

## ESTUDIOS

El fomento de la contratación indefinida: el nuevo contrato para emprendedores  
Daniel Toscani Giménez

El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia  
Josep Moreno Gené

Reflexiones sobre el aumento de la protección de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal: garantías y ausencias desde la óptica de la flexiseguridad  
José Eduardo López Ahumada

El cierre patronal por inasistencias al trabajo que impiden gravemente el proceso normal de producción  
Francisco Andrés Valle Muñoz

Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia  
Ignasi Beltran De Heredia Ruiz

## MERCADO DE TRABAJO

2012 un año de ajuste en el empleo. Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el primer trimestre de 2012  
Santos Ruesga Benito, José Luís Martín Navarro, Laura Pérez Ortíz y Manuel Pérez Trujillo

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Almería  
El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga  
Juan Escribano Gutiérrez

Universidad de Córdoba  
Poder de dirección y reducción de jornada por causas vinculadas a la empresa: delimitación entre modificación, reducción de jornada, y transformación de contrat  
M<sup>a</sup> Inmaculada Benavente Torres

Universidad de Granada  
El principio de igualdad en la revisión de las pensiones de incapacidad permanente  
Sofía Olarte Encabo

Universidad de Huelva  
Transposición del derecho de la unión europea. El caso de la carga de la prueba  
Emilia Castellano Burguillo

Universidad Pablo de Olavide  
El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores  
Esther Carrizosa Prieto

Universidad de Cádiz  
El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas del reta: incidencia en los aplazamientos concedidos con anterioridad al hecho causante  
María José Cervilla Garzón

## RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía  
M<sup>a</sup> Dolores Rubio de Medina

116

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL  
116/2012 - Tercer Trimestre

TEMAS LABORALES 2012

116

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO

---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**116**

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
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
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 de la 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 de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

### SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

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

### Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, 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>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES  
CONSEJERIA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO  
JUNTA DE ANDALUCÍA

DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96  
I.S.S.N.: 0213-0750  
Imprime: ALP Impresores S.L.

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 116/2012**  
**Tercer Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

- El fomento de la contratación indefinida: el nuevo contrato para emprendedores 13  
DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ
- El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia 35  
JOSEP MORENO GENÉ
- Reflexiones sobre el aumento de la protección de los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal: garantías y ausencias desde la óptica de la flexiseguridad 89  
JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA
- El cierre patronal por inasistencias al trabajo que impiden gravemente el proceso normal de producción 125  
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ
- Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia 153  
IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

**2. MERCADO DE TRABAJO**

- 2012 un año de ajuste en el empleo. Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el primer trimestre de 2012 171  
SANTOS RUESGA BENITO  
JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO  
LAURA PÉREZ ORTÍZ  
MANUEL PÉREZ TRUJILLO

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

- DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO  
Universidad de Almería  
El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental a la huelga 205  
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

<b>PODER DE DIRECCIÓN</b> Universidad de Córdoba Poder de dirección y reducción de jornada por causas vinculadas a la empresa: delimitación entre modificación, reducción de jornada, y transformación de contrat M <sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES	215
<b>PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL</b> Universidad de Granada El principio de igualdad en la revisión de las pensiones de incapacidad permanente SOFÍA OLARTE ENCABO	229
<b>DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO</b> Universidad de Huelva Transposición del derecho de la unión europea. El caso de la carga de la prueba EMILIA CASTELLANO BURGUILLO	243
<b>EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO</b> Universidad Pablo de Olavide El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores ESTHER CARRIZOSA PRIETO	251
<b>RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEGURIDAD SOCIAL</b> Universidad de Cádiz El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas del reta: incidencia en los aplazamientos concedidos con anterioridad al hecho causante MARIA JOSÉ CERVILLA GARZÓN	269
<b>4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN</b>	
Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía M <sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA	285

## 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 lavoro 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 116/2012**  
**Third Trimester**

**INDEX**

**1. STUDIES**

- Fostering permanent employment contracts: the new contract for entrepreneurs 13  
DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ
- The job-training contract: fostering youth employment through professional training for young people who rotate in different jobs 35  
JOSEP MORENO GENÉ
- Thoughts about increase protection of workers in temporary work agencies: guarantees and flaws from a flexisecurity perspective 89  
JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA
- Employers' organisation shut down because of absences that affect the normal operational production process 125  
FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ
- Specific risk, withdraw social security benefits and risk during the breastfeeding period 153  
IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

**2. LABOUR MARKET**

- 2012 the year of employment adjustment 171  
SANTOS RUESGA BENITO  
JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO  
LAURA PÉREZ ORTÍZ  
MANUEL PÉREZ TRUJILLO

**3. JUDICIAL COMMENTS**

- DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO  
Universidad de Almería  
Hiring new people to replace those who go on strike: an attack to the right to go on strike 205  
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

<p>PODER DE DIRECCIÓN  Universidad de Córdoba  Management power and working hour's reduction due to business causes: modification, and working hour's reduction and contract transformation definition</p>	215
<p>M<sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES</p>	
<p>PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL  Universidad de Granada  The equal principle and pensions for permanent incapacity</p>	229
<p>SOFÍA OLARTE ENCABO</p>	
<p>DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO  Universidad de Huelva  European Union law transposition. The test case law</p>	243
<p>EMILIA CASTELLANO BURGUILLO</p>	
<p>EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO  Universidad Pablo de Olavide  Control over workers' computers in business and workers' privacy protection</p>	251
<p>ESTHER CARRIZOSA PRIETO</p>	
<p>RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEGURIDAD SOCIAL  Universidad de Cádiz  The need to be up to date in the payment instalments in RETA: problems in payments delays granted before the cause</p>	269
<p>MARIA JOSÉ CERVILLA GARZÓN</p>	
<p><b>4. LEGISLATIVE REMARKS</b></p>	
<p>Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia</p>	285
<p>M<sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA</p>	





# EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA: EL NUEVO CONTRATO PARA EMPRENDEDORES

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Valencia

## EXTRACTO

**Palabras Clave: contratación indefinida, contratación temporal fraudulenta, emprendedores, precariedad.**

Las medidas adoptadas desde hace años para corregir la precariedad y segmentación del mercado de trabajo, principalmente el fomento de la contratación indefinida basado en la reducción de las cotizaciones sociales, han resultado ineficaces, pues cuando se han agotado las bonificaciones, por regla general, las empresas han puesto fin a los contratos, formalmente indefinidos, llevando a contratos indefinidos “de corta” y de “larga” duración, generando un nuevo dualismo. No se ha logrado en los últimos años que las empresas utilizaran el contrato de fomento de la contratación indefinida lo que demuestra que este contrato no elimina la temporalidad, sino que, a lo sumo, sirve sólo para canalizar una parte de ella. El artículo analiza de forma crítica el nuevo contrato para emprendedores, como nueva solución al dualismo y propone medidas efectivas para la racionalización de la contratación temporal, desincentivando su uso injustificado y fraudulento, para que, con verdadera voluntad, de una vez por todas, se ataje el problema de la precarización.

## ABSTRACT

**Key Words: Promotion of indefinite contracts, fraudulent contracts, entrepreneurs, precariousness**

The measures adopted over the years in order to correct the precariousness and segmentation of the labour market, specially the promotion of indefinite labour contracts, based on the reduction of employers social contributions, have results ineffective, well when the bonuses finish, on the whole, the companies put an end to formally indefinite labour contracts, which takes to the creation of long and short indefinite contracts, generating a new dualism. In the last few years we have been unable to promote the use of indefinite contracts amongst the companies, which demonstrates that these contracts do not eliminate temporality, at the most they canalize part of it. The paper analyses in a critical manner the new contract for entrepreneurs, as a new solution to dualism and proposes effective measures to rationalize temporary contracts, to discourage their fraudulent and unjustified use, so that with a real will we may once and for all end the problem of precariousness.

## INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA
  - 2.1. El contrato de emprendedores
3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA
  - 3.1. Causas
  - 3.2. Soluciones propuestas

## 1. INTRODUCCIÓN

La actual reforma, al igual que las anteriores, se encuentra ante una grave situación de paro generada por la extinción de numerosos contratos temporales y por el recurso al despido sea por causas económicas, sea disciplinario<sup>1</sup> como forma de ajuste de empleo. La contratación temporal, como herramienta que se ha venido utilizando desde la reforma de 1984 (contrato temporal de fomento del empleo) y la “cultura de la temporalidad “ generada como forma flexible de contratación, y en especial de extinción de los contratos han ido poco a poco reconduciéndose en sucesivas reformas, eliminando algunas modalidades y fijando ciertos límites en cuanto a la duración de algunos contratos cuando se produjera el encadenamiento, de acuerdo con la Directiva Comunitaria 1999/70.

A partir de la segunda mitad de la década de los ochenta, a pesar de mantenerse formalmente la preferencia por el empleo estable o los contratos indefinidos, se introduce una variedad excesiva de modalidades de contratación temporal, hasta el punto de ser calificado como una de las normativas más abiertas e incluso desreguladoras de las de Europa occidental<sup>2</sup>. Lo que da lugar a hablar de una contratación a la carta<sup>3</sup>, llegando algunos autores incluso a dudar de la exigencia de la causalidad como requisito de la contratación temporal<sup>4</sup>. De otra parte, el elevado índice de temporalidad también es en buena medida es debido a una alta tasa de fraude en la contratación temporal, estimándose que alrededor del 50% de los contratos temporales se celebran en fraude de ley. Las ventajas de la contratación temporal son tales que, incluso aunque se considerase luego en algunos casos como fraudulenta, sus costes de extinción no serían sensiblemente superiores a la extinción de contratos indefinidos.

<sup>1</sup> Agustí Maragall, Jordi, “El denominado “despido improcedente” como alternativa a la extinción por causas objetivas y al despido colectivo: reflexión crítica y límites” RDS n.48/2009, pp. 39-83 y Desdentado Bonete, A. “Dos ideas sobre el despido” La Ley n° 7338 /2010

<sup>2</sup> Borrajo Dacruz, E., “Guía de la contratación temporal”, Actualidad Laboral, n°. 1, 1985.

<sup>3</sup> Casas Baamonde, M.E. y Valdes Dal-Re, F., “Diversidad y precariedad de la contratación temporal en España”, RL., Tomo I., 1989, pág. 77.

<sup>4</sup> Rodríguez Piñero Royo, M.C., “Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo”, RL., n°. 13, 1993, pág. 4.

Es fácilmente observable que la contratación temporal, en nuestro ordenamiento, pasa de ser algo excepcional y coyuntural a adquirir carta de naturaleza en un espacio muy corto de tiempo<sup>5</sup>. Las razones esgrimidas para la apertura generalizada de la temporalidad fueron, en un principio, fundamentalmente de corte económico, precisamente debido a la época de crisis que se pasaba. Así, se argumentaba que era excesivamente oneroso para los empresarios el mantenimiento del principio de estabilidad en el empleo en un ciclo de crecimiento económico negativo, como el que se estaba viviendo<sup>6</sup>. Sin embargo, estos argumentos económicos, de forma progresiva, pasaron a adoptar carices tecnológicos, debido al desarrollo y la incorporación de nuevas tecnologías que invadían el mercado de trabajo y que, en opinión de algunos autores, llevaban al uso abundante de formas precarias de trabajo<sup>7</sup>, y a convertirse en la forma habitual y ordinaria de contratación laboral.

En cualquier caso, pronto quedó patente que la excesiva temporalidad introducida en el mercado laboral no estaba produciendo los frutos esperados. El ligero aumento experimentado en la recuperación del empleo, más bien respondía a tendencias cíclicas<sup>8</sup> y en cualquier caso, de no ser así, hubiera sido de todos modos a costa de un precio demasiado alto, una excesiva precarización del mercado de trabajo, sin resolver en absoluto el verdadero problema del paro que se había convertido ya en estructural<sup>9</sup>. En efecto, el uso empresarial del amplio abanico de modalidades contractuales legalmente consagradas no tendía, como era su finalidad, hacia la creación o al menos el reparto del empleo, sino más bien hacia la sustitución de los trabajadores fijos de plantilla por trabajadores temporales<sup>10</sup>. De tal manera que lo que en realidad eran actividades normales y permanentes de las empresas, no obstante se cubrían, en gran medida y de forma habitual, por trabajadores con contratos temporales.

La anterior circunstancia ha llevado a que algunos autores hayan apuntado hacia un notable e incluso insalvable proceso de fragmentación del ordenamiento laboral<sup>11</sup>. Así, hay disfuncionalidades que, por otro lado, son inevitables, si no se adoptan medidas correctoras, en un sistema diseñado alrededor de una relación laboral estable e indefinida, todavía hoy, al menos formalmente,

<sup>5</sup> Borrajo Dacruz, E., "Los nuevos contratos temporales o la magia social de las leyes pactadas", *Actualidad Laboral*, 1997.

<sup>6</sup> Palomeque Lopez, M.C., "Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo. La crisis económica", *RPS*, n.º 143, 1984, págs. 16 y ss.

<sup>7</sup> Perez de los Cobos Orihuel, F., "Nuevas tecnologías y relación de trabajo", Valencia, 1990, pág. 36.

<sup>8</sup> Garcia Ninet, J.I., "Política de empleo y desempleo", *TS*, n.º 32-33, 1993, pág. 7.

<sup>9</sup> Toharia, L., "El mercado de trabajo español: evolución y perspectivas", en *Debates sobre el empleo en España*, Madrid, 1992, pág. 195.

<sup>10</sup> Palomeque Lopez, M.C., "Un compañero de viaje...", op. cit., pág. 16.

<sup>11</sup> Rodriguez-Piñero Royo, M.C., "Ordenación y flexibilidad...", op. cit., pág. 3.

considerada como típica. Así, por ejemplo, la imposibilidad práctica de ejercer la mayoría de los denominados derechos colectivos, que requieren del principio de estabilidad en el empleo, supuestos de excedencias de larga duración o algo tan simple como las vacaciones anuales, sin tener que conformarse con una mera compensación económica de las mismas. Por no mencionar las excesivas dificultades que experimenta el colectivo de trabajadores precarios para poder acceder a una protección social digna.

De tal forma que, en consecuencia, se crea un binomio que literalmente coloca una espada de Damocles sobre las cabezas de estos trabajadores, que les impide de facto reivindicar derechos legítimos, por temor a represalias empresariales. Así, como se ha puesto de manifiesto<sup>12</sup> “la temporalidad dreña la conciencia sindical, fragmenta la colectividad de los trabajadores, mutila las acciones sindicales y debilita la sindicato”.

Además, se normaliza esta situación y se habla de la costumbre de la precariedad<sup>13</sup>, no sólo en el empresario, como sería evidente, sino también en el propio trabajador, que se habitúa a una rotación excesiva, interioriza la temporalidad como algo “natural”, alternando periodos de trabajo con periodos de desempleo. Los efectos negativos de una excesiva precarización no sólo perjudican, sin embargo, a los trabajadores, sino que también a los propios empresarios<sup>14</sup>. En efecto, las altas tasas de rotación de trabajadores provocan una falta de profesionalidad y de mano de obra especializada, lo cual impide la identificación del trabajador con la propia empresa, desincentivando su interés en la marcha de la misma. Pero también se perjudica el sistema de protección social. El alto índice de rotación injustificado de los trabajadores, por un lado, produce efectos negativos en el propio equilibrio financiero de la prestación por desempleo<sup>15</sup> y por otro, incrementa el gasto en prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal y permanente, provocado por el aumento en las cotas de siniestralidad laboral<sup>16</sup>.

Pero la excesiva flexibilidad en la entrada ni siquiera ha servido para corregir el paro estructural, consagrado en el mercado laboral y que incluso ha demostrado tendencias alcistas en las épocas de mayor número de contratos temporales. De esta manera, sólo ha conseguido extender la cultura de la precarización laboral, facilitada por la diversidad de contratos y los contornos a

<sup>12</sup> Casas Baamonde, M.E, y Valdes Dal-Re, F. “Diversidad y precariedad de la contratación temporal en España”, RL., Tomo I, 1989, pág. 255.

<sup>13</sup> Lopez Gandia, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación tras la reforma laboral”, en Las reformas laborales de 1994 y 1997, Madrid, 1998, pág. 83.

<sup>14</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M.C., “Ordenación y flexibilidad...”, op. cit., pág. 5.

<sup>15</sup> Lopez Gandia, J., “La reforma del mercado de trabajo según el documento presentado al CES”, TS n. 32/33 (1993) págs. 18 y ss.

<sup>16</sup> Segura, Duran, Toharia y Bentolilla, “Análisis de la contratación temporal en España”, Madrid, 1991, págs. 122 y ss.

veces difusos entre unos y otros, así como la excesiva permisividad de la jurisprudencia en la utilización de ciertas modalidades, como el de obra y servicio, todo lo cual hace extraordinariamente difícil la aplicación del fraude de ley<sup>17</sup>.

En efecto, pues, pese a la eliminación de ciertas modalidades contractuales temporales, como el de lanzamiento de nueva actividad<sup>18</sup> y las restricciones introducidas en la contratación temporal coyuntural, que queda únicamente para trabajadores discapacitados, con el objetivo de recuperar el principio de causalidad en la contratación temporal, lo cierto es que la incidencia en la reducción de la temporalidad ha brillado por su ausencia, siendo incapaz de situarla por debajo del 30% antes de 2008.

Según el documento del gobierno de febrero de 2010 “la dualidad entre trabajadores fijos y temporales constituye el problema estructural más grave de nuestro mercado de trabajo”. Además la contratación temporal como ya señalaba el Informe de la Comisión de expertos de la reforma laboral de 2006 desde hace ya veinticinco años, la fórmula mayoritariamente utilizada por las empresas españolas para obtener flexibilidad. De hecho, el recurso excesivo a la temporalidad ha impregnado nuestro sistema de tal forma que ha reemplazado la utilización normalizada de múltiples instituciones laborales tales como los períodos de prueba al inicio de las contrataciones indefinidas, la contratación a tiempo parcial, los contratos formativos o las medidas de flexibilidad interna que, como es fácilmente constatable, son empleadas en nuestro país de forma significativamente más reducida que en los países de nuestro entorno europeo.

Según estos argumentos ya recurrentes en las últimas reformas laborales las supuestas trabas laborales se encontrarían, en el “dualismo del mercado de trabajo”, la segmentación del mercado de trabajo, entre fijos y temporales, que ha sido una de las vías deliberadamente buscadas y toleradas en los últimos veinte años para proporcionar las mayores tasas de flexibilidad en la contratación desde la reforma de 1994, apenas paliada por la de 1996, 2001, 2006, 2010<sup>19</sup> y ahora en el 2012. La flexibilidad de entrada habría sido la alternativa a la flexibilidad de salida y ahora se pasaría a incidir más bien en la de salida. La paradoja es que se recurra a incrementar la flexibilidad de salida para lograr mayor estabilidad en el empleo. Sin embargo, esta idea encubre que el verdadero objetivo es lograr una mayor rotación en el mercado de trabajo, no

<sup>17</sup> López López, J., “La contratación temporal y el fraude de ley”, RL., n.º. 23, 1993, pág. 20 y López Gandía, J., “Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral”, Valencia, 1997, pág. 83.

<sup>18</sup> Que incluso, sorprendentemente hubo alguna propuesta de recuperación de esta modalidad contractual a través de la negociación colectiva por algún grupo político, como Esquerra republicana/IU/Iniciativa en la enmienda al proyecto de ley de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo de 2010.

<sup>19</sup> Cruz Villalón, J., “Algunas claves de la reforma laboral de 2010”, Revista Temas Laborales, n.º. 107, 2010, pág. 23.

ya a través de contratación temporal, sino mediante contratos indefinidos, cuya celebración debe facilitarse a través del abaratamiento de los costes de despido. Y para ello se propuso en un principio desde diversos sectores económicos contrato único indefinido que viniera a sustituir a las modalidades de contratación temporales de obra o servicio y de eventualidad, con una indemnización por finalización (despido salvo en caso de despido nulo) escalonada por años de antigüedad.

La reforma laboral, pese a no adoptar formalmente la propuesta del contrato único, que por otro lado presentaba numerosos inconvenientes jurídicos, ha adoptado el punto de vista de los economistas firmantes del manifiesto de los 100 en la forma de enfocar los problemas del mercado laboral español y las medidas que se proponen.

El contrato único no se revelaba como una verdadera alternativa a la precariedad, como una forma creíble de reducir el dualismo del mercado de trabajo, sino que más bien profundizaba en la línea del abaratamiento de los costes del despido y la eliminación de los controles y tutelas judiciales.

Ser fijo o temporal condiciona multitud de decisiones en la vida de los trabajadores, no sólo con relación a las mayores tasas de ahorro que tienen los temporales, sino también respecto a su tasa de fertilidad, etcétera.

Según los modelos o simulaciones realizados por un grupo de expertos, la reforma laboral de un contrato único propuesta implica que, por cada trabajador que se viera perjudicado, se beneficiarían otros cinco.

El contrato único indefinido, sin embargo, aparentemente y desde el punto de vista formal supone que todos los trabajadores serían estables, por tener formalmente un contrato indefinido, que vendría a sustituir a las modalidades de contratación temporales de obra o servicio y de eventualidad.

Esta parece ser la propuesta adoptada, por un lado con la reducción generalizada de la indemnización por despido improcedente y por otro, con la introducción del nuevo contrato para emprendedores, que para menores de 30 años durante el primer año, establece una resolución libre, no causal ni con control judicial, más allá de las causas de discriminación propias del despido nulo.

Sin embargo, las medidas adoptadas desde hace años para corregir esta disfunción de nuestro mercado de trabajo, principalmente el fomento de la contratación indefinida basado en la reducción de las cotizaciones sociales, han resultado ineficaces, pues cuando se han agotado las bonificaciones, por regla general, las empresas han puesto fin a los contratos, formalmente indefinidos, llevando a contratos indefinidos “de corta” y de “larga” duración, generando un nuevo dualismo y nada hace pensar que ahora será diferente.

No se ha logrado en los últimos años que las empresas utilizaran el contrato de fomento de la contratación indefinida (CFCI). Estos contratos habrían

pasado de representar más de un tercio del total de contratos indefinidos en los años 2006 y 2007 a representar escasamente un 17% del total en el último año.

Otra cuestión es si se ha utilizado como vía de reclutamiento directo inicial de trabajadores. La respuesta es negativa. Más bien ha servido para transformar contratos temporales en indefinidos CFCI (2/3 de los contratos)<sup>20</sup> lo que demuestra que este contrato no elimina la temporalidad<sup>21</sup> sino que sirve sólo para canalizar una parte de ella.

Igualmente, la modalidad del contrato a tiempo parcial indefinido puede ser una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos. Para cumplir adecuadamente esta finalidad, la negociación colectiva debería desempeñar un papel importante en la mejora de la calidad de estas modalidades de contratación”. Sin embargo, esta posibilidad ahora se elimina, al haber habilitado de nuevo la reforma la realización de horas extraordinarias por los trabajadores a tiempo parcial, incluso con contratos temporales. Lo cual hace más atractivo esta última posibilidad, frente a contratos indefinidos a tiempo parcial, con horas complementarias, debido a la mayor dificultad de su control, razón precisamente por la cual se suprimieron.

Por ello, mientras no se actúe, de verdad, de forma simultánea sobre la contratación temporal, racionalizando su uso y desincentivando el uso injustificado y fraudulento nada cambiará.

## 2. FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

### 2.1. Contrato para emprendedores

Se crea una nueva modalidad de contrato de trabajo por tiempo indefinido de la que sólo podrán hacer uso las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo. La finalidad de esta medida es facilitar la contratación estable de trabajadores por parte de estas empresas que representan a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país, el 95%, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística. La norma hace referencia al número de trabajadores tota-

<sup>20</sup> Según datos de Coyuntura laboral en número de contratos ha sido el siguiente. En 2007 se han celebrado 2.220.384, contratos indefinidos, de ellos 1.230.795 CFCI (55'43 %) , de ellos 902.210 han sido por conversión y 328.585 iniciales, en 2008, 1.902.605, de ellos 1.026.511 CFCI (53'95), de los que 779.700 por conversión y 246.511 iniciales, en 2009, 1.312.414, de ellos 709.610 CFCI (54'07), de ellos 520.427 por conversión y 189.183 iniciales.

<sup>21</sup> Gorelli Hernández, J., “La reducción de los costes de la extinción del contrato por despido disciplinario:¿necesidad jurídica?”, RDS n. 50/2010. p.51.

les de la empresa y no al centro de trabajo. Si bien, es cuestionable si una empresa con 49 trabajadores es un emprendedor o si esto no es pervertir el propio concepto, ya que mayoritariamente estas empresas son sociedades mercantiles. De tal modo que, aun siendo discutible, se podría, no obstante, defender una cierta flexibilidad en la aplicación del derecho laboral de verdaderas PYMES, pequeños autónomos con uno o dos trabajadores, pero no en estos supuestos donde muchas de dichas empresas están participadas por grandes sociedades.

Ahora bien, aun cuando a diferencia del antiguo contrato de fomento de la contratación indefinida (CFCI), no se establece “a priori” y directamente un ámbito subjetivo de aplicación, limitado a determinados colectivos, en la práctica y de forma indirecta la finalidad sigue siendo la misma, ya que los incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, sólo se pueden llevar a cabo con la contratación de los colectivos que la norma enumera:

Así, desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo, que ya no se puede mantener que sean de larga duración, al exigir únicamente la norma que el beneficiario hubiera percibido la prestación durante al menos tres meses en el momento de la contratación. Es criticable que el contrato no se extienda a desempleados, en general, pues se limita beneficiarios de la prestación contributiva, con la finalidad evidente, de reducir el número de estos beneficiarios que son los que mayor gasto suponen para el sistema, obviamente, por la cuantía más elevada de las prestaciones contributivas. De tal modo que quedarán fuera aquellos que ya hubieran agotado la prestación contributiva y estuvieran percibiendo un subsidio asistencial o ya hubieran agotado asimismo este último o no tuvieran derecho a él aun cuando permanecieran inscritos en la oficina de empleo. Lo cual colocará a este colectivo en peor situación de empleabilidad, cuando precisamente es el más vulnerable y el que más debería fomentarse su contratación.

La empresa tendrá derecho a una deducción fiscal con un importe equivalente al 50 % de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación, con el límite de doce mensualidades, siempre que el desempleado hubiera percibido la prestación durante, al menos, tres meses en el momento de la contratación. Lo cual significa que el trabajador desempleado debe haber generado una prestación contributiva superior a la básica, que es de tres meses, por un año de empleo.

Además, en este caso, el desempleado contratado podrá voluntariamente compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 % de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación.

En todo caso, cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario en los términos del párrafo anterior, se mantendrá el derecho del traba-

jador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, siendo de aplicación lo establecido en los artículos 212 y 213 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Se permitirá tener a los menores de treinta años con un periodo de prueba de un año. Además, la empresa tendrá derecho a una deducción en su cuenta fiscal de 3.000 euros cuando contrate a su primer trabajador, siempre que tenga menos de 30 años. Si se trata de un nuevo empresario quien contrata a su primer trabajador.

Asimismo, en este supuesto, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/año) en el tercer año.

Además, si el menor de 30 años es mujer en sectores en los que este colectivo esté menos representado las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

Mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación, la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años.

Mujeres en general, en sectores en los que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Para evitar un efecto sustitución, la empresa no podrá concertar el contrato de trabajo si en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a un despido colectivo. En ambos supuestos, la limitación afectará únicamente a las extinciones y despidos producidos con posterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo. Por lo tanto, como se puede observar, las limitaciones a la utilización de esta modalidad contractual son muy limitadas. Ya que tampoco se aplican las exclusiones tradicionales de las bonificaciones que regulaba la Ley 43/2006 que buscaban evitar el efecto sustitución de trabajadores con más derechos o el fraude.

Además, hay una obligación de mantenimiento del empleo, de tal forma que para la aplicación de los incentivos anteriormente referidos, el empresario deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años des-

de la fecha de inicio de la relación laboral, procediendo en caso de incumplimiento de esta obligación a su reintegro.

No se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

La reforma laboral, por tanto, pese a no adoptar formalmente la propuesta del contrato único, que por otro lado presentaba numerosos inconvenientes jurídicos, ha adoptado el punto de vista de los economistas firmantes del manifiesto de los 100 en la forma de enfocar los problemas del mercado laboral español y las medidas que se proponen.

Esta parece ser la propuesta adoptada, por un lado con la reducción generalizada de la indemnización por despido improcedente y por otro, con la introducción del nuevo contrato para emprendedores, que para menores de 30 años durante el primer año, establece una resolución libre, no causal ni con control judicial, más allá de las causas de discriminación propias del despido nulo.

De otra parte, la reforma procede a la adaptación a nuestro país de fórmulas que en los últimos años se han adoptado con éxito en algunos países europeos. Así, al estilo del contrato de trabajo de nuevo empleo de Francia, donde, durante los primeros años el empresario puede resolver el contrato sin necesidad de alegar causa ni seguir el procedimiento clásico de despido; ni por supuesto pagar indemnización alguna<sup>22</sup>.

Se constata además que esta pérdida de control, no supone una mayor garantía de estabilidad, dado las posibilidades de libre desistimiento durante el primer año de los trabajadores jóvenes. En efecto, parece más bien que esto podría llevar a contratos indefinidos “de corta” y de “larga” duración generando un nuevo dualismo, un despido libre y barato y una falta absoluta de control judicial de la extinción y del encadenamiento de contratos que se van extinguiendo y celebrando de nuevo, ya que ni se prohíbe la sustitución por otro de igual naturaleza con otro trabajador a su conclusión, ni se exige que con el mismo se produzca una creación neta de empleo.

Podría desnaturalizar la figura del periodo de prueba, dado el criterio restrictivo del Tribunal Supremo en la aceptación de una duración del periodo de prueba que guarde poca relación con el necesario conocimiento profesional por parte de ambos sujetos de la relación laboral, hasta el extremo de que provoca dudas respecto de su compatibilidad con la exigencia constitucional

<sup>22</sup> Giles Auzero, “El contrato de trabajo de “nuevo empleo”: una traducción francesa de la flexi-seguridad”, en Aportaciones al debate comunitario sobre “Flexiseguridad”, Madrid, 2007, págs. 91 y ss.

de causalidad de la extinción contractual<sup>23</sup>. En efecto, parece que más bien estamos ante un nuevo contrato temporal sin causa de un año de duración, que incrementa la dualidad en el mercado de trabajo, e introduce una submodalidad de despido respecto a los hasta ahora existentes, el despido sin causa y sin indemnización, lo que conlleva la desprotección total del trabajador frente al poder empresarial. Sólo superado el primer año de duración del contrato se estará ante un verdadero contrato indefinido.

