rec. 4605/2005 y 2860/2008)<sup>3</sup>, que no debe excluirse del acceso a esta modalidad de jubilación a quienes, estando adscritos al RGSS en el momento del hecho causante y cumpliendo los requisitos para acceder a ella, deban sin embargo jubilarse conforme a la normativa del RETA y no del RGSS, al no reunir en ninguno de ellos por separado la carencia necesaria para lucrar la prestación y ser mayor la cotización realizada en el RETA.

A este respecto se debe recordar que, aun cuando la jubilación parcial anticipada regulada en el art. 166.2 LGSS y RD 1131/2002, de 31 de octubre, sí se encuentra extendida a los trabajadores por cuenta propia del RETA *ex* DA 8ª.4 LGSS, la efectividad de este reconocimiento legal queda supeditada por la propia disposición legal a los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, sin que a día de hoy se haya producido ese necesario desarrollo reglamentario que haga viable para este colectivo el ejercicio del derecho a la jubilación parcial. Por lo que en principio cabe interpretar, en línea con la postura mantenida por el propio TS con respecto a la jubilación anticipada total, que de ser el RETA el régimen competente para otorgar la pensión de jubilación *ex* art. 35 Decreto 2530/1970, por reunirse en él el mayor número de cuotas, no se podrá anticipar su percibo parcialmente al tratarse de una posibilidad no contemplada en su normativa reguladora.

Sin embargo, no es ésta la solución adoptada para este caso por el Alto Tribunal, quien sostiene que lo decisivo para causar derecho a la jubilación parcial anticipada, cuando ha existido una previa situación de pluriactividad

desde el 2019 al 2027, fecha a partir de la cual serán exigibles, como regla general, los 67 años de edad. Y de otro lado, el nuevo periodo de cotización requerido para seguir accediendo a la jubilación ordinaria a la edad tradicional de 65 años, se fijará para el año 2013 en 35 años y 3 meses y se elevará progresivamente a un ritmo de 3 meses por año hasta alcanzar los 38 años y 6 meses que se exigirán a partir del 2027.

<sup>3</sup> Comentan estas sentencias González De Patto, R. M.: «Jubilación Parcial y pluriactividad sucesiva RETA- Régimen General: un relevante cambio de criterio de la doctrina unificada», *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, págs. 267- 280; y Fernández Díez, A.: «La jubilación parcial de un trabajador, en alta en el régimen general, que genera derecho a jubilarse en el RETA», *Información Laboral*, núm. 6, 2009, págs. 2- 6.

sucesiva, no es qué régimen de Seguridad Social deba proceder, conforme a las cotizaciones realizadas, al reconocimiento de la prestación, sino que al tiempo de su solicitud el trabajador detente la condición de asalariado, esté de alta en el RGSS (o en cualquier otro que integre a trabajadores por cuenta ajena), y reúna las condiciones exigidas por el art. 166.2 LGSS y RD 1131/2002 para tener derecho a la misma. Siendo así que, en el supuesto inverso de que el trabajador se encontrara de alta en el RETA en el momento de su solicitud, la aplicación de este criterio de la vinculación próxima y actual al RGSS también impediría generar derecho a ella aunque fuera este último régimen el competente para su reconocimiento conforme a lo dispuesto en el art. 35 Decreto 2530/1970.

Y añade además esta tesis jurisprudencial –apoyada igualmente por un sector doctrinal– que en este sentido de diferenciar entre el concepto de trabajador por cuenta ajena a los efectos de reconocer la prestación de jubilación parcial, y el régimen a cuyo cargo corra el pago de dicha prestación, se enmarca la redacción del art. 166.2 LGSS cuando exige, a parte de otros requisitos como el de edad y reducción de jornada, acreditar un periodo previo de cotización de 30 años sin que se requiera que dichas cotizaciones sean al RGSS.

De manera que, cuando se trata de acceder a la jubilación anticipada parcial, la jurisprudencia apuesta por una aplicación flexible de lo establecido en art. 35 Decreto 2530/1970, y defiende que dicha norma referente al cómputo recíproco de cotizaciones debe ser interpretada en un sentido favorable al trabajador, sin que el hecho de que sea el RETA el régimen a cuyo cargo corra el pago de la pensión pueda condicionar el acceso a esta modalidad de jubilación. Es decir, mantiene para estos casos una postura claramente contraria a la que adopta cuando el derecho que se pretende causar, recurriendo al cómputo recíproco de cuotas, es la jubilación anticipada total, ya que como se aprecia en la sentencia comentada, en este último supuesto se aboga por una aplicación estricta del art. 35 Decreto 2530/1970 sin perjuicio de que con ello se pueda llegar a una solución más desfavorable para el solicitante de la pensión.

Por lo que en definitiva cabe afirmar que, en tanto que la jubilación anticipada total siga siendo un figura ajena al ámbito de acción protectora del RETA (circunstancia que no parece cambiar tras la Ley 27/2011, toda vez que ninguna de las modificaciones introducidas sobre esta institución por su art. 5 altera el ámbito subjetivo de aplicación del art. 161 bis. 2 LGSS), su acceso permanecerá vedado para cualquier trabajador que daba quedar sometido a la normativa propia de este Régimen Especial a los efectos del reconocimiento de la pensión. Y ello aun cuando en el momento de su solicitud, el trabajador se encuentre afiliado al RGSS y cumpla el resto de requisitos que establece el art. 161 bis. 2 y el RD 1132/2002 (arts. 1 y 2) para beneficiarse de esta modalidad de jubilación.

### 3. EL ACCESO DESDE EL RETA A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA TRANSITORIA PROCEDENTE DEL ANTIGUO MUTUALISMO LABORAL: UN SUPUESTO ESPECIAL Y RESIDUAL CONTEMPLADO EN LA LEY 47/1998, DE 23 DE DICIEMBRE

Descartada la posibilidad de que el trabajador pueda recurrir la jubilación anticipada regulada en el art. 161 bis. 2 LGSS, el Tribunal plantea si es jurídicamente viable que el trabajador pueda devengar anticipadamente la pensión en base a lo dispuesto en la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales.

Con dicha Ley –en la que quedó convalidado el Real Decreto-ley 5/1998, de 29 de mayo– se permitió por primera vez en el RETA causar la pensión de jubilación sin necesidad de haber cumplido la edad ordinaria exigida con carácter general a tal efecto. Pero como ya señalara en su día la STSJ de Aragón, de 26 de diciembre de 2000 (Rec. 30/2000) su promulgación no supuso la creación de ninguna modalidad de jubilación anticipada de forma específica para el RETA. Más bien abrió la posibilidad de que los trabajadores que hubieran pertenecido al antiguo Mutualismo Laboral, pudieran acceder a la jubilación anticipada transitoria que para ellos siguen manteniendo algunos regímenes del Sistema<sup>4</sup> (como es el RGSS, el Régimen Especial de Trabajadores de la Minería del Carbón o el Régimen Especial de Trabajadores del Mar<sup>5</sup>), aun cuando la pensión tuviera que ser reconocida, por aplicación de las

<sup>4</sup> Este modalidad de jubilación anticipada se estableció en su momento, y se ha mantenido, con el objetivo de salvaguardar los derechos expectantes de quienes pertenecieron a alguna de las Mutualidades Laborales de trabajadores por cuenta ajena antes de la implantación del Sistema actual (1 de enero de 1967), al elevarse la edad de jubilación de los 60 (edad que contemplaban los Reglamentos de dichas Mutualidades) a los 65 años. Sobre esta materia, vid, entre otros, Salvador Pérez, F.: «La racionalización de la pensión contributiva de jubilación», *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 12, 1998, págs. 74-76; López Cumbre, L.: «Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilación anticipadas», *Tribuna Social*, nº 94, 1998, pág. 26; y Desdentado Bonete, A. y Durán Heras, A.: «Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extraordinario, 2003, pág. 55.

<sup>5</sup> Para los trabajadores por cuenta ajena del RGSS, el acceso a esta modalidad de jubilación a partir de los 60 años de edad se encuentra regulada en la DT 3ª.1 párrafo 2º de la LGSS. En el Régimen Especial de Trabajadores de la Minería del Carbón, la jubilación anticipada transitoria por tener la condición de mutualista se prevé (también a partir de los 60 años y con aplicación de coeficientes reductores) para aquellos trabajadores que estuvieran comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial el día 1 de abril de 1969 y fueran cotizantes de alguna de las Mutualidades Laborales del Carbón en 31 de marzo de dicho año o en cualquier otra fecha con anterioridad, o para quienes hubieran tenido la condición de mutualistas en otra Mutualidad

reglas sobre cómputo recíproco de cuotas, en base a la normativa de un régimen que no admitiera dicha modalidad de jubilación<sup>6</sup>.

De manera que, a tenor de lo previsto en la Ley referida, los regímenes especiales que en su regulación propia no reconocían esta forma de acceso anticipado a jubilación –entre ellos el RETA, el Régimen Especial Agrario o el Régimen Especial de Empleados de Hogar<sup>7</sup>– vieron ampliada su acción protectora permitiendo la jubilación en su seno a quienes no habían cumplido la edad ordinaria requerida para causar derecho a la pensión<sup>8</sup>. Aunque en cualquier caso, y a poco que se aprecien las condiciones que para ello habrán de concurrir en el trabajador, y que se especifican a continuación, resulta evidente que

Laboral de Trabajadores por cuenta ajena en 1 de enero de 1967 o en cualquiera otra fecha con anterioridad (DT 7<sup>a</sup>.7 de la Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, BOE de 24 de abril de 1973). Para el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, esta posibilidad de jubilación anticipada se regula a partir de los 55 años, para los trabajadores del mar ordinarios, o 60, en el caso de estibadores portuarios, siempre que estuvieran en alta en el Montepío Marítimo Nacional y Cajas de Previsión de los Trabajadores Portuarios en la fecha de entrada en vigor de este Régimen Especial o en cualquier otra fecha con anterioridad, y siendo de aplicación en ambos casos el coeficiente reductor del 7% por cada año anticipado (art. 1 de la Orden de 3 de enero de 1977, por la que se desarrolla lo dispuesto en la norma segunda de la disposición transitoria tercera del Reglamento General de la Ley 116/1969, sobre Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, BOE de 28 de enero de 1977).

<sup>6</sup> Adviértase que, antes de la aprobación de la Ley 47/1998 –por la que se convalidó el Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo– existió una contradictoria práctica administrativa a la hora de reconocer, mediante la aplicación de las reglas reguladoras del cómputo recíproco de cuotas, el acceso a la jubilación anticipada transitoria prevista para el RGSS en la DT 3<sup>a</sup>.1.2<sup>a</sup> LGSS a los trabajadores por cuenta propia del RETA y del Régimen Especial Agrario. Acerca de esta polémica vid. Comas Barceló, A.: «La Jubilación Anticipada por tener la Condición de Mutualista en el Sistema de Seguridad Social: un Enfoque Realista», *Foro de Seguridad Social*, n<sup>o</sup> 10, 2003, págs. 4- 16; y Cervilla Garzón, MJ.: *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el Sistema español de Seguridad Social*, Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Mergablum, Sevilla, 2005, págs. 205- 212.

<sup>7</sup> El hecho de que en ninguno de estos Regímenes se regularan mecanismos similares de jubilación anticipada transitoria se debió fundamentalmente a que, ninguna de sus respectivas Mutualidades precedentes, reconoció la posibilidad de jubilación anticipada anterior a los 65 años que justificara el mantenimiento de tal derecho con carácter transitorio tras la configuración de los mismos. Así lo afirma Ballester Pastor, M. A.: *El cómputo recíproco de cotizaciones en el Sistema español de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 200. En este mismo sentido, y con respecto al RETA, se pronuncia la STS de 12 de junio de 1992 (RJ 1992, 8276), y la STSJ de Cantabria de 29 de septiembre de 1994.

<sup>8</sup> Pese a que la Ley 47/1998 entró en vigor el mismo día en que fue publicada, es decir, el 29 de diciembre de 1998, su DF 2<sup>a</sup> contempló la posibilidad de que pudiera aplicarse a las pensiones de jubilación cuyo hecho causante se hubiera producido a partir del 1 de abril de 1998, reproduciendo así lo que ya había sido establecido por la DF 2<sup>a</sup> del Real Decreto-Ley 5/1998.

se trata de una vía de acceso anticipado a la jubilación bastante excepcional, cada vez más residual y de pronta expiración natural<sup>9</sup>.

1. En primer lugar será preciso haber cotizado en dos o más regímenes de la Seguridad Social, sucesiva o alternativamente, y no reunir en ninguno de ellos, aisladamente considerados, todos los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación, considerando únicamente las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes a los que se haya cotizado.

En este caso, y como la misma Ley 47/1998 viene a especificar en su art. Único.1 párrafo 2º, la pensión de jubilación será reconocida en aquél régimen en el que se acredite el mayor número de cotizaciones, aplicando sus normas reguladoras y computando, como cotizadas al mismo, la totalidad de las que acredite el trabajador. Por lo que de ser este régimen el RETA tal y como ocurre en el supuesto enjuiciado, esta solución –que no es otra que la establecida para este mismo supuesto por las reglas del cómputo recíproco de cotizaciones [art. 35. 2 c) Decreto 2530/1970]<sup>10</sup>– impediría *a priori* al trabajador menor de 65 años acceder a la jubilación anticipada transitoria, al no ser ésta una opción expresamente permitida en sus propias normas reguladoras.

Sin embargo, la particularidad reside aquí en que, pese a ello, es decir, pese a que el interesado incumpla la edad mínima exigida para causar derecho a la pensión de jubilación en el régimen por el que deba resolverse, por ser en el que mayor volumen de cuotas acredite, la Ley 47/1998 mantiene la posibilidad de que le sea reconocida anticipadamente por dicho régimen, siempre y cuando haya estado afiliado a algún otro que sí admita la jubilación anticipada transitoria (en los términos que a continuación se detallan), y tenga cumplida a edad que en éste se exija para solicitarla (con carácter general a partir de los 60 años).

2. El segundo requisito hace referencia, por tanto, a la necesidad de que el trabajador haya estado vinculado durante un periodo de tiempo considerable de su vida laboral a algún régimen en el que se reconozca el beneficio de la jubilación anticipada transitoria –o a sus precedentes o a regímenes de Seguridad

<sup>9</sup> Es evidente que la exigencia de tener la condición de mutualista a 1 de enero de 1967, limita cada vez más el ámbito personal de aplicación de esta modalidad de jubilación, pues téngase en cuenta que aquellos trabajadores que el 1 de enero de 1967 comenzaron a trabajar a los 16 años en 2013 cumplirán 62 años de edad. Así en, Jover Ramírez, C.: «El informe sobre la protección por cese de actividad: promoción del trabajo autónomo, prestación y jubilación, gestión y régimen sancionador», *Documentación Laboral*, núm. 87, 2009, pág. 125.

<sup>10</sup> Indica este precepto que «cuando el trabajador no hubiese reunido en ninguno de los Regímenes, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso, la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones».

Social extranjeros—, sin perjuicio de que no sea aquél en el que se hayan efectuado el mayor número de cotizaciones.

Concretamente, la Ley limita el acceso a este tipo de jubilación —bajo el fundamento de responder a los principios de contribución y proporcionalidad que deben regir el sistema de la Seguridad Social, y cuya potenciación constituye uno de los puntos básicos del Pacto de Toledo (Exposición de Motivos Ley 47/1998)— a aquellos trabajadores que hayan ingresado en algunos de esos regímenes al menos la cuarta parte de las cotizaciones totalizadas a lo largo de sus respectivas vidas laborales<sup>11</sup>. Requisito éste que será flexibilizado cuando el solicitante tengan una carrera de seguro de 30 o más años, pues en este caso será suficiente con que acredite un mínimo de 5 años cotizados en dichos regímenes del Sistema; lo que implica que cuando menor sea el periodo total de cotización de un trabajador, mayores dificultades tendrá para acceder a esta forma de jubilación al ser mayor el número de cotizaciones que deberá de acreditar como asalariado.

Además, en cuanto a las cotizaciones que se han de considerar computables para completar cualquiera de estos dos periodos de carencia —que en ningún caso podrán ser atemperados o relativizados— la jurisprudencia ha matizado que dado que la Ley se refiere literal y exclusivamente a «cotizaciones acreditadas», tan sólo se podrán tener en cuenta las cotizaciones reales o efectivas y no las ficticias. Por ello se han venido declarando como cotizaciones no computables las establecidas por la DT 2º.b) de la Orden de 18 de enero de 1967<sup>12</sup>, ya que el abono de años y días de cotización que en ella se prevé, en función de la edad que tuviese el interesado a 1 de enero de 1967, es simplemente una «ficción legal» que únicamente sirve para mejorar el porcentaje de la pensión de jubilación a la que con carácter previo se tenga derecho, pero no para conseguir su reconocimiento inicial<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> STSJ de Cataluña, de 6 de marzo y de 15 de mayo de 2000 (Rec. 891/1988 y 7211/1999).

<sup>12</sup> A fin de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación por razón de los años cotizados, dicho precepto ordena añadir, a las cotizaciones reales acreditadas a 1 de enero de 1967, las ficticias que correspondan con arreglo a una escala que en él se contempla teniendo en cuenta la edad del beneficiario en aquella fecha.

<sup>13</sup> Añade además la STSJ de Cataluña, de 21 de junio de 2001 (Rec. 9457/2000), que las cotizaciones ficticias establecidas en la DT 2ª.3.b) de la Orden de 18-1-1967, «resultan inaplicables por la simple razón, a efectos exclusivamente dialécticos, de que si el legislador hubiera querido que se tomaran en cuenta, cualquier persona que hubiera cotizado un solo día con anterioridad al 1-1-1967 en el RGSS tendría derecho a la jubilación anticipada en el RETA, ya que por ese sólo hecho a una persona que cumplía 60 o más años de edad en el año 1998 se le abonaban un mínimo de 5 años y 178 días, lo que le suponía cumplir en la casi totalidad de los casos los requisitos de jubilación anticipada del artículo único.2.b) de la Ley 47/1998». En esta misma línea se manifiestan las SSTSJ de Cataluña, de 15 de mayo de 2000 y de 11 de mayo de 2004 (Rec. 8314/2003).

E igualmente cabría entender, en base a este mismo razonamiento, que los días de cotización ficticios por pagas extraordinarias (días-cuota), tampoco tendrán validez para completar estos periodos de carencia; sobre todo si se tiene en cuenta que actualmente el art. 161.1 b) LGSS (conforme a la redacción dada a este precepto por la Ley 40/2007) veda su utilización a efectos de computar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación ordinaria.

3. Y en tercer y último lugar será indispensable que el autónomo haya ostentado la condición de mutualista por cuenta ajena en el Sistema del Mutualismo Laboral a 1 de enero de 1967 o con anterioridad<sup>14</sup> (o en la fecha que se determine en sus respectivas normas reguladoras respecto a los regímenes o colectivos que contemplen otra distinta<sup>15</sup>). Situación a la que se asimilará la de los trabajadores que, sin haber estado afiliados a una Mutualidad Laboral de trabajadores por cuenta ajena antes del 1 de enero de 1967, certifiquen por algún país extranjero períodos cotizados con anterioridad a dicha fecha en razón de actividades realizadas en el mismo que, de haberse efectuado en España, hubieran determinado su inclusión en alguna de las Mutualidades Laborales que dieron derecho a este tipo de jubilación anticipada<sup>16</sup>, y que deban

<sup>14</sup> Como señala al respecto Algaza Rui, I.: «La jubilación anticipada: reflexiones a la luz de la última reforma», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79, 2009, pág. 41, nuestros Tribunales han considerado que la condición de haber formado parte del antiguo Servicio del Mutualismo Laboral se entiende cumplida respecto de quienes hubieran estado integrados en la Mutualidad Nacional de Trabajadores Españoles en Gibraltar, en la Mutualidad Nacional de Enseñanza Primaria, en la Mutualidad de Empleados de Notarías, en la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, en el Montepío Marítimo Nacional o en las Cajas de Previsión de los estibadores portuarios, en la Caja de Seguros de Guinea (dado el carácter colonial que entonces tenía en aquel territorio) y también es aplicable a los pescadores de bajura<sup>28</sup>. Mientras que, por el contrario, no puede entenderse equiparada al Mutualismo Laboral la afiliación a la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria, al Montepío Nacional del Servicio Doméstico, a la Caja de Pensiones de Renfe, o la inscripción en el Colegio de Agentes Comerciales con la consiguiente cobertura de la Mutualidad de Previsión. A este respecto, la STSJ de Valencia, de 10 de septiembre de 2004 (Rec. 2397/2004) dejó sentado que «no se puede considerar pertenencia al Mutualismo Laboral el alta o cotización a los seguros sociales unificados, ni al Régimen Agrario, ni el trabajo sin cotización».

<sup>15</sup> La fecha del 1 de enero de 1967 se entiende sustituida por la del 14 de julio de 1967 para los trabajadores de RENFE o el 19 de diciembre de 1969, en el supuesto de FEVE y otras Compañías Concesionarias de Ferrocarriles de Uso Público; la de 1º de agosto de 1970 para los trabajadores de los sectores marítimo-pesqueros ó la del 31 de marzo de 1969, para el colectivo incluido en el Régimen Especial de Trabajadores de la Minería del Carbón.

<sup>16</sup> Para Panizo Robles, J. A., esta precisión conlleva a su vez a la necesidad de que, en el momento de ejecución de la actividad por cuenta ajena en el extranjero, ya estuviera constituida en nuestro país la Mutualidad Laboral correspondiente; y ello en tanto que, de no ser así, no se habría tratado de una actividad cuya realización en España, en ese momento, hubiera dado lugar a la inclusión en una Mutualidad Laboral, «El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación (a propósito del Real Decreto- ley 5/1998, de 29 de mayo)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 14, 1999, pág. 78.

ser tomadas en consideración en virtud de las normas de Derecho Internacional (bien por aplicación de convenio internacional existente con el país donde se desempeñó el trabajo o bien por aplicación del Reglamento Comunitario 1408/1971<sup>17</sup>).

En el caso de que todos estos requisitos descritos concurrieran en el solicitante de la pensión de jubilación anticipada, el art. Único. 3 de la Ley 47/1998 establece que ésta le será reconocida conforme a las normas específicas del régimen en el que acredite mayor número de cotizaciones. Por lo que suponiendo que éste sea el RETA el trabajador deberá de cumplir, además, con la exigencia de estar al corriente en el pago de sus cuotas a este Régimen Especial en el momento del hecho causante (DA 39ª LGSS). Siendo igualmente necesario, con independencia del régimen en que se deba causar la prestación, que se halle en situación de alta o asimilada al tiempo de la solicitar la pensión, pues a este respecto se ha de recordar que la posibilidad de exceptuar el cumplimiento de este condicionante, *ex art. 161.3 LGSS*, sólo opera para el caso en que se acceda a la pensión de jubilación ordinaria<sup>18</sup>.

Sin embargo, aunque en el supuesto enjuiciado el trabajador cumple con los dos primeros condicionantes definidos, el Tribunal declara inviable la aplicación de la referida modalidad de jubilación anticipada (que se corresponde con la contemplada con carácter transitorio para los trabajadores del RGSS en la DT 3ª.1.2ª LGSS), al no haber estado afiliado a ninguna Mutualidad laboral de trabajadores por cuenta ajena con anterioridad al 1 de enero de 1.967, pues según se declara en los hechos probados las primeras cotizaciones del actor datan del 1 de abril de 1.976 y fueron al RETA.

De modo que la exigencia de haber ostentado la condición de mutualista no es sólo indispensables para poder lucrar anticipadamente la pensión de jubila-

<sup>17</sup> Según el art. 45.1 del Reglamento (CEE ) 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971 (relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad): «Cuando, en virtud de un régimen que no sea un régimen especial de acuerdo con los apartados 2 ó 3, la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, la institución competente de dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, ya sea en un régimen general o especial aplicable a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Para ello, tendrá en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que aplique».

<sup>18</sup> No es posible acceder a la jubilación anticipada si, en el momento del hecho causante, el interesado no se encuentra en situación de alta o de situación asimilada a la de alta (STS 10 de mayo de 2005).

ción con cargo al RETA<sup>19</sup>, también es indicativa de que la jubilación anticipada a la que se podrá tener acceso desde este Régimen en base a las reglas especiales de la Ley 47/1998 es únicamente la transitoria, sin que dichas reglas que comportan una modulación de las normas generales sobre cómputo recíproco de cuotas, puedan considerarse también aplicables a cualesquiera otras modalidades de anticipación de la edad ordinaria de jubilación que pueda contemplar nuestro Sistema, como es la regulada en el art. 161.bis. 2 LGSS<sup>20</sup>.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

A pesar de la progresiva equiparación que ha ido experimentando la acción protectora del RETA con respecto a la del RGSS en lo concerniente a la protección de la jubilación, lo cierto es que ha sido una constante en el legislador su negativa a extender y hacer viable para los trabajadores de este Régimen Especial el amplio elenco de modalidades anticipatorias de jubilación que, pese a las continuas críticas que han suscitado por los elevados costes que parecen representar para el Sistema, y las recientes políticas sociales promovedoras de la prolongación de la vida activa, persisten en la actualidad para los trabajadores por cuenta ajena.