En efecto, parece que la ampliación hasta un año del periodo de prueba, para todos los trabajadores sin distinciones de titulación no formación, no reúne la exigencias constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, tanto más cuanto la consecuencia real de la misma, es establecer un despido sin causa y gratuito durante el primer año. De tal modo que podría infringir, asimismo, el art. 35 de la Constitución, en tanto que establece el derecho al despido sin causa durante el primer año del contrato, pese a haberse reconocido por el Tribunal Constitucional que el derecho al trabajo impide el despido sin causa.

Sin embargo, en cuanto a este último punto, podría ser compatible, no obstante, con el Convenio 158 de la OIT que prevé expresamente la posibilidad de excluir del campo de aplicación de la protección contra el despido a los trabajadores que no tengan una antigüedad mínima exigida por la legislación. Así, por ejemplo, en la legislación alemana se exige una antigüedad mínima de seis meses<sup>24</sup>. Ahora bien, es evidente que no se ha querido establecer esta posibilidad de forma abierta, intentando enmascararla tras la figura del periodo de prueba, para conseguir los mismos efectos prácticos. No obstante, precisamente por ello plantea dudas, al desnaturalizar la figura del periodo de prueba, con la finalidad de imponer el despido libre durante el primer año de contrato.

No obstante, las amplias posibilidades que ahora tienen los empresarios para utilizar el contrato para la formación y aprendizaje y las bonificaciones previstas, pueden convertirlo en el “contrato de inserción” solicitado por los empresarios (CEOE) para todos los jóvenes y restan posibilidades que se celebren contratos indefinidos fomentados con este colectivos de trabajadores jóvenes, menores de 30 años.

Así, el límite de la edad establecido con carácter general es ahora de 25, frente a los 21 de la normativa anterior. No obstante, hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 % podrán realizarse contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años sin que sea de aplicación el límite máximo de edad establecido (DT 9<sup>a</sup>). De tal modo que el contrato puede extenderse hasta los 33 años, menos un día, del trabajador contratado.

Las amplias posibilidades de utilizar este contrato en más de una ocasión. En efecto, a diferencia de la normativa anterior, que no permitía la utilización

<sup>23</sup> Cruz Villalon, J., “Efectos incontrolados de la reforma”, Diario El País, 12 de febrero de 2012.

<sup>24</sup> Véase Gil Y Gil, J.L., “Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, en Aportaciones al debate comunitario sobre “Flexiseguridad”, Madrid, 2007, pág. 160.

de esta modalidad contractual una vez finalizada su duración, ya fuera por la misma o distinta empresa, el RDL limita esa exclusión sólo “para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato” y la permite de forma expresa “para una distinta”. De tal modo, que es posible ahora mantener a un trabajador contratado con un contrato para la formación y aprendizaje desde los 16 hasta los 30, siempre que se vaya cambiando de puesto de trabajo o profesión cada dos años. Lo cual ahora es relativamente sencillo, ya que se elimina el sistema de clasificación de trabajadores por categorías profesionales y se generaliza el sistema de grupos profesionales y correlativamente, en consecuencia, desaparecen del artículo 39 todas las referencias a las categorías profesionales y la normativa se concentra ahora en los grupos profesionales y en las actividades realizadas por el trabajador dentro del mismo. Asimismo, se eliminan otras limitaciones existentes hasta ahora para la asignación de funciones distintas. Así, por ejemplo, para la asignación de funciones inferiores, ya no se exige la justificación por razones perentorias o imprevisibles de la actividad laboral.

No se exige que tengan especiales dificultades para encontrar trabajo, con problemas de empleabilidad, ni que sean parados de larga duración y que no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional, pues en muchos casos eso será así<sup>25</sup>, aunque no siempre por lo que el contrato de formación podía haberse destinado a esos supuestos. Estos jóvenes con problemas especiales de empleabilidad aparecen ahora como especiales destinatarios de programas de empleo mediante la bonificación de las contrataciones, cuando tengan menos de 30 años. Así, en PYMES (empresas de menos de 50 trabajadores) la empresa tendrá derecho a una deducción en su cuenta fiscal de 3.000 euros cuando contrate a su primer trabajador, siempre que tenga menos de 30 años. Si se trata de un nuevo empresario quien contrata a su primer trabajador. Asimismo, en las empresas de cualquier tamaño que contraten jóvenes de menos de 30 años, también tienen bonificación en las cuotas de la Seguridad Social que abonen por ellos. 1.000 euros en el primer año de contrato, de 1.100 euros en el segundo y de 1.200 euros en su tercer año de contrato. Si se trata de mujeres de menos de 30 años, a las reducciones al paro de la Seguridad Social para los jóvenes, se les añaden otros 100 euros más (es decir, 1.100 euros de ayuda el primer año).

Ahora bien, al tener bonificaciones todos los contratos de formación, éstas entrarán en concurrencia hasta los 30 años con las bonificaciones contempladas para los jóvenes en general hasta los 30 por celebrar contratos indefinidos. Es decir, es muy difícil entonces que hasta los 30 años las empresas celebren

<sup>25</sup> Véase De la Rocha, M., “Los costes del despido como ideología”, *El País - Opinión* – 27-12-2008 y AAVV, “La situación de las y los jóvenes en España: más vulnerables a la crisis” Informe de la Fundación 1 de mayo, n. 11 septiembre de 2009.

contratos indefinidos de fomento con jóvenes menores de 30 años, al poder celebrarse contratos de formación con menores requisitos subjetivos, de coste menor y además con mayor bonificación (el 100%).

La nueva regulación nada dice ya, de forma expresa, a diferencia de la anterior acerca del incumplimiento empresarial de la totalidad de sus obligaciones en materia de formación teórica. Que antes traía consigo la presunción legal de que el contrato para la formación era un contrato laboral común u ordinario por tiempo indefinido (art. 11.2.k) del ET y art.22.4 del RD 488/1998). Esta previsión había planteado numerosos problemas interpretativos: la entidad del incumplimiento, la responsabilidad empresarial, el perjuicio experimentado por el trabajador, si pese a todo ha mediado aprendizaje, influencia de terceros implicados en la formación (externalización de la misma), carácter de la presunción.

Así, parece que se quiera volver a una postura flexibilizadora y excesivamente comprensiva y tolerante con la situación de la pequeña empresa y sus posibilidades, como había mantenido alguna doctrina judicial, admitiendo la experiencia recibida como suficiente y no exigía que se siguiera un plan de enseñanza por ser algo utópico o irreal. No obstante, a mi modo de ver, se podrá seguir considerando como un fraude de ley, si bien ahora no se podrá presumir ya, sino que el trabajador deberá probar el incumplimiento, no ya de la totalidad de las obligaciones empresariales en materia de formación, sino del incumplimiento de “obligaciones sustanciales”, esto es, que afecten gravemente a la consecución del fin. Así, por ejemplo, se considera como tal la designación como tutor de una persona que no puede ejercer tales funciones<sup>26</sup>, además de la falta de formación práctica y la imposibilidad de impartirla a distancia. Habrá que valorar las circunstancias y el significado de lo sucedido. La jurisprudencia ha sostenido que la falta de formación teórica, aunque mediante la práctica adquiera adiestramiento, supone una desnaturalización del contrato<sup>27</sup>. No puede sustituirse por simple instrucción y asistencia durante el desarrollo del trabajo<sup>28</sup>. Tampoco se cumple la obligación de formación trabajando la jornada laboral completa y estudiando a distancia fuera de la jornada laboral<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> STSJ País Vasco de 7 de septiembre de 2004, (AS 3566).

<sup>27</sup> STS de 17 de mayo de 1990, (RJ 3747), 19 de junio de 1990, (RJ 4679), 20 de mayo de 1997, (RJ 4197), STS de 19 de febrero de 1996, (RJ 1302), 19 de noviembre de 1996, 27 de abril de 1998, (RJ 3068), 30 de junio de 1998, (RJ 5540).

<sup>28</sup> STSJ Cataluña de 16 de octubre de 1995, (AS 3995) y 20 de abril de 1994, (AS 1467).

<sup>29</sup> STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 4199).

### 3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA

#### 3.1. Causas

Tampoco se incide sobre la contratación temporal fraudulenta de una forma real y eficaz, pues es cierto que la prohibición de encadenamiento de contratos temporales prevista en el artículo 15.5 de la LET se vuelve a aplicar tras 31 de diciembre de 2012.

Sin embargo, si bien a partir de dicha fecha vuelve a entrar en vigor, a nadie se le escapa las posibilidades, relativamente sencillas, de evitar la aplicación del mismo, rotación en el mismo puesto con dos o más trabajadores distintos, o con las modalidades de contratación exentas, interinidad, etc. Por no mencionar la posibilidad de rodear esta norma a través de la externalización de la mano de obra y, muy especialmente la subcontratación; donde ahora, el TS, en los supuestos en que se vayan celebrando o renovando sucesivas contrataciones con la misma empresa adjudicataria, no considera que el contrato de obra finaliza con cada contrata<sup>30</sup>. Así, al tratarse del mismo contrato de obra y servicio, no habría sucesivos contratos temporales en el tiempo, que se podrían ir sumando a los efectos de superar los 24 meses en un periodo de 30. Con lo cual se evitaría de esta forma la posibilidad de declarar por esta vía la conversión de indefinido del trabajador.

Pese a reducirse a causas de la crisis el porcentaje de contratación temporal sobre el total en términos absolutos se seguiría dando una excesiva precarización laboral, que la propia crisis habría venido a reforzar. Sólo la actual crisis ha logrado situar claramente las tasas de temporalidad por debajo del 30%. Se ha generado así una segmentación que, por otra parte, incide de manera especial en los trabajadores más jóvenes y, con carácter más general, en aquéllos con menor nivel de cualificación profesional.

En efecto, pese a que ha descendido el porcentaje de contratos temporales, a causa de la crisis de la construcción y los servicios, donde son abundantemente utilizados, los nuevos contratos en estos y otros sectores siguen alcanzando un porcentaje muy elevado de contratación temporal, casi del 90%. Así pues se ha agudizado la situación del mercado de trabajo existente con anterioridad lo que pone de manifiesto que el recurso a la contratación temporal<sup>31</sup> se produce por los siguientes factores:

<sup>30</sup> STS de 17 de junio de 2008 RJ 4229.

<sup>31</sup> Por todos, Pérez Rey, J., "Estabilidad en el empleo" Madrid, 2004, ed. Trotta, "La transformación de la contratación temporal en indefinida: el uso irregular de la temporalidad en el trabajo" Valladolid, Lex Nova, 2004 y "La incidencia de la Directiva 1999/70 sobre contratación temporal" RDS n.10/2000 pp. 107-112.

- La utilización abusiva y en fraude de ley de los contratos de obra o servicio y de eventualidad.
- La extensión excesiva por la jurisprudencia en caso de contrata, pese a su insuficiente neutralización por cláusulas de subrogación y por cierta interpretación jurisprudencial.
- La ineficacia e inoperatividad en establecer límites al encadenamiento “legal objetivo” pues los contratos no alcanzan los 24 meses en cuanto supone la transformación en indefinidos o se procede a contratar a otro trabajador para el mismo puesto de trabajo, a falta de intervención de la negociación colectiva en este supuesto, como se verá más abajo.
- La continuidad en la “cultura de la temporalidad” en fraude de ley como práctica habitual.
- La ineficacia de las medidas disuasorias del abuso de la contratación temporal.
- El escaso encarecimiento de los contratos desde el punto de vista de la cotización a la Seguridad Social. Sólo se da en los de cortísima duración (ocho días) y en el incremento de la cotización por desempleo, frente a la tímida reducción de costes en los contratos indefinidos (ley 43/2006).
  - La insuficiente incidencia de las facultades interventoras de la Seguridad Social por la vía del art. 145 bis de la LGSS desde la prestación indebida de desempleo. Su interpretación jurisprudencial<sup>32</sup> se vincula claramente más con la percepción indebida de las prestaciones que con el abuso de la figura del contrato de obra o de eventualidad.
  - Los bajos costes bajos de indemnización por extinción (10 días, en la actualidad, 12 en 2014) sobre los que apenas interviene la negociación colectiva (salvo en los contratos fijos de obra en construcción) y de cotización a la Seguridad Social. El propio documento del gobierno de febrero de 2010 reflexionaba sobre “la conveniencia de operar sobre las diferencias comparativas de este tipo de contratación en el orden económico, en la doble vertiente

<sup>32</sup> Así en supuesto en que de todos modo la prestación se genera por transformarse los temporales en fijos discontinuos: STS 10 de octubre de 2007 (Rec.3782/2006), 26 de diciembre de 2007 (Rec.4831/2006), 14 de enero de 2008 (Rec.778/2007), 29 de enero de 2008 (Rec.4488/2006), 7 de febrero de 2008 (Rec.857/2007), 19 de febrero de 2008 (Rec.1353/2007), 14 de mayo de 2008 (Rec.1829/2007), 29 de mayo de 2008 (Rec.2315/2007), 29 de mayo de 2008 (Rec.2315/2007) 4 de noviembre de 2008 (Rec.3179/2007), 20 de noviembre de 2008 (Rec.4309/2007), 26 de noviembre de 2008 (Rec.534/2008), 26 de enero 2009 (Rec.220/2008), 15 de enero de 2009, (Rec.505/2008), 9 de marzo de 2009, (Rec.4429/2008), 11 de mayo de 2009, (Rec.1421/2008), entre otras.

de las indemnizaciones por fin de contrato y los tipos de cotización de los mismos por la contingencia de desempleo. La repercusión de la finalización de este tipo de contratos en el coste global del sistema de protección por desempleo es, sustancialmente, mayor que la proveniente de los contratos indefinidos. Cabe, pues, plantearse la adopción de medidas que lleven a cierta asunción directa de este coste diferencial por las empresas que recurran más a la contratación temporal<sup>33</sup>. Hay que recordar que desde hace años las Leyes de Presupuestos al regular la cotización por desempleo han previsto una cotización superior para los contratos temporales más utilizados como los de obra y servicio y los de eventualidad, que puede haberse revelado como insuficiente para cubrir los costes de rotación de mano de obra y no ha servido tampoco como medida disuasoria de la celebración de contratos temporales.

- La inadecuación del régimen de las indemnizaciones por despido, pensadas más para contratos indefinidos<sup>33</sup>, lo que podría haber llevado a plantear la conveniencia de un régimen indemnizatorio propio y a establecer garantías del cumplimiento íntegro de la duración. Incluso en caso de fraude de ley las indemnizaciones por despido al utilizar para su cálculo el mismo criterio que en los contratos indefinidos- la antigüedad- no disuaden de su celebración.
  - Las bajas duraciones de los contratos temporales, con exceso de prórrogas o de nuevas contrataciones para obviar las limitaciones legales de las prórrogas en el contrato de eventualidad.
  - La amplísima utilización en el ámbito de las Administraciones Públicas como forma de abaratamiento de los costes y de tratamiento de las plantillas<sup>34</sup>. Las escasas consecuencias jurídicas, dada la construcción jurisprudencial (y ahora en el EBEP) de la figura del indefinido no fijo acentúa todavía más el recurso arbitrario y generalizado a modalidades de contratación, como las de obra y servicio para hacer frente a situaciones estables o permanentes sin aumentar las plantillas. De ahí que el documento del gobierno de febrero de 2010 hablara de que “las medidas de reducción de la temporalidad

<sup>33</sup> Y aun así con dificultades y especialidades derivadas de la llegada del término como límite (STS de 29 de enero de 1997, Rec.3461/1995).

<sup>34</sup> Borrajo Dacruz, E., “Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 1998.

deben extenderse igualmente a todas las Administraciones Públicas, de conformidad con el sentido de los Acuerdos ya suscritos con la representación de los empleados públicos”.

- El reforzamiento de la precariedad se da no sólo en la duración sino en las condiciones de trabajo. Las modificaciones de contratos a tiempo completo en a tiempo parcial sin verdadera negociación o acuerdo de los trabajadores es una muestra más de los efectos y de la presión de la crisis.
- La utilización preferente de la contratación temporal como alternativa al trabajo indefinido a tiempo parcial.
- La insuficiente actuación inspectora. El documento del gobierno de febrero de 2010 habla en consecuencia de la necesidad de “programar campañas sistemáticas por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para controlar la contratación temporal injustificada o realizada en fraude de ley”.
- El escaso papel de la negociación colectiva pese a ser llamada para controlar el uso encadenado de contratos temporales en distintos puestos de trabajo pese al llamamiento que hace a la misma la ley 43/2006 (art. 15.5. según el cual “atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”) De ahí que resulte poco esperanzador el intento del documento del gobierno de febrero de 2010 de implicar a la negociación colectiva (“ Debe estudiarse el posible incremento de las facultades reconocidas a la negociación colectiva para controlar y combatir la contratación temporal injustificada”). O facultarle de nuevo para ampliar la duración del contrato de obra siguiendo el modelo del contrato de eventualidad, que puede ampliarse hasta  $\frac{3}{4}$  y como máximo 12 meses en un arco temporal de dieciocho (art. 15.1 b) ET).

### 3.2. Soluciones propuestas

Por ello, en materia de contratación temporal cabría haber planteado alguna de las siguientes medidas:

1. Una hubiera sido una vuelta a la causalidad de la contratación temporal, definiendo de nuevo los supuestos de contratación temporal. A ello aludía el documento del gobierno de febrero de 2010 cuando decía que “sin ánimo exhaustivo, es necesario reflexionar una vez más sobre la definición de las causas de las distintas modalidades contractuales por tiempo determinado o sobre la vinculación del contrato de obra o servicio a la subcontratación empresarial”. Había que abordar el supuesto de la expansión del contrato de obra ligado a la contrata o a las subvenciones u otras partidas presupuestarias de Administraciones Públicas abandonando a nuestro juicio, la idea de la casualidad desde la empresa que externaliza y construir la idea de causalidad desde la contratista sin vincularla a “una contrata” y establecer que la mera pérdida de contrata sea automáticamente causa de despido objetivo. El interrogante es si fuera de este supuesto hay todavía recorrido para una redefinición legal de las causas del contrato de obra que han permanecidas inalteradas desde la reforma laboral de 1994. Evidentemente sí en caso de contratos de obra vinculados a la contrata o a subvenciones públicas<sup>35</sup>.
2. Otra alternativa al sistema anterior hubiera sido el establecimiento de topes de contratación temporal por obra y servicio y eventualidad en relación con la plantilla, clarificando los efectos jurídicos de su incumplimiento, dado el discutible alcance y eficacia de los establecidos en la negociación colectiva. Hasta ahora ha sido poco operativa la previsión de estos topes en la negociación colectiva al darse en sectores donde prácticamente la mayoría de la mano de obra era temporal, como en construcción. De ahí la necesidad de mantenimiento de las previsiones específicas en la Ley de subcontratación en construcción de 2006.
3. La tercera hubiera sido el incremento de los costes de la contratación temporal, ya fueran los costes de cotización a la Seguridad Social, ya los costes de finalización del contrato elevando las indemnizaciones actuales (8 días, 12 en contrato de fomento de empleo de discapacitados) para aproximarlas a las de despido objetivo. Cabría haber fijado indemnizaciones más elevadas incluso que en los supuestos de despido común para los contratos temporales celebrados en fraude de ley cuando no su consideración como despidos nulos. Asimismo, se proponía también una nueva metodología para el cálculo de la indemnización por despido en los contratos temporales, basada en un porcentaje del salario bruto percibido.

Algunos planteaban actuar sobre los costes salariales, aunque su formulación jurídica puede encontrar algunos obstáculos derivados del

<sup>35</sup> Y en ese sentido se plantearon enmiendas por algunos grupos en la tramitación del proyecto de ley del 2010 en el Congreso. Así Izquierda Unida, Esquerra, IU, Iniciativa enmienda n.97.

principio de igualdad. En este sentido se ha señalado<sup>36</sup> cómo el mercado de trabajo español se ha mostrado muy flexible, porque ha despedido mucho sin que las empresas hayan cerrado ni mucho menos al mismo ritmo. Y plantea un aumento notable del salario mínimo de los contratos temporales. A menor coste de despido, más coste salarial; a mayor coste de despido, menor salario mínimo. Con ello los empresarios sólo contrarían temporalmente por necesidad de gestión y no por abaratamiento de costes indiscriminado, rompiéndose la perversión actual en las relaciones laborales.

En efecto, con una división en 2 del salario mínimo según contrato fijo -es decir, el de los costes de despido actuales- y del resto de la contratación, permitiría a los empresarios honestos y de verdad competir en condiciones de ventaja frente a los que utilizan la temporalidad, no por necesidad estratégica, sino por sus bajos costes -nulos- de despido. De esta forma, el empresario de verdad tendría dos opciones reales: o contratar con costes de despido como los actuales, pero con salario de convenio actual, o contratar temporalmente, es decir, con nulos costes de despido, pero con costes mensuales salariales mucho más elevados. Esta idea se incardina bien en la filosofía de los *salarios de eficiencia* que hace tiempo que ha salido a la luz en otros países y en el análisis económico.

Otra vía podría haber sido trasladar ese coste a la indemnización por fin de contrato (por ejemplo, el 10 % del salario bruto) siguiendo el modelo francés. O fijar una indemnización tarifada de inicio incrementándose en función de la antigüedad.

Mientras se mantenga la contratación temporal en los términos actuales de coste es ilusorio pensar que un abaratamiento generalizado del coste de la indemnización prevista para el despido improcedente pudiera alterar esta irregularidad. La contratación temporal se utiliza como mecanismo de adaptación a las circunstancias empresariales, por lo que su alternativa no es propiamente el despido improcedente, sino el despido procedente por causas empresariales. Pero lo decisivo es que el coste de la terminación del contrato temporal es casi inexistente por lo que el abaratamiento del coste del despido que no se sitúe en esos parámetros seguirá sin ser una alternativa eficiente desde el punto de vista estrictamente económico. Por ello es más razonable aproximar el coste desde el aumento de la indemnización por extinción de los contratos temporales que reduciendo al de los indefinidos, vía contrato único o mediante subvenciones.

4. Incluso la propia revisión de los efectos de la contratación temporal en fraude de ley en las Administraciones Públicas de manera que el

<sup>36</sup> Antonio Mora, "EL error del legalismo", Nueva Tribuna, 25.11.2009

indefinido no fijo, figura ahora legalizada por el EBEP, no debe ser un interino sino un indefinido especial con derecho a indemnización en su caso como despido objetivo. En la regulación actual se da la paradoja de que los contratados en fraude de ley gozan de menos derecho que los correctamente contratados temporales en el ámbito del empleo público. De otra parte podría desarrollarse en su caso mejor la figura del indefinido no fijo estableciendo un régimen jurídico que lo distinga del supuesto de interinidad, es decir un *tertium genus*, un específico contrato indefinido con ciertos derechos de antigüedad y en caso de extinción.

En este sentido la responsabilidad de las Administraciones Públicas en la temporalidad es grande ya que se produce por tres vías: contratación temporal directa, mediante la utilización de subcontratas con empresas de servicios y a través de los programas anuales.

5. También cabía avanzar en lo que había quedado a medias en la reforma de 2006 (ley 43/2006) en cuanto a la fijación de las duraciones, en especial en caso de encadenamiento para distintos puestos de trabajo y para supuestos en que siendo el mismo puesto se contrataran distintos trabajadores y haber previsto algún mecanismo en caso de que el convenio colectivo no abordara esta materia como la aplicación de la regla común que limita el encadenamiento, como por ejemplo, la aplicación supletoria de los límites comunes de encadenamiento. Incluso calificando el supuesto de despido nulo con obligación de readmisión<sup>37</sup>.
6. Finalmente parecía necesario un reforzamiento de las sanciones en los supuestos de encadenamiento de contratos y del control por la Inspección y por los representantes de los trabajadores y una derogación de la competencia de la negociación colectiva para la concreción del concepto de obra y la ampliación de la duración del concepto de eventualidad, salvo los contratos de fijos de obra pues contribuye a “normalizar” la idea de la temporalidad e impide en ciertos sectores la configuración de contratos fijos, continuos o discontinuos.

Es decir podría haberse abordado el problema de la segmentación del mercado de trabajo por otras vías que no se ligaran a los costes del despido, sino reforzando la casualidad para reducir la excesiva contratación temporal que no responde a unos criterios o principios de causalidad, esto es a la llamada contratación temporal injustificada. En este punto y valorando el modelo de contratación temporal existente se ha puesto de relieve como las causas de la contratación temporal injustificada se dan sobre todo por el abuso de los contratos de obra o servicio y de eventualidad, sin que la reforma laboral de 2006

<sup>37</sup> Cabeza Pereiro, J. y Ballester Pastor, M.A. “Informe sobre el empleo, 2010”, Madrid, 2010. Ministerio de Trabajo. p. 78.

haya conseguido avanzar hacia una reducción real de la tasa de temporalidad, ni a un mayor control del encadenamiento objetivo, esto es, para el mismo puesto de trabajo, de los mencionados contratos temporales ni subjetivo, es decir la contratación sucesiva de distintos trabajadores para el mismo puesto de trabajo.

El propio Acuerdo sobre negociación colectiva 2010-2012 insistía en esta línea de actuación. En efecto en su capítulo I se llama a los convenios colectivos a conseguir los objetivos antes señalados:

“a) Promocionar la contratación indefinida en el acceso al mercado de trabajo, la transformación de contratos temporales en contratos fijos, el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades.

b) Fomentar el uso adecuado de las modalidades contractuales de forma tal que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos y las necesidades coyunturales, cuando existan, puedan atenderse con contratos temporales causales, directamente o a través de ETT, no debiendo la negociación colectiva introducir redacciones o pactos que desnaturalicen las causas previstas en el ET.

c) Adoptar fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales.

El artículo 15 del ET, tras su reforma en el año 2006, da un mandato a los convenios colectivos a actuar sobre el encadenamiento de los contratos para ocupar un mismo puesto de trabajo con distintos trabajadores. No obstante, la negociación colectiva no ha dado una respuesta adecuada al mandato legal por lo que se hace necesario insistir en que ésta es el cauce adecuado para instrumentar fórmulas y procedimientos dirigidos a evitar dicho encadenamiento atendiendo a las peculiaridades de la actividad y de los puestos de trabajo a cubrir.

d) Analizar en el ámbito del convenio, y en función de sus características, la posibilidad y conveniencia, o no, de determinar el volumen global de contrataciones temporales, incorporando en su caso definiciones precisas de las referencias, márgenes o límites materiales y temporales sobre las que se medirá la aplicación de la medida, lo que conllevaría mayores capacidades de flexibilidad interna en caso de su cumplimiento.

e) Fomentar la contratación de los jóvenes, impulsando los contratos formativos, como vía de su inserción laboral y cualificación profesional favoreciendo la posible incorporación definitiva en la empresa de estos trabajadores, una vez finalizado el contrato formativo.

f) En las actividades discontinuas o estacionales, potenciar los contratos fijos discontinuos.

Igualmente, la modalidad del contrato a tiempo parcial indefinido puede ser una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas

extraordinarias en determinados supuestos. Para cumplir adecuadamente esta finalidad, la negociación colectiva debería desempeñar un papel importante en la mejora de la calidad de estas modalidades de contratación”. Sin embargo, esta posibilidad ahora se elimina, al haber habilitado de nuevo la reforma la realización de horas extraordinarias por los trabajadores a tiempo parcial, incluso con contratos temporales. Lo cual hace más atractivo esta última posibilidad, frente a contratos indefinidos a tiempo parcial, con horas complementarias, debido a la mayor dificultad de su control, razón precisamente por la cual se suprimieron.

La reforma actual, ni las anteriores, no han abordado la lucha contra la precariedad en el empleo desde su raíz, es decir, desde una redefinición de las causas por las que puede recurrirse a la contratación temporal, es decir frontalmente, sino sólo de manera indirecta subiendo un peldaño más en la línea iniciada por la reforma de 2006 (Ley 43/2006) cuyos objetivos ya se señalaron antes en especial en lo que se refiere a la utilización no justificada de la contratación temporal. Puede alegarse que es ya muy difícil recuperar la causalidad. De ahí que otros ordenamientos adoptan posibilidades de contratación temporal, como en el derecho comparado, no causales, simplemente limitadas. Temporalmente, con el señalamiento de una duración máxima y con el pago de la totalidad de los salarios, hasta la duración máxima, en el supuesto de rescisión extemporánea por parte de la empresa. Y cuantitativamente, con límites máximos de contratos temporales, de conformidad con el total del volumen de plantilla de la empresa. De tal forma que se podría controlar y así reducir el número de contratos temporales a un porcentaje determinado, lo que no ha podido hacer ninguna otra de las medidas adoptadas.

En el caso español se ha propuesto<sup>38</sup> como vía garantista máxima la propia desaparición de la contratación temporal “de causa difusa”, obra y servicio, y eventualidad y contratación temporal vinculada a la contrata permitiendo en todos los casos actuales la extinción por causas empresariales cuando desapareciera la razón actual que permite el recurso a la temporalidad. Y sólo quedarían como contratos temporales el contrato de interinidad por sustitución y los contratos formativos.

<sup>38</sup> Cabeza Pereiro, J, y Ballester Pasto, M.A., “Informe...”, op. cit. p. 76.

# EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE: UN NUEVO INTENTO DE FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL MEDIANTE LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL DE LOS JÓVENES EN RÉGIMEN DE ALTERNANCIA

JOSEP MORENO GENÉ\*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Lleida

## EXTRACTO

**Palabras clave: contratos formativos, cualificación, aprendizaje en alternancia, desempleo, inserción laboral**

El Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, ha procedido a diseñar un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje con el que una vez más se pretende satisfacer el objetivo de favorecer la inserción laboral de los jóvenes que carecen de cualificación profesional. Cuando esta modalidad contractual apenas llevaba unos meses en vigor, la misma se ha visto afectada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, frente a anteriores configuraciones que se apoyaban en la búsqueda de la inserción laboral del joven desempleado, para lo cual se acudía como un mero instrumento a su formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo, el nuevo contrato tiene como objetivo básico conseguir la “cualificación profesional de los trabajadores” fijando para ello una metodología de aprendizaje en alternancia, es decir, aquella que combina la “actividad laboral retribuida en una empresa” con la “actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”.

## ABSTRACT

**Key words: training contracts, qualifications, alternating learning, youth unemployment, integration in employment**

A new training and learning contract was introduced Royal Decree-Law 10/2011 of 26 August, on urgent measures for the promotion of youth employment, promoting job stability, and maintenance of the retraining programme for people who are no longer eligible for unemployment benefit. Like previous contracts of this type, the new contract aims to use training to increase the employability of young people with no professional qualifications. When this contract had only been in force for a few months, it was affected by Royal Decree Law 3/2012 of 10 February. Previous training contracts were mainly aimed at integrating unemployed youth in the labour market by offering the theoretical and practical training necessary for a trade or job. On the other hand, the main aim of the new training and learning contract (it remains to be seen whether it will be successful) is the “professional qualification of workers”. The method for achieving it is alternating learning, which combines “gainful work in a company” with “training received within the vocational training or education system”.

\* El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya “Análisis Social y Organizativo” (2009 SGR 310).

## ÍNDICE

1. EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE: DEL REAL DECRETO-LEY 10/2011 AL REAL DECRETO-LEY 3/2012.
2. EL OBJETO DEL CONTRATO: LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL EN RÉGIMEN DE ALTERNANCIA.
3. LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE.
  - 3.1. La fijación de una edad máxima y mínima: la “generalización temporal” del acceso al contrato.
  - 3.2. La carencia de cualificación profesional reconocida y requerida para concertar un contrato en prácticas.
  - 3.3. El desempeño anterior del puesto de trabajo.
  - 3.4. La eliminación de un límite máximo de contratos para la formación y el aprendizaje.
4. EL BINOMIO ACTIVIDAD FORMATIVA/ACTIVIDAD LABORAL EN EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE.
  - 4.1. La actividad formativa: la mayor centralidad de la formación.
  - 4.2. La actividad laboral retribuida: la actividad laboral como parte esencial de la cualificación profesional del trabajador.
5. LA DURACIÓN DEL CONTRATO: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE NECESIDADES FORMATIVAS Y DE INSERCIÓN LABORAL DEL TRABAJADOR.
6. RETRIBUCIÓN DEL TRABAJADOR EN FORMACIÓN Y APRENDIZAJE: UN SALARIO A LA BAJA.
7. LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJADOR EN FORMACIÓN Y APRENDIZAJE.
8. INCENTIVOS A LA FORMALIZACIÓN DE CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE Y A SU TRANSFORMACIÓN EN CONTRATOS INDEFINIDOS.

## 1. EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE: DEL REAL DECRETO-LEY 10/2011 AL REAL DECRETO-LEY 3/2012

Como ya viene siendo habitual, con la nueva configuración del contrato para la formación y el aprendizaje, regulado en un primer momento por el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (en adelante Real Decreto-ley 10/2011) y posteriormente modificado mediante el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante Real Decreto-ley 3/2012), asistimos una vez más al intento, cada vez más desesperado, que periódicamente realiza el legislador de turno por dotar a esta tipología de contrato de una regulación apropiada que le permita satisfacer con éxito la finalidad que con la misma tradicionalmente se ha perseguido, que no es otra que la de favorecer la inserción laboral de los jóvenes que carecen de cualificación profesional mediante el recurso a su formación<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Una breve evolución histórica de esta tipología de contratos en Sánchez Trigueros, C. y Fernández Collados, M.B.: “Contratos formativos”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.): *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010. Vid. también, Herraiz Martín, M.S.: “El contrato para la formación: nueva legislación y jurisprudencia”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006, págs. 1181-1200.

A tal efecto, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 10/2011 llama la atención sobre la situación en la que se encuentran los jóvenes en nuestro mercado laboral, considerando de un modo muy suave que la misma “está muy lejos de la deseable en un Estado social avanzado”. Este punto de partida adoptado por la Exposición de Motivos resulta indiscutible, no en vano, con toda seguridad el elevado nivel de desempleo juvenil constituye la principal disfunción de nuestro mercado de trabajo. En este sentido, tasas de paro de los menores de 25 años que superan de largo el 40% resultan insostenibles para quienes las sufren y para la economía del país en su conjunto y no tienen parangón en ningún otro estado de nuestro entorno.

Como causa principal de esa anómala y dramática situación, como viene siendo habitual en las últimas intervenciones normativas en materia laboral, la Exposición de Motivos sitúa a la crisis económica por la que ya hace algunos años estamos transitando y que todo lo puede y todo lo justifica. Es esta crisis económica precisamente la que “ha llevado al desempleo a miles de nuestros jóvenes, muchos de los cuales, llamados por la expansión del sector de la construcción, abandonaron prematuramente en su día el sistema educativo para ocupar empleos de baja calidad, por lo que sus niveles de cualificación son muy bajos”. En otros términos, a los habituales efectos de destrucción del empleo de cualquier crisis económica, debe sumarse en esta ocasión las casi insalvables dificultades que plantea que este ejército de nuevos desempleados pueda volverse a incorporar al mercado de trabajo, puesto que uno de los sectores económicos que hasta el momento los acogía, es decir, el sector de la construcción, no muestra signos de que en los próximos años pueda volver a darles ocupación, cuanto menos en las ingentes cantidades con que lo había hecho en la última década y, a su vez, estos desempleados carecen en muchas ocasiones de una cualificación profesional que les permita su inserción laboral en otros sectores económicos más resistentes a la crisis. En apoyo de esta conclusión, la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 10/2011 constata que “el 60% de los desempleados menores de 25 años no poseen siquiera el título de graduado de Educación Secundaria Obligatoria y un buen número de ellos, aún teniendo, carecen de cualificación profesional alguna”<sup>2</sup>.

En este contexto, la única vía para invertir esta situación no puede ser otra que la mejora de la cualificación de estas personas jóvenes, no en vano, en términos de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 10/2011, “la mejora de

<sup>2</sup> Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral: rebajas, aplazamientos y prórrogas”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 343, 2011, pág. 170, pone especial énfasis en esta conexión directa entre desempleo juvenil y falta de cualificación profesional al indicar que “la realidad de la juventud en nuestro país es que más de un millón y medio de desempleados tienen menos de 30 años y, paradójicamente en una época en la que se presume recurrentemente de disponer de la “generación de jóvenes” mejor formada de la historia de España, más de la mitad de esa cifra de “jóvenes desempleados” no tienen ni una formación mínima obligatoria”.

las oportunidades de empleo está directamente relacionada con el nivel de cualificación de las personas”. Con esta finalidad se procede nuevamente a diseñar un contrato formativo que en esta ocasión se denomina contrato para la formación y el aprendizaje, para lo cual se ha procedido a dar una nueva redacción al art. 11.2 ET. La experiencia demuestra, sin embargo, que la existencia de una modalidad contractual de estas características no siempre produce necesariamente los resultados deseados, valga de ejemplo el anterior contrato en formación, que pese a la existencia de tasas de desempleo y de falta de cualificación profesional de los jóvenes tan elevadas como las ya expuestas no ha alcanzado, ni mucho menos, la relevancia cuantitativa y cualitativa que cabría esperar<sup>3</sup>.

Como puede observarse, la denominación del contrato para la formación y el aprendizaje combina las dos denominaciones que históricamente ha recibido la particular modalidad contractual que en cada momento ha perseguido las mismas finalidades de inserción laboral a través de la cualificación profesional de las personas jóvenes, a saber, contrato de aprendizaje y contrato de formación. Probablemente con la recuperación del término de “aprendizaje” se pretende dar la sensación de que se trata de una modalidad contractual plenamente distinta al anterior contrato en formación con la finalidad de evitar los prejuicios que pudieran existir respecto a la eficacia del mismo, pero en la práctica lo que se ha conseguido, además de generar mayor confusión, es que esta modalidad contractual sea contemplada con mayores recelos por quienes consideran que se trata de una figura del pasado ya superada y además con una cierta mala prensa por la reducción de derechos laborales que se vincula a la misma y por su consideración de contrato basura<sup>4</sup>.

Únicamente a partir de estas premisas debe entenderse que la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 10/2011 destaque como primer elemento definidor e incluso meritorio del contrato para la formación y el aprendizaje que se trate de “un contrato con plenos derechos laborales y de protección social”. Con toda probabilidad esta afirmación encuentra su origen en que no siempre la configuración con la que se ha dotado a la modalidad contractual equivalente en cada momento, y especialmente cuando la misma se ha denominado como contrato de aprendizaje, ha previsto “plenos derechos laborales y de protección social”, por el contrario, han sido diversos y muy desafortunados los supuestos en que los trabajadores han visto gravemente cercenados sus derechos labora-

<sup>3</sup> Sempere Navarro, A.V.: “Más medidas “urgentes” sobre empleo y desempleo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2011, pone de manifiesto la poca operatividad de esta modalidad contractual que apenas representa un 1% de las contrataciones realizadas.

<sup>4</sup> En esta dirección, cabe recordar que la sustitución de la denominación de contrato de aprendizaje por el de contrato en formación llevada a cabo en la reforma laboral de 1997 respondía a la voluntad de romper con esta modalidad contractual introducida en la reforma de 1994. Vid. Cardenal Carro, M.: “El “nuevo” contrato para la formación: diferencias con el contrato de aprendizaje”, *Aranzadi Social*, tomo V, 1997.

les y de protección social a favor de una posterior e incierta inserción laboral.

El segundo elemento definidor de esta modalidad contractual que se recoge en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 10/2011, como no podría ser de otro modo, consiste en que como consecuencia de la formalización del mismo el trabajador combina el trabajo remunerado en una empresa con la formación que le permita adquirir una cualificación profesional. A tal efecto, la Exposición de Motivos establece que “superando la concepción tradicional del contrato para la formación, que queda derogado, el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje permitirá, por una parte, dotar de una cualificación profesional acreditada a todos aquellos jóvenes que carezcan de ella; junto a ello, simultáneamente, la persona trabajadora realizará un trabajo efectivo en una empresa directamente relacionado con la formación que está recibiendo, lo que favorecerá una mayor relación entre ésta y el aprendizaje en el puesto de trabajo”. No está tan claro, sin embargo, que esta dualidad de obtención de una cualificación profesional acreditada y prestación de trabajo efectivo en una empresa directamente relacionado con la formación permita por sí misma concluir que se ha superado el antiguo contrato en formación; habrá que ver como se organizan ambos aspectos para poder afirmar que el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje supone un auténtico cambio en la concepción tradicional del contrato para la formación.

Siguiendo con el tradicional vaivén legislativo que caracteriza a esta modalidad de contrato formativo, cuando el contrato para la formación y el aprendizaje apenas llevaba seis meses de vigencia, ha sido objeto de una modificación legislativa cuyo auténtico alcance es evaluado a lo largo de este trabajo, pero que ya podemos avanzar que no resulta menor. A tal efecto, el Real Decreto-ley 3/2012 ha procedido a modificar no pocos aspectos del contrato para la formación y el aprendizaje con la finalidad declarada en la Exposición de Motivos de “potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas”. Por tanto, con la reforma se pretenden eliminar aquellos aspectos que podían hacer excesivamente rígida esta modalidad contractual y, por tanto, poco atractiva o incluso disuasoria para el empresario<sup>5</sup>, potenciándose aún más si cabe la finalidad de inserción laboral de la misma<sup>6</sup>. No parece,

<sup>5</sup> Vid. Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, pág. 186. En parecidos términos, Gárate Castro, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2012, pág. 902, indica que la reforma supone “una clara flexibilización de la regulación del contrato para facilitar y, con ello, fomentar su utilización”.

<sup>6</sup> En esta misma dirección, Molina Navarrete, C.: “De las “reformas laborales” a un nuevo, e irreconocible, “estatuto del trabajo subordinado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 348, 2012, pág. 47, pone de manifiesto que la reforma introducida por el Real Decreto-ley 3/2012 tiende a “consolidar esa instrumentación del contrato formativo al servicio de la pura inserción en el mercado, al coste que sea, más que a garantizar una formación de calidad, sea para ampliar sus oportunidades de promoción sea para prevenir mejor el riesgo de desempleo”.

sin embargo, que la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje establecida por el Real Decreto-ley 3/2012 vaya a ser la definitiva, no en vano, dicha norma se está tramitando como Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y todo hace presagiar que en el transcurso de esta tramitación se introducirán algunas modificaciones en la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje<sup>7</sup>.

## **2. EL OBJETO DEL CONTRATO: LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL EN RÉGIMEN DE ALTERNANCIA.**

La finalidad declarada en la Exposición de Motivos de la norma de superar la concepción tradicional del contrato para la formación supone que no sea suficiente con que el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje realice algunos cambios o retoques en el régimen jurídico del anterior contrato para la formación, sino que obliga a realizar modificaciones profundas en su propia configuración. Para ello, resultaba imprescindible que la nueva regulación incidiera, o al menos pretendiera incidir, en el objeto del contrato. A tal efecto, frente al objeto del anterior contrato para la formación que consistía en la “adquisición teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación”, el actual contrato para la formación y el aprendizaje se propone “la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”<sup>8</sup>.

En consecuencia, frente a anteriores configuraciones del contrato en formación que se apoyaban esencialmente en la búsqueda de la inserción laboral del joven desempleado, para lo cual se acudía como un mero instrumento a su formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo, el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje

<sup>7</sup> Pueden consultarse las enmiendas presentadas por los diferentes grupos parlamentarios en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012.

<sup>8</sup> En la misma dirección, Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre”, *Relaciones Laborales*, 2011, págs. 67-68, indica que “es la obtención de esa cualificación profesional, entendida como el “conjunto de competencias profesionales con significación en el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación, así como a través de la experiencia laboral (...) el centro de gravedad de la nueva modalidad contractual”.

tiene como objetivo básico, ya veremos si lo consigue<sup>9</sup>, la “cualificación profesional de los trabajadores” fijando para ello una determinada metodología, que no es otra que la del aprendizaje en alternancia, es decir, aquella que combina la “actividad laboral retribuida en una empresa” con la “actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”. En esta dirección, el art. 26.1 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo (en adelante, Real Decreto 395/2007) define la formación en alternancia como aquella que “tiene por objeto contribuir a la adquisición de las competencias profesionales de la ocupación mediante un proceso mixto de empleo y formación, que permite al trabajador compatibilizar el aprendizaje formal con la práctica profesional en el puesto de trabajo”<sup>10</sup>.

A partir de esta premisa, la nueva regulación del contrato para la formación y el aprendizaje parece presumir que se va a desencadenar el efecto resultante, a saber, la inserción laboral del joven desempleado que tras el contrato para la formación y el aprendizaje ya se encuentra profesionalmente cualificado. En otros términos, se pasa de un contrato que tenía como objetivo básico la inserción laboral y como medio para conseguirlo la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño de un oficio o un puesto de trabajo, a un contrato que declara como finalidad dotar al trabajador de una cualificación profesional, contemplándose como instrumentos para conseguirla la combinación de actividad laboral retribuida y de actividad formativa y como efecto previsto la inserción laboral del joven ahora profesionalmente cualificado.

La obtención de la cualificación profesional del trabajador no constituye una mera previsión o deseo, sino que la misma debe ser oportunamente certificada previéndose al respecto en el art. 11.2 e) ET que “la cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación y el aprendizaje será objeto de acreditación en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, y en su normativa de desarrollo. Conforme a lo establecido en dicha regulación, el trabajador podrá solicitar de la Administración pública competente la expedición del correspondiente certificado de profesionalidad, título de formación profesional o, en su caso, acreditación parcial acumulable”.

La cualificación profesional en régimen de alternancia por la que ahora opta de forma expresa y aparentemente más decidida el contrato para la formación y

<sup>9</sup> La potenciación de la finalidad formativa de estos contratos es una constante en las sucesivas reformas de esta modalidad contractual. Vid. a título de ejemplo, en relación con la reforma de 1997, Mercader Uguina, J.R.: “La revitalización de la función formativa en el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1998.

<sup>10</sup> El art. 26.2 de esta norma indica de forma expresa que la formación en alternancia incluye las acciones formativas de los contratos para la formación, en desarrollo de lo previsto en el art. 11.2 ET.

el aprendizaje permite que quien se está formando lo haga en un contexto real de desempeño de una determinada profesión, lo cual debe repercutir necesariamente en unas mayores posibilidades de inserción profesional, no en vano, la empresa ha podido formar a estos trabajadores de acuerdo con sus necesidades específicas y, por extensión, por las requeridas por el mercado<sup>11</sup>. En consecuencia, no sólo se pretende obtener una cualificación profesional de calidad, que la experiencia práctica demuestra que no siempre conduce necesariamente a la obtención de un empleo, valga de ejemplo el alto porcentaje de desempleo entre algunos titulados universitarios, sino la mayor adecuación posible entre esta cualificación profesional de calidad y las necesidades reales del mercado de mano de obra profesionalmente cualificada. Con toda seguridad, esta nueva configuración con la que se quiere dotar al contrato para la formación y el aprendizaje toma como referencia el modelo dual alemán<sup>12</sup>, si bien, en España el mismo no se adopta como un mecanismo más de formación profesional, plenamente aceptado y valorado por el conjunto de la sociedad y los interlocutores sociales, sino como una medida más o menos desesperada para luchar contra las altas tasas de desempleo de los jóvenes que carecen de cualificación profesional en un contexto de grave crisis económica<sup>13</sup>.

Este contexto de crisis económica y altas tasas de desempleo juvenil son precisamente las que pueden plantear mayores dificultades para el cumplimiento del objeto del contrato para la formación y el aprendizaje, es decir, la cualificación profesional de calidad de los trabajadores, puesto que es de prever que ante la necesidad acuciante de reducir las tasas de desempleo juvenil, en el diseño de esta modalidad contractual y su posterior desarrollo práctico se busque

<sup>11</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 67. Sobre la contratación laboral en régimen de alternancia vid. Ballester Pastor, M.A.: *El contrato de formación y otras formas de contratación en alternancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 y Sánchez Torres, E.: “El contrato para la formación: ¿contrato formativo en alternancia o contrato de inserción?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, 2002.

<sup>12</sup> En esta dirección, Sempere Navarro, A.V.: “Más medidas “urgentes”...” cit. pone de manifiesto que “una vez más, quizá buscando la comparación en el país de éxito, nuestro legislador afirma inspirarse en el sistema alemán de formación dual: se persigue superar la tradicional distinción entre teoría y práctica, asumiendo la alternancia entre actividad laboral y retribuida y actividad formativa “oficial”. Vid. también, Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral...* cit. pág. 77.

<sup>13</sup> En esta misma dirección, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E.: “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012, pág.14, consideran que “se hace una apuesta por los contratos de formación y aprendizaje, inspirada en el modelo alemán, donde funcionan con seriedad, dado el interés de las empresas en contar con personal formado y preparado y dado el interés público en la constatación oficial de la cualificación profesional obtenida a través de la formación. El riesgo, comprobado en ciertas prácticas empresariales dentro y fuera de España, es que el aprendizaje devenga una fórmula de abaratamiento del trabajo de los jóvenes y que este tipo de contrato obligue a los jóvenes a permanecer años en una situación permanente de inestabilidad y salario reducido en trabajos de escasa cualificación, sin lograr una verdadera, efectiva y homologables capacitación y especialización profesional”.

sobre cualquier otra cosa incentivar la inserción laboral de estos jóvenes en el mercado de trabajo, primando la necesidad de su empleo sobre la calidad, e incluso la efectividad, de su formación y sobre todo de la mejora de su patrimonio profesional<sup>14</sup>. En todo caso, ello no constituye una auténtica novedad, puesto que el debate sobre la naturaleza jurídica –formativa, laboral o instrumento de inserción- siempre ha acompañado a los contratos de esta tipología<sup>15</sup>.

Por todo lo expuesto, en el análisis del régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje que se llevará a cabo en los próximos apartados deberá observarse con especial atención cuáles son los intereses que se priman, si el objetivo declarado de dotar a los jóvenes de una cualificación profesional de calidad que en buena lógica les permita incorporarse al mercado de trabajo, o bien, insertar lo antes posible a estos jóvenes en el mercado laboral con independencia de la mayor o menor calidad de la formación recibida y, por tanto, de su cualificación profesional. Únicamente la primera opción constituye una verdadera opción de futuro para estos jóvenes, no en vano, una cualificación profesional de calidad les permitirá afrontar con mayores garantías los difíciles retos del futuro al mejorar de un modo significativo su empleabilidad, la segunda opción, por el contrario, no deja de ser “pan para hoy y hambre para mañana”, puesto que sin la cualificación profesional adecuada estos jóvenes tarde o temprano volverán a engrosar las listas del desempleo<sup>16</sup>. En otros términos, únicamente si se consigue un auténtico equilibrio entre el interés formativo y el interés ocupacional de los jóvenes a los que se dirige el contrato para la formación y el aprendizaje el mismo podrá responder adecuadamente a las finalidades para las que ha sido diseñado.

### **3. LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE.**

#### **3.1. La fijación de una edad máxima y mínima: la “generalización temporal” del acceso al contrato.**

Al configurarse el contrato para la formación y el aprendizaje como un contrato que pretende luchar contra el desempleo juvenil mediante la mejo-

<sup>14</sup> Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral...” cit. pág. 170, también se muestra especialmente escéptico en este punto.

<sup>15</sup> Un amplio análisis de esta cuestión en Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación en el trabajo*, Aranzadi. Cuadernos Aranzadi Social, Navarra, 2008.

<sup>16</sup> En esta misma dirección, Vila Tierno, F.: “El contrato...” cit. pág. 107, indica que no es útil fomentar sin más la ocupación, sino que en aras del empleo estable, se debe potenciar la inserción laboral desde una base más sólida como es la cualificación profesional del trabajador a través de los instrumentos de empleo-formación.

ra de la cualificación profesional de las personas jóvenes, inmediatamente se plantea la cuestión de identificar a este colectivo, lo cual redundaría necesariamente en la delimitación del ámbito subjetivo de esta modalidad contractual. En este punto, el art. 11.2 a) ET nos indica que este contrato “se podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis y menores de veinticinco años”.

De las dos limitaciones de edad máxima y mínima para la formalización del contrato para la formación y el aprendizaje, únicamente la primera aporta una limitación significativa respecto al ámbito subjetivo de esta modalidad contractual, no en vano, la edad mínima de 16 años se corresponde con la mínima para poder trabajar prevista en el art. 6.1 ET. La edad máxima para la formalización del contrato para la formación y el aprendizaje, por el contrario, sí que supone una limitación o restricción a la posibilidad de formalizar este contrato y, por tanto, requiere de algún tipo de justificación o explicación de porqué se toma una edad y no otra, más si cabe, cuando la misma ha ido oscilando significativamente en los diferentes contratos de aprendizaje o de formación que se han sucedido a lo largo del tiempo lo que pone de manifiesto que la misma responde más que a cualquier otra consideración a las políticas de empleo vigentes en cada momento.

En este punto llama especialmente la atención que al igual que sucede con la denominación de este contrato, también respecto a la edad máxima en la que el mismo puede formalizarse se haya recuperado la prevista en su momento para el contrato de aprendizaje, es decir, que se trate de menores de 25 años de edad, de modo que con carácter general podrá formalizarse este contrato con todos aquellos que tengan hasta 24 años de edad. Con la fijación de esta edad máxima, el contrato para la formación y el aprendizaje se aparta del criterio fijado en los últimos años en relación con el contrato en formación, que a pesar de contar con numerosas y variadas excepciones dirigidas a colectivos con graves dificultades de empleabilidad, había fijado como límite de edad ordinario que se tratara de menores de 21 años.

Cabe plantearse, por tanto, qué justifica este incremento tan significativo de la edad máxima fijada para poder formalizar este contrato de trabajo, más si cabe si se tienen en cuenta las críticas que este límite de edad de 25 años ya había suscitado en su momento en relación con el contrato de aprendizaje<sup>17</sup> y que la rebaja del mismo a 21 años había sido aplaudida unánimemente por suponer

<sup>17</sup> Vid. entre otros, Albiol Montesinos, I: *Contratos formativos: prácticas y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; Pérez Pérez, M.: “El nuevo contrato de aprendizaje: flexibilidad, fomento, abaratamiento”, *Relaciones Laborales*, núm. 42, 1994; Sánchez Trigueros, C.: “El contrato para la formación en el vigente derecho español”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1997; Sánchez Torres, E.: “El contrato para la formación...”, cit.; Yanini Baeza, J.: “La nueva regulación de los contratos formativos”, *Tribuna Social*, núm. 43, 1994; etcétera.

un refuerzo del carácter formativo de esta modalidad contractual<sup>18</sup>. Recuérdese además que el Real Decreto-ley 10/2010 preveía con carácter absolutamente temporal y, como consecuencia de necesidades derivadas de las altas tasas de desempleo, una ampliación genérica de la edad máxima para la formalización del contrato en formación hasta los 25 años en las contrataciones realizadas hasta el 31 de diciembre de 2011<sup>19</sup>. Pues bien, con el contrato para la formación y el aprendizaje esta posibilidad excepcional ha pasado a ser la ordinaria o normal. Sin lugar a dudas, la justificación a este nuevo límite máximo de edad debe buscarse en el contexto en el que se ha aprobado el Real Decreto 10/2011, caracterizado por una alta tasa de desempleo de los menores de 30 años y por un nivel muy bajo de cualificación profesional en un porcentaje muy elevado de los mismos. En consecuencia, una limitación de la edad máxima prevista para la formalización de este contrato por debajo de los 25 años hubiera dejado fuera de esta modalidad contractual y, por tanto, de poder obtener una cualificación profesional a través del trabajo, a una gran parte de los actuales desempleados que actualmente carecen de cualificación. En definitiva, en el actual contexto económico se considera que las edades que oscilan entre los 16 y 25 años constituyen el margen de tiempo ordinario en el que el trabajador accede a su primer empleo, se cualifica e ingresa en el mercado de trabajo y, por tanto, puede formalizar el contrato para la formación y el aprendizaje.

Esta circunstancia probablemente explica, que no justifica, no solo que se haya ampliado la edad máxima para la formalización de este contrato incluyendo a los menores de 25 años, sino que en atención a la política de empleo se prevea la posibilidad “temporal” de ampliarla hasta los menores de 30 años, satisfaciéndose de este modo una insistente reivindicación de la patronal. En esta dirección, ya en el mismo momento de la aprobación de esta modalidad contractual, la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 10/2011 bajo la rúbrica de “régimen transitorio para la celebración de los contratos para la formación y el aprendizaje” estableció que “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.2 a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, hasta el 31 de diciembre de 2013 el contrato para la formación y el aprendizaje se podrá celebrar también con trabajadores que, careciendo de cualificación profesional, sean mayores de veinticinco y menores de treinta años”. Posteriormente,

<sup>18</sup> Vid. Albiol Montesinos, I.; Camps Ruiz, L.M. y Goerlich Peset, J.M.: *La reforma laboral de 1997*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Los autores consideraron al respecto que la reducción de la edad era acorde con el objeto del contrato y evitaba considerarlo una medida de fomento del empleo lo que venía a reforzar el carácter formativo de esta modalidad contractual.

<sup>19</sup> Esta posibilidad ya había generado críticas en la doctrina que indicaba que ello reforzaba el carácter del contrato de formación como contrato de inserción y menos como contrato formativo. Vid. Sánchez Trigueros, C. y Fernández Collados, M.B.: “Contratos...” cit. pág. 225.

sin embargo, la disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 3/2012 ha modificado esta previsión, estableciéndose ahora que “hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento podrán realizarse contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años sin que sea de aplicación el límite máximo de edad establecido en el párrafo primero del art. 11.2 a) ET”<sup>20</sup>. Esta última previsión ha supuesto *de facto* eliminar el carácter de provisionalidad de esta ampliación de la edad máxima para la formalización del contrato que se contenía en la previsión inicial –hasta el 31 de diciembre de 2013–, puesto que con las actuales tasas de desempleo superiores al 20% parece difícil que en un *lapsus* de tiempo relativamente corto puedan alcanzarse tasas del 15%, especialmente cuando las previsiones más optimistas no sitúan el inicio de la recuperación del empleo hasta el año 2014<sup>21</sup>. Asimismo, esta previsión plantea cuestiones respecto al elemento referencial que se emplea para la determinación del cumplimiento o no de tal condición. A tal efecto se ha considerado que parece razonable pensar que el 15% de paro tomo como referencia la Encuesta de Población Activa, si bien, no queda claro si se refiere al dato trimestral o a la media anual<sup>22</sup>.

Si ya la elevación del límite de edad máximo ordinario para formalizar este contrato a los menores de 25 años había suscitado críticas, la generalización de este contrato a los menores de 30 años pone en cuestión el verdadero objeto de esta modalidad contractual puesto que pasa a primar claramente el objetivo de la inserción laboral frente a cualquier otra finalidad. No olvidemos que el límite máximo de 30 años se fija para la formalización del contrato<sup>23</sup>, de modo que previéndose una duración máxima del mismo de tres años, podemos encontrarnos “jóvenes” contratados en formación de casi treinta y tres años<sup>24</sup>. Únicamente la voluntad de no dejar fuera de esta modalidad contractual a una

<sup>20</sup> Camps Ruiz, L.M.: “Contratación, formación y empleo en el RDL 3/2012”, en Blasco Pellicer, A.; Camps Ruiz, L.M.; Goerlich Peset, J.M.; Roqueta Buj, R. y Sala Franco, T.: *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 82, echa de menos una mayor precisión en la identificación de este parámetro, en concreto, si la norma se refiere al paro registrado o al paro estimado por la encuesta de población activa.