Así ha venido ocurriendo en relación a la jubilación anticipada contenida en el art. 161 bis. 2 LGSS para los trabajadores desempleados, la jubilación anticipada de quienes hubieran ostentando la condición de mutualistas en cualquier Mutualidad laboral de trabajadores por cuenta ajena (DT 3ª.1.2ª LGSS y 1ª.9 Orden de 18 de enero de 1967) –salvo en el caso especial contemplado por la Ley 47/1998, de 23 de diciembre– o la jubilación especial a los 64 años prevista para los trabajadores asalariados que fueran sustituidos por otros trabajadores (DF 4ª LGSS y RD 1194/1985, de 17 de julio); si bien esta última

<sup>19</sup> Criterio asimismo seguido, entre otras, por la STS de 21 de enero de 2009 (Rec. 208/2008), STSJ de Madrid, de 22 de septiembre de 2009 (Rec. 2347/2009), STSJ de Cataluña, de 26 de enero de 2011 (Rec. 4095/2010) y la STSJ de Extremadura, de 12 de julio de 2011 (Rec. 266/2011).

<sup>20</sup> De hecho, el RD 1132/2002, de 31 de octubre (BOE de 27 de noviembre de 2002), de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, expresamente dispone en su DA 2ª que la jubilación anticipada ordinaria regulada en su capítulo I, se regirán en todo caso por las normas en vigor sobre cómputo recíproco de cotizaciones en caso de pluriactividad, aplicándose las normas especiales en esta materia, establecidas en la Ley 47/1998, exclusivamente a los supuestos de jubilación anticipada al amparo de normas de derecho transitorio. En este sentido Ballester Pastor, M.A.: *El cómputo recíproco de cotizaciones...*, óp. cit., pág. 201.

modalidad quedó derogada desde el 1 de enero de 2012 en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la Ley 27/2011.

En cierto modo, esta tradicional actitud reticente del legislador pretendió ser corregida con la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, al ampliar el ámbito de acción protectora del RETA a dos supuestos que, aun cuando la propia norma los califica como de jubilación anticipada, son en realidad supuestos de adelanto de la edad ordinaria de jubilación: el regulado en el art. 161 bis. 1 LGSS para quienes presten servicios en actividades tóxicas, peligrosas o penosas, y el contenido en el 2º párrafo del mismo precepto legal para los trabajadores con discapacidad. Así lo dispone expresamente en su art. 26.4 cuando, inmediatamente después de consagrar como objetivo prioritario el de fomentar el retraso de la edad de jubilación, procede a exceptuarlo indicando que, «en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, los trabajadores autónomos afectados que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena». A lo que añade, además, que en este sentido se entenderán también comprendidos «los trabajadores autónomos con discapacidad en las mismas condiciones que los trabajadores por cuenta ajena».

Pero finalmente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, ha sido la norma que mayores avances parece presentar hacia reconocimiento del derecho a la jubilación anticipada a favor de los trabajadores por cuenta propia. Y es que, dejando a un lado las críticas que puedan merecer los ajustes que con carácter general introduce con respecto a la jubilación ordinaria (y especialmente en lo que respecta a la edad, periodos de cotización y sistema de cálculo de la pensión), dicha Ley también aporta importantes y positivas novedades en relación a la admisibilidad de la jubilación anticipada en el RETA. Un cambio de tendencia que, a la luz de principio de la equiparación de los derechos de los trabajadores autónomos con los derechos de los trabajadores del Régimen General, pretende abrirse camino dentro de un proceso de reforma precisamente centrado en el objetivo contrario de incentivar la permanencia en activo de los trabajadores de avanzada edad.

Ello se debe a que, por un lado, y conforme a la nueva redacción dada por la DF 8º de la Ley 27/2011 a la DA 8º.1 LGSS, se extiende a todos los regímenes del Sistema, incluidos por tanto el RETA y los trabajadores por cuenta propia del RETM, la nueva jubilación anticipada voluntaria a los 63 años que su art. 5 configura e incorpora (junto a la jubilación anticipada derivada del cese

en el trabajo por causa no imputable al trabajador) en el art. 161 bis. 2 TRLGSS, apartado B<sup>21</sup>.

Y por otro lado, la DA 27ª Ley 27/2011 encomienda al Gobierno realizar, en función de los resultados operados en el primer año de vigencia de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, los estudios pertinentes sobre la posibilidad de que quienes se encuentren en dicha situación legal de cese de actividad puedan acceder a la jubilación anticipada a los 61 años. Mandato este último del que cabe esperar que finalmente se reconozca al colectivo de trabajadores por cuenta propia el derecho a acceder anticipadamente a la jubilación en términos similares a los previstos en el art. 161 bis. 2 LGSS para los trabajadores por cuenta ajena que cesen involuntariamente en su actividad en edades cercanas a la edad de jubilación.

<sup>21</sup> Según la Disposición Final 12ª de la Ley 27/2011, esta nueva modalidad de jubilación anticipada entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2013.

## DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

# LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE LA DIRECTIVA 1999/70 Y EL COLECTIVO DE EMPLEADOS PÚBLICOS

*Sentencia TJUE, de 8 septiembre de 2011*

LUIS OCAÑA ESCOLAR\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El asunto C-177/2010 se origina tras el planteamiento por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Sevilla de una cuestión prejudicial tras el acto de vista y con carácter previo al dictado de Sentencia. La materia que da lugar al planteamiento de la cuestión es la impugnación de un procedimiento de promoción interna de la Administración de la Junta de Andalucía, en cuya virtud, se exige un periodo mínimo de servicios prestados, dos años, como empleado público en el grupo profesional inmediatamente anterior, sin que computen a tal efecto los que se hubieren podido desarrollar con una relación de carácter temporal determinada. Y ello, a pesar incluso de que en el momento en que se inste el interesado ya haya podido consolidar una relación fija o indefinida.

**RESUMEN:** El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP. Esta norma resulta de plena aplicación a las diferentes categorías de trabajadores que se engloban bajo la etiqueta de “empleados públicos”. Para el TJUE, la Directiva 1999/70 surte plenos efectos mientras se desarrolle la relación laboral y despliega su eficacia a todas aquellas materias en que la naturaleza temporal del vínculo entre empleador –ya sea privado o público– y empleado resulte decisiva. La naturaleza –temporal o no– del vínculo no es causa suficiente, según el TJUE, para justificar un diferente trato.

\* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Departamento Anton Menger.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
  - 1.1. Aproximación al derecho fundamental a la igualdad en la jurisprudencia comunitaria
  - 1.2. La primacía del Derecho comunitario
2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011
  - 2.1. Las novedades jurídicas introducidas la doctrina del TJUE
  - 2.2. La Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 como antecedente
  - 2.3. La cuestión prejudicial planteada a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011
3. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Aproximación al derecho fundamental a la igualdad en la jurisprudencia comunitaria

Además de la conocida y abundantísima doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de igualdad –artículo 14 de la Constitución– y sobre la aplicabilidad al sector público de las Directivas en materia de igualdad en el empleo, los pronunciamientos afirmativos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas son reiterados, y así, a modo ilustrativo, se puede citar la STJCE 193/1997, de 2 de octubre de 1997: “18. Debe señalarse que, excluir la función pública de su ámbito de aplicación, sería contrario a la finalidad del artículo 119. Por lo demás, el Tribunal de justicia declaró, en su Sentencia de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania (248/83, Rec. p. 1459), apartado 16, que la Directiva 76/207, al igual que la directiva 75/117, se aplica a las relaciones de empleo del sector público. Precisó, además, que estas Directivas, como el art. 119, tienen un alcance general, inherente a la propia naturaleza del principio en ellas definido”. La referida Sentencia aplica la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1974 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos y de la Directiva 76/207/CEE el Consejo, de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Y señala que el artículo 119 del Tratado enuncia el principio de igualdad de retribución “entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Según el segundo párrafo de este artículo, se entiende por retribución, en este contexto, el salario o sueldo ordinario de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o

indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”. Y es en este marco normativo donde el Tribunal Superior de Justicia de la Unión entiende que no se puede excluir a los empleados públicos del ámbito de la aplicación de la Directiva y del art. 119 del Tratado CE, pues se realizan expresas referencias a la expresión “trabajador”, que incluye en todo caso las relaciones administrativas de derecho público. En nuestro ordenamiento, y siguiendo el artículo 8 EBEP se reúnen cuatro grupos de empleados de tal naturaleza: a) funcionarios de carrera, b) funcionarios interinos, c) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, d) personal eventual. Con la reciente doctrina del TJUE queda claro que no se puede excluir a ninguno de tales grupos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias.

## 1.2. La primacía del Derecho comunitario

La primacía y efecto directo del derecho de la UE atañe a todos los poderes públicos de un Estado miembro sin distinción de ámbitos: estatal, autonómico, provincial, local e institucional. Esencial a este respecto resulta la Sentencia del TJUE de 22 de junio de 1989, asunto *Constanzo*, (C-103/88). Ante un Ayuntamiento italiano se invoca la directa aplicación del derecho comunitario y la consiguiente inaplicación del derecho interno, ante lo cual el municipio alega que no es la vía administrativa la competente para dejar inaplicado el derecho nacional, sino que es un asunto judicial, precisamente el mismo argumento que esgrime ahora el recurrente en el fundamento de derecho segundo de su demanda. El TJUE en la sentencia citada rechaza tal planteamiento pues sería contradictorio permitir a los particulares la invocabilidad del derecho comunitario ante los jueces para que estos exijan su cumplimiento al ayuntamiento y entender que éste no tiene obligación alguna de aplicar disposiciones de una directiva (como es nuestro caso también): “*si una directiva es invocable ante los jueces es porque las obligaciones derivadas de sus disposiciones se imponen a todas las autoridades nacionales de los Estados miembros*”. Por ello el TJUE concluye afirmando que si se reúnen las condiciones requeridas para la invocabilidad de una directiva, todos los órganos de la administración, incluidas las autoridades descentralizadas, como los municipios, tienen la obligación de aplicarlas y descartar la aplicación de disposiciones de Derecho nacional que no sean conformes. Éste es razonamiento que conduce a idéntico resultado en el caso de la Administración autonómica andaluza.

A día de hoy, esta doctrina está más que consolidada y se puede consultar además de en *Constanzo* en otras sentencias anteriores, como la de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann* (C-14/83)– ap. 26, y la de 20 de septiembre de 1988, *Gebroeders Beentjes/Paises Bajos* (C-31/87), ap.39. También en

Sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall* (C-152/84), ap-49 y 12 de julio de 1990, *Foster*, (C-188/89) ap-20 y 21.

## **2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011**

### **2.1. Las novedades jurídicas introducidas en la doctrina del TJUE**

El 8 de septiembre de 2011 (asunto C-177/10) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia en cuestión prejudicial que versa sobre la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, declarando que: «La cláusula 4 de dicho Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que solo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula. El mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva». Es de resaltar que la sentencia en cuestión del Tribunal de Justicia responde a una cuestión prejudicial elevada por uno de nuestros tribunales, en concreto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Sevilla, en relación a la aplicación de normativa autonómica propia, constituyendo además éste el segundo pronunciamiento en cuestión prejudicial que el Tribunal de Justicia comunitario dicta en sentido parcialmente desfavorable a los intereses españoles en relación con la citada Directiva (el primero lo podemos encontrar en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010).

Conforme a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia Europeo, debe excluirse toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos basada en el mero hecho de que éstos tengan una relación de servicio de duración determinada, siendo así que además la citada Directiva es de obligado cumplimiento, dado que conforme a pacífica jurisprudencia de dicho Tribunal que se reitera en el ordinal 53 «los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de la Administración están obligados a aplicar íntegramente el Derecho

de la Unión y tutelar los derechos que éste concede a los particulares, y a abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de junio de 1989, Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartado 33; de 11 de enero de 2007, ITC, C-208/05, Rec. p. I-181, apartados 68 y 69, y de 25 de noviembre de 2010, Fuß, C-429/09, Rec. p. I-0000, apartado 40)».

Esta disposición se trasladó a nuestro ordenamiento interno mediante el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 12/2001, de 9 de julio que estableció que “cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido por disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación”. Sin embargo no fue hasta 2007, cuando con la publicación del EBEP, se traspuso la norma que hoy despliega efectos sobre el colectivo de empleados públicos, entre ellos los andaluces.

## **2.2. La Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 como antecedente**

Podemos encontrar un claro antecedente de nuestra comentada sentencia sobre la Directiva 1999/70 en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que versa sobre idéntica norma y declara la aplicabilidad de la referida Directiva 1999/70 al personal que presta servicios en virtud de una relación administrativa o estatutaria. Esta Sentencia se dicta en los asuntos acumulados C-444/09 y C-456, cuestiones prejudiciales planteadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo número 3 de A Coruña y número 3 de Pontevedra en procesos que tienen por objeto la reclamación de un funcionario de la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria de la Junta de Galicia del percibo del importe correspondiente a los trienios devengados con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público. A la vista de la legislación estatal y de la autonómica, los jueces nacionales cuestionan la adaptación de esta legislación nacional y la Directiva 1999/70/CE y, en especial, preguntan al Tribunal de Justicia de la UE si se puede aplicar retroactivamente el reconocimiento del derecho a percibir trienios que establece el EBEP.

En concreto las cuestiones reenviadas al TJUE son en el asunto C-456 las siguientes:

«1) ¿Es aplicable la Directiva 1999/70/CE al personal interino de la Comunidad Autónoma de Galicia?

2) ¿Es posible considerar norma nacional de transposición de esa Directiva el art. 25.2º de la [LEBEP] cuando no figura en esa ley ninguna referencia a normativa comunitaria?

3) De ser afirmativa la respuesta a la 2ª cuestión, ¿necesariamente ha de definirse ese art. 25.2º [LEBEP] como la norma nacional de transposición que refiere la Declaración 4ª de la Parte Dispositiva de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15.04.2008 (caso Impact) [(C-268/06, Rec. p. I-2483)] o quedaría obligado el Estado español a otorgar retroactividad a los meros efectos retributivos derivados de los trienios que viene a reconocer en aplicación de la Directiva?

4) De ser negativa la respuesta a la 2ª cuestión, ¿cabe la aplicación directa al caso de la Directiva 1999/70/CE en los términos referidos en la Sentencia [...] “Del Cerro”?»

Después de las consideraciones oportunas, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010 el TJUE concluye de la siguiente manera:

*“1) Un miembro del personal interino de la Comunidad Autónoma de Galicia, como la demandante en el litigio principal, está incluido en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y en el del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de dicha Directiva.*

*2) Un complemento salarial por antigüedad como el controvertido en el litigio principal está incluido, en la medida en que constituye una condición de trabajo, en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, de manera que los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada pueden oponerse a un trato que, en relación con el pago de dicho complemento y sin ninguna justificación objetiva, es menos favorable que el trato dispensado a los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable. La naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no puede constituir, por sí misma, una razón objetiva, en el sentido de esta cláusula del Acuerdo marco.*

*3) La mera circunstancia de que una disposición nacional como el artículo 25, apartado 2, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, no contenga ninguna referencia a la Directiva 1999/70 no excluye que dicha disposición pueda ser considerada una medida nacional de transposición de esta Directiva al Derecho interno.*

*4) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, es incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por funcionarios interinos ante un tribunal nacional para que se les reconozca el derecho a complementos salariales, como los trienios controvertidos en el litigio principal, correspondientes al período comprendido entre la expiración*

*del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al Derecho interno del Estado miembro de que se trate, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional en materia de prescripción”.*

Es aquí donde se establecen los elementos centrales de desarrollo jurisprudencial de la cláusula 4 de la Directiva 1999/70. De un lado, se aclara que los empleados públicos están dentro del ámbito de aplicación de la norma. En segundo lugar se asevera que no cabe la discriminación salarial y se impone el derecho a la igualdad retributiva. Así mismo se indica que el Derecho interno puede integrarse en sus lagunas por el Derecho comunitario y para concluir se señala además que el texto de la Directiva es bastante para ser directamente invocado ante los órganos internos y en tal sentido debe ser aplicado.

### **2.3. La cuestión prejudicial planteada a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011**

El asunto C-177/2010 se origina tras el planteamiento por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 12 de Sevilla de cuestión prejudicial tras el acto de vista y con carácter previo al dictado de sentencia. El asunto que da lugar al planteamiento de la cuestión es la impugnación de un procedimiento de promoción interna de la Administración de la Junta de Andalucía y el reenvío se concreta en lo siguiente:

1.- Si la Directiva [1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada] debe interpretarse en el sentido de que, dado el caso de que un Tribunal Constitucional de un país miembro de la Unión se hubiese pronunciado entendiendo que establecer derechos diferenciados para los funcionarios de empleo y los de carrera del mismo pudiera no resultar contrario a su Constitución, ello necesariamente habría de implicar una exclusión de la aplicabilidad de la referida norma comunitaria en el ámbito de su Función Pública.

2.- Si dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional realice una interpretación de los principios de Igualdad de Trato y de no Discriminación en forma que excluya genéricamente de su ámbito la equiparación entre funcionarios de empleo y de carrera.

3.- Si [la] cláusula [4 de la Directiva] debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los servicios prestados en régimen temporal no sean tenidos en cuenta como antigüedad adquirida cuando se alcanza la condición de personal fijo, y en concreto a efectos de retribución, clasificación o progresión en la carrera funcionarial.

4.- Si dicha Cláusula obliga a realizar una interpretación de la normativa

nacional que no excluya en el cómputo de los servicios prestados del personal funcionario los llevados a cabo en virtud de un vínculo temporal.

5.- Si dicha Cláusula debe interpretarse en el sentido de que, aunque las bases de una convocatoria pública de empleo hayan sido publicadas y no se hayan recurrido por el interesado, el Juez nacional tiene la obligación de examinar si son contrarias a la normativa comunitaria, y si debe, en tal caso, dejar sin aplicar tales bases o la disposición nacional en que traigan causa, en tanto que contradigan la reiterada cláusula”.

La respuesta del TJUE es tan contundente como clarificadora y en consecuencia establece:

“63 Mediante sus cuestiones tercera y cuarta, que es necesario examinar conjuntamente, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los períodos de servicio prestados por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar funcionarios de carrera.

64 Como se desprende de la respuesta dada a las dos primeras cuestiones, la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco incluye una prohibición de tratar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. El apartado 4 de dicha cláusula enuncia la misma prohibición por lo que respecta a los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo.

65 Cabe recordar que, según reiterada jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (véase, en particular, la sentencia de 11 de julio de 2006, Franz Egenberger, C-313/04, Rec. p. I-6331, apartado 33 y jurisprudencia citada).

66 Para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo marco, debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de éste, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable (auto de 18 de marzo de 2011, Montoya Medina, C-273/10, apartado 37).

67 Corresponde en principio al tribunal remitente pronunciarse sobre si, cuando ejercía sus funciones como funcionario interino, el demandante en el litigio principal se hallaba en una situación comparable a la de los funcionarios

de carrera que, en el marco del proceso selectivo controvertido, han demostrado que tenían diez años de antigüedad en los cuerpos de funcionarios correspondientes al grupo D.

68 Si se comprobara que las funciones ejercidas por el demandante en el litigio principal como funcionario interino no corresponden a las ejercidas por un funcionario de carrera perteneciente a los cuerpos correspondientes al grupo D exigidas en la convocatoria, de ello se derivaría que el interesado no se encuentra, en cualquier caso, en una situación comparable a la de un funcionario de carrera candidato a la promoción interna que ha cumplido en dichos cuerpos los períodos de servicio requeridos.

69 En efecto, la naturaleza de las funciones ejercidas por el demandante en el litigio principal durante los años en los que prestó servicios para la Junta de Andalucía como funcionario interino y la calidad de la experiencia adquirida en esta condición no son sólo uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia de trato con respecto a los funcionarios de carrera. Figuran también entre los criterios que permiten comprobar si el interesado se halla en una situación comparable respecto de éstos.

70 En cambio, si el demandante en el litigio principal hubiera cumplido como funcionario interino un período de diez años de servicio en los cuerpos de funcionarios correspondientes a dicho grupo D, o en otro cuerpo cuyas funciones se correspondieran a las ejercidas por un funcionario de carrera perteneciente a los cuerpos correspondientes a dicho grupo, el único elemento que podría diferenciar su situación de la de un funcionario de carrera candidato al proceso selectivo controvertido sería la naturaleza temporal de la relación de servicio que le vinculaba a su empleador durante el cumplimiento de los períodos de servicio como funcionario interino.

71 En tal caso, debería comprobarse si existe una razón objetiva que justificara que no se tomaran en consideración dichos períodos de servicio en el marco del proceso selectivo controvertido.

72 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo (sentencias, antes citadas, Del Cerro Alonso, apartado 57, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, apartado 54, y auto Montoya Medina, antes citado, apartado 40).

73 El referido concepto requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si

dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, Del Cerro Alonso, apartados 53 y 58, y Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, apartado 55).

74 La referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir, por sí sola, una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. En efecto, admitir que la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada (sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, antes citada, apartados 56 y 57, y auto Montoya Medina, antes citado, apartados 42 y 43).

75 El Gobierno español invoca la existencia de varias diferencias entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos que a su juicio justifican la diferencia de trato controvertida en el litigio principal. Respecto de éstos, subraya, en primer lugar, que se les imponen menores exigencias en la incorporación y la acreditación del mérito y capacidad. En segundo lugar, señala la falta de movilidad de los funcionarios interinos, al estar vinculados al puesto que son llamados a ocupar temporalmente, lo que hace que su actividad sea distinta y de diferente valor a la del funcionario de carrera. Además, recuerda que determinadas funciones se reservan a los funcionarios de carrera, lo que implica que existe una diferencia cualitativa en cuanto a experiencia y formación. Por último, dicho Gobierno pone de manifiesto el hecho de que el cese de los funcionarios interinos tiene lugar cuando finaliza la causa que dio lugar a su nombramiento.

76 Habida cuenta de la facultad de apreciación de que disponen los Estados miembros en relación con la organización de sus propias Administraciones Públicas, en principio éstos pueden, sin infringir la Directiva 1999/70 ni el Acuerdo marco, establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo.

77 Sin embargo, a pesar de la existencia de este margen de apreciación, la aplicación de los criterios que los Estados miembros establezcan debe efectuarse de manera transparente y poder ser controlada para evitar cualquier exclusión de los trabajadores con contrato de duración determinada sobre la

mera base de la duración de los contratos o las relaciones de servicio que justifiquen su antigüedad o su experiencia profesional.

78 Como señaló la Abogado General en los puntos 62 a 65 de sus conclusiones, determinadas diferencias alegadas por el Gobierno español relativas al nombramiento de los funcionarios interinos y de carrera, a las cualificaciones requeridas y a la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir pueden, en principio, justificar una diferencia de trato en cuanto a sus condiciones de trabajo.

79 Cuando tal trato diferente, en relación con un proceso selectivo, resulta de la necesidad de tener en cuenta requisitos objetivos, relativos a la plaza que dicho procedimiento tiene por objeto proveer y que son ajenos a la duración determinada de la relación de servicio que vincula al funcionario interino con su empleador, puede estar justificado, en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco.

80 En cambio, un requisito genérico y abstracto según el cual el período de servicio exigido debe haberse cumplido íntegramente en calidad de funcionario de carrera, sin que se tomen en consideración, especialmente, la naturaleza particular de las tareas que se han de realizar ni las características inherentes a ellas, no se corresponde con las exigencias de la jurisprudencia relativa a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, como se ha recordado en los apartados 72 a 74 de la presente sentencia.

81 Aunque el demandante en el litigio principal cumple claramente el requisito relativo al cumplimiento de al menos dos años de servicio como funcionario de carrera en el grupo cuyo nivel es inmediatamente inferior al del cuerpo al que corresponden las plazas objeto del proceso selectivo, no se desprende de los autos a disposición del Tribunal de Justicia ni cuáles eran las funciones ejercidas por el demandante durante los años en los que trabajó como funcionario interino, ni en qué cuerpo o categoría ejerció sus funciones, ni cuál era la relación entre éstas y las funciones desarrolladas en los cuerpos de funcionarios pertenecientes al grupo D.

82 Por consiguiente, no se deduce de los autos remitidos al Tribunal de Justicia si la exclusión de los períodos de servicio cumplidos por los funcionarios interinos se justifica únicamente por la duración de sus nombramientos o si existen otras justificaciones vinculadas a los requisitos objetivos de las plazas objeto del proceso selectivo que puedan calificarse de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo.

En consecuencia, incumbe al tribunal remitente, por un lado, comprobar si la situación del demandante en el litigio principal era, por lo que se refiere a los períodos de servicios cumplidos como funcionario interino, comparable a la de otro empleado público de la Junta de Andalucía que hubiera cumplido sus períodos de servicio como funcionario de carrera, y, por otro, apreciar, habida

cuenta de la jurisprudencia recordada en los apartados 72 a 74 de la presente sentencia, si las alegaciones formuladas por la Consejería ante él constituyen razones objetivas en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco

Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula. El mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva”

Y posteriormente, la STJUE de 18 de diciembre de 2012 viene a reiterar la doctrina sentada en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto Rosado Santana, con cita de otras muchas (Gaviero Naviero e Iglesias Torres (trienios), y el anterior Auto de 9 de febrero de 2012, entre otras muchas). La línea es la conocida y se aplica a la negativa de la Administración de reconocer como antigüedad a un funcionario el tiempo prestado antes de adquirir esta condición (mediante un proceso de funcionarización o estabilización) en relación laboral temporal. Precisamente la Administración (italiana en este caso) aludía a la condición temporal de la prestación de servicios como argumento para no reconocer tal tiempo de servicios a los efectos de antigüedad. Y como sabemos el TJUE concluye en que salvo que concurren razones objetivas –que deben ser alegadas y probadas por quién pretende establecer diferencias de trato– no cabe acudir a la mera condición de temporal o no estable para dar un trato distinto. En concreto se dice que:

“52. La referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir, por sí sola, una «razón objetiva», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 y/o 4, del Acuerdo marco. En efecto, admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar tal diferencia privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada (sentencia Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, antes citada, apartados 56 y 57; auto Montoya Medina, antes citado, apartados 42 y 43; sentencia Rosado Santana, antes citada, apartado 74, y auto Lorenzo Martínez, antes citado, apartados 49 y 50).”