<sup>21</sup> Molina Navarrete, C.: “De las “reformas laborales...” cit. pág. 48, cualifica esta previsión como una norma de emergencia aparecida en tiempos de crisis profunda, “que dejan en papel mojado las reglas generales, como la del límite máximo de edad establecido en el párrafo primero del artículo 11.2 a) ET”. En los mismos términos, vid. Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato para la formación y el aprendizaje”, en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R.: *Reforma laboral 2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 82.

<sup>22</sup> Vid. Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 82.

<sup>23</sup> Vid. De Vicente Pachés, F.: “Los contratos formativos”, en García Ninet, J.I. (Dir.): *La contratación temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 407 y Ojeda Avilés, A. y Gorelli Hernández, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, 2006.

<sup>24</sup> Molina Navarrete, C.: “De las “reformas laborales...” cit. pág. 48, se refiere a los mismos como “aprendices socialmente atípicos”.

gran parte de los actuales desempleados que carecen de cualificación puede ayudar a entender esta previsión<sup>25</sup>. No en vano, muchos de estos desempleados son aquellos que al calor de la burbuja inmobiliaria que se fue gestando durante varios años abandonaron prematuramente su formación en busca de las múltiples y variadas ocupaciones no cualificadas que en aquel momento se ofrecían. Hoy muchos de estos jóvenes ya no lo son tanto y se encuentran sin empleo y sin cualificación<sup>26</sup>. Debe plantearse, sin embargo, dónde cabe ubicar el límite de la flexibilización del requisito de la edad máxima para la formalización del contrato para la formación y el aprendizaje, no en vano, estos mismos argumentos ya se utilizaron para justificar la ampliación excepcional de la edad máxima para la formalización del contrato en formación en la reforma laboral de 2010<sup>27</sup>. Pese a ello, cabe recordar que otras medidas de fomento del empleo previstas en el Real Decreto-ley 3/2012 también alcanzan hasta los 30 años, como sucede con el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores.

El límite máximo de edad para la formalización del contrato para la formación y el aprendizaje aún se encuentra más flexibilizado, si cabe, en algunos supuestos. El primero, ya clásico, se refiere a las personas con discapacidad respecto a las que se prevé que “el límite máximo de edad no será de aplicación”<sup>28</sup>, con lo que supone una medida favorecedora de la inserción y promoción en el mercado laboral de este colectivo de trabajadores<sup>29</sup>. El segundo, más novedoso, se recoge en el Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante Real Decreto-ley 14/2011), que añade una nueva disposición adicional decimonovena al Estatuto de los Trabajadores, en cuya apartado

<sup>25</sup> En esta dirección, Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral...” cit. pág. 172, indica que “una vez más la justificación para consagrar en el corazón del ordenamiento laboral más fragante anomalía jurídica es puramente sociológica: dentro de este grupo de edad hay en este momento –argumento coyuntural, pero que es recurrente en el tiempo– un déficit de cualificación profesional causante del elevado desempleo de este colectivo”.

<sup>26</sup> Sobre esta cuestión vid. más extensamente Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 70, así como la bibliografía citada por el autor.

<sup>27</sup> Vid., entre otros, Lahera Forteza, J.: “La reforma de la contratación laboral”, en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: *La reforma del mercado de trabajo*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 118. Vid. también Cavas Martínez, F.: “Los contratos formativos en la reforma laboral de 2010”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2010.

<sup>28</sup> En relación con la posible adaptación del contrato para la formación y el aprendizaje a las personas con discapacidad téngase en cuenta también lo previsto en la disposición final segunda del Real Decreto-ley 10/2011 que prevé que “el Gobierno podrá adaptar la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje para favorecer las oportunidades de empleo y de formación de las personas con discapacidad”.

<sup>29</sup> Vid. De Vicente Pachés, F.: “Los contratos...” cit. pág. 407.

segundo se prevé que “el límite de edad y de duración para los contratos para la formación y el aprendizaje establecidos en las letras a) y b) del artículo 11.2, no será de aplicación cuando se suscriban en el marco de las acciones y medidas establecidas en la letra d) del artículo 25.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo”. Recuérdese en este punto que dicho precepto procede a la identificación y determinación de los ámbitos de las políticas activas de empleo. Entre las acciones y medidas que contempla este precepto incluye en la letra d) del apartado primero “las acciones y medidas que impliquen la realización de un trabajo efectivo en un entorno real y permitan adquirir formación o experiencia profesional dirigidas a la cualificación o inserción laboral”. Pues bien, parece que con la eliminación del límite de edad en estos supuestos se considera que dentro del grupo de trabajadores mayores de 30 años también existe una importante bolsa de desempleados con un importante déficit de cualificación profesional para los cuales es necesaria la eliminación de los topes de edad en este contrato cuando el mismo se ligue a una efectiva política activa de empleo<sup>30</sup>.

La ampliación un tanto excesiva de la edad máxima para la formalización del contrato para la formación y el aprendizaje puede reabrir el debate sobre si la negociación colectiva puede constituir un ámbito apropiado para llevar a cabo una reducción de la misma y aproximarla a edades más razonables. Los términos en que se regula esta materia en la ley, sin embargo, no parecen dejar espacio a esta intervención, puesto que ello podría repercutir negativamente en las posibilidades de cualificación profesional y de inserción laboral de los trabajadores<sup>31</sup>.

### **3.2. La carencia de cualificación profesional reconocida y requerida para concertar un contrato en prácticas.**

El anterior contrato en formación únicamente podía formalizarse con quienes carecieran de la titulación o del certificado de profesionalidad requerido para realizar un contrato en prácticas. En términos similares el actual contrato para la formación y el aprendizaje únicamente puede formalizarse con quienes carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas. La nueva formulación de esta limitación a la formalización de un contrato en prácticas, por tanto, procede a adecuarla al objeto del contrato, es decir, “la cualificación profesional de los trabajado-

<sup>30</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 70.

<sup>31</sup> Vid. una muestra del debate doctrinal existente en esta materia respecto a regulaciones anteriores del contrato en formación en Vila Tierno, F.: “El contrato...” cit. pág. 332.

res”, de modo que quien ya dispone de esta cualificación profesional no puede formalizar un contrato para la formación y el aprendizaje. Ahora bien, esta cualificación profesional debe cumplir con dos exigencias adicionales, en primer lugar, debe estar reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o por el sistema educativo, que son precisamente los responsables últimos de la actividad formativa recibida por el trabajador en el contrato para la formación y el aprendizaje; y, en segundo lugar, esta cualificación profesional debe ser la requerida para la formalización de un contrato en prácticas, de modo que en estos supuestos al disponerse ya de esta cualificación profesional, debe formalizarse un contrato en prácticas y no un contrato para la formación y el aprendizaje.

Pese a la nueva formulación de esta limitación a la formalización de un contrato para la formación y el aprendizaje, el efecto final no difiere de la contemplada con anterioridad en relación con el contrato en formación, puesto que debe acudir a las titulaciones y certificados de profesionalidad habilitantes para la contratación en prácticas para conocer en que supuestos no podrá formalizarse un contrato para la formación y el aprendizaje. A tal efecto, el art. 11.1 ET establece que el contrato en prácticas “podrá concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional”. *A sensu contrario*, el contrato para la formación y el aprendizaje no podrá formalizarse con quienes se encuentren en posesión de estas titulaciones y certificaciones. En cualquier caso, para que la cualificación profesional del trabajador le impida formalizar el contrato para la formación y el aprendizaje ha de estar vinculada al oficio o puesto de trabajo para el que se quiere formalizar el contrato, no en vano, un trabajador con la titulación o certificación profesional requeridas para la formalización de un contrato en prácticas podrá formalizar un contrato para la formación y el aprendizaje si el oficio o puesto de trabajo objeto del mismo nada tienen que ver con la cualificación profesional que se reconoce en las referidas titulaciones o certificaciones profesionales. En definitiva, lo determinante no es la cualificación profesional previa en sí, sino su relación con el objeto del contrato<sup>32</sup>. En caso contrario, la titulación o el certificado de profesionalidad

<sup>32</sup> En relación con anteriores contratos de formación vid. entre otros, Sempere Navarro, A.V.: “Incidencias del R.D. 488/1998 en el contrato para la formación”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 1998, pág. 11; Rabanal Carabajo, P.: *Los contratos de trabajo formativos*, Dickinson, Madrid, 2002, pág. 57 y Prado Laguna, J.L.: “Los aspectos formativos en el nuevo contrato para la formación”, *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, pág. 81.

se convertirían en un elemento impeditivo para acceder al trabajo<sup>33</sup>. En todo caso, hubiera sido deseable que esta posibilidad hubiera quedado reflejada de un modo expreso en la regulación legal de este contrato y no tuviera que acudir para ello al desarrollo reglamentario de la misma –actualmente art. 6 del Real Decreto 488/1998-.

Para evitar dudas en este punto, la enmienda núm. 623 presentada por el grupo parlamentario popular en el Congreso al Proyecto de ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral propone incorporar la siguiente previsión en el apartado a) del art. 11.2 ET: “Se podrán acoger a esta modalidad contractual los trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo”<sup>34</sup>. Como justificación de esta enmienda se indica que con la misma se pretende “permitir que se acojan a esta modalidad contractual las personas que estén cursando estudios de formación profesional dentro del sistema educativo”.

### 3.3. El desempeño anterior del puesto de trabajo.

La actual formulación del contrato para la formación y el aprendizaje ha mantenido la tradicional limitación a la formalización del mismo en aquellos supuestos en que el trabajador ya hubiera desempeñado con anterioridad el mismo puesto de trabajo<sup>35</sup>. A tal efecto, el art. 11.2 c) *in fine* ET establece que “no se podrán celebrar contratos para la formación y el aprendizaje cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses”. El objeto de esta modalidad contractual, es decir, la cualificación profesional del trabajador no resulta compatible con aquellos supuestos en que el trabajador ha desempeñado con anterioridad durante un período relevante de tiempo el mismo oficio o puesto de trabajo para el que se le pretende cualificar profesionalmente, puesto que es de suponer que en estos supuestos el trabajador ya dispone o, en cualquier caso, habrá obtenido al menos en parte dicha cualificación profesional. A partir de esta premisa, el legislador presume que si se ha desempeñado el puesto de trabajo por tiempo superior a doce meses el trabajador ya dispone de la cualificación profesional necesaria y, por tanto,

<sup>33</sup> Tarancón Pérez, E. y Romero Ródenas, M.J.: *Modalidades de contratación tras la reforma laboral de 2010*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2010.

<sup>34</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 503.

<sup>35</sup> Vid. Camps Ruiz, L.M.: “Contratación, formación...” cit. 83.

el contrato para la formación y el aprendizaje ha quedado sin objeto<sup>36</sup>. Desde esta lógica, sin embargo, no se entiende que para el cómputo de los doce meses durante los que se ha ocupado el puesto de trabajo correspondiente al contrato únicamente se tenga en cuenta el período de tiempo en que dicho puesto de trabajo se ha desempeñado por el trabajador en la misma empresa, no en vano, si el trabajador ha ocupado un mismo puesto de trabajo en diferentes empresas durante un tiempo superior a doce meses también puede considerarse que el mismo ha obtenido la cualificación profesional necesaria<sup>37</sup>.

Asimismo, con la previsión de que no se puedan celebrar contratos para la formación y el aprendizaje cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses, también se pretende evitar que se utilice este tipo de contrato que tiene un importante componente de inserción laboral para trabajadores que ya tienen una cierta presencia o trayectoria en el mercado de trabajo, los cuales es preferible que se incorporen al mercado de trabajo mediante otras modalidades contractuales<sup>38</sup>.

### **3.4. La eliminación de un límite máximo de contratos para la formación y el aprendizaje.**

Una constante en anteriores formulaciones de esta modalidad contractual formativa ha consistido en la fijación de un límite máximo al número de los contratos de esta naturaleza que se podían formalizar en cada empresa<sup>39</sup>, lo que venía a configurar una limitación a las posibilidades de libre contratación del empresario a través de esta modalidad contractual<sup>40</sup>. A tal efecto, se reservaba un papel determinante a la negociación colectiva –convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, o en su defecto, convenio colectivo sectorial de ámbito

<sup>36</sup> Vid. Ojeda Avilés, A. y Gorelli Hernández, J.: *Los contratos de trabajo...* cit. pág. 351. Los autores indican que en estos supuestos no parece que pueda cumplirse la finalidad de esta tipología de contratos, puesto que el trabajador ya habrá desarrollado tareas en un puesto similar al que es objeto del contrato formativo durante un plazo de tiempo de cierta entidad. Vid. también, Gárate Castro, J.: “El nuevo régimen jurídico...” cit. pág. 903. En consecuencia, este último autor considera que si el contrato se celebra habría que considerarlo concertado en fraude de ley”.

<sup>37</sup> Una crítica sobre esta cuestión en Vila Tierno, F.: “El contrato para la formación”, en Monereo Pérez, J.L.: *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2010. pág. 339.

<sup>38</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 71.

<sup>39</sup> Un estudio del alcance y los problemas interpretativos que planteaba esta exigencia en Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación...* cit.

<sup>40</sup> Vid. Ojeda Avilés, A. y Gorelli Hernández, J.: *Los contratos de trabajo...* cit. pág. 348. De Vicente Pachés, F.: “Los contratos...” cit. pág. 409, también define esta previsión como “una limitación, en este caso desde la perspectiva empresarial”.

inferior e, incluso, los convenios de empresa si existía un plan formativo de empresa- en la determinación del número máximo de contratos que se podían formalizar y sólo en defecto de ésta debía acudir al límite máximo fijado por vía reglamentaria –art. 7.2 del Real Decreto 488/1998-.

El número máximo de contratos de esta naturaleza que podían formalizarse debía estar en íntima y estrecha relación con el tamaño de la plantilla, con lo cual parecía vincularse el número máximo de contratos a realizar con las posibilidades formativas de la empresa. En otros términos, al depender el éxito de la finalidad formativa de que a los trabajadores contratados para la formación se les preste una adecuada atención individualizada, fundamentalmente por lo que respecta a la formación de carácter más práctico, hace que resulte razonable que la ley establezca un límite máximo del número de contratos para la formación que se pueden formalizar en atención a la plantilla de la empresa<sup>41</sup>. Por este motivo, llama especialmente la atención que la nueva configuración legal del contrato para la formación y el aprendizaje haya procedido a eliminar cualquier referencia al número máximo de contratos que pueden formalizarse mediante esta modalidad contractual, de lo que cabe deducir *a priori* que ahora las empresas podrán realizar tantos contratos de esta índole como estimen oportuno, poniéndose en cuestión la finalidad formativa de esta modalidad contractual que con la previsión de un límite máximo de contratos a formalizar en atención al tamaño de la plantilla se pretendía asegurar. Por el contrario, con la eliminación del límite máximo de contratos a formalizar se incide más si cabe en la vertiente de inserción laboral de esta modalidad contractual, no en vano, dicha regla suponía un freno a la contratación de más jóvenes desempleados y sin cualificación profesional<sup>42</sup>. En este contexto, cabe suponer que la eliminación en el texto legal del límite máximo de contratos para la formación y el aprendizaje ha dejado sin efecto la previsión que al respecto aún se contiene en el art. 7.2 del Real Decreto 488/1998<sup>43</sup>.

La eliminación de la previsión de un número máximo de contratos para la formación y el aprendizaje como garantía de la efectiva y adecuada formación

<sup>41</sup> Vid. Cabeza Pereiro, J.: “Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011, pág. 15.

<sup>42</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 72, indica que “la fijación de un número máximo de trabajadores para la formación supone un freno a la contratación de profesionales jóvenes y, por tanto, al crecimiento empresarial, que entra en contradicción con las recientes reformas legislativas que pretenden fomentar esta concreta modalidad contractual”.

<sup>43</sup> García Romero, B. y Selma Penalva, A.: Medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores”, en Cavas Martínez, F. (Coord.): *La reforma laboral de 2012*, Ediciones Laborum, Murcia, 2012, pág. 73, consideran al respecto que a raíz de los últimos cambios, posiblemente esta disposición haya pasado a convertirse en una previsión *contra legem*. Del mismo parecer, Gárate Castro, J.: “El nuevo régimen jurídico...” cit. pág. 904.

del trabajador hace que adquiera una mayor relevancia el límite de tres trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje por cada tutor que actualmente se contempla en el art. 8.3 del Real Decreto 488/1998, puesto que este límite puede contribuir a garantizar una mínima y necesaria proporción entre el número de trabajadores contratados y las posibilidades de formación de la empresa que permita asegurar la eficacia y calidad de la formación dispensada<sup>44</sup>.

Habiéndose eliminado la previsión de un número máximo de contratos para la formación y el aprendizaje que se pueden concertar en una empresa y, por extensión, la remisión expresa a la negociación colectiva para la determinación de este número máximo, cabe plantearse la cuestión de si esta intervención normativa comporta a partir de este momento la exclusión de cualquier intervención de la negociación colectiva en la fijación del número de contratos de esta índole que el empresario puede formalizar o si, por el contrario, puede seguir estableciendo el número máximo de estos contratos. En otros términos, cabe determinar si nos encontramos ante una norma imperativa que deja en manos del empresario la decisión del número de contratos de este tipo que quiere formalizar o si se trata de una norma que admite la intervención convencional. La actual configuración de la norma que ha procedido a eliminar de forma expresa cualquier límite cuantitativo a la formalización de estos contratos con la finalidad de extender lo máximo posible esta modalidad contractual parece excluir la posibilidad de que estos límites sí puedan ser fijados por vía de la negociación colectiva, no en vano, la finalidad de la norma de lucha contra el empleo juvenil podría quedar frustrada de incorporarse límites cuantitativos no previstos legalmente para la formalización de esta modalidad contractual<sup>45</sup>. Con independencia de la respuesta que se de a esta cuestión, lo que resulta indiscutible es la pérdida de protagonismo en este punto del papel de la negociación colectiva y, por tanto, del protagonismo de los interlocutores sociales a los que en última instancia corresponde jugar un papel decisivo en el cumplimiento de los objetivos perseguidos por esta modalidad contractual<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 72, también considera a esta previsión como un límite indirecto a la formalización de contratos para la formación y el aprendizaje.

<sup>45</sup> En esta dirección, Sempere Navarro, A.V.: “Más medidas “urgentes”...” cit. indica que se abre así un campo para la discusión sobre el papel que puede jugar el convenio en esta materia, especialmente si se considera que el objetivo de crear empleo es absolutamente prioritario en la norma de urgencia y que cualquier limitación convencional podría constituir un obstáculo en aras a la consecución del indicado objetivo”. Vid. también, Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral...* cit. pág. 78.

<sup>46</sup> Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral...” cit. pág. 174, también se lamenta de esta circunstancia al considerar que “no es un ejemplo muy halagüeño de la “nueva flexibilidad buscada” ignorar el papel eventual del convenio en la determinación del número máximo de contratos de este tipo a llevar a cabo en la empresa, aunque resulte coherente con la voluntad de eliminar cualquier límite a la contratación temporal de los jóvenes sin cualificación profesional adecuada que exista a día de hoy”.

#### **4. EL BINOMIO ACTIVIDAD FORMATIVA/ACTIVIDAD LABORAL EN EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE.**

El contrato para la formación y el aprendizaje se propone “la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”, para lo que, como ya se ha indicado, fija una determinada metodología, que no es otra que la del aprendizaje en alternancia, es decir, aquella que combina la “actividad laboral retribuida en una empresa” con la “actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”. Este elemento permite diferenciar el contrato para la formación y el aprendizaje del contrato en prácticas, puesto que mientras que en este último la formación es previa al contrato, en el contrato para la formación y el aprendizaje la formación se desarrolla durante la prestación de trabajo<sup>47</sup>.

Siendo el principal objetivo declarado de la nueva configuración del contrato para la formación y el aprendizaje garantizar que el trabajador contratado mediante esta modalidad contractual obtenga una cualificación profesional de calidad que le permita insertarse en el mercado laboral, cabe esperar que la norma haya diseñado con especial atención la actividad formativa y la actividad laboral a través de la cual pretende llevarse a cabo esta cualificación profesional. Veamos, por tanto, como se organiza en el contrato para la formación y el aprendizaje cada uno de estos aspectos.

##### **4.1. La actividad formativa: la mayor centralidad de la formación.**

A pesar de que la actividad formativa constituye la principal peculiaridad del contrato para la formación y el aprendizaje y el elemento que debe garantizar el cumplimiento de la finalidad formativa de esta modalidad contractual, la regulación de esta materia recogida en el art. 11.2 ET no parece satisfacer todas las expectativas y plantea importantes dudas sobre si la misma va a permitir garantizar la cualificación profesional de calidad del trabajador contratado más allá de su inmediata inserción laboral. En este punto, llama la atención, por ejemplo, que aspectos tan esenciales de la actividad formativa del contrato para la formación y el aprendizaje, como son el sistema de impartición y las características de la formación o la financiación de la actividad formativa, se hayan dejado a un posterior desarrollo reglamentario de esta materia, el cual, aunque según la disposición final segunda del Real Decreto-ley 10/2011 debía estar aprobado antes de finalizar el año 2011, todavía no ha visto la luz. A tal

<sup>47</sup> Vid. Cardenal Carro, M.: “El “nuevo” contrato para la formación: diferencias con el contrato de aprendizaje”, *Aranzadi Social*, tomo V, 1997, pág. 445.

efecto, el apartado final del art. 11.2.d) ET establece que “reglamentariamente se desarrollará el sistema de impartición y las características de la formación de los trabajadores en los centros formativos y en las empresas, así como su reconocimiento, en un régimen de alternancia con el trabajo efectivo para favorecer una mayor relación entre éste y la formación y el aprendizaje del trabajador. Las actividades formativas podrán incluir formación complementaria no referida al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales para adaptarse tanto a las necesidades de los trabajadores como de las empresas. Asimismo serán objeto de desarrollo reglamentario los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa”. Si comparamos el alcance de estas previsiones respecto a regulaciones legales anteriores de esta materia, bastante más extensas, podemos concluir que se ha producido una cierta “deslegalización” del régimen jurídico de las actividades formativas a favor del desarrollo por vía reglamentaria de las mismas.

En espera de este desarrollo reglamentario, sin embargo, son diversas las referencias que sí contiene el art. 11.2 ET en relación con la actividad formativa prevista en el contrato para la formación y el aprendizaje y que nos pueden ayudar a perfilar los contornos y el alcance de la misma.

En primer lugar, como ya se ha indicado con anterioridad, la cualificación del trabajador debe llevarse a cabo en un régimen de alternancia, de modo que debe concurrir una actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo con una actividad laboral retribuida en una empresa. Desaparece de este modo la vieja distinción entre teoría (estudio) y la práctica (trabajo) no exenta de artificio, a favor de esta figura que alterna actividad laboral retribuida con actividad formativa que ha de prestarse en el marco del complejo sistema de formación y cualificación profesional<sup>48</sup>. La alternancia e interrelación entre la actividad formativa y actividad laboral supone un importante valor añadido en la formación de los trabajadores contratados mediante esta modalidad contractual, aportándoles múltiples y valiosas oportunidades. A tal efecto, este sistema de formación permite aplicar en un contexto real los conocimientos teóricos y prácticos adquiridos; permite obtener conocimientos relacionados con el ámbito profesional propio de la formación adquirida; permite conocer de primera mano los condicionantes con los que se desarrolla el trabajo correspondiente a la formación obtenida; permite adaptar las actitudes y comportamientos del trabajador al medio profesional, etcétera. Por todo ello, la alternancia e interrelación entre actividad formativa y actividad laboral resulta la metodología más idónea para garantizar en estos supuestos una cualificación profesional de calidad orientada a la inserción laboral de quien la obtiene.

<sup>48</sup> Vid. Sempere Navarro, A.V.: “Más medidas “urgentes”... cit.

En segundo lugar, se prevé que el trabajador reciba la formación directamente de un centro formativo de la red a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, previamente reconocido para ello por el Sistema Nacional de Empleo. En todo caso, también se prevé que se pueda recibir dicha formación en la propia empresa cuando la misma dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional que se contempla en el art. 11.2 e) ET, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de la realización de períodos de formación complementarios en los centros de la red mencionada. En este punto cabe recordar que el Real Decreto-ley 10/2011 únicamente contemplaba como centros formativos en los que se podía impartir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje a los centros formativos de la red prevista en la Ley Orgánica 5/2002. Esta circunstancia había sido considerada como uno de los principales instrumentos introducidos con el fin de garantizar la calidad de la formación dispensada, no en vano, con la atribución del monopolio de la formación a estos centros especializados externos reconocidos por el Sistema Nacional de Empleo se obtiene una cierta garantía de la calidad de los mismos y, por extensión, de la formación que imparten<sup>49</sup>. Asimismo, esta opción libera al empresario de la carga organizativa y económica que supone la organización de la formación correspondiente al contrato para la formación y el aprendizaje cuando la misma tiene lugar fuera del puesto de trabajo<sup>50</sup>. No olvidemos en este punto que el atractivo que para los empresarios puede tener esta modalidad contractual dados los menores costes salariales y de seguridad social que la misma supone puede verse inmediatamente enturbiado por “el engorro de gestionar la obligación de formación teórica que les impone la norma y en todo caso al modo en el que tienen que sufragarse los costes que implica el cumplimiento de la citada obligación”<sup>51</sup>, lo cual, con toda seguridad ha sido la causa de la escasa utilización de esta tipología de contratos<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 86, indica que la profesionalización de la impartición de la formación garantiza unos resultados mejores en términos de cualificación profesional.

<sup>50</sup> Sobre las indiscutibles ventajas de esta opción vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 72 y Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral...” cit. pág. 172.

<sup>51</sup> Vid. Fernández Márquez, O.L. y Martínez Moreno, C.: “Medidas para fortalecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas”, en Monereo Perez, J.L.; Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L.A.: *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Ed. Comares, Granada, 2011, pág. 335.

<sup>52</sup> Vid. Vila Tierno, F.: “El contrato...” cit. pág. 109. El autor considera que la complejidad de los aspectos formativos de estos contratos constituye el principal motivo de la escasa utilización de los mismos “ante la sensación de inseguridad jurídica de una legislación que resultaba inaprensible”.

La red de centros de formación profesional prevista por la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002 a la que se remite el art. 11.2.d) ET está actualmente constituida por los siguientes centros:

- Los centros integrados públicos y privados concertados de formación profesional, conforme a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley Orgánica 5/2002 y en el Real Decreto 1558/2005, de 23 de diciembre, por el que se regulan los requisitos básicos de los centros integrados de formación profesional.
- Los centros públicos y privados concertados del sistema educativo que ofertan formación profesional.
- Los centros de referencia nacional, en las condiciones y para los fines establecidos en el Real Decreto 229/2008, de 15 de febrero, por el que se regulan los centros de referencia nacional en el ámbito de la formación profesional.
- Los centros públicos del Sistema Nacional de Empleo.
- Los centros privados acreditados del Sistema Nacional de Empleo que ofertan formación profesional para el empleo.

El Real Decreto-ley 3/2012, sin embargo, ha procedido a ampliar los lugares en los que se puede impartir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje admitiendo que la misma se pueda impartir en la misma empresa, si bien, para ello exige que ésta disponga de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional que se contempla en el art. 11.2 e) ET, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de la realización de períodos de formación complementarios en los centros de la red mencionada. En consecuencia, con la voluntad de ganar en agilidad, rapidez, flexibilidad y simplicidad en el cumplimiento del deber de formación teórica y evitar desplazamientos de trabajadores o falta de plazas disponibles en los centros de formación profesional debidamente acreditados<sup>53</sup>, se permite que la formación se imparta en la empresa siempre que la misma disponga de los medios materiales y personales adecuados para dispensar una formación con los estándares de calidad previstos en la normativa que permitan que dicha formación pueda ser posteriormente acreditada<sup>54</sup>. En todo caso, se prevé una posible colaboración en este punto de modo que se permite que parte de la formación dispensada al trabajador se lleve a cabo

<sup>53</sup> Vid. García Romero, B. y Selma Penalva, A.: Medidas para favorecer la empleabilidad...” cit. pág. 69.

<sup>54</sup> García Romero, B. y Selma Penalva, A.: Medidas para favorecer la empleabilidad...” cit. pág. 69 se cuestionan si esta posibilidad de formación en las instalaciones de la propia empresa sigue abierta cuando la misma no dispone propiamente de personal en plantilla capacitado para ofrecer el nivel de formación oportuno, pero desea subcontratar a su vez esta actividad con personal cualificado.

en los centros de la red de centros de formación profesional anteriormente indicados.

Esta medida supone volver al modelo anterior a la reforma laboral de 2010 al admitir la formación en la propia empresa, que emulando al modelo alemán es considerada no únicamente como un centro productivo, sino como una unidad formativa para el empleo, lo cual, sin embargo, en nuestro país se ha mostrado ineficaz<sup>55</sup>. A pesar de las cautelas que prevé la normativa, la aceptación de que sea la propia empresa la que imparta la formación, supone introducir nuevamente dudas sobre el alcance del cumplimiento de esta obligación por parte de las empresas y, especialmente, sobre la calidad de la misma, no en vano, es estos supuestos existen mayores dificultades de control<sup>56</sup>, que la nueva regulación no ha abordado de un modo expreso<sup>57</sup>.

La incorporación de la posibilidad que la formación se desarrolle en la propia empresa supone la asunción por la misma de una notable carga organizativa y económica. En este punto, no es casualidad que al tiempo que la reforma introducida por el Real Decreto-ley 3/2012 ha introducido la posibilidad de que la formación se imparta en la misma empresa, se haya previsto la necesidad de abordar los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa, lo cual se ha dejado, sin embargo, en manos del posterior desarrollo reglamentario. En cualquier caso, si tenemos en cuenta el tamaño habitual de las empresas en nuestro país es de prever que esta opción incorporada por el Real Decreto-ley 3/2012 no va a ser muy habitual en la práctica<sup>58</sup>.

En tercer lugar, se prevé que la actividad formativa realizada sea objeto de acreditación oficial. A tal efecto, el art. 11.2.e) ET prevé que “la cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación y el aprendizaje será objeto de acreditación en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio (...) Conforme a lo establecido en dicha

<sup>55</sup> Más contundente se muestra Molina Navarrete, C.: “De las “reformas laborales...” cit. pág. 49, que habla de fracaso de este modelo de “interiorización en la fábrica de la formación”.