### 3. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones podemos indicar que el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP resulta de plena aplicación a las diferentes categorías de trabajadores que se engloban bajo la etiqueta de “empleados públicos”. Esta Directiva debe surtir efectos mientras se desarrolle la relación laboral y despliega efectos sobre todas aquellas materias en que la naturaleza temporal del vínculo entre empleador y empleado resulte determinante a cualquier efecto.

De hecho el único límite a la igualdad de trato es la ocasional existencia de razón objetiva, que debe ser expresamente alegada y probada por el empleador a fin de justificar cualquier trato diferenciado entre “eventuales” e “indefinidos” y excluir la aplicabilidad del principio de igualdad. Las Administraciones Públicas están obligadas a aplicar la interpretación de la Directiva y del Acuerdo marco realizada por el Tribunal y ello aunque el Tribunal Constitucional español haya declarado que las diferencias de trato entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera no son contrarias a la Constitución de dicho Estado miembro (o pueden no serlo). Estamos, por tanto, ante una doctrina del Tribunal europeo que supera en este sentido a nuestra doctrina constitucional.



**EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**  
Universidad Pablo de Olavide

**REINTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA EXTINCIÓN DEL  
CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL  
TRABAJADOR ANTE IMPAGOS DEL EMPRESARIO**

*Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Social), de 20 de julio 2012*

FERNANDO ELORZA GUERRERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Un trabajador registra desde hace meses retrasos en el pago de sus salarios, hasta el punto de que en un momento determinado deja de trabajar, debiéndole la empresa 1800 euros en salarios. En el acto de conciliación previo al juicio, el trabajador comunicó a la empresa que, si en el plazo de ocho días naturales contados a partir de la celebración de dicho acto no le eran abonados los salarios atrasados, procedería a no asistir a su puesto de trabajo, y a aceptar cualquier otra oferta de trabajo para su subsistencia económica y familiar, manteniendo la demanda y el derecho a la rescisión indemnizatoria. La sentencia de instancia (dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Badajoz, auto nº 224/10) estimó la demanda y declaró extinguido el contrato de trabajo, condenando a la empresa al pago de una indemnización. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia (en sentencia de su Sala de lo Social de 17 de marzo de 2011, rec. sup. núm. 46/2011), confirmó la sentencia recurrida al considerar que dada la situación de incumplimiento de la empresa se justificaba que el actor dejase de prestar servicios en la misma antes de que se dictase la sentencia acordando la extinción del contrato, y que las irregularidades en el pago del salario unidas a otras circunstancias apreciadas justificaban la resolución del contrato de trabajo. Este Tribunal subrayará también que el pago tras la conciliación de lo que se adeudaba, en poco más de un mes, muestra que el mismo, lo más probable, es que pudo producirse antes, al tiempo que llama la atención sobre la circunstancia de que el trabajador tenía una oferta de trabajo que debía aprovechar.

Recorre la empresa ante el Tribunal Supremo (TS) –planteando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior

\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de Justicia de Asturias, de 5 de octubre de 2011, que desestima la demanda al considerar que para que pueda prosperar la acción extintiva ejercitada por el trabajador debe estar viva y vigente al relación laboral, salvo supuestos excepcionales que atenten gravemente contra la dignidad del trabajador o su integridad física, situándolo en una posición insoportable—, al entender que no podía declararse la extinción del contrato de trabajo, toda vez que se había producido el cese en la prestación de servicios antes de dictarse la sentencia, y que los incumplimientos no eran de gravedad como para proceder a la aplicación del art. 50 ET.

**RESUMEN:** El Alto Tribunal español desestimaré el recurso de casación interpuesto por la empresa (rec. cas. u.d. 1601/2011) por las siguientes razones:

- 1) Hasta la fecha la doctrina del TS en el marco del art. 50 ET afirmaba que no cabía que un trabajador resolviera extrajudicialmente su contrato de trabajo, sino que lo procedente es que solicite la rescisión contractual sin abandonar la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estima que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento.
- 2) Sin embargo, la cuestión planteada resulta más compleja, pues además del art. 50.1 ET debe tenerse en cuenta el art. 49 j) ET, que establece que el contrato se extingue “por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario”, debiendo considerarse, desde la perspectiva del derecho histórico el que el art. 76.9 de la Ley de Contratos de Trabajo disponía que el contrato de trabajo terminará por voluntad del trabajador, estimándose justas causas para que el trabajador pueda por su voluntad dar por terminado el contrato las que el art. 78 de esa ley enumera. Además, teniendo en cuenta que el art. 50 ET cumple, al igual que el art. 54 ET, una función análoga al art. 1124 Cc, debe tenerse en cuenta la doctrina de la Sala Primera del TS, que viene señalando que la facultad resolutoria puede ejercerse en nuestro ordenamiento no sólo por la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva de que sean los Tribunales los que examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, determinando finalmente si la resolución ha sido bien hecha o debe tenerse pro indebidamente utilizada.
- 3) En el ámbito laboral la exigencia, salvo excepciones, de la declaración judicial ha operado en la práctica como un mecanismo de segu-

ridad para evitar que, cuando el trabajador da por extinguido su contrato de trabajo, insta el reconocimiento de la correspondiente indemnización y la sentencia no le es favorable, no se produzca la pérdida del empleo como consecuencia del “abandono” del puesto de trabajo. Esta solución se ha señalado ya en ocasiones por parte del TS que puede resultar demasiado rígida para la protección de los intereses del trabajador que el art. 50 ET tutela.

- 4) Antecedentes como la Sentencia de esta misma Sala de 3 de junio de 1988, o lo dispuesto por el art. 303.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) –bien es verdad que se trata de un precepto no aplicable al caso tanto por razones de vigencia temporal como por las diferencias que se pueden apreciar en relación con el supuesto de hecho–, aconsejan introducir una mayor flexibilidad en la doctrina judicial, en la línea de la sentencia de 1988, de forma que “no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. De ahí que haya de concederse al trabajador la posibilidad en estos casos de optar entre ejercitar la acción resolutoria y continuar prestando servicios en cuyo caso se estará en el marco de la resolución judicial o dejar de prestar servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo en este caso del riesgo del resultado del proceso”.

La sentencia cuenta con un voto particular firmado por seis magistrados.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL TRABAJADOR
3. LA NOVEDOSA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LOS ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA
4. REFLEXIÓN FINAL

## 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia cuyo análisis crítico se realiza en estas páginas ha hecho exclamar a más de un analista que en esta ocasión la Sala Cuarta del TS “ha variado aquí su enfoque, quizá espoleada por las innovaciones de la LRJS” (Ley Reguladora de la Jurisdicción Social)<sup>1</sup>. Algo de esto hay en la nueva

<sup>1</sup> Sempere Navarro, A. V.: “El Supremo y la terminación voluntaria del contrato de trabajo”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 852/2012, p. 1.

doctrina judicial como veremos posteriormente, pero desde luego a uno no deja de sorprenderle lo curioso que es este país para algunas cosas: o nos pasamos, o no llegamos, pues ha de recordarse que al caso objeto de recurso la mencionada LRJS no le es de aplicación. Sorprendente, a la vez que interesante, por tanto, este nuevo criterio del Alto Tribunal sobre una cuestión tan sensible para toda relación laboral como es la de la extinción del contrato de trabajo, en este caso por voluntad del propio trabajador.

Versa por tanto el presente análisis sobre la interpretación que nuestro TS realiza del art. 50. 1 c) ET, que como sabemos establece que “serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo (...) cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor”, en este caso concreto con ocasión de los retrasos e impagos de salario por parte de la empresa, tema como es de general conocimiento de total y desgraciada actualidad. Como sabemos, tradicionalmente el TS había establecido como doctrina pacífica que en los casos del art. 50 ET “no cabe que el trabajador resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento salvo (...) que la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento” (STS (Sala de lo Social) de 8 de noviembre de 2000, entre otras)<sup>2</sup>. El TS, sin embargo, cambia de criterio en la sentencia objeto de análisis, no sin polémica por cierto, pues el fallo judicial contiene un voto particular firmado por seis magistrados. Comenzamos.

## **2. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD UNILATERAL DEL TRABAJADOR**

Recordaba el maestro Alonso Olea en cierta ocasión cómo en un pasaje cervantino se afirmaba que “...nadie me despidió, si no era yo que me despediese...”<sup>3</sup>, y cómo en nuestro ordenamiento jurídico se da una convivencia de

<sup>2</sup> Rec. cas. u.d. 970/2000.

<sup>3</sup> Prólogo a la obra de De Miguel Lorenzo, A.: *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid, 1993, p. 16. La obra cervantina a la que se refiere es el “Coloquio de los perros”, que forma parte de las *Novelas ejemplares*, de Miguel de Cervantes Saavedra.

facto entre el art. 1124 Cc y el 50 ET. De tal manera que mientras el mencionado precepto del CC consagra el derecho del que cumple a resolver si el otro incumple, pero además puede exigir el correspondiente cumplimiento de lo pactado, el precepto estatutario maneja una lógica distinta, como es que enfrentado el trabajador a una situación de incumplimiento el mismo no puede decidir por sí la extinción del contrato, sino que debe solicitar al juez la autorización pertinente para ello, de forma que “la causa de resolución aparece como fundamento de la demanda del trabajador”<sup>4</sup>.

La cuestión es que, como hace ya algunos años se reflexionó críticamente, la aproximación a la figura jurídica del desistimiento unilateral del trabajador, en cuanto “declaración de voluntad unilateral recepticia, que produce de por sí el efecto extintivo de una relación contractual”, no puede ser ajena a la circunstancia de que, por distintas razones, los caracteres teóricos del disenso unilateral “sólo con dificultad han sido captados por las sucesivas leyes reguladoras del contrato de trabajo en nuestro sistema”<sup>5</sup>. De forma que, sin desconocerse la institución en su esencia por el Derecho español del Trabajo<sup>6</sup>, no es menos cierto que no se puede pasar por alto la existencia de “alteraciones trascendentes en su dinámica, que, en el momento presente, pueden ocultar los rasgos originales, encubriendo su realidad teórica bajo la apariencia de otras figuras”. Comprenderá por tanto el lector, teniendo en cuenta este avance, por qué el TS en la sentencia analizada realiza una breve retrospectiva desde el punto legislativo, remontándose en su caso a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

No obstante, en nuestro caso estimo oportuno remontarnos al comienzo de toda esta historia, que podemos fijar en el Código de Trabajo de 1926. En efecto, en su momento el Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926 dispuso en su art. 20, en relación con el contrato de trabajo temporal, que “ninguna de las partes podrá darlo por terminado antes de su vencimiento, a no mediar justa causa” –relacionadas por cierto en el art. 22–, en tanto nada se disponía en relación con el contrato de trabajo indefinido, lo que se interpretó como expresivo de la libertad de las partes para poder resolver unilateralmente el contrato en

<sup>4</sup> Alonso Olea, M. en el Prólogo a la obra de De Miguel Lorenzo, A.: *La extinción causal* ..., op. cit., p. 17.

<sup>5</sup> Rodríguez-Piñero, M. y Fernández-López, M.F.: *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, p. 36.

<sup>6</sup> No obstante, en el seno de la doctrina laboralista se es consciente, desde hace años, de que el art. 50 ET en su conjunto “presenta importantes carencias estructurales para erigirse en una técnica adecuada de acuerdo a las exigencias de un constitucionalismo democrático-social garantista”, que tutele los derechos del trabajador ante incumplimientos o vulneraciones de derechos realizados por el empresario (Monereo Pérez, J.L., en el Prólogo a la obra de González de Patto, R.M.: *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Comares, Granada, 2009, p. 22).

cualquier momento<sup>7</sup>. Sin embargo, con la llegada de la II República la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 procedió a ampliar la exigencia de justa causa para el despido al contrato de trabajo indefinido, no así por lo que respecta a la extinción por voluntad del trabajador, donde ésta se continúa considerando determinante (art. 89.7). No obstante, en relación con esta última la cuestión comienza a no estar clara, toda vez que, afirmado por el mencionado art. 89.7 que “los contratos individuales de trabajo terminarán por una de las causas siguientes: (...) Por voluntad del trabajador”, procede en el propio precepto, a continuación, a relacionar lo que define como “causas justas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato” –se cita ya entonces la “falta de pago” como una causa justa–. Comienza por tanto en esa época un debate que ha marcado la evolución del desistimiento del trabajador: ¿debe estar justificada la decisión del trabajador de desistir del contrato de trabajo?