<sup>56</sup> Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral...* cit. pág. 187, ponen de manifiesto estas mismas dudas al afirmar que “desde el punto de vista del cumplimiento efectivo de la formación, sin embargo, es inevitable certificar las dificultades que hay para su control y el consiguiente riesgo de que aquella no se imparta de manera efectiva”.

<sup>57</sup> García Romero, B. y Selma Penalva, A.: *Medidas para favorecer la empleabilidad...* cit. pág. 68, llaman la atención sobre el hecho de que esta nueva asunción de responsabilidades empresariales no viene acompañada de una reforma equivalente en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, si bien, dicha norma ya permite sancionar estos posibles incumplimientos.

<sup>58</sup> De Vicente Pachés, F.: “Los contratos...” cit. pág. 414, en relación con regulaciones anteriores del contrato en formación, establecía que “la formación teórica generalmente será impartida por un centro ajeno a la empresa, ya que las pequeñas y medianas empresas –dimensión que predomina en el mercado de trabajo español-, no cuentan con la estructura suficiente –al carecer de centros o personas- para poder llevar a cabo esta función formativa”.

regulación, el trabajador podrá solicitar de la Administración Pública competente la expedición del correspondiente certificado de profesionalidad, título de formación profesional o, en su caso, acreditación parcial acumulable<sup>59</sup>. Siendo la cualificación profesional de los trabajadores el objetivo básico de esta modalidad contractual, la certificación de la formación recibida por el trabajador por parte de las administraciones públicas competentes pone de manifiesto la seriedad y el rigor de la formación dispensada al trabajador vinculado mediante el contrato para la formación y el aprendizaje. Asimismo, esta acreditación de la formación junto con la inscripción de la formación recibida por el trabajador en la “cuenta de formación” deben constituir un instrumento básico para garantizar que el trabajador pueda acceder con posterioridad a la finalización del contrato para la formación y el aprendizaje a otros empleos.

Junto con la expedición del título de formación profesional y del certificado de profesionalidad, también se prevé la posibilidad de acreditación parcial acumulable. A tal efecto, el art. 11 del Real Decreto 395/2007, prevé que cuando la formación vaya dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad, la misma podrá acreditarse mediante la expedición del correspondiente certificado de profesionalidad o de sus acreditaciones parciales acumulables, expidiéndose el primero cuando se hayan superado los módulos formativos correspondientes a la totalidad de las unidades de competencias en que se estructura y las segundas cuando se hayan superado los módulos formativos correspondientes a una o algunas de dichas unidades de competencia.

El art. 11.2.e) ET no incorpora, sin embargo, la previsión habitual en este tipo de contratos formativos de que el empresario entregue al trabajador un certificado en el que conste la cualificación profesional obtenida por el trabajador. Aunque es cierto que corresponde a las autoridades competentes la acreditación de la cualificación profesional de los trabajadores y que en ocasiones puede resultar complicado que el empresario certifique el contenido de una formación obtenida fuera de la empresa, la existencia de una certificación empresarial puede jugar un papel complementario y resultar muy útil para una posterior contratación del trabajador.

Con toda seguridad, la enmienda 623 presentada por el grupo parlamentario popular al Proyecto de ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se encuentra dirigida a reforzar la acreditación y, por tanto, la justificación de la impartición de la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje, al proponer que se establezca de forma expresa que “la impartición de esta formación deberá justificarse a la finalidad del contrato”<sup>59</sup>.

En cuarto lugar, la regulación actual de esta modalidad contractual ha eliminado la previsión de un plazo máximo dentro del cual deben comenzar las

<sup>59</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 503.

actividades formativas. A tal efecto, la regulación inicial del contrato para la formación y el aprendizaje preveía que las actividades formativas debían comenzar en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha de celebración del contrato. Esta previsión había suscitado alguna crítica puesto que se consideraba que la norma autorizaba a que hubiera un plazo de cuatro meses de desajuste entre el inicio de la relación laboral y el derecho a recibir la formación adecuada, por lo que el aprendizaje inicial se dejaba exclusivamente en manos de la actividad laboral retribuida en la empresa<sup>60</sup>. La redacción del precepto introducida por el Real Decreto-ley 3/2012, sin embargo, ha procedido a eliminar la previsión de un plazo máximo dentro del cual deben comenzar las actividades formativas<sup>61</sup>. Esta circunstancia deja en una indeterminación absoluta el momento a partir del cual deben empezar la actividad formativa que debe recibir el trabajador en alternancia con la actividad laboral retribuida en la empresa<sup>62</sup>.

En quinto lugar, la regulación actual de esta modalidad contractual también ha eliminado cualquier previsión específica para aquellos supuestos en que el contrato se formalice con un trabajador que no haya obtenido el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria<sup>63</sup>. Por el contrario, la configuración inicial de este contrato dada por el Real Decreto-ley 10/2011 sí contemplaba que en estos supuestos que la formación dispensada al trabajador debía permitir en primer lugar la obtención de dicho título<sup>64</sup>. Ello no significaba, sin embargo, que se renunciara a la obtención de la formación correspondiente al contrato para la formación y el aprendizaje formalizado, como lo probaba el hecho de que se permitía que cuando el contrato se hubiera celebrado con trabajadores que no hubieran obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria se pudiera prorrogar la duración máxima del

<sup>60</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral...” cit. pág. 172.

<sup>61</sup> La enmienda núm. 485 presentada por el grupo parlamentario socialista al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral propone al efecto volver a la redacción anterior prevista en el Real Decreto-ley 10/2011. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 428.

<sup>62</sup> Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 87, indica que ello posibilita que se concentre la actividad formativa al final del contrato, lo que puede contribuir a devaluar su contenido y, sobre todo, su vinculación con el componente laboral de la relación contractual.

<sup>63</sup> García Romero, B. y Selma Penalva, A.: Medidas para favorecer la empleabilidad...” cit. pág. 60, señalan que no debe confundirse esta desaparición con el hecho de que el contrato para la formación no pueda concertarse también con la finalidad de completar estos estudios, puesto que la nueva redacción del art. 11.2 ET permite, compatibilizar la “actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”. Muy crítico con esta medida se muestra SUÁREZ CORUJO, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 87.

<sup>64</sup> Vid. Lahera Forteza, J.: “La reforma de la contratación...” cit. pág. 118.

contrato en doce meses<sup>65</sup>. Esta ampliación de la duración máxima del contrato debía hacer compatible la obtención de esta titulación y la plena cualificación profesional del trabajador. En consecuencia, tras la supresión de esta previsión operada por el Real Decreto-ley 3/2012 todo hace pensar que la obligación de que el trabajador reciba la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje no admite ninguna excepción ni matización, puesto que la misma deberá recibirse plenamente por el trabajador contratado aunque el mismo carezca del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria<sup>66</sup>.

Consciente el legislador de que una materia tan fundamental como el alcance, contenido y financiación de la actividad formativa propia del contrato para la formación y el aprendizaje no podía dejarse de concretar hasta el desarrollo reglamentario de esta materia, ha previsto el régimen transitorio por el que debe regirse esta materia. A tal efecto, la disposición transitoria séptima del Real Decreto-ley 3/2012, bajo la rúbrica de “actividad formativa y su financiación en los contratos para la formación y el aprendizaje vigentes”, establece el régimen jurídico por el que deben regirse las actividades formativas en los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos desde el 31 de agosto de 2011 hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 y la disposición transitoria octava, bajo la rúbrica de “actividad formativa y su financiación en los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley”, regula la formación en los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012. Pese a que el régimen jurídico transitorio de la actividad formativa previsto en el Real Decreto-ley 3/2012 se contiene en dos disposiciones transitorias distintas, en atención al momento de formalización del contrato de trabajo, con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigor de esta norma, éste no difiere sustancialmente. El contenido de estas disposiciones transitorias hace referencia a dos aspectos esenciales para la delimitación de las actividades formativas propias del contrato para la formación y el aprendizaje y para el éxito de las mismas, a saber, el contenido y la financiación de la formación.

En relación con el contenido de la formación, tanto en los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, como en aquellos que se suscriban con posterioridad a esta fecha, la formación inherente al contrato que deberá recibir el trabajador

<sup>65</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 73.

<sup>66</sup> La enmienda núm. 485 presentada por el grupo parlamentario socialista al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral propone al efecto volver a la redacción anterior prevista en el Real Decreto-ley 10/2011. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 428.

será la propia del título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo a realizar, y la misma deberá dispensarse en los centros formativos disponibles para su impartición. Como no podía ser de otro modo, este modelo responde plenamente al objeto de esta modalidad contractual que persigue la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia, de modo que el trabajador alternará la actividad laboral retribuida en la empresa con la formación correspondiente al título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo a realizar y recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo.

El inicio de la actividad formativa se iniciará previa solicitud por parte de la empresa y previa autorización por los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas o por el servicio público de empleo estatal en el ámbito de sus respectivas competencias. Obsérvese en este punto que mientras la disposición transitoria séptima del Real Decreto-ley 3/2012 únicamente contempla la autorización de los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas, la disposición adicional octava también contempla la autorización del Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito de sus respectivas competencias<sup>67</sup>. En todo caso, cuando la autorización sea concedida por los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas, la misma deberá ser comunicada al Servicio Público de Empleo Estatal a los efectos de la aplicación de las bonificaciones correspondientes.

A pesar de que la situación óptima es que el trabajador contratado reciba la formación propia del título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo a realizar, puede ocurrir que en algunos supuestos no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, o bien, que existiendo éstos, no existan centros formativos disponibles para su impartición. Para estos supuestos se prevé que la actividad formativa inherente a estos contratos sea la constituida por los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas para las ocupaciones o especialidades relativas a la actividad laboral contemplada en el contrato<sup>68</sup>. En defecto de estos, se prevé que la actividad formativa inherente al contrato para la formación y el aprendizaje esté constituida por los contenidos formativos determinados por las empresas o comunicados por estas al Servicio Público de Empleo Estatal, a los efectos de su validación en el marco del Sistema Nacional de Empleo.

<sup>67</sup> Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 91, llama la atención sobre el hecho de que no queda clara cuál es la razón de esta previsión que, según el autor, podría constituir una vulneración de la competencia autonómica de ejecución en materia laboral.

<sup>68</sup> Este fichero de especialidades formativas puede consultarse en la página web del Servicio Público Estatal ([www.sepe.es](http://www.sepe.es)).

En relación con los contratos para la formación y aprendizaje que se suscriban desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, este régimen específico para los supuestos en que no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, o centros formativos disponibles para su impartición, únicamente se contempla para todos aquellos contratos suscritos en los doce meses posteriores a la entrada en vigor de esta norma, no conteniéndose previsión alguna sobre qué tratamiento deberán recibir estos supuestos una vez transcurrido este plazo. Es de suponer que en este plazo ya deberá haberse aprobado el desarrollo reglamentario de la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje previsto en el art. 11.2.d) ET y, en consecuencia, esta norma ya haya previsto y resuelto esta situación.

Para los supuestos en que no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, o centros formativos disponibles para su impartición, se prevén tres previsiones adicionales sobre la duración, el lugar de impartición y la acreditación de la formación recibida. En primer lugar, respecto a la duración de la actividad formativa se prevé que la misma se adecuará a las características de la actividad laboral a desempeñar, respetando, en todo caso, el número de horas establecido por el Servicios Público de Empleo Estatal para las especialidades formativas adecuadas a dicha actividad laboral. En segundo lugar, en relación con el lugar de impartición de la formación, se prevé que la formación inherente al contrato deberá realizarse por la empresa directamente o a través de los centros autorizados por el Servicios Público de Empleo Estatal. Finalmente, por lo que respecta a la acreditación de la formación recibida en estos supuestos se prevé que la misma se llevará a cabo en los términos contemplados en el artículo 11.2 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. A tal efecto, dicho precepto establece que “cuando la formación no esté vinculada a la oferta formativa de los certificados de profesionalidad deberá entregarse a cada participante que haya finalizado la acción formativa un certificado de asistencia a la misma y a cada participante que haya superado la formación con evaluación positiva un diploma acreditativo.

También contempla el Real Decreto-ley 3/2012 un régimen transitorio en relación con el segundo pilar sobre el que se sustenta el éxito de la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje, es decir, la financiación de la misma. Sobre esta materia, el apartado sexto de la disposición transitoria séptima y de la disposición transitoria séptima establecen que hasta la entrada en vigor del desarrollo reglamentario de este real decreto-ley, en los supuestos contemplados en estas disposiciones transitorias, las empresas podrán financiarse el coste de la formación inherente a los contratos para la

formación y el aprendizaje mediante bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, con cargo a la partida prevista en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal para la financiación de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social, acogidas a medidas de fomento de empleo por contratación laboral. A tal efecto se prevé que serán de aplicación los artículos 9, 10 y 11 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 4 de julio de 1998, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación, y su normativa de desarrollo<sup>69</sup>. En definitiva, en espera de un nuevo desarrollo reglamentario de esta materia, se mantiene la normativa y, por tanto, el régimen de financiación de la formación del contrato para la formación y el aprendizaje anterior a la aprobación del Real Decreto-ley 10/2011 y del Real Decreto-ley 3/2012.

Finalmente, para terminar el análisis de las actividades formativas previstas en el contrato para la formación y el aprendizaje, debe llamarse la atención sobre el hecho de que a pesar de la importancia que la regulación de esta modalidad contractual atribuye a la cualificación profesional y por extensión a las actividades formativas del trabajador contratado, el Real Decreto-ley 10/2011 omitió la regulación de los efectos de un eventual incumplimiento de estas obligaciones formativas por parte del empresario al estilo de las contenidas en anteriores versiones de esta modalidad contractual en las que se preveía que el contrato se presumiría de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpliera en su totalidad las obligaciones que le correspondieran de formación teórica<sup>70</sup>. Ante la eliminación de esta previsión, se ha considerado que ello “da idea de que la voluntad del legislador es más abierta/permisiva o, si se prefiere, menos rígida a la hora de exigir la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos para que este contrato se entienda válidamente celebrado”<sup>71</sup>. El Real Decreto-ley 3/2012 ha mantenido esta omisión, prolongándose de este modo los problemas interpretativos de la misma<sup>72</sup>.

#### **4.2. La actividad laboral retribuida: la actividad laboral como parte esencial de la cualificación profesional del trabajador.**

No siendo la actividad laboral retribuida en la empresa una característica específica del contrato para la formación y el aprendizaje, sino un elemento

<sup>69</sup> Vid. Camps Ruiz, L.M.: “Contratación, formación...” cit. pág. 86.

<sup>70</sup> Sobre el alcance y los problemas que planteaba esta previsión vid. Cardenal CarrO, M.: “El “nuevo” contrato...” cit. Vid. también Herraiz Martín, M.S.: “El contrato para la formación...” cit.

<sup>71</sup> A tal efecto, Sempere Navarro, A.V.: “Más medidas “urgentes”...” cit. Vid., también, Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral...* cit. pág. 80.

<sup>72</sup> Vid. García Romero, B. y Selma Penalva, A.: *Medidas para favorecer la empleabilidad...* cit. pág. 72.

consustancial a toda relación laboral, esta materia aún ha merecido todavía una menor atención por parte del legislador que prácticamente se ha limitado a establecer que la actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas. Se desarrolla de este modo la previsión ya recogida en la Exposición de Motivos del Real Decretoley 10/2011 según la cual el contrato para la formación y el aprendizaje debe permitir que la persona trabajadora realice un trabajo efectivo en un empresa directamente relacionado con la formación que está recibiendo, lo que favorecerá una mayor relación entre ésta y el aprendizaje en el puesto de trabajo.

Es precisamente esta combinación de actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo y la actividad laboral retribuida en la empresa la que define y caracteriza a la formación en régimen de alternancia y permite contrastar la formación de carácter más teórico recibida en el desarrollo de las actividades formativas con la formación más práctica obtenida en el desarrollo de las actividades laborales obteniéndose de este modo una óptima cualificación profesional del trabajador. En otros términos, la prestación desarrollada por el trabajador debe estar directamente relacionada con la formación dispensada al mismo inherente al contrato para la formación y el aprendizaje formalizado, de modo que la falta de adecuación entre la actividad laboral y la actividad formativa comportará necesariamente la frustración del objetivo último de la cualificación profesional del trabajador y, por extensión, del propio contrato para la formación y el aprendizaje. Al igual que sucedía con anteriores regulaciones del contrato en formación, resulta criticable que la normativa se limite a prever que la actividad laboral desempeñada por el trabajador deba estar “relacionada” con las actividades formativas, no en vano, el significado tan amplio e indeterminado de esta expresión puede prestarse a excesos y abusos del empleador, consintiendo actividades que no guarden una “estrecha relación” o una “relación directa” con las actividades formativas<sup>73</sup>. La importancia de que la actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa esté relacionada con las actividades formativas comporta además que esta adecuación deba mantenerse durante toda la vigencia del contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje.

La necesaria alternancia entre actividad laboral retribuida y la actividad formativa consustancial al contrato para la formación y el aprendizaje comporta la necesidad de fijar unas pautas para la distribución del periodo de tiempo que se dedica a cada una de estas actividades. En este punto, la regulación de esta materia en el contrato para la formación y el aprendizaje ha supuesto respecto a precedentes regulaciones de este tipo de modalidad contractual una limitación del tiempo de trabajo efectivo y, por tanto, una ampliación correlativa

<sup>73</sup> Vid. De Vicente Pachés, F.: “Los contratos...” cit. pág. 417.

del período que tradicionalmente se ha reservado como mínimo infranqueable para las actividades formativas del trabajador. En este punto, la regulación inicial de esta materia establecía que “el tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por ciento de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal”.

A partir de esta previsión se observa que inicialmente eran dos los aspectos que ponían de manifiesto la apuesta del contrato para la formación y el aprendizaje por la cualificación profesional del trabajador. En primer lugar, aunque se trate de una declaración meramente programática, se establece de forma expresa que el tiempo de trabajo efectivo debe ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas. La duración del tiempo de trabajo efectivo, por tanto, deberá respetar en todo caso el tiempo necesario para satisfacer las necesidades formativas reales del objeto del contrato para la formación y el aprendizaje. En consecuencia, el trabajo efectivo del trabajador no puede ser de una intensidad tal que prevalezca sobre sus actividades formativas, postergándolas a un segundo plano. Las actividades formativas, por tanto, no pueden tener el carácter marginal que en ocasiones se ha dispensado a la formación teórica en los precedentes contratos de formación y de aprendizaje. En este punto, sin embargo, la actual regulación del contrato para la formación y el aprendizaje no prevé ningún protagonismo para la negociación colectiva en términos similares al previsto en la anterior regulación del contrato para la formación que atribuía a los convenios de empresa la posibilidad de identificar los puestos de trabajo objeto de este contrato.

En segundo lugar, también suponía una apuesta decidida por la mejora de la cualificación profesional del trabajador la previsión ahora sí más concreta de que el tiempo de trabajo efectivo no pudiera ser superior al 75 por ciento de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal, lo que dejaba un mínimo del 25 por ciento de la jornada para las actividades formativas<sup>74</sup>. Esta previsión suponía una clara mejora de la tradicional regulación de esta materia según la cual el tiempo dedicado a la formación teórica no podía ser inferior al 15 por ciento de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal, de lo que se desprendía a *sensu contrario* que el trabajo efectivo no podía exceder de un máximo del 85 por ciento de dicha jornada. Con esta nueva regulación se conseguía, además, que la mejora de la formación del trabajador no supusiera un incremento de los costes empresariales<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> En esta dirección, Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral...” cit. pág. 173, considera esta medida como una regla de renovada seriedad formativa pretendida para esta relación de empleo temporal que sería contractual y que consistiría en la ampliación del período formativo teórico y la reducción del período de trabajo efectivo máximo.

<sup>75</sup> Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral...* cit. pág. 79.

Este segundo aspecto referente al tiempo de trabajo efectivo, sin embargo, ha sido objeto de modificación posterior por parte del Real Decreto-ley 3/2012, en virtud de la cual, la nueva redacción del art. 11.2.f) ET establece que “el tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal”. En consecuencia, la limitación del trabajo efectivo al 75 por ciento de la jornada se circunscribe exclusivamente al primer año, mientras que para el segundo y tercer año se recupera el porcentaje máximo del 85 por ciento de la jornada para el trabajo efectivo<sup>76</sup>. La actual regulación de esta materia, por tanto, aún siendo más favorable que la tradicional, va a suponer una más que probable ampliación del tiempo de trabajo efectivo durante la segunda y tercera anualidad del contrato y, por tanto, una limitación del tiempo dedicado a actividades formativas, respecto a las que se contemplaban en la redacción inicial del precepto, dando lugar en este punto a un híbrido entre la regulación anterior del contrato en formación y la inicialmente prevista del contrato para la formación y el aprendizaje<sup>77</sup>.

Probablemente la previsión de que el tiempo de trabajo efectivo no pueda ser superior al 75 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal, encuentra su fundamento en la percepción de que mientras que durante el primer año de la cualificación profesional del trabajador es necesario un mayor protagonismo de las actividades formativas frente al trabajo efectivo, a partir del segundo año ya deben ganar mayor protagonismo las actividades laborales desarrolladas en la empresa<sup>78</sup>.

La voluntad de evitar que el tiempo dedicado al trabajo efectivo por el trabajador contratado en formación y aprendizaje pueda eclipsar las actividades formativas del mismo justifica, asimismo, que se haya incorporado otra limitación al tiempo de trabajo de dichos trabajadores al establecerse en el mismo

<sup>76</sup> La enmienda núm. 485 presentada por el grupo parlamentario socialista al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral propone al efecto volver a la redacción anterior prevista en el Real Decreto-ley 10/2011. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 428.

<sup>77</sup> Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 84, indica al respecto que esta previsión pone de manifiesto “la filosofía que inspira la modificación del régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje: la primacía del interés empresarial con la consiguiente devaluación de la actividad formativa propia de este contrato”.

<sup>78</sup> En la misma dirección, Molina Navarrete, C.: “De las “reformas laborales”...” cit. pág. 49, mantiene que “aunque esta medida contradice la vocación formativa, se revela coherente con el proceso de aprendizaje en sí, en la medida en que la prolongación del contrato implicará una menor actividad formativa específica inicial”.

art. 11.2. f) ET que los mismos no podrán realizar horas extraordinarias, salvo que se trate de horas extraordinarias por fuerza mayor<sup>79</sup>. Esta prohibición, ciertamente razonable, no se encontraba recogida en el precedente contrato para la formación, habiéndose considerado que nada impedía la realización de horas extraordinarias, si bien, se consideraba que debía evitarse que las mismas se superpusieran al tiempo reservado para la formación teórica y que se tratara de una necesidad real de ampliar la jornada de trabajo<sup>80</sup>.

También en esta dinámica de garantizar el objetivo de cualificación profesional de los trabajadores contratados en formación y aprendizaje cabe ubicar la prohibición de que los mismos realicen trabajos nocturnos y trabajo a turnos<sup>81</sup>. Frente a la rigidez de esta previsión se ha propuesto que se estableciera únicamente la exigencia de que en caso de realizarse la prestación laboral de este modo, es decir, con horas extraordinarias, trabajo nocturno o trabajo a turnos, ello no supusiera un obstáculo para el desarrollo del proceso de cualificación profesional del trabajador. Pese a ello, parece más acertada la opción finalmente adoptada por el legislador de eliminar la posibilidad de que estos trabajadores realicen horas extraordinarias, trabajos nocturnos o trabajo a turno, puesto que ello, sin lugar a dudas, podría perturbar el correcto desarrollo de las actividades formativas del trabajador<sup>82</sup>.

Por lo demás, la combinación de un tiempo máximo de trabajo efectivo del 75 por ciento de la jornada el primer año y del 85 por ciento de la misma durante el segundo y tercer año de vigencia del contrato, y de un tiempo dedicado a las actividades formativas, permite al empresario obtener ciertas ventajas, especialmente un abaratamiento de los costes empresariales, que tienen un cierto parecido con las obtenidas mediante el recurso a la contratación a tiempo parcial, pero sin la complejidad que plantea esta última modalidad contractual<sup>83</sup>. Pese a ello, algún autor considera que hubiera sido preferible que se hubiera abordado una nueva regulación más flexible del contrato a tiempo parcial, el cual hubiera producido mayores beneficios y más inmediatos sobre el mercado de trabajo<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Vid. García Romero, B. y Selma Penalva, A.: *Medidas para favorecer la empleabilidad...* cit. pág. 67.

<sup>80</sup> Vid. Vila Tierno, F.: "El contrato para la formación" en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) y Serrano Falcón (Coord.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2010, pág. 345.

<sup>81</sup> Vid. García Romero, B. y Selma Penalva, A.: *Medidas para favorecer la empleabilidad...* cit. pág. 67.

<sup>82</sup> En la misma dirección, Mercader Uguina, J.R.: "Medidas desesperadas..." cit. pág. 74, considera que "el colectivo hacia el que va dirigido este contrato, trabajadores jóvenes sin cualificar, y el hecho de que la finalidad del mismo es esencialmente formativa, es evidente que no resulta compatible con esta finalidad de permitir que estos trabajadores estén sometidos a condiciones de jornada que perturben, dificulten o desincentiven la realización de las actividades formativas".

<sup>83</sup> De Este Parecer Sempere Navarro, A.V.: "Más medidas "urgentes..." cit.

<sup>84</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: "Medidas desesperadas de lucha..." cit. pág. 66.

Al igual que sucedía con la regulación de los precedentes contratos formativos, se encuentra a faltar en la regulación legal del contrato para la formación y el aprendizaje al menos una mención a la figura del tutor, no en vano en los sistemas de formación en alternancia con el empleo su papel es determinante para el correcto aprendizaje y desarrollo de las actividades laborales a desarrollar por el trabajador contratado en la empresa y, por extensión, para el éxito de su cualificación profesional, asegurándose de este modo que la actividad laboral desarrollada por el trabajador suponga un aprendizaje para el mismo y no una mera actividad laboral de bajo coste<sup>85</sup>. En definitiva, nos encontramos ante una actividad laboral tutelada o tutorizada. La trascendencia de la figura del tutor aconsejaría que la regulación de la misma se fijara en la propia ley y no fuera relegada, como viene siendo habitual, al desarrollo reglamentario correspondiente. Esta regulación debería contemplar como mínimo los requisitos que debe cumplir el tutor, que aseguren que la persona que ejerce esta función posea la cualificación o experiencia profesional adecuadas y cuáles son sus obligaciones en relación con el trabajador contratado para la formación y el aprendizaje, que deben comprender como mínimo la dirección, el control y la evaluación del proceso de aprendizaje del mismo. En este punto, las funciones de tutor deben encomendarse a una persona con formación suficiente, pero también con capacidad pedagógica que se supone a esta función que le permita relacionar los aspectos más teóricos de la formación con los prácticos<sup>86</sup>. El adecuado cumplimiento de estas funciones requiere una proporción adecuada de los trabajadores asignados a cada tutor.

## **5. LA DURACIÓN DEL CONTRATO: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE NECESIDADES FORMATIVAS Y DE INSERCIÓN LABORAL DEL TRABAJADOR.**

La naturaleza formativa del contrato para la formación y el aprendizaje obliga a que el mismo tenga un carácter temporal, no en vano, la cualificación profesional del trabajador contratado debe alcanzarse en un período de tiempo determinado. Por ello, una duración excesivamente dilatada del mismo supondría abandonar la finalidad formativa del contrato a favor de otras finalidades distintas más vinculadas con carácter general a la inserción laboral del traba-

<sup>85</sup> En esta dirección, Yanini Baeza, I.: “La nueva regulación...” cit. pág. 17, califica esta figura como uno de los elementos más importantes del contrato para la formación.

<sup>86</sup> Vid. García Femenía, A.M.: “El contrato de aprendizaje: entre la formación y la inserción profesional”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, 1994, pág. 41.

jador<sup>87</sup>. Siendo evidente la naturaleza temporal de este contrato, sin embargo, no existe el mismo consenso en la fijación de la duración requerida para llevar a cabo la cualificación profesional del trabajador contratado. Ello justifica que en apenas seis meses hayamos dispuesto de dos regulaciones muy distintas de la duración del contrato para la formación y el aprendizaje. La primera redacción del art. 11.2.b) ET prevista en el Real Decreto-ley 10/2011 preveía que “la duración mínima del contrato será de un año y la máxima de dos, si bien podrá prorrogarse por doce meses más, en atención a las necesidades del proceso formativo del trabajador en los términos que se establezcan reglamentariamente, o en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas de acuerdo con lo dispuesto en convenio colectivo, o cuando se celebre con trabajadores que no hayan obtenido el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria”.

Esta regulación de la duración del contrato para la formación del contrato introducía importantes novedades en relación a los precedentes contratos en formación tanto por lo que respecta a la duración mínima como a la duración máxima<sup>88</sup>. Respecto a la duración mínima se pasa de la previsión habitual de los seis meses a la actual de un año. Con toda probabilidad, con esta medida se pretendía asegurar el objetivo básico de que el trabajador obtuviera una cualificación profesional de calidad más allá de su inmediata inserción laboral, a tal efecto podría considerarse que una duración mínima del contrato de seis meses no resulta tiempo suficiente para garantizar dicha cualificación profesional.

Este criterio ha sido inicialmente asumido por el Real Decreto-ley 3/2012 que no ha modificado la duración mínima del contrato y, por tanto, la ha mantenido en un año. Ahora bien, se ha introducido una previsión que puede suponer en determinadas ocasiones la reducción de la duración mínima del contrato. A tal efecto, el art. 11.2.b) ET indica que “mediante convenio colectivo podrán establecerse distintas duraciones del contrato, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pueda ser inferior a seis meses (...)”. Se establece, por tanto, la posibilidad de que la negociación colectiva reduzca de un modo significativo la duración mínima de este contrato pudiéndose llegar incluso a una reducción del 50 por ciento, pasando de un año a seis meses, que se perfila como el mínimo absoluto de esta modalidad contractual<sup>89</sup>. Esta limitación de la duración mínima del contrato

<sup>87</sup> Ballester Pastor, M.A.: *El contrato de formación...* cit. pág. 53, considera que el establecimiento de plazos máximos constituye un mecanismo para evitar abusos por parte de los empresarios.

<sup>88</sup> Sempere Navarro, A.V.: “Más medidas “urgentes”... cit. califica estos cambios como relevantes.

<sup>89</sup> Vid. Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral...* cit. pág. 187.

para la formación y el aprendizaje, además, no se vincula a las necesidades formativas del trabajador por considerarse cubiertas en un período inferior a un año, sino que, por el contrario, se vincula a las necesidades organizativas o productivas de las empresas<sup>90</sup>. Las necesidades formativas del trabajador se postergan de este modo a las necesidades organizativas y productivas de la empresa<sup>91</sup>. En todo caso, el hecho de que el convenio colectivo sea el instrumento al que debe acudir para reducir la duración mínima del contrato debe constituir una garantía de que se velará por garantizar que la duración del contrato para la formación y el aprendizaje sea en todo caso la necesaria para asegurar una óptima cualificación profesional del trabajador contratado.

Los cambios introducidos inicialmente por el Real Decreto-ley 10/2011 en relación con la duración máxima del contrato para la formación y el aprendizaje no tenían un componente tan cuantitativo como los introducidos respecto a la duración mínima, pero sí tenían un importante alcance cualitativo. En esta dirección, se mantuvo la tradicional duración máxima de dos años ampliables hasta un límite determinado. En consecuencia, la duración de dos años parecía ser considerada como un período de tiempo lo suficientemente extenso como para que el trabajador contratado ya se encontrara plenamente cualificado profesionalmente, de modo que, con carácter general, la extensión del contrato más allá de este período de tiempo supondría un alejamiento del objeto de esta modalidad contractual que es la cualificación profesional del trabajador y, por tanto, una pérdida de la causalidad del contrato. Pese a ello, la normativa reguladora del contrato para la formación y el aprendizaje, como antes lo hicieran sus predecesores, preveía la posibilidad de prorrogar el contrato para la formación y el aprendizaje por doce meses más<sup>92</sup>. La regulación inicial de esta materia introducida por el Real Decreto-ley 10/2011, sin embargo, no se limitaba a prever la posibilidad de una prórroga de hasta un máximo de doce meses más, sino que fijaba de un modo expreso y tasado los supuestos en que la misma era posible, configurándose de este modo una prórroga causal. En particular, las causas que permitían la prórroga del contrato para la formación y

<sup>90</sup> Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 82, llama la atención sobre el hecho de que únicamente se repare en el interés empresarial y que se olvide las posibles necesidades formativas de los trabajadores.

<sup>91</sup> La enmienda núm. 485 presentada por el grupo parlamentario socialista al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral propone al efecto volver a la redacción anterior prevista en el Real Decreto-ley 10/2011. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 428.

<sup>92</sup> La posibilidad de ampliar la duración máxima de los contratos constituye una particularidad de esta tipología de contratos frente a los contratos en prácticas. Ojeda Avilés, A. y Gorelli Hernández, J.: *Los contratos de trabajo...* cit. pág. 361, consideran al respecto que esta regulación más flexible se debe al hecho de que en ambas modalidades contractuales las necesidades formativas son diferentes.

el aprendizaje eran las siguientes: a) atender a las necesidades del proceso formativo del trabajador en los términos que se establecieran reglamentariamente; b) satisfacer las necesidades organizativas o productivas de las empresas de acuerdo con lo dispuesto en convenio colectivo; y, finalmente, c) cuando el contrato se celebrara con trabajadores que no hubieran obtenido el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria.

Cada una de estos supuestos de admisión de prórroga del contrato encerraba la concreta justificación en que la misma se amparaba para admitir que el contrato se extendiera más allá de la duración máxima de dos años que de ordinario era considerada como suficiente para satisfacer los objetivos, esencialmente formativos, del contrato para la formación y el aprendizaje. En este punto, resultaban totalmente comprensibles la finalidad de atender a las necesidades del proceso formativo del trabajador en los términos que se establezcan reglamentariamente y la adecuación de la duración máxima del contrato a los supuestos en que el mismo se celebrara con trabajadores que no hubieran obtenido el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria, no en vano, en ambos supuestos la causa justificativa de la prórroga se vinculaba a la correcta satisfacción del objetivo básico de este contrato, es decir, la cualificación profesional del trabajador contratado<sup>93</sup>. Por el contrario, no se entendía que se permitiera prorrogar la duración máxima del contrato más allá de los dos años con la única finalidad de satisfacer las necesidades organizativas o productivas de las empresas, puesto que este supuesto nada tiene que ver con la cualificación profesional del trabajador. De este modo, se priorizaba una vez más la inserción laboral del trabajador frente a su cualificación profesional. En todo caso, debía valorarse positivamente que esta causa justificativa de la ampliación de la duración máxima del contrato no se dejara al exclusivo criterio del empresario sino que quedara sometida a lo que se dispusiera al efecto en el convenio colectivo<sup>94</sup>.

El Real Decreto-ley 3/2012, sin embargo, ha procedido a modificar de un modo significativo la duración máxima del contrato para la formación y el aprendizaje. A tal efecto, la redacción actual del art. 11.2.b) ET establece que “la duración mínima del contrato será de un año y la máxima de tres. No obstante, mediante convenio colectivo podrán establecerse distintas duracio-

<sup>93</sup> En esta dirección, Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de la lucha contra el desempleo...” cit. pág. 71, indica como factores que pueden justificar la ampliación permitida legalmente la importancia de la cualificación en este contrato, las horas de formación necesarias para obtener el certificado de profesionalidad o el título de Formación Profesional, el hecho de que la formación se desarrolle en alternancia con el trabajo y el limitado tiempo que el trabajador puede dedicar a la formación.

<sup>94</sup> Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral...” cit. pág. 174, valora positivamente esta intervención de la negociación colectiva en la medida en que permite flexibilizar el uso de este tipo de contrato por parte del empleador.

nes del contrato, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años”. En consecuencia, la duración máxima ordinaria del contrato ha pasado de los dos años anteriores a tres, de modo que los doce meses de prórroga extraordinaria y causal previstos en la normativa anterior se han integrado tras la reforma en la duración máxima ordinaria del contrato, de modo que una vez más con la crisis económica y las altas tasas de desempleo que la acompañan la excepcionalidad se convierte en lo normal y habitual<sup>95</sup>. Se recupera de este modo la duración máxima prevista para el antiguo contrato de aprendizaje que tantas críticas había suscitado<sup>96</sup>. No parece que esta ampliación de la duración máxima ordinaria del contrato para la formación y el aprendizaje pueda apoyarse en la mejora de la cualificación profesional del trabajador, que hasta ahora se consideraba garantizada con una duración máxima del contrato de dos años, salvo en aquellos supuestos en que por diferentes motivos podía ser necesario un período superior de hasta tres años. Más bien parece que una vez más las necesidades de inserción laboral de los jóvenes desempleados justifica que con carácter general los contratos para la formación y el aprendizaje que se formalicen con los mismos pueda extenderse hasta los tres años<sup>97</sup>.

La previsión de una duración máxima del contrato para la formación y el aprendizaje de tres años supone una homogenización de la misma para todos los casos, sin atender, como ha sido tradicional, a las características especiales que puedan plantear determinados supuestos y/o colectivos específicos. Únicamente por vía de la negociación colectiva se prevé la posibilidad de emprender una cierta adaptación de la duración máxima del contrato siempre respetando la máxima de tres años, que se configura de este modo como un máximo absoluto<sup>98</sup>. En este sentido, se prevé que mediante convenio colectivo puedan establecerse distintas duraciones del contrato, en función de las necesidades

<sup>95</sup> A tal efecto, García Romero, B. y Selma Penalva, A.: Medidas para favorecer la empleabilidad...” cit. pág. 65, señalan que con esta medida “la duración de tres años que anteriormente se planteaba como una posibilidad residual, pasa a convertirse en la regla general”.

<sup>96</sup> Entre otros, vid. Pedrajas Moreno, A.: “El contrato de aprendizaje”, *Relaciones Laborales*, núm. 5 y 6, 1994, pág. 81. El autor consideraba al respecto que la excesiva duración del contrato, unida a la edad máxima para su formalización, que entonces se fijaba en 25 años, parecía convertir a esta modalidad contractual “en un contrato de inserción profesional para jóvenes desempleados o, incluso de inserción social para jóvenes marginados”.

<sup>97</sup> La enmienda núm. 485 presentada por el grupo parlamentario socialista al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral propone al efecto volver a la redacción anterior prevista en el Real Decreto-ley 10/2011. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 428.

<sup>98</sup> Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la reforma laboral...* cit. pág. 187. Vid. también, García Romero, B. y Selma Penalva, A.: Medidas para favorecer la empleabilidad...” cit. pág. 65.

organizativas o productivas de las empresas siempre que la duración mínima del contrato no sea inferior a seis meses ni la máxima supere los tres años. Resulta admisible, por tanto, que mediante convenio colectivo de cualquier ámbito, incluido el de empresa, se prevean duraciones máximas del contrato para la formación y el aprendizaje inferiores a la ordinaria de tres años. Estas duraciones máximas inferiores previstas en el convenio colectivo deberán responder en todo caso a las necesidades organizativas o productivas de las empresas. Nuevamente, por tanto, estas necesidades empresariales pueden llegar a prevalecer sobre las necesidades formativas del trabajador<sup>99</sup>, si bien, la exigencia de que el establecimiento de duraciones distintas del contrato deba fijarse en convenio colectivo puede ayudar a objetivar y racionalizar estos supuestos.

Al igual que sucedía con el límite máximo de edad para la formalización del contrato para la formación y el aprendizaje, la duración máxima del contrato también se encuentra flexibilizada por lo previsto en el Real Decreto-Ley 14/2011, que como ya se ha indicado con anterioridad añade una nueva disposición adicional decimonovena al Estatuto de los Trabajadores, en cuya apartado segundo se prevé que “el límite de edad y de duración para los contratos para la formación y el aprendizaje establecidos en las letras a) y b) del artículo 11.2, no será de aplicación cuando se suscriban en el marco de las acciones y medidas establecidas en la letra d) del artículo 25.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo”.

Nada se prevé en el art. 11.2 ET sobre el régimen de prórrogas del contrato de trabajo por lo que deberá estarse al desarrollo reglamentario de la materia. En este punto, nada parece oponerse a que esta materia siga las pautas previstas en el art. 19 del Real Decreto 488/1998, de modo que los contratos para la formación y el aprendizaje que se hubieran formalizado por una duración inferior a la máxima establecida legal o convencionalmente puedan prorrogarse hasta dos veces, sin que la duración total del contrato pueda exceder de la citada duración máxima<sup>100</sup>. Asimismo, la duración de cada prórroga no podrá ser inferior a la duración mínima del contrato establecida legal o convencionalmente. Aunque nada se prevea al respecto, la naturaleza del contrato implica que la prórroga del contrato debe conllevar también la prórroga de la actividad formativa<sup>101</sup>.

Con el ánimo de solventar esta falta de previsión sobre las prórrogas del contrato para la formación y el aprendizaje y las dudas interpretativas que de la misma se pudieran derivar, la enmienda 623 presentada por grupo parla-

<sup>99</sup> Camps Ruiz, L.M.: “Contratación, formación...” cit. pág. 82, indica al respecto que “la duración “personalizada” del contrato de formación no se vincula a las posibles especialidades del proceso de formación, sino a las “necesidades organizativas o productivas de las empresas”.

<sup>100</sup> Gárate Castro, J.: “El nuevo régimen jurídico...” cit. pág. 905, considera aplicable el régimen de prórrogas previsto en esta norma hasta que el mismo sea modificado.

<sup>101</sup> Vid. Herraiz Martín, M.S.: “El contrato para la formación...” cit. pág. 6.

mentario popular en el Congreso al Proyecto de ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral pretende introducir la siguiente previsión al respecto: “En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, hasta por dos veces, sin que la duración de cada prórroga pueda ser inferior a seis meses y sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima”<sup>102</sup>.

Finalmente, como ya viene siendo habitual en la regulación de esta tipología de contratos, el art. 11.2.b) *in fine* ET establece una regla específica sobre el cómputo de la duración de los contratos para la formación y el aprendizaje al establecer que “las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad interrumpirán el cómputo de la duración del contrato”. Esta previsión resulta del todo razonable si se tiene en cuenta que estos períodos no únicamente afectan a la actividad laboral que desarrolla el trabajador en la empresa, sino también a las actividades formativas, de modo que de no interrumpirse el cómputo de la duración del contrato en estos supuestos podría cumplirse la duración máxima del contrato sin que se hubiera alcanzado la cualificación profesional requerida y, en consecuencia, se frustraría de este modo el objeto básico de esta modalidad contractual. Se prima de este modo la garantía del proceso formativo del contrato para la formación y el aprendizaje frente a otros intereses vinculados a la organización empresarial que pudieran concurrir<sup>103</sup>.

Habiéndose fijado una duración máxima del contrato para la formación y el aprendizaje, cabe plantearse qué sucede cuando la misma ya se ha cumplido. En este punto, el art. 11.2.c) ET establece que “expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero sí para una distinta”. Resulta del todo lógico que si el objeto del contrato para la formación y el aprendizaje consiste en la cualificación profesional del trabajador contratado, expirada la duración máxima del mismo, ahora fijada en tres años, dicho trabajador ya deba presumirse cualificado profesionalmente y, por tanto, no pueda formalizar un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje con la misma o distinta empresa para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, no en vano, este nuevo contrato carecería de objeto, que es precisamente la cualificación profesional de la que el trabajador ahora ya dispone.

<sup>102</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 503.

<sup>103</sup> Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 83, indica que esta previsión supone “una garantía imprescindible para evitar situaciones de precariedad”.

Más discutible resulta, por el contrario, determinar si debe admitirse que el trabajador que ya ha agotado la duración de un contrato para la formación y el aprendizaje y, por tanto, ha obtenido la cualificación profesional aparejada al mismo, pueda suscribir un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje para otra actividad u ocupación y, por tanto, para poder acceder a una cualificación profesional distinta. Pues bien, no cabe duda que la redacción actual del precepto, incorporada mediante Real Decreto-ley 3/2012, admite dicha posibilidad al establecer que el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad contractual por la misma o distinta empresa para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero sí para una distinta, habilitándose de este modo lo que se ha denominado como “contratos formativos de múltiples aprendizajes”<sup>104</sup>. Recuérdese al respecto que la redacción inicial del art. 11.2 c) ET se limitaba a prever que “expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa”, sin hacer ninguna mención, por tanto, a la posible contratación mediante esta modalidad contractual para otra actividad laboral u ocupación<sup>105</sup>.

La opción adoptada en este punto por el legislador supone dejar de lado el criterio según el cual la prohibición de formalizar un nuevo contrato una vez expirada la duración máxima del contrato constituía una prohibición formulada en términos absolutos, de modo que agotada la duración máxima del contrato formativo, el trabajador no podía volver a ser contratado en ningún caso bajo esta modalidad contractual, ni para la misma ni para otra profesión u oficio<sup>106</sup>, adoptándose, por el contrario, el criterio según el cual la prohibición de formalizar en estos supuestos un nuevo contrato no impide que se pueda realizar un contrato para otra actividad laboral u ocupación<sup>107</sup>. Tras la nueva redacción del art. 11.2.c) ET introducida por el Real Decreto-ley 3/2012 nos encontramos, por tanto, ante una prohibición formulada en términos relativos, puesto que únicamente alcanza a la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero no a otras distin-

<sup>104</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: “De las “reformas laborales...” cit. pág. 48.

<sup>105</sup> La enmienda núm. 485 presentada por el grupo parlamentario socialista al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral propone al efecto volver a la redacción anterior prevista en el Real Decreto-ley 10/2011. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 428.

<sup>106</sup> Vid., entre otros, Prados De Reyes, F. y Cabrera Fernández, J.A.: “Contratos para la formación” en Ojeda Avilés (Coord.): *Modalidades de contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 47 y Ojeda Avilés, A. y Gorelli Hernández, J.: *Los contratos de trabajo...* cit. pág. 351.

<sup>107</sup> De esta opinión, Prado Laguna, J.L.: “Los aspectos formativos...” cit. pág. 82. Vid. también sobre esta posibilidad Cardenal Carro, M.: “El “nuevo” contrato...” cit. y Tarancón Pérez, E. y Romero Ródenas, M.J.: *Modalidades de contratación...* cit. pág. 127.

tas<sup>108</sup>. En este último supuesto, ni tan siquiera se impide que el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje que tenga por objeto otra actividad laboral u ocupación se formalice en la misma empresa en la que ya se había formalizado el contrato anterior, dándose la paradoja de que el trabajador no podrá concertar un contrato en prácticas en base a un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación y el aprendizaje celebrado anteriormente con la misma empresa (art. 11.1.c) ET), pero sí podrá formalizar con la misma empresa un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje para distinta actividad laboral u ocupación.

La mera existencia de esta previsión parte del reconocimiento de un fracaso, puesto que presupone que el trabajador que previamente ha formalizado el contrato para la formación y el aprendizaje y ha obtenido la cualificación profesional correspondiente no ha conseguido insertarse con posterioridad en el mercado laboral y, por tanto, es necesario que el mismo formalice un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje para obtener una nueva cualificación profesional que esta vez sí le permita incorporarse al mercado de trabajo. No parece, por el contrario, que esta opción esté pensando en quien habiendo obtenido una cualificación profesional y pudiendo incorporarse al mercado de trabajo pretenda con posterioridad cambiar de profesión u oficio mediante la obtención de una cualificación profesional distinta a través de la formalización de un contrato para la formación y el aprendizaje.

En definitiva, esta medida pone definitivamente en evidencia como la finalidad de lucha contra el desempleo y de inserción laboral del joven desempleado prevalece sobre la función formativa, puesto que con independencia de que el trabajador contratado haya ya obtenido una determinada cualificación profesional, se permite que el mismo pueda encadenar sucesivos contratos para la formación y el aprendizaje para otras actividades u ocupaciones distintas<sup>109</sup>. Si tenemos en cuenta que actualmente se pueden formalizar estos contratos desde los 16 hasta los 30 años podemos encontrarnos con trabajadores que se mantengan durante todo este período con contratos para la formación y el aprendizaje con la inaceptable precarización de las condiciones laborales que

<sup>108</sup> Vid. Camps Ruiz, L.M.: “Contratación, formación...” cit. 83. Vid. también Gárate Castro, J: “El nuevo régimen jurídico...” cit. pág. 906.

<sup>109</sup> García Romero, B. y Selma Penalva, A.: Medidas para favorecer la empleabilidad...” cit. pág. 66, consideran que “se trata de una previsión lógica, dado que si lo perseguido es potenciar al máximo la formación profesional de los trabajadores como elemento clave que garantice su futura empleabilidad, el contrato para la formación y el aprendizaje puede ser la herramienta apropiada para conseguir que esta especialización se complete, permitiendo que el trabajador acceda a un proceso de perfeccionamiento profesional en distintas actividades u ocupaciones, lo que ampliará en el futuro su abanico de posibilidades de contratación”.

ello supone<sup>110</sup>. Asimismo, en el caso de las personas con discapacidad se podrían mantener en esta situación permanentemente puesto que no hay límite de edad<sup>111</sup>.

La enmienda núm. 623 presentada por el grupo parlamentario popular al Proyecto de ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral pretende incorporar una nueva redacción en este punto con la intención de efectuar una mejor definición de los casos en que es posible la sucesiva realización por un mismo trabajador de contratos para la formación y el aprendizaje. A tal efecto, la redacción final que se propone al respecto sería la siguiente: “expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional”<sup>112</sup>. En consecuencia, la realización sucesiva de contratos para la formación y el aprendizaje por un mismo trabajador únicamente será posible cuando los sucesivos contratos tengan por objeto la obtención de una cualificación profesional distinta a la asociada al contrato o a contratos anteriores.

## **6. RETRIBUCIÓN DEL TRABAJADOR EN FORMACIÓN Y APRENDIZAJE: UN SALARIO A LA BAJA.**

El art. 11.2.g) ET establece que “la retribución del trabajador contratado en formación y aprendizaje se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo. En ningún caso, la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”. A partir de este enunciado se desprende

<sup>110</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E.: “La nueva reforma...” cit. pág. 14, mantienen que “ello tiene el peligro de colocar a los jóvenes durante seis o incluso nueve años en la situación de aprendices en sucesivos contratos para distintas actividades”. En la misma dirección, Molina Navarrete, C.: “De las “reformas laborales...” cit. pág. 48, pone de manifiesto que con esta medida “queda claro que no le importaría al Gobierno fomentar que un mismo trabajador pueda estar cubriendo todos y cada uno de los puestos de una misma o distinta empresa a través del encadenamiento de contratos formativos”. Igualmente, Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 84, indica que con esta medida se corre el riesgo de que los trabajadores jóvenes puedan verse abocados a encadenar contratos de esta modalidad con todas sus limitaciones –retributivas y de otras condiciones de trabajo–, lo que se agrava al incrementarse de forma indefinida la edad máxima de referencia hasta los veintinueve años.

<sup>111</sup> Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E.: “La nueva reforma...” cit. pág. 14.

<sup>112</sup> Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A. Proyecto de Ley núm. 4-6, de 27 de abril de 2012, pág. 503.

que la regulación de la retribución correspondiente al trabajador contratado en formación y aprendizaje mantiene la tradicional remisión de esta materia a la negociación colectiva, si bien, la condiciona a que la misma sea fijada en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En otros términos, el convenio colectivo a la hora de fijar la retribución correspondiente a este colectivo deberá tomar en consideración que una parte de la jornada de trabajo se dedica a actividades formativas y otra parte a actividad laboral retribuida en una empresa, no siendo retribuido, por tanto, el tiempo dedicado a las primeras. A partir de estas premisas, lo más habitual debería ser que la referencia salarial del convenio a este colectivo se efectuara en función del sistema de clasificación profesional aplicable en la empresa, de modo que el salario del trabajador se estableciera tomando dicha referencia en proporción al tiempo de trabajo efectivo, que será, como máximo, el 75 por ciento durante el primer año y el 85 por ciento durante el segundo y tercer año de la jornada habitual en la actividad<sup>113</sup>. Una vez más, esta figura se aproxima de este modo al contrato a tiempo parcial.

La regulación de la retribución del trabajador contratado en formación y aprendizaje incorpora, sin embargo, un importante límite a la autonomía colectiva en la medida que se establece que la retribución fijada por la misma, en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo<sup>114</sup>. Es en este punto donde el contrato para la formación y el aprendizaje previsto por el Real Decreto-ley 10/2011 se aleja de un modo más significativo de la regulación del contrato en formación introducida por el Real Decreto-ley 10/2010 y mantenida por la Ley 35/2010, que rompiendo con la tradición anterior, pasó a fijar una retribución mínima para el trabajador en formación distinta para el primer y el segundo año de vigencia del contrato. A tal efecto, siendo la retribución del trabajador contratado para la formación durante el primer año la fijada en convenio colectivo, la misma no podía ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo, mientras que durante el segundo año, la retribución fijada en convenio colectivo no podría ser en ningún caso inferior al salario mínimo interprofesional, con independencia al tiempo dedicado a la formación teórica. Ello suponía que el tiempo dedicado a la formación únicamente fue-

<sup>113</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 75. El autor considera que lo que no resulta posible es excluir a los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje del convenio colectivo, fijando de manera unilateral y uniforme el salario de estos trabajadores de acuerdo con el salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

<sup>114</sup> Esta redacción evita antiguas polémicas suscitadas en torno al papel que el límite mínimo del salario mínimo interprofesional jugaba respecto a la negociación colectiva, puesto que podía entenderse que dicha cuantía sólo operaba en defecto de convenio, de modo que la negociación colectiva podía establecer cuantías inferiores al mismo. Sobre esta problemática vid. Prados De Reyes, F. y Cabrera Fernández, J.A.: “Contratos...” cit. págs. 66 y 67.

ra relevante a efectos de determinar la retribución efectiva durante el primer año<sup>115</sup>. La justificación de este nuevo régimen retributivo radicaba, con toda probabilidad, en la consideración de que una vez superado el primer año del contrato de formación, el componente formativo cede protagonismo ante el mayor rendimiento productivo del trabajador y ello debe verse correspondido y materializado de algún modo en la retribución<sup>116</sup>.

El contrato para la formación y el aprendizaje, por el contrario, vuelve a establecer una retribución mínima común para todos los trabajadores contratados mediante esta modalidad contractual, con independencia de que se encuentren en la primera, segunda o tercera anualidad del contrato, estableciéndose al respecto que esta retribución en todos estos casos no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Ya no se garantiza, por tanto, que durante el segundo y tercer año de contratación el trabajador perciba una cantidad mínima igual al salario mínimo interprofesional, de modo que es posible y ciertamente probable que el mismo acabe recibiendo durante la segunda y tercera anualidad de vigencia del contrato una retribución inferior al salario mínimo interprofesional, siempre que esta reducción del salario mínimo interprofesional sea proporcional al tiempo dedicado a las actividades formativas.

Esta nueva configuración de la retribución mínima que pueden percibir los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje es heredera, sin lugar a dudas, de la coyuntura de crisis económica y de altas tasas de desempleo en que esta modalidad contractual ha visto la luz, lo que ha obligado a que la misma posibilite una retribución menor del trabajador en aras a hacer esta modalidad contractual más atractiva para los empresarios y, por extensión, mejorar su función como instrumentos de inserción laboral de los jóvenes desempleados<sup>117</sup>. Esta circunstancia, sin embargo, no casa muy bien con la

<sup>115</sup> Camps Ruiz, L.M.: “La reforma de los contratos formativos en la Ley 35/2010”, en Alfonso Mellado, C.L.; Blasco Pellicer, A.; Camps Ruiz, L.M. y Goerlich Peset, J.M.: *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 195, llamaba la atención al respecto sobre la circunstancia de que este nuevo tratamiento de la retribución en el contrato en formación podía producir una concentración de dicha formación en el primer año, frente a otras opciones de distribución del tiempo de formación a lo largo de la duración del contrato.

<sup>116</sup> Vid. Fernández Márquez, O. y Martínez Moreno, C.: “Medidas para favorecer el empleo de los jóvenes...” cit. pág. 350 y Vila Tierno, F.: “El contrato...” cit. pág. 129.

<sup>117</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 76. Este efecto es justamente el inverso al pretendido por la regulación de esta materia introducida en el Real Decreto-ley 10/2010 y Ley 35/2010 que precisamente pretendía hacer más atractivo este contrato para los jóvenes, a través de la mejora del salario a partir del segundo año, al eliminar la posibilidad existente con anterioridad de limitarlo en proporción al tiempo dedicado a la formación teórica. En esta dirección, vid. Segoviano Astaburuaga, M.L.: “Los contratos formativos”, en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R.: *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 386 y Vila Tierno, F.: “El contrato...” cit. pág. 104.

rotunda afirmación contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 10/2011 de que se trata de un contrato “con plenos derechos laborales”, manteniendo, por el contrario, a este colectivo en el ámbito de la precariedad laboral. Con el mantenimiento tras el Real Decreto-ley 3/2012 de esta regulación en materia salarial se ha renunciado a introducir elementos que servirían para reforzar la posición de los trabajadores y compensar de esa forma otras modificaciones claramente escoradas hacia el lado empresarial<sup>118</sup>.

## 7. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE TRABAJADOR EN FORMACIÓN Y APRENDIZAJE

El art. 11.2.h) ET establece que “la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial”. La acción protectora de la Seguridad Social prevista para esta modalidad contractual es idéntica, por tanto, a la dispensada para el contrato para la formación tras el Real Decreto-ley 10/2010, que rompiendo con una larga tradición en esta materia amplió la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social a los trabajadores contratados en formación incluyendo también la hasta ese momento excluida protección por desempleo, lo que vino a suponer la práctica equiparación de este colectivo al resto de trabajadores en materia de acción protectora de la Seguridad Social. Sin lugar a dudas, el acceso a la protección por desempleo a la finalización de estos contratos contribuye a dignificar esta modalidad contractual y, por extensión, a hacerla más atractiva para los trabajadores<sup>119</sup>.

Esta regulación de la acción protectora de la Seguridad Social dispensada al trabajador que ha formalizado un contrato para la formación y el aprendizaje justifica, al menos en parte, la contundente declaración recogida en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 10/2011 de que nos encontramos ante un contrato de trabajo con plenos derechos de protección social. Debe valorarse positivamente que el contexto de crisis económica y altas tasas de desempleo no haya servido de excusa para restablecer la situación anterior y, por tanto, volver a excluir de la protección por desempleo a este colectivo, precarizándolo-

<sup>118</sup> Vid. Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 85.

<sup>119</sup> Vid. Fernández Márquez, O.L. y Martínez Moreno, C.: “Medidas para fortalecer el empleo de los jóvenes...” cit. pág. 351. Vid. también, Lahera Forteza, J.: “La reforma de la contratación...” cit. pág. 119, GÁRATE CASTRO, J.: “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2011 y Cabeza Pereiro, J.: “Sobre los contratos formativos...” cit. pág. 18.

la aún más si cabe<sup>120</sup>. Por lo demás, el tratamiento dispensado a estos trabajadores en ningún caso debería ser otro, no en vano, no se observa ninguna razón objetiva que justifique un sistema de protección menor para este colectivo, salvo que se admita que la opción del legislador por dispensar a este colectivo una protección social menor encuentra su justificación en la configuración de esta modalidad contractual como una medida activa de empleo que se apoya en la reducción a favor del empresario de los costes laborales del trabajador<sup>121</sup>. En cualquier caso, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, el coste de esta ampliación de la acción protectora de los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje ha sido asumido básicamente por el sistema, puesto que ni el trabajador ni el empresario han acabado asumiendo efectivamente el coste de la misma<sup>122</sup>.

En cualquier caso, tampoco puede afirmarse con rotundidad que el tratamiento dispensado en materia de protección social a los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje se haya equiparado plenamente al del resto de trabajadores, puesto que aún existen importantes especialidades en materia de cotización que inevitablemente repercuten en la cuantía muy reducida de las prestaciones a las que los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje tienen derecho<sup>123</sup>. Recuérdese en este punto que de conformidad con la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 10/2011 la cotización a la Seguridad Social y demás contingencias protegidas del contrato para la formación y el aprendizaje se mantiene en los mismos términos previstos con anterioridad para el contrato para la formación.