Durante la Dictadura franquista hay que reseñar un primer cambio legislativo, altamente significativo desde la perspectiva que aquí interesa, al modificarse el art. 89 de la LCT de 1931 por la Ley de 6 de noviembre de 1941. De tal forma que por vez primera se pone en conexión la justa causa con un incumplimiento del empresario, pasando aquella a justificar, más que la decisión extintiva, la indemnización a percibir por el trabajador<sup>8</sup>. Este planteamiento se consolida con la LCT de 1944, y termina generando una deformación de la figura la dimisión extintiva por voluntad del trabajador que con buen criterio se ha sintetizado en tres puntos<sup>9</sup>: a) consideración de que la extinción del contrato por decisión del trabajador exigía siempre la concurrencia de una causa legítima, a falta de la cual el acto resolutorio se consideraba antijurídico o ilegítimo; b) equiparación del concepto de “abandono del trabajo por el trabajador” a una suerte de dimisión abusiva; c) exigencia por la jurisprudencia de que el trabajador continúe en su puesto de trabajo –se salvan no obstante por los Tribunales las situaciones que se consideran francamente insostenibles–, cuando se desee resolver el contrato de trabajo y obtener al mismo tiempo un resarcimiento económico, en tanto la Magistratura no se haya pronunciado

<sup>7</sup> Alarcón Horcas, S.: *Código de Trabajo*, Madrid, 1927, Tomo I, p. 231 y ss. Téngase en cuenta que, como gráficamente describió en su día Martín Valverde (en “La formación del Derecho del Trabajo en España”, en AA.VV.: *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. LXXIII), “de esta regulación codificada puede decirse con justicia que, a pesar de las apariencias, era una simple reforma del contrato de arrendamiento de servicios y no una regulación instauradora del contrato de trabajo propiamente dicho”.

<sup>8</sup> Rodríguez-Piñero, M. y Fernández-López, M.F.: *La voluntad del trabajador...*, op. cit., p. 36.

<sup>9</sup> Rodríguez-Piñero, M. y Fernández-López, M.F.: *La voluntad del trabajador...*, op. cit., p. 43 y ss.

sobre el fondo del asunto. Es en definitiva en este periodo histórico cuando, como se ha señalado, “la categoría dogmática del poder extinguir por la propia voluntad el contrato de trabajo por parte del trabajador queda totalmente desdibujada”, desconociéndose no sólo la figura del “receso”, desistimiento o denuncia unilateral, sino también obviando el elemento de protección de libertad que ésta en el origen de esta figura jurídica<sup>10</sup>.

La evolución legislativa posterior, por tanto, simplemente confirma y profundiza en la peculiar concepción (deformada) de la institución. Así, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (art. 21) exige no sólo la continuidad de la relación de trabajo para poder ejercer la acción indemnizatoria –que es a fin de cuentas de lo que se trata para el legislador–, sino que por primera vez explícita de manera nítida la exigencia de que para poder resolver el contrato de trabajo el trabajador debe solicitar al juez la apreciación de causa justa –“El trabajador podrá solicitar la resolución del contrato de trabajo...”–. Sin ánimo de abundar en lo conocido, el ET, en su versión vigente desde 1980, también reproduce esa mentalidad: “Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:...”.

### 3. LA NOVEDOSA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LOS ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA

Como habrá comprobado el lector tras la lectura del resumen de la doctrina sentada por la sentencia del TS objeto de comentario, y la evolución histórica que el régimen del desistimiento del contrato de trabajo por el trabajador ha registrado en nuestro país, en el presente caso asistimos un cambio jurisprudencial de ciento ochenta grados –de trescientos sesenta grados sería si el Tribunal hubiera concluido que el derecho a indemnización se genera sin necesidad de resolución judicial apreciando la concurrencia de causa ex art. 50 ET–, de tal manera que, como en algún caso ya se ha señalado<sup>11</sup>, el Alto Tribunal anuncia que en adelante permitirá al trabajador abandonar la empresa si así lo estima oportuno, tras presentar la demanda, y quedar a expensas de lo que determine la sentencia: si es estimatoria, reconociendo el derecho a indemnización y desempleo; si es desestimatoria, quedando sin indemnización y sin prestación de desempleo –sin trabajo ya se quedó–.

Básicamente, lo que hace el TS es volver atrás sobre su planteamiento

<sup>10</sup> De nuevo, Rodríguez-Piñero, M. y Fernández-López, M.F.: *La voluntad del trabajador...*, op. cit., p. 45.

<sup>11</sup> Sempere Navarro, A. V.: “El Supremo y la terminación voluntaria...”, op. cit., p. 1.

histórico y afirmar, que al margen de los supuestos excepcionales admitidos tradicionalmente, y que amparaban el abandono por el trabajador de su actividad laboral en situaciones donde el mismo vea afectada su dignidad o su integridad sin esperar a la pertinente resolución judicial, la jurisprudencia ordinaria en la materia “puede ser una solución demasiado rígida para la protección de los intereses del trabajador que el art. 50 ET tutela”. Los argumentos que maneja para realizar esta reconsideración son, como hemos tenido ocasión de constatar, de distinto tipo: a) analogía, en cuanto a la funcionalidad de los preceptos, de lo dispuesto por los arts. 50 ET –también el art. 54– y 1124 Cc, con la invocación consecuente –al menos así se estima por el Alto Tribunal– de la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que en relación con este último e importante precepto civil ha recordado reiteradamente que “la facultad resarcitoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo por la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte pero a reserva –claro está– de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada” (sentencia TS (Sala 1<sup>a</sup>) de 8 de mayo de 2002); b) el planteamiento asumido por el legislador en preceptos como el art. 303.3 LRJS<sup>12</sup> que, aun no siendo aplicable por razones de vigencia temporal y por las diferencias existentes en cuanto al supuesto de hecho, sí abunda en una solución que, con ciertas correcciones, ya recogió la sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1988 –precisamente con ocasión de un pleito en el que, recurrida la sentencia de resolución del contrato de trabajo por la empresa, el trabajador dejó de prestar servicios, por lo que fue despedido, pese a que la sentencia final confirmó el fallo de instancia favorable al trabajador– en el sentido de subrayar que “la falta de prestación de servicios durante la sustanciación del recurso contra la sentencia que, estimando la pretensión del trabajador, declarara la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, sólo podría ser eventualmente ponderada en el supuesto de estimación del recurso, correspondiendo a la esfera de decisión del trabajador la asunción de tal posible riesgo”. Por ello, el Alto Tribunal concluye que resulta necesario introducir una “mayor flexibilidad” en estos casos, precisamente en línea con la doctrina del TS del año 1988, “de forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. De ahí que haya

<sup>12</sup> Precepto que reconoce al trabajador que ha obtenido una sentencia favorable en un pleito de resolución del contrato la posibilidad de optar entre continuar prestando servicios o dejar de hacerlo con las consecuencias que la propia norma establece.

de concederse al trabajador la posibilidad en estos casos de optar entre ejercitar la acción resolutoria y continuar prestando servicios en cuyo caso se estará en el marco de la resolución judicial o dejar de prestar servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo en este caso el riesgo del resultado del proceso en los términos a que se ha hecho referencia”.

La otra forma de ver todo este asunto nos la aporta la argumentación del voto particular, que como he señalado ha sido suscrito por seis de los magistrados de la Sala. Básicamente, en dicho voto la posición que se defiende propugna la confirmación de la sentencia recurrida –se comparte por tanto el fallo– si bien se disiente de la argumentación, pues en el caso de los magistrados discrepantes se considera que dicha confirmación debería producirse “en tanto ratificación de que se hubiese declarado resuelto el contrato de trabajo, pero no por la vía de entender que el trabajador estaba facultado para resolverlo por sí mismo y que la sentencia no tenía eficacia constitutiva, sino por considerar que el prolongado impago –o grave irregularidad en el abono– de salarios justificaba que el trabajador allegase medios económicos prestando servicios en otra empresa, persistiendo la relación laboral hasta que fue dictada la sentencia que con carácter constitutivo puso fin a la relación laboral”<sup>13</sup>. En ese sentido, dichos magistrados consideran que corresponde reivindicar la doctrina tradicional del TS que “se ajusta a la literalidad normativa” –el art. 50 ET–. Que una interpretación como la adoptada mayoritariamente por la Sala supone “una indebida trasposición de criterios civiles a un ordenamiento –el laboral– regido por principios diversos y que desprotege al trabajador de forma innecesaria”<sup>14</sup>. Que los excesos en los que pudiera incurrir la doctrina afirmada por el TS hasta la fecha “tendrían fácil remedio en la aplicación extensiva de los supuestos en los que –por excepción– la jurisprudencia ha venido entendiendo que el trabajador queda exento de su obligación de continuar prestando servicios”. Y que la cuestión planteada en esta ocasión ya se encuentra legalmente resuelta, en

<sup>13</sup> En tal sentido, en el voto particular se subraya la coincidencia con la opinión mayoritaria expresada en la sentencia en el sentido de estimar que “es necesario introducir una mayor flexibilidad en la materia, de forma que “no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, puedan implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales””.

<sup>14</sup> Se sostiene en el voto particular que aun siendo el art. 50 ET la trasposición laboral del art. 1124 Cc, la redacción de ambas normas es diversa, de la misma forma que la consecuencia resarcitoria de la resolución, pues mientras la indemnización es automática y tasada en el contrato de trabajo, en el caso del Cc el resarcimiento está subordinado a que se acrediten daños y perjuicios. No obstante, para los magistrados que suscriben este voto la principal diferencia se sitúa en lo que se define como “una consecuencia conexas de extrema importancia”: la percepción de prestaciones por desempleo en el caso de la extinción del contrato de trabajo, que su juicio “queda muy comprometida con el criterio seguido en esta sentencia por la mayoría”.

forma diversa a la aceptada por la mayoría de la Sala, por el art. 79.7 LRJS. Especialmente se insiste en que la discrepancia de opinión manifestada aboga por evitar “decisiones individuales que finalmente pudieran resultar harto perjudiciales para los intereses de las partes y muy especialmente para el empleado, cuya medida –de no estar justificada– muy factiblemente fuese considerada abandono voluntario del trabajo, con lo que ello significa respecto de perder todo derecho a indemnización legal y a las prestaciones por desempleo”.

En relación con esta última consideración ha de recordarse que lo que el mencionado art. 79 LRJS dispone es que, en los procesos en que la extinción del contrato de trabajo tenga lugar a instancias del trabajador con fundamento en el art. 50 ET, cuando se “justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su fórmula anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares contempladas en el apartado 4 del artículo 180 de esta Ley, con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia”. Las medidas cautelares que se contemplan son: la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado del puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo, y “cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto (...) vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida”.

Pues bien, para los magistrados discrepantes el mencionado art. 79 LRJS evidencia claramente cómo “la única vía que el trabajador tiene para ejercitar la facultad resolutoria es la judicial, sin resultar admisible que por su propia voluntad ponga término al contrato”, de forma que la suspensión del contrato de trabajo, de tener lugar, no puede ser adoptada por voluntad del trabajador, sino que tras la entrada en vigor de la LRJS sólo puede acordarse por el Magistrado en el marco del proceso resolutorio y mediante la correspondiente medida cautelar. No obstante, no siendo aplicable el mencionado art. 79 LRJS al caso recurrido, sí se subraya que también con la legislación anterior a la LRJS la solución legal expuesta era aplicable en la práctica “pero no por la vía de medida cautelar [para tales casos inaplicables] ni la de facultar al trabajador para dar por concluido el contrato de trabajo (...) sino por la más lógica (...) de autorizarle para que en tales supuestos suspenda la prestación de servicios, tal como tradicionalmente ha venido entendiendo la doctrina jurisprudencial de forma más restrictiva y –por lo dicho– deseablemente ampliable”.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

Que los procesos de crisis económica actúan como grandes motores de cambio nadie lo duda. Hasta el punto que planteamientos que hace no tanto parecían inasumibles en poco tiempo pasan a ser asumidos, o al menos a soportarse como un mal menor. Se establece por tanto una suerte de tensión entre lo que “debe ser” –véase los derechos conquistados y reconocidos– y lo que “puede ser” –y entonces surge el discurso de lo posible, aunque se reconozca que no es lo ideal (reflexión que suele iniciar el recorte de derechos, hoy día tan en boga)–. En el presente caso, la reflexión en relación con la sentencia del TS objeto de análisis la quiero comenzar poniendo el foco de atención sobre una reflexión que realiza el TSJ de Extremadura –y que junto a los impagos de salario llevan a este Tribunal a justificar la inasistencia del trabajador a su puesto de trabajo y su derecho a aceptar otra oferta de trabajo–, origen del correspondiente recurso de casación, y que subyace en la razón que lleva al TS a fallar en la forma que sabemos: “el demandante tenía la oportunidad de empezar en otro trabajo, lo que, en una situación como la actual es una circunstancia decisiva pues, como se alega en la impugnación, de esperar a la sentencia firme, que, sin duda iba a dar lugar a la extinción, como se desprende de lo dicho, lo más probable es que ese trabajo ya no estuviera a su disposición, y, además, que no pudiera disponer de otro, con lo que no tendría más remedio que engrosar las listas del desempleo y solicitar las correspondientes prestaciones, mientras que de la otra forma, aunque sea de forma temporal, durante un año como alega, ha evitado o, al menos, retrasado esa situación”.