<sup>120</sup> Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 85, celebra que la acción protectora de los trabajadores que suscriben un contrato para la formación y el aprendizaje no se haya visto recortada por el Real Decreto-ley 3/2012.

<sup>121</sup> En esta dirección, Vila Tierno, F.: “El contrato...” cit. pág. 363, indicaba en relación con la privación en los contratos para la formación de la protección por desempleo que “nos encontrábamos ante una reducción del régimen de protección del trabajador, que parece que únicamente encontraba justificación como medida activa de empleo, que opta por la reducción de los costes. Pero, aunque el art. 41 CE permita una configuración flexible de la prestación por desempleo, lo que no parece es acorde con el principio de igualdad del art. 14 CE, por no existir justificación objetiva y razonable suficiente para dejar a este colectivo precario, y no a otro, en una clara situación de desigualdad. Es por ello de agradecer la reforma operada en el sentido citado”.

<sup>122</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral...” cit. pág. 174.

<sup>123</sup> Ojeda Avilés, A. y Gorelli Hernández, J.: *Los contratos de trabajo...* cit. pág. 370, consideran que este modo de cálculo de las prestaciones sitúa a estos trabajadores en una situación de infraprotección, puesto que supone una notoria disminución de las cuantías de las prestaciones que les corresponden.

## 8. INCENTIVOS A LA FORMALIZACIÓN DE CONTRATOS PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE Y A SU TRANSFORMACIÓN EN CONTRATOS INDEFINIDOS

Siendo uno de los principales problemas que planteaban los anteriores contratos en formación el escaso recurso a los mismos por parte de los empresarios y trabajadores, no resulta extraño que junto con la adopción de aquellas medidas dirigidas a hacer el contrato para la formación y el aprendizaje más atractivo para empresarios y trabajadores, el Real Decreto-ley 10/2011 introdujera diferentes incentivos dirigidos a fomentar el uso de esta modalidad de contratación<sup>124</sup>. En desarrollo de este objetivo, el art. 2 del Real Decreto-ley 10/2011 procedió a regular diferentes reducciones de cuotas en los contratos para la formación y el aprendizaje, lo cual pone de manifiesto que ni el propio legislador cree que la flexibilización y simplificación de esta modalidad contractual, así como todas las medidas dirigidas a hacerla más atractiva para los empresarios, vayan a ser suficientes para incrementar el recurso a la misma. A pesar de que el Real Decreto-ley 3/2012 ha mantenido la voluntad de incentivar el recurso a este contrato, así como también, en lo esencial, las medidas adoptadas para ello en el Real Decreto-ley 10/2011, ha procedido a introducir algunas modificaciones, para lo cual ha derogado el art. 2 del Real Decreto-ley 10/2011 estableciendo una nueva regulación al respecto<sup>125</sup>.

Las reducciones de cuotas en los contratos para la formación y el aprendizaje recogidas actualmente en el art. 3 del Real Decreto-ley 3/2012 van dirigidas a los contratos de esta tipología que se celebren a partir de la entrada en vigor de esta norma, siempre que los mismos se formalicen con desempleados inscritos en la oficina de empleo. La redacción inicial del Real Decreto ley 3/2012 exigía que la inscripción en la oficina de empleo se hubiera producido con anterioridad al 1 de enero de 2012. La finalidad perseguida por esta exigencia no era otra que la de evitar un incremento del desempleo registrado para poder acceder a los incentivos previstos y, por tanto, tener más posibilidades de ser contratados por el empresario a través de esta modalidad contractual. Esta previsión, sin embargo, ha sido suprimida por vía de la corrección de errores del Real Decreto-ley 3/2012 publicada en el BOE de 18 de febrero de 2012.

<sup>124</sup> El incentivo de la utilización de los contratos de formación ha sido una constante. Sobre el tratamiento de esta materia con anterioridad al Real Decreto-ley 10/2011 y al Real Decreto-ley 3/2012, vid. Marín Arce, J.I.: “La reforma laboral: medidas de fomento del empleo para jóvenes y desempleados”, en Moreno Gené, J. y Solé Puig, A.: *Las reformas laborales del 2010*, Huygens Editorial, Barcelona, 2012, págs. 97 y ss.

<sup>125</sup> Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 92, indica que esta nueva regulación merece una valoración más negativa que la regulación anterior por dos motivos: “los aspectos discutibles de la regulación anterior que no corrige y las inapropiadas modificaciones que introduce”.

La eliminación de esta exigencia debe valorarse positivamente puesto que la misma suponía un claro perjuicio para los que se hubieran inscrito con posterioridad al 1 de enero de 2012 que al no poder acceder a los beneficios previstos por la norma hubieran visto limitadas sus posibilidades de contratación<sup>126</sup>.

A diferencia de lo que sucedía con la regulación anterior de esta materia introducida por el Real Decreto-ley 10/2011, que limitaba el acceso a estos incentivos a los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos hasta una fecha determinada –el 31 de diciembre de 2013–, los incentivos ahora previstos en el Real Decreto-ley 3/2012 no tienen un límite temporal, de modo que podrá accederse indefinidamente a los mismos con independencia del momento de formalización del contrato. Asimismo, el Real Decreto-ley 3/2012 no exige para acceder a los beneficios previstos por la norma que los trabajadores desempleados contratados tengan una edad mínima determinada, a diferencia de lo previsto por el Real Decreto-ley 10/2011 que exigía que los mismos fueran mayores de 20 años de edad<sup>127</sup>. A tal efecto, se había indicado que “aún cuando el contrato puede concertarse con trabajadores mayores de dieciséis años, no se incentiva la contratación de estos trabajadores, los cuales deberían completar su formación en el ámbito del sistema educativo antes de incorporarse al mercado laboral”<sup>128</sup>. A pesar de estos argumentos, el Real Decreto-ley 3/2012 sí incentiva ahora la contratación mediante el contrato para la formación y el aprendizaje con independencia de la edad del trabajador.

Para los supuestos en que se cumplan los requisitos expuestos, el Real Decreto-ley 3/2012 prevé que las empresas tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluida la prórroga, a una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos. A tal efecto, la reducción prevista por el Real Decreto-ley 3/2012 es la misma ya contemplada por el Real Decreto-ley 10/2011 y que depende del tamaño de la plantilla de la empresa, a saber, del 100 por cien si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por cien, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esta cifra. Asimismo, se prevé que en estos supuestos los trabajadores verán reducida el 100 por cien de las cuotas que les corresponden durante toda la vigencia del contrato incluida la prórroga.

<sup>126</sup> Sobre los inconvenientes que podía provocar esta exigencia vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 75.

<sup>127</sup> Vid. Camps Ruiz, L.M.: “Contratación, formación...” cit. pág. 93 y Gárate Castro, J: “El nuevo régimen jurídico...” cit. pág. 908.

<sup>128</sup> Vid. Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo...” cit. pág. 75. En la misma dirección, Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 92.

La nueva regulación de esta materia introducida por el Real Decreto-ley 3/2012, sin embargo, ha procedido a suprimir la anterior exigencia contenida en el Real Decreto-ley 10/2011 para tener derecho a ambas reducciones, consistente en que el contrato para la formación y el aprendizaje debía suponer un incremento de la plantilla de la empresa<sup>129</sup>. A tal efecto, se preveía que para el cómputo de dicho incremento debía aplicarse lo establecido en el art. 1.9 del Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas. Con toda seguridad la eliminación de esta previsión va a facilitar mucho el acceso a estas reducciones de las cuotas de los contratos para la formación y el aprendizaje puesto que la exigencia anterior debido su complejidad podía plantear en determinados supuestos problemas de seguridad jurídica, si bien, ello supone eliminar la vinculación entre las reducciones previstas en esta norma y la exigencia de un incremento real de la plantilla de la empresa. Con esta medida se eleva, por tanto, el riesgo de provocar un efecto sustitución en la plantilla, de modo que el empresario extinga otros contratos de trabajo y los sustituya por contratos formativos que se beneficien de las reducciones indicadas, poniéndose una vez más de manifiesto que las mismas no pretenden tanto el incremento del empleo, sino el fomento del empleo juvenil<sup>130</sup>.

En todo caso, conviene recordar que la reforma de esta materia llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2012 únicamente será de aplicación a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor de esta norma y no a los contratos celebrados con anterioridad, de modo que no deberán reconocerse ahora deducciones de cuotas empresariales a aquellos contratos que no pudieron acceder a las mismas de conformidad con la regulación anterior de la materia, básicamente, por razón de la edad del trabajador contratado o por no suponer incremento de plantilla<sup>131</sup>.

Ni inicialmente el Real Decreto-ley 10/2011, ni actualmente el Real Decreto-ley 3/2012 se han limitado a incentivar la contratación de trabajadores mediante la modalidad contractual del contrato para la formación y el aprendizaje, sino que, como no podía ser de otro modo, también se han marcado como objetivo fomentar la transformación de estos contratos en contratos indefinidos. Con esta finalidad, el art. 11.3 ET prevé que en la negociación colectiva puedan establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos

<sup>129</sup> Sempere Navarro, A.V.: “Más medidas “urgentes”... cit. llamaba la atención sobre el hecho de que solo si la empresa obtenía la reducción de las cuotas por cumplir esta exigencia, el trabajador quedaba exento también de cotizar.

<sup>130</sup> Sobre esta posibilidad vid. Molina Navarrete, C.: “De las “reformas laborales”... cit. pág. 31 y 32. Vid. también, Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 93.

<sup>131</sup> Vid. Gárate Castro, J.: “El nuevo régimen jurídico...” cit. pág. 909.

en contratos por tiempo indefinido<sup>132</sup>. Asimismo, con la voluntad de potenciar esta posibilidad, el art. 3 del Real Decreto-ley 3/2012 prevé que “las empresas que transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje, cualquiera que sea la fecha de celebración, tendrán derecho a una reducción de la cuota empresarial a la seguridad Social de 1.500 euros por año, durante tres años. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros por año”. Las cuantías previstas para la transformación de los contratos para la formación y el aprendizaje en indefinidos, que a partir de ahora podrá realizarse en cualquier momento de la vida del mismo, y no únicamente a su finalización, reproducen las ya contempladas en el Real Decreto-ley 10/2011 y suponen un importantísimo incremento respecto a las bonificaciones previstas para estos supuestos con anterioridad a estas normas, lo cual sin lugar a dudas debe redundar en una mayor eficacia de esta medida, en tanto que puede ayudar a inclinar la decisión empresarial de contratar indefinidamente a este colectivo frente a otros que, o bien no tienen previstos incentivos para su contratación indefinida o, aún teniéndolos, son de cuantía inferior<sup>133</sup>. Pese a todo, será la situación económica la que en última instancia va a impulsar o no esta conversión de los contratos para la formación y el aprendizaje en contratos indefinidos<sup>134</sup>.

A diferencia de lo que sucedía con lo previsto en el Real Decreto-ley 10/2011 que limitaba la aplicación de los beneficios previstos para el supuesto de conversión de contratos para la formación y el aprendizaje a los formalizados hasta una determinada fecha, el Real Decreto 3/2012 no establece ninguna limitación al respecto, extendiendo dichos beneficios a todos los supuestos de transformación en indefinidos de los contratos para la formación y el aprendizaje “cualquiera que sea la fecha de su celebración”. Asimismo, al igual que sucedía en relación con las reducciones de cuotas en los contratos para la formación y el aprendizaje, se ha eliminado la exigencia contenida en el Real Decreto-ley 10/2011 de que la transformación del contrato para la formación y el aprendizaje en un contrato indefinido debía suponer un incremento del nivel de empleo fijo en la empresa, para lo cual debía aplicarse la misma regla del Real Decreto-ley 1/2011, pero computando en el período de referencia

<sup>132</sup> Sobre las distintas posibilidades que ofrece la negociación colectiva en este ámbito, vid. Sempere Navarro, A.V. y Nicolás Franco, A.: “Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, págs. 123 a 149.

<sup>133</sup> García Romero, B. y Selma Penalva, A.: Medidas para favorecer la empleabilidad...” cit. pág. 76, llaman la atención en que estos incentivos son notablemente más importantes que los previstos a la hora de potenciar la transformación en indefinidos de otro tipo de contratos temporales.

<sup>134</sup> Sobre el limitado papel de los incentivos para la contratación frente a la evolución económica vid. Pérez del Prado, D.: *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

únicamente los contratos indefinidos. Nuevamente se opta por incentivar la transformación en indefinidos de estos contratos sin exigir que ello suponga necesariamente un incremento real del nivel de empleo fijo en la empresa<sup>135</sup>.

La regulación de la reducción de cuotas introducidas en los contratos para la formación y el aprendizaje introducida por el Real Decreto-ley 3/2012 ha recuperado la referencia expresa al carácter supletorio en esta materia de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que se había omitido en el Real Decreto-ley 10/2011. A tal efecto, el art. 3 del Real Decreto-Ley 3/2012 establece que “en lo no previsto en este artículo, será de aplicación lo establecido en la sección I del capítulo I de la Ley 43/2006”<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Suárez Corujo, B.: “La (pen)última modificación del contrato...” cit. pág. 93 también se manifiesto muy crítico al respecto.

<sup>136</sup> Gárate Castro, J: “El nuevo régimen jurídico...” cit. pág. 909, pone de manifiesto que “sin perjuicio de los problemas que plantea la general e imprecisa remisión que hace este precepto a esa parte de la citada ley, parece que habrá que estar a lo dispuesto por ésta en relación con los requisitos de los beneficiarios (art. 5), exclusiones (art. 6), concurrencia, cuantía máxima, incompatibilidad y mantenimiento de las bonificaciones (arts. 7 y 8) y reintegro de los beneficios (art. 9).



# REFLEXIONES SOBRE EL AUMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS POR LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL: GARANTÍAS Y AUSENCIAS DESDE LA ÓPTICA DE LA FLEXISEGURIDAD

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Alcalá

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Empresas de Trabajo Temporal, cesión de trabajadores

La reforma laboral de 2012 ha avanzado en el proceso de liberalización de las empresas de trabajo temporal como empresas de servicios, con el fin de atajar los problemas derivados de la crisis económica y responder a las altas tasas de desempleo. Dicha reforma amplía significativamente el margen de actuación de las empresas de trabajo temporal, que pueden desarrollar las labores propias de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, lo que exceptúa la exigencia de su tradicional actividad exclusiva de cesión temporal de trabajadores. Esto conlleva una verdadera reconversión empresarial, que permite a las empresas de trabajo temporal presentarse en el mercado de trabajo como agencias integrales de empleo. Sin duda, la mejora del estatuto del trabajador en misión y el aumento del protagonismo de las agencias de colocación han sido las claves de esta nueva fase de liberalización de las empresas de trabajo temporal. En relación al estatuto del trabajador en misión, la reforma laboral de 2010 supuso un debilitamiento de las empresas de trabajo temporal y ello debido al aumento del coste empresarial ligado a la equiparación de condiciones de trabajo y empleo. En contrapartida a dichos cambios las empresas de trabajo temporal demandaron y, finalmente, han conseguido un margen de actuación mucho más amplio en el ámbito de la intermediación laboral.

## ABSTRACT

**Key Words:** Temporary work agencies, placement of workers

The 2012 labour law reform has liberalized the temporary work agencies as services companies with the aim to tackle problems caused by the economic crisis and try to overcome the increasing unemployment rates. Such reform extends the margin that his type of private agencies have, that is, they can act as a private placement-agencies making profit leaving apart the typical traditional profile of providing temporary workers. This is a real business transformation because temp-work companies act in the labour market as full employment agencies. Without a doubt, as part of this liberalization process we can highlight the changes in the Workers' Statute are in favour of these changes allowing a more protagonist role for placement agencies and ample their room to operate. In relation to the Workers' Statute, the 2010 labour reform weakened the position of temporary work agencies due to business' costs that were bond to make equal working and employment conditions. To react to this, temporary work agencies were against these measures, so, finally they have achieved a quite ample margin to operate in employment intermediation.

## ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: UNA MIRADA RETROSPECTIVA AL ESTATUTO DEL TRABAJADOR EN MISIÓN EN EL ACTUAL CONTEXTO REFORMISTA
2. EL AUMENTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN: UN CONTRAPESO EN CLAVE DE FLEXISEGURIDAD
3. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS EN SUS CONDICIONES BÁSICAS DE TRABAJO Y EMPLEO
4. ASPECTOS RELATIVOS A LA EQUIPARACIÓN SALARIAL: PRINCIPALES PROBLEMAS APLICATIVOS
5. PROBLEMAS RELATIVOS AL MODELO DE CONTRATACIÓN LABORAL: EL IMPACTO DE LOS INTENTOS DE REDUCIR LA CONTRATACIÓN TEMPORAL
6. LAS CONDICIONES DE ACCESO AL EMPLEO EN LAS EMPRESAS USUARIAS: EL DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE LAS VACANTES
7. LA PROMOCIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL: GARANTÍA DE EMPLEABILIDAD
8. LA EXTENSIÓN PROGRESIVA A OTRAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO
9. DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN: UN CLARO EJEMPLO DE PRECARIEDAD LABORAL
10. EL TRATAMIENTO DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES Y EL REFORZAMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR

### **1. PLANTEAMIENTO GENERAL: UNA MIRADA RETROSPECTIVA AL ESTATUTO DEL TRABAJADOR EN MISIÓN EN EL ACTUAL CONTEXTO REFORMISTA**

El proceso de reformas laborales ha conferido un nuevo papel a las empresas de trabajo temporal (ETT), otorgándoles una importante misión en el mercado de trabajo con el pretendido objetivo del fomento del empleo. Especialmente la reforma laboral de 2012 ha avanzado en el proceso de liberalización de las empresas de trabajo temporal como empresas de servicios, con el fin de atajar los problemas derivados de la crisis económica y responder a las altas tasas de desempleo. Dicha reforma amplía significativamente el margen de actuación de las ETT, que pueden desarrollar las labores propias de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, lo cual exceptúa la exigencia de su tradicional actividad exclusiva de cesión temporal de trabajadores. Esto conlleva una verdadera reconversión empresarial, que permite a las ETT presentarse en el mercado de trabajo como agencias integrales de empleo y todo ello en un contexto presidido por el debilitamiento del control administrativo.

Se trata, pues, de una transformación estructural del modelo de empresas de trabajo temporal, que enlaza con la reforma de 2010, que ya amplió su ámbito de actuación eliminando las limitaciones a los contratos de puesta a disposición y reconoció la existencia de las agencias de colocación retribuidas con el contrapeso, en clave de flexiseguridad, del aumento de la protección del trabajador en misión. Sin duda, la mejora del estatuto del trabajador en misión y el aumento del protagonismo de las agencias de colocación han sido las claves de la nueva fase de liberalización de las ETT, que se ha producido con el RD-Ley 3/2012. La reforma laboral de 2010 supuso evidentemente un debi-

litamiento de las empresas de trabajo temporal, que demandaron y finalmente han conseguido un margen de actuación mucho más amplio. Sin duda, esta nueva fase de liberalización del fenómeno de las empresas de trabajo temporal se enmarca, al igual que en la reforma laboral de 1994, en un contexto de crisis del empleo con análogas altas tasas paro. Se trata de dos momentos históricos en nuestra legislación que han permitido cambios de hondo calado en nuestro sistema de intermediación laboral.

Tradicionalmente, las ETT han tenido una imagen peyorativa debido a las dosis de precariedad laboral inherente al modelo atípico de relación triangular, que hasta ahora han venido desarrollando exclusivamente. Ello contrasta con el nuevo papel conferido en el proceso de reformas laborales, surgido con motivo de la crisis económica, que atribuye a las ETT una misión importante en el mercado de trabajo desde el punto de vista del fomento del empleo. Asimismo, el aumento de la protección de los trabajadores en misión enlaza con un modelo de ETT que se ha instalado en la práctica, sometido a diversos controles administrativos y a la necesaria observancia de exigencias legales para su funcionamiento. Sin duda, la promoción del modelo de ETT tradicional ha conseguido el mantenimiento de una actividad empresarial, que permite en justa lógica la mejora de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores cedidos. El aumento de la protección de los trabajadores cedidos responde a la transposición de la Directiva 2008/104/CE, que fue aprobada en el inicio de la crisis de económica y financiera, que ha ido progresivamente agudizándose y que ha dado lugar a la reforma posterior de derechos laborales que afecta irremediabilmente al nuevo estatuto del trabajador en misión<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Las últimas reformas laborales han prestado atención al régimen jurídico de las ETT atendiendo al contexto de crisis económica y financiera, que ha desembocado ineludiblemente en una crisis de empleo. Precisamente, los ajustes realizados tienen como finalidad la generación de empleo a través de las ETT como mecanismo para luchar contra el paro, aumentando sus funciones de intermediación laboral. Esta idea, que se aprecia plenamente en la reforma laboral de 2012, no se asumió en la reforma de 2010, ya que su finalidad era esencialmente la transposición de la Directiva 2008/104/CE, que respondía a un contexto enmarcado en los primeros efectos de la crisis económica. Con todo, ya en ese momento se apreciaba la posibilidad de recurrir a las ETT como medio de mejora del empleo. Precisamente, la Directiva 2008/104/CE abogaba ya por la expansión de las posibilidades de recurrir a los servicios de las ETT. No obstante, en los primeros momentos de la crisis económica la clave no era tanto cambiar el modelo de ETT, sino adaptar su régimen jurídico a un sistema más flexible que permitiera favorecer la dinámica de las cesiones temporales y, a su vez, dotara de márgenes de seguridad a los trabajadores. Con el paso de los años y la intensificación de los efectos de la crisis económica en el empleo se ha planteado la necesidad de implementar medidas de flexibilidad laboral, considerando que el proteccionismo laboral implica rigidez y ello impide que las empresas puedan ser competitivas y puedan crear empleo. Se considera que las altas tasas de desempleo y el estancamiento de las contrataciones laborales se justifican en la rigidez del mercado de trabajo y en la sobreprotección de las legislaciones laborales. Vid. OIT, “Combinar flexibilidad y seguridad en la perspectiva del trabajo decente”, Documento para debate y discusión de 20 de octubre. GB. 306/ESP/3/ 1. Comisión de empleo y política social. Oficina Internacional del Trabajo. 306ª reunión, noviembre, 2009, pp. 1-ss.

No cabe duda que las ETT pueden y seguirán dedicándose a su labor originaria de cesión temporal de trabajadores, muy especialmente aquellas ETT de menor dimensión. Dichas empresas debido a sus menores recursos no podrán presentarse en el mercado como empresas de servicios integrales de empleo. Probablemente, este menor índice de competitividad supondrá en la práctica un proceso de reconversión sectorial, que dé lugar a la reducción del número de ETT. En cualquier caso, no cabe duda que también las ETT de gran dimensión van a seguir desarrollando su papel tradicional de prestamismo laboral. Ello abunda en la necesidad de seguir controlando este tipo de actividad empresarial, que efectivamente representa un aumento del coste empresarial derivado de la mejora de la protección conferida a los trabajadores cedidos.

## **2. EL AUMENTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN: UN CONTRAPESO EN CLAVE DE FLEXISEGURIDAD**

Los principios de flexiseguridad, y el equilibrio justo y necesario que conlleva, han sido defendidos igualmente por la propia Directiva 2008/104/CE (considerando 9). En virtud de los principios asumidos por la Unión Europea, el aumento del margen de flexibilidad laboral tiene que convivir con un justo equilibrio, a fin de compensar las demandas liberalizadoras de las empresas y la necesaria protección de los trabajadores. De este modo, el aumento de la flexibilidad laboral y la liberalización del recurso a las ETT se tienen que combinar con la mejora de la calidad de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores en misión bajo el principio de igualdad de trato respecto de los trabajadores de la empresa usuaria<sup>2</sup>.

Ciertamente, el objetivo no es otro que alcanzar una combinación justa entre flexibilidad y seguridad laboral como medio para garantizar un empleo de calidad. Desde esta óptica, la Directiva 2008/104/CE se presenta como ejemplo de flexiseguridad, que propone la apertura del uso de las ETT, aumentando su cuota de mercado con el fin de ayudar a la creación de empleo de una manera flexible. Ello conecta directamente con el objeto de nuestro estudio, ya que inevitablemente la opción de otorgar a las ETT un mayor protagonismo en la creación de empleo supone un reequilibrio, que viene acompañado por

<sup>2</sup> Se intenta, pues, compaginar el objetivo liberalizador con la máxima de conceder un mejor status laboral a los trabajadores cedidos por las ETT. Ello es una traducción directa de la lógica europea de la flexiseguridad como principio de las políticas sociales europeas. Vid. Torrents Margalef, J., "Reforma laboral, empresas de trabajo temporal y flexiseguridad: tres elementos de difícil combinación", en *La Reforma del Mercado de Trabajo de 2010* (Dir. Fernando Valdés Dal-Ré), Reus, Madrid, 2011, pp. 511-512.

una mejora de la tutela de los trabajadores cedidos en virtud del desarrollo del principio de igualdad respecto de las condiciones de los trabajadores de las empresas usuarias<sup>3</sup>.

La transposición del modelo comunitario a nuestro ordenamiento jurídico se realizó por medio de la reforma laboral de 2010 (RD-Ley 10/2010 y Ley 35/2010). En este contexto, igualmente la mejora de los derechos de los trabajadores en misión en sus condiciones de trabajo y empleo se presentaba como una compensación al aumento de los márgenes de actuación de las ETT. En este sentido, es preciso indicar que las limitaciones al recurso a las ETT han tenido tradicionalmente su fundamento en la relación existente entre el recurso al contrato de puesta a disposición y las elevadas tasas de accidentalidad derivadas de la externalización de los trabajadores temporales en empleos precarios y con bajo nivel de protección, dando lugar a grandes índices de siniestralidad<sup>4</sup>.

Sin duda, con el paso del tiempo las condiciones de trabajo han ido mejorándose y los índices de siniestralidad no son los mismos que en los inicios del modelo de las ETT, con la promulgación de la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT). Incluso se ha llegado a indicar que los trabajadores temporales cedidos por las ETT tienen una menor probabilidad de experimentar accidentes de trabajo, que los trabajadores temporales, aunque todavía es mayor que la siniestralidad de un trabajador indefinido<sup>5</sup>. Ello se debe especialmente a la obligación empresarial de proporcionar al trabajador formación preventiva antes de su incorporación al puesto de trabajo, lo cual permite informar al trabajador

<sup>3</sup> Sobre la necesidad de reinterpretar el concepto de flexiseguridad. Vid. Cabeza Pereiro, J. - Ballester Pastor, M<sup>a</sup>.A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, pp. 30-ss.

<sup>4</sup> En su momento, la Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, tenía como objetivo atajar esta situación. Y en nuestro ordenamiento la respuesta vino de la mano del RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las ETT. Este decreto integra y desarrolla la normativa preventiva, garantizando el derecho de los trabajadores al mismo nivel de protección de seguridad y salud que los demás trabajadores de la empresa donde prestan sus servicios. Asimismo, dicho reglamento fijaba la relación de actividades y trabajos que debido a su especial peligrosidad tenían que quedaban excluidos de la celebración de los contratos de puesta a disposición, regulación ésta que ha sido significativamente afectada por la reforma laboral que amplía el margen de actuación sectorial de las ETT.

<sup>5</sup> Vid. Moreno Vida, M.N., “Contratos temporales y Empresas de Trabajo Temporal”, en *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico* (Dir. Monereo Perez), Comares, Granada, 2010, p. 139. Pérez de los Cobos Orihuel, F. - Thibault Aranda, J., “La necesaria reforma de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal”, en *El Empresario Laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación* (Coord. Blasco Pellicer, A.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 317.

sobre los riesgos específicos y las medidas preventivas aplicadas para reducir los accidentes de trabajo<sup>6</sup>. Sin duda, la siniestralidad es un tema central, que ha preocupado especialmente a los agentes sociales del sector, que incluso han conformado un organismo paritario como es la Fundación SINDETT, que se ha preocupado muy especialmente por las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores temporales en misión.

Sin duda, en el nuestro modelo de ETT se proyecta con especial repercusión el factor de la siniestralidad. Nuestra legislación laboral ha prestado especial celo al recurso de las ETT debido al riesgo a la mayor precariedad de los trabajadores en misión en comparación con los trabajadores empleados directamente por las empresas usuarias. Es decir, existe un binomio inseparable entre este tipo de relaciones triangulares de naturaleza atípica y el trabajo precario. En este sentido, los índices de precariedad laboral han dado lugar a situaciones de abuso, que han sido el fundamento del necesario aumento del estándar de protección del trabajador en misión. La clave es el aumento del contenido de la actividad de las ETT a cambio de un empleo de mayor calidad. Se trata de mejorar las condiciones de trabajo y de empleo que han aumentado el estatuto del trabajador en misión afectando especialmente al art. 11 LETT, que sin duda ha dado lugar una extensión de la protección laboral que va más allá de la garantía de la equiparación salarial<sup>7</sup>. Del mismo modo, el contrapunto en clave de flexiseguridad se ha canalizado mediante la necesaria revisión del régimen jurídico de responsabilidad, previéndose mecanismos de garantía de obligaciones conjuntas o comunicación de responsabilidad entre las ETT y las empresas usuarias en estas relaciones triangulares con el fin de evitar los efectos perniciosos del prestamismo laboral.

Todas estas observaciones en relación a la precariedad laboral siguen estando plenamente vigentes debido a la proyección del principio de flexiseguridad, que tienen como finalidad no tanto proteger el puesto de trabajo, sino proteger efectivamente al trabajador. Y ello a pesar de que con el paso del tiempo, y con casi dos décadas de trabajo temporal gestionado por ETT, los posibles

<sup>6</sup> Sobre el cambio del contexto que condiciona el tratamiento prohibicionista del recurso a las ETT véase el informe de Conclusiones del Grupo de Trabajo de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo sobre ETT con fecha de 17 de junio de 2010, así como el estudio del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, que completa la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo de los trabajadores de ETT de enero de 2010.