Se hace de la necesidad, virtud: ¿cómo vamos a permitir que ese trabajador pierda la oportunidad de un nuevo empleo, con la situación de paro rampante que registra nuestro país?; sería pedirle demasiado. Ahora bien, desde la perspectiva jurídica lógicamente los interrogantes que se pueden suscitar son de distinta índole: a) ¿supone la nueva doctrina del TS una vuelta a los orígenes de la institución, tal y como se configuró en el ámbito laboral en torno a 1926?; b) ¿es razonable plantear la traslación de la lógica del Derecho civil (art. 1124 Cc) a la relación de trabajo en este punto?; c) ¿va la nueva doctrina más allá de lo que la LRJS prevé?

Comienzo por el primer aspecto. Si recuerda el lector, al principio de este análisis dejé constancia de cómo un sector de la doctrina científica, con buen criterio a mi juicio, ha sostenido que el libre disenso del trabajador de su contrato de trabajo era un institución que a lo largo de los años ha sido objeto de una comprensión equivocada por parte del legislador. Y que de asumirse en principio allá por 1926, en una clara traslación de los principios civiles, que el trabajador podía resolver unilateralmente su contrato por su propia voluntad, y sin mediar causa alguna, se pasó con los años no sólo a exigir la concurrencia

de una causa que se entendía justa –y que en última instancia justificaba la indemnización–, sino también la pertinente autorización judicial, vía sentencia, que viniera a certificar la concurrencia del requisito justificativo de la señalada indemnización, y todo ello además requiriéndose, salvo situaciones excepcionales, que entre tanto se resolvía judicialmente la situación se mantuviera el vínculo laboral. Desde esa perspectiva por tanto, sí se puede concluir que la nueva doctrina del TS supone una reinterpretación del art. 50 ET en aplicación de la lógica del 1124 Cc, y con ello una vuelta a los orígenes de la institución. De hecho, el propio Tribunal así lo reconoce cuando, por ejemplo, manifiesta que “el art. 50 del ET cumple al igual que el art. 54 del mismo texto legal una función análoga al art. 1124 del Código Civil”, y reclama se tenga en cuenta la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de dicho Tribunal –planteamiento que se denuncia en el voto particular: la interpretación adoptada mayoritariamente por la Sala “supone una indebida trasposición de criterios civiles a un ordenamiento –el laboral– regido por principios diversos” –.

Establecida esta conclusión, paso a abordar la segunda cuestión planteada. Que el TS decida tras muchos años volver sobre sus propios pasos y observar la institución del libre disenso del trabajador con otros ojos –si se nos permite la expresión–, no necesariamente al momento presente tiene por qué ser una buena idea. Esto es algo que subyace claramente en el propio voto particular, cuando se cuestiona abiertamente, y como acabamos de señalar, la inconveniencia de aplicar criterios civiles a un ordenamiento, el laboral, que funciona con una lógica distinta como todos sabemos. Aunque resulte obvio, conviene explicitarlo en este momento: en 1926 la legislación laboral se encontraba en una etapa de incipiente desarrollo, nada que ver por tanto con el Derecho del Trabajo consolidado que hoy día conocemos. El profesor Martín Valverde así lo resumía hace años en su conocido estudio introductorio sobre la legislación social histórica de España, cuando en relación con el Código de Trabajo de 1926 concluía que “esta insuficiencia sistemática impide reconocer en el ordenamiento laboral de la época los rasgos de un Derecho del Trabajo propiamente dicho, incluso en su estadio “juvenil” de “derecho obrero”<sup>15</sup>.

Una cosa es que se abogue por una consideración extensiva de los supuestos en que la jurisprudencia ha entendido que el trabajador debe ser eximido de su obligación de continuar prestando servicios, mientras el juez toma una decisión sobre la adecuación o no de la resolución del contrato de trabajo solicitada por el mismo –y en última instancia sobre el derecho a indemnización, y también por qué no, sobre el derecho a la prestación de desempleo–, y otra muy distinta que se deje en manos del trabajador la decisión sobre el momento en que desarrollar

<sup>15</sup> Martín Valverde, A.: “La formación del Derecho del Trabajo...”, op. cit., p. LXXIV.

su actividad laboral, con grave riesgo no sólo de no percibir la indemnización que le corresponda, sino también de no poder acceder a la prestación de desempleo al considerarse que el trabajador ha cesado en su actividad voluntariamente. En ese sentido, la solución planteada por la LRJS nos parece más respetuosa con la preservación de los intereses del trabajador. Téngase en cuenta que, como sabemos, precisamente en estos tiempos los impagos del salario suelen aquejar a bastantes empresas, en tanto las ofertas de trabajo escasean. A más, el planteamiento del TSJ no entra, bien es verdad que parece que no era el caso, en qué situación queda el trabajador que abandona su actividad laboral en la empresa para atender una supuesta oferta de empleo que finalmente no se traduce en un trabajo efectivo –oferta fallida–.

Pero como señalaba antes, la doctrina del TS puede también suscitar el interrogante de hasta qué punto dicha jurisprudencia no va más allá del planteamiento legislativo albergado en la LRJS – que recordemos ha entrado en vigor, en sustitución de la Ley de Procedimiento Laboral, a mediados de diciembre de 2011–, y que como se ha comentado no estaba en vigor a la fecha en que se produce el desistimiento enjuiciado. Toca por tanto en este momento recordar, aunque sea brevemente, la solución legislativa plasmada en dicha norma legal.

Así, y en primer término, el art. 79 LRJS, en su apartado 7, establece que en los procesos judiciales que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo con fundamento en el art. 50 ET, podrá acordarse a instancia del demandante (trabajador) alguna de las medidas previstas en el apartado 4 del art. 180 LRJS, resultando el empresario obligado a cotizar y abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia. Los supuestos en que el demandante puede solicitar las medidas cautelares son: a) cuando justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador; b) cuando la indicada conducta pueda comportar una posible vulneración de sus otros derechos fundamentales o libertades públicas; c) cuando el comportamiento empresarial pueda conllevar “posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior”. Y las medidas cautelares pueden consistir en: a) suspensión de la relación o exoneración de la prestación de servicios; b) traslado de puesto o de centro de trabajo; c) reordenación o reducción del tiempo de trabajo; d) “cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse”<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Disponiéndose además por la norma el que cuando las medidas cautelares “pudieran afectar al presunto (...) vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida (...) deberá ser oído éste”.

Por su parte, el art. 303 LRJS, en su apartado 3, se sitúa en un escenario distinto, el de la sentencia relacionada con la extinción de un contrato de trabajo en el marco del art. 50 ET que es recurrida por el empresario. En este caso la norma legal prevé que el trabajador pueda optar entre continuar prestando servicios o cesar en la prestación, “quedando en este último caso en situación de desempleo involuntario desde ese momento, sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse”. En relación con esta última posibilidad, la de la situación de desempleo involuntario, debe subrayarse que el párrafo 2º del propio precepto establece que “a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección del desempleo, el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada”<sup>17</sup>.

A la vista de la normativa contenida en la LRJS se puede concluir que la doctrina del TS, pese a escudarse en que la LRJS aboga por un nuevo planteamiento legislativo en la materia, lo cierto es que va más allá de lo que la propia ley dispone. En definitiva, el Alto Tribunal con la doctrina establecida en la sentencia analizada lo que hace es confirmar el derecho de todo trabajador a no continuar prestando servicio cuando proceda a la rescisión del contrato de trabajo en el marco del art. 50 ET, eso sí, asumiendo bajo su responsabilidad las consecuencias que se pueden derivar de tal decisión, entre las que destaca la imposibilidad de acceder a la prestación de desempleo ex art. 278 y ss. LGSS, sin desconocer tampoco que cabe la posibilidad de que la empresa argumente ante el juez un abandono del puesto de trabajo por parte del trabajador, pues ni la legislación vigente al momento de la extinción objeto de recurso en este caso, ni la LRJS, prevén el que el trabajador pueda abandonar el puesto de trabajo sin una consideración y valoración de la situación por parte del juez.

Por último, cabe preguntarse, con la LRJS ya en vigor, hasta qué punto el régimen de dicha ley puede contribuir a paliar situaciones como la analizada: trabajador que ante los sucesivos impagos del salario por la empresa solicita la resolución del contrato de trabajo en virtud del art. 50 ET, si bien manifiesta su voluntad de aceptar toda oferta de trabajo que considere de interés, y que pueda producirse en tanto el proceso judicial se culmina. En relación con este supuesto específico, estimo que la LRJS puede ofrecer con dificultad solu-

<sup>17</sup> En cuanto a la forma de ejercitar la opción, la norma establece que la opción deberá ejercitarse bien mediante escrito, o bien compareciendo ante la oficina judicial, en el plazo de cinco días desde la notificación de que la empresa ha recurrido. Se establece igualmente que, para el caso de que la sentencia fuera revocada, el empresario deberá comunicar al trabajador, dentro del plazo de diez días a partir de su notificación, la fecha de reincorporación, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito. Si el trabajador no se reincorporara el contrato quedaría definitivamente extinguido “siguiéndose en otro caso los trámites de los artículos 278 y siguientes, si la sentencia hubiese ganado firmeza”.

ciones a un caso como éste. Básicamente, porque no es claro el encaje de este supuesto en el marco del art. 79 LRJS, salvo que el trabajador consiga aportar evidencias de que dicha situación vulnera alguno de sus derechos fundamentales, o el juez llegue a la conclusión que los impagos por el empresario son de tal calibre que no es razonable seguir manteniendo la obligación del trabajador de prestar servicios al mismo –en ese sentido, la existencia de una oferta en firme de trabajo puede ser un elemento a tener en cuenta–. No obstante, si el juez terminara apreciando razones suficientes para ello podría, por ejemplo, terminar decretando la suspensión de la relación laboral o en su caso la exoneración de la prestación de servicios, cautelar expresamente prevista por la LRJS.

Con todo, la solución legal diseñada en el art. 303.3 LRJS, a mi juicio, resulta mucho más próxima a la reinterpretación del art. 50 ET realizada por el TS en la sentencia comentada –como por otra parte la propia sentencia insinúa–. Y no sólo eso, sino además mucho más completa, pues si se fija el lector la LRJS en el precepto indicado al tiempo que habilita al trabajador, bien es verdad que en el terreno del recurso a la sentencia, a no continuar con la prestación de trabajo, garantiza no sólo el acceso del mismo a la prestación de desempleo, sino también que, en el caso de retornar finalmente a su trabajo, el periodo que figure en situación de desempleo involuntario finalmente se considere de ocupación cotizada.

Lo dicho, “...nadie me despidió, si no era yo que me despidiese...”, y habría que añadir: asumiendo yo mismo todas las consecuencias de mi decisión. Discutible, y discutida, reinterpretación del art. 50 ET.



---

# Reseña de Legislación



## Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía: Octubre-Diciembre 2012

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

*Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos*  
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

**Ley 4/2012, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en determinados aspectos de la organización territorial** (BOJA núm. 192, 1 de octubre de 2012).

En materia de Empleo, destaca la modificación del art. 35 de la Ley 9/2007, que determina que son órganos territoriales provinciales de la Administración de la Junta de Andalucía:

- a) Las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía.
- b) Las Delegaciones Provinciales de las Consejerías y, en su caso, las Delegaciones Territoriales.

Las Delegaciones Territoriales de la Junta, se crearon mediante el Decreto 342/2012, de 31 de julio, por el que se regula la organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 150, 1 de agosto de 2012), estableciendo en su Disposición Adicional Sexta, que a la Delegación Territorial de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, se le adscribirían los servicios periféricos de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

**Decreto-Ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex trabajadores y ex trabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis** (BOJA núm. 204, 18 de octubre de 2012; corrección de errores BOJA núm. 220, 9 de noviembre de 2012).

Se regulan las ayudas sociolaborales al colectivo de personas trabajadoras que se vieron afectadas por procesos de reestructuración de las empresas. Las personas beneficiarias en situación de desempleo deberán ser extrabajadores o extrabajadoras de las empresas o conjuntos de empresas que se relacionan en el art. 3 de la norma.

Se establece expresamente que a estas ayudas sociolaborales no les será de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas: la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; el Título VIII del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo; y el Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

Se establecen mediante el Decreto-Ley 4/2012, dos modalidades distintas de protección:

- a) Ayudas previas a la jubilación, que consisten en otorgar bien la financiación de la prima de los contratos de seguro colectivo de rentas o bien presta-

ciones económicas mensuales hasta alcanzar la edad de la jubilación ordinaria, de aquellos que adquieren la condición de pensionistas de incapacidad permanente o se jubilen anticipadamente conforme a la normativa de Seguridad Social que fuere aplicable al caso. La cuantificación y sus condiciones se detallan en función de los colectivos afectados, articulándose en el artículo 4 del Decreto.

b) Ayudas extraordinarias, que se concretan en una cuantía a tanto alzado, por una sola vez. Este beneficio se determina en los acuerdos de acompañamiento social de los procesos de reestructuración empresarial para las personas a las que hace referencia el art. 4.4 de la disposición.

Todas las personas beneficiarias de las ayudas sociolaborales estarán obligados:

a) A participar en las acciones de orientación y formación profesional, así como en cualquiera otras políticas activas de de empelo que se articulen y para los que sean requeridas por el Servicio Andaluz de Empleo (art. 5).

b) Se someterán al régimen de incompatibilidades previsto en el art. 6 del Decreto-Ley.

c) Deberán de prestar, junto con las entidades colaboradoras, colaboración, así como facilitar la documentación que le fuere requerida en los términos indicados en el art. 12 de la norma; igualmente estarán obligados a comunicar las variaciones de las condiciones y requisitos que fundamenten la ayuda.

d) Las personas beneficiarias de las ayudas prevista en el art. 3.1.a) y b) de l Decreto-Ley tendrán que acreditar las condiciones determinantes de su concesión, su supervivencia –mediante la presentación de fe de vida–, su situación laboral y sus ingresos económicos –mediante una declaración responsable referida al años inmediatamente precedente–.

Procederá el reintegro de las ayudas disfrutadas con el correspondiente interés de demora cuando las personas beneficiarias incurran en los supuestos indicados en el art. 13.3 de la norma; concretamente procederá la devolución cuando:

– Se hubieren obtenido falseando las condiciones u ocultando circunstancias que hubieran impedido su concesión.

– No se justifiquen las mismas.

– Exista resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las acciones de comprobación y control a las que tienen que someterse las personas beneficiarias –previstas en el art. 10 de la norma–.

– Se hubiere producido el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la Administración a consecuencia de la obtención de las ayudas.

En lo que se refiere a la potestad sancionadora de la Junta de Andalucía en esta materia, ésta alcanzará tanto a las actividades realizadas por las entidades aseguradoras como a las personas beneficiarias de las ayudas, siempre que se trate de materias recogidas en el propio Decreto-Ley 4/2012 que clasifica las infracciones en graves y leves, concretando cada tipo de infracción, por un lado, para las entidades aseguradoras y quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas; y, por otro lado, para las personas extra-bajadoras.

La competencia para iniciar y tramitar los procedimientos sancionadores se atribuye a la Consejería que tuviere atribuida la competencia en materia de Empleo, en la actualidad corresponde a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

Finalmente, esta norma se convalidó mediante la Resolución de 15 de noviembre de 2012, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que

se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-Ley 4/2012, de 16 de octubre, de Medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex-trabajadores y extrabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis (BOJA núm. 236, de 3 de diciembre de 2012).

**Decreto 509/2012, de 6 de noviembre, por el que se dispone el cese de don Joaquín Jesús Galán Pérez como Presidente del Consejo Económico y Social de Andalucía (BOJA núm. 220, de 9 de noviembre de 2012).**

A propuesta del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 6 de noviembre de 2012, se dispone el cese de don Joaquín Jesús Galán Pérez como Presidente del Consejo Económico y Social de Andalucía, con agradecimiento de los servicios prestados.

**Decreto 510/2012, de 6 de noviembre, por el que se dispone el nombramiento de don Ángel Javier Gallego Morales como Presidente del Consejo Económico y Social de Andalucía (BOJA núm. 220, de 9 de noviembre de 2012).**

El nombramiento se produce a propuesta del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 6 de noviembre de 2012..

**Decreto 534/2012, de 18 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo de Asistencia Social y de las beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos (BOJA núm. 248, 20 de diciembre de 2012).**

Se aprueban complementos sociales a favor de las personas que perciben ayudas periódicas individualizadas concedidas con cargo al Fondo de Asistencia Social, y beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

Las características de las ayudas son las siguientes:

1. Son de carácter personal e intransferible, accederán a las mismas quienes reúnan los requisitos indicados en el artículo 5, en concreto, ser preceptor de pensiones de jubilación o invalidez en sus modalidades no contributivas; teniendo reconocida esta condición a 31.12.2012; y tener vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Se conceden con carácter extraordinario, al limitarse su vigencia al año 2013.

3. Su cuantía es de 113,62 euros, que se abonará mediante un pago único realizado durante el primer trimestre del año 2013.

4. No es preciso realizar solicitud por parte de las personas que cumplan los requisitos, sino que las mismas se abonarán de oficio mediante transferencia a la cuenta bancaria donde tengan las personas beneficiarias domiciliado el percibo ordinario de su prestación.

5. La suspensión, pérdida y renuncia de la ayuda extraordinaria se somete a la normativa aplicable a los perceptores de ayudas periódicas individualizadas concedidas con cargo al Fondo de Asistencia Social, y a aplicable a las personas beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

6. Las competencias de desarrollo y ejecución de las disposiciones rela-

tivas a la puesta en práctica del contenido de este decreto se atribuyen a la persona titular de la Consejería de Salud y Bienestar Social.

**Decreto 535/2012, de 18 de diciembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas** (BOJA núm. 248, 20 de diciembre de 2012).

Mediante su aprobación se establecen ayudas sociales extraordinarias a favor de las personas beneficiarias de pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas; articulándose con las siguientes características:

1. Son ayudas sociales personales e intransferibles, que se conceden a las personas que sean perceptoras de pensión de jubilación o invalidez en sus modalidades no contributivas, manteniendo esta condición a 31.12.2012; y tengan la vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
2. Se conceden de forma extraordinaria, limitándose su vigencia para el año 2013, sin que las mismas puedan consolidarse para el futuro.
3. La cuantía se fija en 113,62 euros por persona, las cuales se abonarán mediante un pago único realizado de oficio durante el primer trimestre del año 2013, sin que precise solicitud de la persona interesada.
4. Se aplican las disposiciones relativas a la suspensión, pérdida y renuncia en los mismos supuestos previstos en la normativa de aplicación para las pensiones.
5. Las competencias de desarrollo y ejecución de las disposiciones relativas a la puesta en práctica del contenido de este decreto le corresponden a la persona titular de la Consejería de Salud y Bienestar Social.

**Orden de 17 de septiembre de 2012, por la que se avoca la competencia sancionadora que se cita y se delega la misma en la persona titular de la Secretaría General de Empleo de esta Consejería** (BOJA núm. 193, 2 de octubre de 2012).

Mediante esta disposición se procede a avocar la competencia de la persona titular de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral para la resolución de los procedimientos administrativos sancionadores números 7/2009 y 9/2012, incoados a las empresas: Zamagara Obras e Ingeniería, S.L., y Construcciones Metálicas Ávila, S.L., con responsabilidad solidaria de Cosentino, S.A.; otorgándose la misma a la persona titular de la Secretaría General de Empleo de esta Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

**Orden de 7 de septiembre de 2012, por la que se acuerda dejar sin efecto la avocación y delegación de competencias que se disponía en la Orden de 21 de diciembre de 2009, en los expedientes de regulación de empleo instados por las corporaciones locales** (BOJA núm. 194, 3 de octubre de 2012).

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, la instrucción y resolución de los expedientes de regulación de empleo, cuando afectan a empresas en las que la totalidad de los centros de trabajo y los trabajadores de su plantilla radican en una sola provincia, se atribuía a la Delegación Provincial donde el centro de

trabajo tuviere su sede; competencia que mediante la Orden de 21 de diciembre de 2009 (BOJA núm. 8 de 14 de enero de 2010) se delegó en la persona titular de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, situación que cambia a resultas de la modificación operada en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Actualmente no procede regular la competencia, puesto que la Autoridad Laboral ya no dicta resolución autorizando o denegando la solicitud de regularización de las relaciones laborales, por ello se deja sin efecto la Orden de 21 de diciembre de 2009, por la que se acordó avocar la competencia para instruir y resolver los expedientes de regulación de empleo instados por las Corporaciones Locales.

**Orden de 11 de diciembre de 2012, por la que se aprueban las bases reguladoras y se convocan subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva destinadas a los Consorcios Escuela de Formación Profesional para el empleo para el año 2012** (BOJA núm. 248, 20 de diciembre de 2012).

La orden se ocupa de establecer, por un lado, las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva para los Consorcios Escuela de Formación para el Empleo en la Comunidad Autónoma de Andalucía; por otro, concede un plazo de cinco días naturales para proceder a la presentación de la solicitudes de concesión de subvenciones, en las modalidades de proyectos formativos e inversiones; a computar desde el 21 de diciembre de 2012.

**Resolución de 7 de noviembre de 2012, de la Viceconsejería, por la que se garantiza el funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad, durante la huelga general del día 14 de noviembre de 2012, prestados por empresas e instituciones, públicas o privadas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante el establecimiento de servicios mínimos** (BOJA núm. 222, 13 de noviembre de 2012).

Mediante esta resolución se establecieron los servicios mínimos para la huelga convocada y celebrada el pasado 14 de noviembre de 2012, los cuales afectaban al personal que prestaba servicios por cuenta ajena en empresas privadas y al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que desarrollan sus servicios en las empresas e instituciones públicas que prestan servicios públicos esenciales en Andalucía.

**Resolución de 31 de octubre de 2012, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se determinan las fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013** (BOJA núm. 237, 4 de diciembre de 2012).

Se relacionan en el Anexo de la disposición las dos fiestas locales en los respectivos municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año 2013, como días inhábiles para el trabajo, retribuidos y no recuperables; en aplicación de lo dispuesto en el art. 37.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto

de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

**Resolución de 28 de noviembre de 2012, del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se delegan competencias en los órganos directivos de la Agencia en materia de personal, de gestión económico-financiera, de contratación y de gestión administrativa** (BOJA núm. 238, 5 de diciembre de 2012).

La reorganización administrativa producida a consecuencia de la entrada en vigor del Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías, en su art. 7 concreta las competencias que asume la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, entre ellas las que anteriormente desempeñaba la desaparecida Consejería de Empleo, que asume en su integridad, salvo en lo que se refiere a la políticas migratorias que se adscriben a la Consejería de Justicia e Interior; asimismo, se adscribe a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo el Servicio Andaluz de Empleo, bajo la Presidencia de la persona titular de la Consejería, ejerciéndose sus competencias a través de la Dirección Gerencia, ejercidas por la persona titular de la Secretaría General de Empleo, y en la Dirección General de Calidad de los Servicios y Programas para el Empleo.

A consecuencia de esta reorganización administrativa:

a) Se delegan en la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, en el ámbito de actuación de la Agencia, las competencias descritas en el apartado Primero de la resolución y que afectan a ámbitos en materia de personal, de gestión económico financiera; contratación; gestión administrativa y en relación con los órganos de la Administración de Justicia.

b) Se delegan en la persona titular de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, las siguientes competencias: 1. Suscripción de convenios y acuerdos de colaboración relativos a Orientación profesional e Inserción laboral dirigidos a la mejora de la empleabilidad de la ciudadanía en el mercado de trabajo. 2. Suscripción de convenios y acuerdos de colaboración relativos a la instalación, mantenimiento y soporte de los puntos de empleo. 3. La tramitación y resolución de los expedientes de autorización, y modificación de las agencias de colocación que actúen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

c) Se delegan en las personas titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, en sus respectivos ámbitos provinciales, las competencias que se indican en el apartado Tercero de la Resolución.

En todos los casos de delegación cabrá aplicar, en cualquier momento, tanto la revocación de la competencia delegada en aplicación del artículo 102.4 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por la persona titular de la Presidencia de la Agencia; como la avocación de los asuntos que se ejercen por delegación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por la persona titular de la Presidencia de la Agencia.

## ESTUDIOS

La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012 de 6 de julio  
Carlos Hugo Preciado Domènech

La nueva Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y su Reglamento 2012  
María Sepúlveda Gómez

El nuevo procedimiento de despido colectivo tras el Reglamento de desarrollo. Algunas reflexiones  
Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca

El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial  
Susana Rodríguez Escanciano

## INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía durante 2012  
Francisco Pina Pérez

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Poder de Dirección  
Universidad de Córdoba  
El control judicial en los despidos colectivos y la libertad de empresa como fundamento del poder de dirección del empresario  
M<sup>a</sup> Luisa Rodríguez Copé

Pensiones de Seguridad Social  
Universidad de Granada  
Sobre el limitado acceso a la jubilación anticipada desde el régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos  
María José Caballero Pérez

Derecho Administrativo del Trabajo  
Universidad de Huelva  
La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos  
Luis Ocaña Escolar

Extinción del Contrato de Trabajo  
Universidad Pablo de Olavide  
Reinterpretación judicial de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador ante impagos del empresario  
Fernando Elorza Guerrero

## RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía  
M<sup>a</sup> Dolores Rubio de Medina