<sup>7</sup> Vid. Ramos Quintana, M<sup>a</sup>.L., “Intermediación laboral y Empresas de Trabajo Temporal en la reforma de 2010: la promoción de la intervención privada en el mercado de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2, T.II, 2011, omo 2, epígrafe IV. García Gil, B., “Mecanismos de intermediación laboral tras la reforma laboral de 2010: principales modificaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2011. Goerlich Peset, J.M., “El nuevo régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en *AAVV, La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, TOL 1.965392, p. 9.

supuestos de abuso de derecho han descendido considerablemente. Ello se ha debido esencialmente a los cambios normativos introducidos en el estatuto legal del trabajador cedido, que ha ido mejorándose progresivamente. No obstante, aún queda margen de mejora y la promoción de un equilibrio justo sigue gravitando, ya que las dosis de precariedad están todavía presentes en la práctica. El objetivo es, pues, la consecución de un equilibrio entre la protección de los trabajadores en misión y la promoción de un sistema de organización y gestión propicio para las ETT, que permita un cauce de trabajo flexible al que puedan recurrir las empresas usuarias, como vía de gestión flexible de sus recursos humanos. Por tanto, el desarrollo del principio de flexiseguridad no es más que una respuesta de conciliación y equilibrio de los intereses antagónicos concurrentes. Otra cuestión es si los cambios hasta ahora realizados en el estatuto del trabajador en misión, que tenían su contexto en la reforma de 2010, se muestran como medida de compensación adecuada ante la ampliación de la actividad de las ETT en materia de colocación.

### **3. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO DE LOS TRABAJADORES CEDIDOS EN SUS CONDICIONES BÁSICAS DE TRABAJO Y EMPLEO**

Sin duda, una de las principales medidas de contrapeso a los márgenes de flexibilidad ha sido la extensión del principio de igualdad de trato. Es decir, la efectiva equiparación de los trabajadores cedidos, en relación a sus condiciones básicas de trabajo y empleo, respecto de los trabajadores que ocupan el mismo puesto de trabajo en la empresa usuaria (art. 11.1 LETT y arts. 5 y 6 Directiva 2008/104/CE)<sup>8</sup>. En este sentido, los trabajadores cedidos por las ETT tendrán, como mínimo, las mismas “condiciones esenciales de trabajo y de empleo” que las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por las empresas usuarias para ocupar el mismo puesto de trabajo (art. 5 Directiva).

Con carácter general, es preciso decir que el principio de principio de igualdad de trato aplicable a los trabajadores en misión ya se contemplaba en

<sup>8</sup> En este sentido, es preciso tener en cuenta la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000 (LCEur 2000, 1850), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En nuestro caso, la aplicación del art. 5.1 Directiva, conlleva tener en cuenta la LO 3/2007, de 22 marzo (RCL 2007, 586), para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, como la transposición -llevada a cabo por Ley 62/2003, de 30 de diciembre (RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892), de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Título II, Capítulo III, arts. 27 y ss.).

la LETT desde 1999 y la reforma laboral de 2010 vino a potenciarlo aún más. En este sentido, conviene indicar que muchas de estas medidas habían sido reconocidas previamente por la negociación colectiva o por la jurisprudencia social, que contemplaban regulaciones o interpretaciones que venía a mejorar el contenido de la Ley. La finalidad intrínseca a dichos cambios normativos es la mejora de la calidad del trabajo prestado a través de una ETT. Ello supone reafirmar a las ETT como verdaderos empresarios en un marco jurídico idóneo para la cesión temporal de trabajadores, que pueda contribuir a la creación de empleo y dignificar el desarrollo de la prestación laboral.

Después de la reforma laboral de 2010, los trabajadores en misión tienen derecho a las mismas condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria. Con carácter general, y como desarrollo de los derechos fundamentales laborales básicos, se reafirma legalmente la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza u origen étnico, religión, o creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (art. 11.1 ET), que se presenta como garantía esencial en la aplicación de las condiciones de trabajo y empleo. Dichas condiciones esenciales de trabajo y empleo son las relativas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos<sup>9</sup>. Especial preocupación se muestra por la aplicación a los trabajadores cedidos de las mismas condiciones disfrutadas en las empresas usuarias en relación a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia y atención a menores. Del mismo modo, se ha avanzado en la protección en materia igualdad de trato entre hombres y mujeres, lo que supone que las medidas de pro igualdad contempladas en las empresas usuarias, por ejemplo, los planes de igualdad y medidas de conciliación de la vida personal y familiar son igualmente aplicables a los trabajadores cedidos por una ETT. Igualmente, los trabajadores cedidos podrán disfrutar de los servicios provistos por la empresa para sus trabajadores tales como utilización de transportes o instalaciones colectivas, comedores, guarderías y demás servicios comunes mientras dure el contrato de puesta a disposición (art. 17.2 LETT).

Efectivamente, la equiparación es el objetivo, claro está, pero no cabe duda que la aplicación práctica plantea numerosos problemas. Ello se debe al

<sup>9</sup> Se extiende a las condiciones esenciales que se identifican en términos de igualdad con las que les corresponderían si hubieran sido contratados directamente por la empresa usuaria. Es decir, “se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos” (art. 3.1.f Directiva). En cualquier caso, conviene recordar que se trata de un contenido susceptible de mejora por la legislación interna, así como por la negociación colectiva del sector. En este sentido, el V Convenio Colectivo de ETT ya incorporaba en su contenido normativo dichas condiciones básicas.

hándicap relativo a que el trabajador en misión no pertenece formalmente a la plantilla de la empresa usuaria. Efectivamente, su empleador es la ETT y ello da lugar a grandes problemas en el empleo, no ya en materia de estabilidad laboral, sino en la promoción profesional (problemas de formación y especialización), ascensos, imposibilidad de generar antigüedad o límites al ejercicio de los derechos colectivos<sup>10</sup>. Asimismo, estas medidas de fomento de la igualdad tienen su razón de ser en el menor poder contractual de los trabajadores en misión, debido a las posibles reducciones en el contenido de sus condiciones de trabajo desde el punto de vista individual y colectivo<sup>11</sup>.

Con todo, aún es posible un mayor espacio a la igualdad, ya que puede afectar a otras condiciones de trabajo y empleo. Quedarían aún espacio por recorrer, aunque ciertamente, en determinadas circunstancias, y debido a la atipicidad del trabajo prestado en régimen de cesión temporal, así como por la concurrencia de circunstancias objetivas, puede existir y motivarse razonablemente un trato distinto. Ello queda patente en el conjunto de excepciones contempladas por la propia Directiva 2008/104/CE, que exceptúan la aplicación de la declaración general de igualdad de trato. Por ello, a pesar de que no figure como condiciones mínimas formalmente, no existen problemas para deducir dicho efecto como norma mínima de derecho necesario relativo, que permite su mejora por medio de la negociación colectiva (convenio colectivo, acuerdo o pacto colectivo de empresa), así como por medio de las decisiones unilaterales del empresario con efectos colectivos<sup>12</sup>.

Por tanto, el convenio colectivo podrá, siempre que se respete la protección global de los trabajadores en misión, contemplar condiciones de trabajo y de empleo que sean más favorables. Tanto la Directiva, como nuestra legislación, se remiten en este ámbito al suelo mínimo del convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, especialmente en materia de remuneración, que

<sup>10</sup> Vid. Ojeda Avilés, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Las Rozas, Madrid, 2010, pp. 279-ss. Valdés Dal-Ré, F., "Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I) y (II)", en *Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 1995, p. 3.

<sup>11</sup> Vid. Sobre la interpretación del principio de equiparación de las condiciones básicas de trabajo y empleo, y especialmente sobre su proyección en materia retributiva. Vid. STS (Social) 22 de enero de 2009 (RJ 2009\620).

<sup>12</sup> La jurisprudencia ha interpretado la referencia al convenio colectivo en sentido amplio (art. 11 LETT y art. 3.1.f Directiva 2008/104/CE). Vid. SSTS (Social) de 22 de enero de 2009 (RJ 2009\620), 25 de septiembre de 2002 (RJ 2004\5582), 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815). La referencia al convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria no debe interpretarse en sentido estricto como convenio colectivo estatutario. Precisamente, se entiende por condiciones de trabajo y empleo, las establecidas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones de aplicación en las empresas usuarias (art. 3 Directiva 2008/104/CE). Sin duda, la tesis de la aplicación de leyes, reglamentos y convenios, en nuestro caso, al tratarse de convenios de eficacia normativa general *erga omnes* plantea menos problemas jurídicos en comparación con otros países cuya negociación colectiva es de eficacia limitada.

incluirá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, previstas convencionalmente. Como sabemos, actualmente nuestra legislación se refiere a la proyección del principio de igualdad de trato respecto de los trabajadores en misión de forma extensiva y no ha contemplado ninguna de las cláusulas de la Directiva 2008/104/CE que permiten exceptuar el principio de igualdad (art. 5)<sup>13</sup>. Ello supone que las posibilidades de limitar el principio de igualdad por medio de la negociación colectiva tienen un menor ámbito de acción en nuestra legislación y condicionaría a la negociación colectiva en el supuesto de regular condiciones autónomas limitativas, sin duda, si éstas son contrarias a la ley<sup>14</sup>.

Especialmente sensibles es el tratamiento de los derechos de salud laboral. En este ámbito, la extensión del principio de igualdad no es más que un reflejo de la prohibición de discriminación por motivo de la temporalidad laboral, equiparación ésta ya contenida en el art. 28.1 LPRL desde el punto de vista de la salud laboral. Ciertamente, la equiparación preventiva de los trabajadores en misión respecto de los restantes trabajadores que presentan servicios es esencial. Los trabajadores cedidos temporalmente tienen que disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud, sin que puedan existir diferencias en las condiciones de trabajo en relación a los aspectos de

<sup>13</sup> El Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva, que contemplaba algunas excepciones adicionales al contenido finalmente aprobado, ya tuvo oportunidad de indicar que el principio de igualdad y no discriminación quedaba sensiblemente afectado debido al conjunto de excepciones contempladas. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, Bruselas, 19 de septiembre de 2002. Con todo, la Directiva 2008/104/CE contempla un catálogo de supuestos de inaplicación del principio de igualdad de trabajo, que puede suponer la posibilidad de condiciones de precariedad de las relaciones laborales de los trabajadores contratados por las ETT y cedidos a las empresas usuarias. Vid. Pedrajas Moreno, A. - Sala Franco, T., "Empresas de Trabajo Temporal: Nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el Derecho español vigente, Comentario de Urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de las Empresas de Trabajo, Boletín Laboral-Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, 2009.

<sup>14</sup> Según la Directiva, la negociación colectiva puede contemplar excepciones a la aplicación del principio de igualdad de trato, pero con límites. Se deberá respetar la protección global de los trabajadores cedidos, ofreciendo así un nivel de protección adecuado, sin concretar el nivel de protección básica necesario. Entonces, la Directiva garantiza la existencia de una protección de los trabajadores cedidos fundada en la igualdad de trato, pero contempla la posibilidad de establecer un régimen paralelo y diverso de condiciones de trabajo y empleo en virtud de la negociación colectiva. De este modo, "la Directiva, tras apoyar su propia existencia en una protección de los trabajadores cedidos basada en la igualdad de trato, abre la puerta a dobles regímenes de condiciones de trabajo y empleo derivados de acuerdos colectivos". Vid. San Martín Mazzucconi, C., "Significado y alcance de la Directiva 2008/104/CE. Relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal", en *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, (Dirs. Sempere Navarro, A.V.- Areta Martínez, M<sup>a</sup>), Laborum, Murcia, 2009, p. 601. *Ibidem*, "Las empresas de trabajo temporal", en *Estudios sobre las últimas reformas laborales. Efectos de la crisis en el Derecho del Trabajo*, Eolas Ediciones, León, 2012, 237.

la protección preventiva. En este punto, incluso antes de la reforma laboral la mejora era ostensible y actualmente se trata de una equiparación que no admite excepciones, ni si quiera por motivos de racionalidad y proporcionalidad ligados al principio de igualdad. En materia preventiva, la estricta observancia del principio de igualdad de trato se muestra esencial, ya que está presente el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de los trabajadores (art. 15 CE). Por otro lado, conviene indicar que no se trata de una obligación exclusiva de la ETT, sino que está igualmente relacionado con la obligación de seguridad de la empresa usuaria (art. 28.5 LPRL), que será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en relación a la tutela de la seguridad y salud laboral. En este punto, el art. 16.2 LETT contempla que la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, configurándose como una responsabilidad directa a pesar de que no exista relación contractual con el trabajador en misión.

#### **4. ASPECTOS RELATIVOS A LA EQUIPARACIÓN SALARIAL: PRINCIPALES PROBLEMAS APLICATIVOS**

Sin duda, la paridad retributiva entre los trabajadores en misión y los trabajadores contratados directamente por las empresas usuarias ha sido tradicionalmente el ámbito de protección que más atención ha merecido, aunque ciertamente aún existe margen de mejora en la práctica. Ciertamente, se trata de un tema al que no ha sido ajeno nuestro legislador en el pasado, ya que la reforma de la LETT de 1999 se preocupó especialmente por la perspectiva de la igualdad retributiva<sup>15</sup>, hasta el punto que dicha igualdad entre trabajadores cedidos y trabajadores de plantilla de la empresa usuaria ya estaba garantizada en el art. 11 LETT<sup>16</sup>. En este punto, el actual art. 11 LETT, cuya redacción vigente es casi una trascripción literal del art. 3 de la Directiva 2008/104/CE, ha venido a mejorar y aclarar determinados aspectos

<sup>15</sup> Vid. Luján Alcaraz, J., “La directiva sobre empresas de trabajo temporal”, en *Aranzadi Social*, núm. 20, 2008 (BIB 2008\3078), p. 5.

<sup>16</sup> Nada que ver, pues, con los primeros momentos de aplicación de la LETT/1994. Hasta la reforma de 1999, era posible pagar a los trabajadores en misión una retribución inferior a la prevista en el convenio colectivo aplicable a la ETT en comparación a la efectivamente percibida por los trabajadores de la empresa usuaria. Ciertamente, este era un aspecto esencial de precariedad y suponía un presupuesto que impulsaba claramente el recurso a las ETT. Ello se debía al evidente abaratamiento de los costes laborales para las empresas usuarias. La Ley 29/1999 de reforma de la LETT/1994, en materia de equiparación salarial, contempló el derecho a percibir, como mínimo, la retribución total prevista en el convenio colectivo de la empresa usuaria para su puesto de trabajo calculada por unidad de tiempo. Vid. Escudero Rodríguez, R. - Mercader Uguina, J.R., “La Ley 29/1999 sobre empresas de trabajo temporal: un empeño a medio camino (I y II)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 10 y 11, 2000, p. 37.

tos relativos a la aplicación efectiva de la equiparación salarial, objetivo por cierto en el que se avanzó considerablemente en la propia negociación colectiva del sector de ETT<sup>17</sup>.

La equiparación salarial es un tema central en la propia organización del régimen jurídico de las ETT y ello da lugar a diferencias significativas entre los diferentes sistemas. De este modo, existe claras divergencias entre aquellos sistemas jurídicos en los que el principio de igualdad salarial no está garantizado legalmente, de aquellos otros donde existe una regulación intervencionista, que reconoce un estatuto salarial mínimo al trabajador en misión. Ciertamente, en estos sistemas el recurso a las ETT no supone una medida de gestión ordinaria y regular, sino que se presenta solamente como una opción de ajustes puntuales y de respuesta a circunstancias sobrevenidas<sup>18</sup>.

En la reforma laboral de 2010, se volvió a insistir en el reforzamiento de la paridad retributiva con el fin de avanzar en el objetivo de unas retribuciones del trabajador cedido, por igual trabajo, que no sean inferiores a las que perciben un trabajador de la empresa usuaria. Sin duda, este objetivo es esencial desde el punto de vista de la compensación de intereses y, sobre todo, como medida de reacción ante la ampliación de los márgenes de actuación de las ETT. Sin duda, su ámbito de funcional se ha sobredimensionado aún más con la reforma de 2012, convirtiendo

<sup>17</sup> En este sentido, es preciso destacar la proyección del art. 32 del V convenio estatal de ETT, que venía a desarrollar el principio de equiparación retributiva especificando que el salario “comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, de la empresa usuaria vinculadas al puesto de trabajo”. Asimismo, “los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a percibir los atrasos generados por la negociación colectiva de las empresas usuarias en los mismos términos que los trabajadores de éstas y, de no ser ello posible, en el mes siguiente al de la publicación del Convenio o firma del Acuerdo correspondiente”. Por otra parte, se indicaba que “los trabajadores que hubieran finalizado la prestación de servicios, tendrán derecho a percibir dichos atrasos siempre que hubieran prestado servicios en la usuaria durante el tiempo de vigencia de los convenios, acuerdos o pactos colectivos de aplicación, sin que, a estos efectos, tenga carácter liberatorio para el empresario el recibo del saldo y finiquito firmado, en su caso, por el trabajador. El abono de los atrasos, en este caso, se realizará en un periodo no superior a tres meses desde la publicación o firma de aquéllos”. En relación a otros aspectos retributivos abordados por la negociación colectiva. Vid. Soler Arrebola, J.A., “La negociación colectiva en la reforma de 2010: su incidencia en las empresas de trabajo temporal”, en *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012, pp. 136-ss.

<sup>18</sup> En este sentido, podemos comparar países como Estados Unidos o Australia donde la completa liberalización y la ausencia de garantía de equiparación salarial siguen haciendo al modelo de ETT como una opción de reducción de costes laborales. En cambio, en Alemania, que si cuenta con un sistema de regulación en clave de flexiseguridad y con un claro contenido protector se ve el recurso a la ETT más como un opción a corto plazo que como un instrumento estratégico de gestión empresarial. Vid. Torrents Margalef, J., “Reforma laboral, empresas de trabajo temporal y flexiseguridad: tres elementos de difícil combinación”, *loc. cit.*, pp. 508-509, con cita a Miltacher, L.W., “The role of Temporary Agency Work in different Industrial Relations systems —a comparison between Germany and the USA”, en *British Journal of industrial Relations*, núm. 45, 2007, p. 601.

a las ETT en una realidad empresarial multiforme. El avance en el estatuto de los trabajadores en misión evita la precarización de la plantilla y, a su vez, aumenta las garantías especialmente salariales.

El refuerzo de la equiparación salarial impide que las empresas recurran a las ETT en detrimento de la contratación estable, ya que las condiciones serán equiparables y, además, tendrán que soportar el sobrecoste de la cesión temporal inherente al contrato de puesta a disposición. En efecto, ello está en contradicción con el coste económico y la competitividad de las ETT, que tendrían que ajustar los costes de sus servicios. Originariamente, dicho ajuste era viable en la medida en que sus trabajadores podían cobrar menos que si fuesen contratados directamente por la empresa usuaria y esa diferencia justificaba el beneficio de la ETT y una idea de competitividad injusta. Como dijimos, este dato explica la necesidad de las ETT de demandar un contenido funcional más amplio a la tradicional cesión temporal de trabajadores, buscando una nueva posición en el mercado de trabajo como empresas integrales de empleo, papel éste confirmado finalmente por la reforma laboral de 2012.

Efectivamente, se intenta que el empleo temporal en misión sea retribuido en igualdad de condiciones, removiendo los posibles obstáculos que impidan que el trabajador cedido pueda percibir una retribución inferior en comparación a un empleado de plantilla de la empresa usuaria. Ello permite avanzar sensiblemente en la consecución de mayores cuotas de calidad en el empleo temporal. Ciertamente, otra perspectiva es la relativa a los trabajadores de las ETT que tengan una relación estable y cuya actividad laboral tiene que gestionar las ETT evitando los períodos de vacío entre misiones. Este tema no ha sido abordado en nuestro país con motivo del proceso de reformas laborales. Evidentemente, ello se debe a que el modelo de ETT español se centra generalmente en la gestión de trabajo temporal con escasa cualificación profesional. No obstante, cabe recordar que la propia Directiva 2008/104/CE permite que el trabajador en misión tenga una retribución inferior a la recibida por un trabajador contratado directamente por una empresa usuaria en los casos en que la relación con la ETT sea de carácter indefinido y el trabajador pueda ser

retribuido en los períodos entre misión (art. 5.2)<sup>19</sup>. Nuestra legislación no ha acogido esta posible excepción, ya que se trata de un modelo que no se aplica en la práctica. Con todo, esta omisión tiene como consecuencia en cualquier caso que la igualdad retributiva se predicará de forma extensiva y con independencia del tipo de contrato indefinido o temporal del trabajador en misión.

Una vez más, el problema se presenta en el concepto de salario y sus elementos que lo componen. Actualmente, en material salarial, se establece una equiparación previendo que “la remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones” (art. 11.1 LETT). Asimismo, conviene reseñar que es responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, por ello, la empresa usuaria deberá consignar las retribuciones del trabajador en el contrato de puesta a disposición. Junto a esta previsión legal, es preciso tener en cuenta su interpretación jurisprudencial, ya que el concepto de retribuciones tiene un alcance expansivo y su contenido es más amplio que el término legal de salario (art. 26 ET).

Ciertamente, el hecho de que las ETT tengan que abonar a sus trabajadores cedidos salarios que sean, como mínimo, equivalentes a los abonados por las empresas usuarias a sus trabajadores, supone el respeto por supuesto del salario previsto en convenio colectivo, así como los niveles salariales previstos en pactos o acuerdos de empresas a los que se ha comprometido la empresa

<sup>19</sup> Ciertamente, una de las limitaciones al principio de igualdad la encontramos en los contratos de duración indefinida entre el trabajador y la ETT. Debido a la protección que este contrato ofrece se pueden contemplar excepciones a la regla (Considerando 15 Directiva). En el articulado de la directiva, dicha excepción se contempla en relación a la excepción temporal de la equiparación retributiva de los trabajadores cedidos (art. 5.2 Directiva 2008/104/CE). Con todo, se ha apuntado que las excepciones son de aplicación a todas las relaciones de trabajo entre las ETT y los trabajadores cedidos, siendo indiferente la relación temporal o indefinida de los contratos de trabajo. Vid. Luján Alcaraz, J., “La Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal”, *loc. cit.*, pp. 13-14. En cualquier caso, la Directiva parece condicionar esta opción a la medida adoptada en los Estados y a la previa consulta con los agentes sociales. El art. 5.2 de la Directiva contempla que los Estados, después de consultar a los interlocutores sociales, pueden establecer excepciones temporales a la igualdad de remuneración para los trabajadores contratados por la ETT por tiempo indefinido durante los períodos de tiempo comprendidos entre la ejecución de dos misiones (art. 5.2 Directiva). E, igualmente, el art. 5.3 contempla que los Estados pueden ofrecer a los interlocutores sociales la posibilidad de negociar colectivamente diferencias en las condiciones de trabajo y empleo para los trabajadores en misión, respetando el nivel de protección general de los trabajadores cedidos. Asimismo, conviene recordar que según la Directiva los Estados pueden autorizar a los interlocutores sociales a que introduzcan en los convenios de trabajo entre trabajadores cedidos y trabajadores de las empresas usuarias cuando dichas diferencias sean razonables y proporcionales y siempre que sean justificadas.

usuaria<sup>20</sup>. E igualmente, la empresa usuaria se encontrará vinculada por las decisiones empresariales de mejora de las condiciones de trabajo, cuando estos compromisos tengan carácter colectivo y afecten con carácter general al conjunto de la plantilla o a grupos de trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria. Es decir, la garantía de equiparación salarial se proyecta igualmente sobre las decisiones empresariales que supongan auténticas condiciones más beneficiosas de naturaleza colectiva<sup>21</sup>.

Sin duda, son evidentes los supuestos conflictivos que en la práctica han afectado a la aplicación efectiva del principio de paridad salarial<sup>22</sup>. En relación al salario base, conviene indicar que legalmente no se prevé una garantía que suponga una obligación salarial concreta y ello no permite determinar con rigor las partidas salariales que deben formar parte del mismo en aplicación del art. 11.1 LETT. En cualquier caso, y siguiendo la doctrina jurisprudencial del TS, en caso de dudas de interpretación habrá que estar a la interpretación más favorable a la equiparación salarial de los trabajadores cedidos y los trabajadores de la empresa usuaria<sup>23</sup>. En un primer momento, el RD-Ley 10/2010 preveía que los trabajadores en misión tenían derecho, a efectos de salario base, a percibir durante los períodos de servicio en una empresa usuaria, al menos, la retribución total establecida, por unidad de tiempo, para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo a aquella. En comparación con la normativa comunitaria, esta referencia a la expresión de unidad de tiempo resulta un

<sup>20</sup> La remuneración no se limita solamente a los convenios colectivos estatutarios, sino que también alcanza a los convenios extraestatutarios, pactos y acuerdos colectivos de aplicación general en la empresa. Vid. STS (Social) de 22 de enero de 2009 (RJ 2009/620). Esta interpretación sobre el alcance de las fuentes de ordenación salarial también se encontraba ya prevista en el art. 32 del V convenio colectivo estatal de ETT. Por otro lado, igualmente se garantizan las condiciones más beneficiosas de carácter colectivo, aunque se ha discutido doctrinalmente si ello alcanza a las condiciones más beneficiosas concedidas unilateralmente por el empresario. Éstas resultarían excluidas, siempre que no tengan naturaleza colectiva, ya que ello impediría su proyección a efectos de exigibilidad.

<sup>21</sup> Los complementos salariales *ad personam*, es decir, las retribuciones pactadas en un contrato de trabajo o las mejoras salariales individuales no estarían dentro de la retribución mínima garantiza. Y ello a pesar de que se encuentren vinculadas con el desempeño de un puesto de trabajo. Si no se conceden con efectos generales, sino meramente a título individual, se impide su extensión a los trabajadores cedidos. Este efecto, ya se contemplaba en el art. 31 del convenio colectivo de ETT, cuando se trata de complementos no vinculados al puesto de trabajo.

<sup>22</sup> Sobre los problemas relativos a la extensión del principio de igualdad de trato en materia salarial. Vid. Fernández López, M<sup>a</sup>.F. - Rodríguez-Piñero Royo, M.C. - Calvo Gallego, F.J., *Diez años desde la regulación de las empresas de trabajo temporal: balance y perspectivas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, pp. 173-188. Molero Marañón, M<sup>a</sup>.L. - Valdés Dal-Ré, F., *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, La Ley, Madrid, 2009.

<sup>23</sup> Por tanto, a efectos de aplicar el concepto de retribución total, debemos decir que tenemos que incluir la interpretación extensiva realizada por el TS, que ya ha venido impulsando el principio de igualdad de trato. Vid. SSTS (Social) de 22 de enero de 2009 (RJ 2009/620) y de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007/1815).

índice de mayor protección, ya que dicha cautela no se contempla en el texto comunitario. Posteriormente, la Ley 35/2010 no contempló la idea de unidad de tiempo, posiblemente al ser una expresión que puede dar lugar a conflictos de interpretación sobre los conceptos salariales que se puede computar a tenor de esta expresión. Asimismo, uno de los aspectos más problemáticos es, sin duda, la proyección de las retribuciones variables. Debido a la naturaleza de estas prestaciones existen aún dificultades de conseguir una equiparación efectiva, debido al hándicap de la naturaleza temporal de los contratos y, en general, debido a la brevedad de las cesiones temporales. Ello impide computar dichos complementos salariales, que tienen un período de devengo que supera generalmente el término de duración de los contratos de puesta a disposición.

En relación a los complementos vinculados al puesto de trabajo, la contraprestación económica está conectada con el puesto al que se adscribe el trabajador y por el tiempo de ejercicio de la prestación laboral. Ello supone que estos complementos se pagarán de manera proporcional al tiempo trabajado y, precisamente, en este punto surge el inevitable problema práctico de su cuantificación en función del caso concreto, así como sus efectos perjudiciales para los trabajadores cedidos cuando los períodos de misión sean de breve duración. Se trata de un supuesto que afectará igualmente a complementos de puesto de trabajo, complementos por cantidad y calidad del trabajo, incluyéndose primas e incentivos, los pluses de actividad, asistencia y asiduidad y, en su caso, las horas extraordinarias. Y de igual modo, debido a la conexión con el puesto de trabajo o con la actividad laboral tendremos en cuenta los complementos de penosidad, toxicidad, suciedad, turnicidad y trabajos nocturnos. Asimismo, los complementos vinculados a los resultados de las empresas son un problema en la práctica y la solución depende del caso concreto. Ello afecta a complementos como las primas de productividad, la participación en beneficios o las opciones sobre acciones. Los problemas aplicativos son evidentes, ya que se trata de partidas salariales que se devengan generalmente en cómputo anual, lo cual impide en muchos casos su aplicación directa e inmediata a las relaciones temporales de breve duración anejas a los contratos de puesta a disposición. Sin duda, se trata de supuestos conflictivos en la práctica, de suma complejidad, que plantean problemas interpretativos desde la óptica de la garantía del principio de igualdad de trato a efectos salariales.

Actualmente, el avance se ha producido en relación a determinadas partidas extrasalariales que entrarían dentro del principio de igualdad. Nos estamos refiriendo a supuestos como indemnizaciones y suplidos de gastos del trabajo. Se trata de partidas que no encajan en el concepto de salario, pero que se reconocen a efectos de compensar los gastos realizados por el trabajo con motivo de la prestación de servicios -por ejemplo, una ayuda alimentaria estaría comprendida en la equipara-

ción salarial<sup>24</sup>. De este modo, la empresa debería compensar a los trabajadores en misión por los gastos derivados del trabajo y, por tanto, se incluirían en la garantía salarial el plus transporte o las dietas, o una compensación económica por herramientas, uniforme, desgaste de maquinaria (art. 11 LETT)<sup>25</sup>. En cambio, se dejan fuera a efectos salariales las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la acción social de la empresa y los complementos por incapacidad temporal, así como las indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral. Las mejoras voluntarias, en concreto las concedidas unilateralmente por el empresario a sus trabajadores, no tienen que ser extendidas a los trabajadores cedidos al no estar relacionadas con el puesto de trabajo y ello no supone efectivamente una práctica discriminatoria<sup>26</sup>.

## 5. PROBLEMAS RELATIVOS AL MODELO DE CONTRATACIÓN LABORAL: EL IMPACTO DE LOS INTENTOS DE REDUCIR LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

Las ETT se presentan como una alternativa que permite un margen de gestión flexible de la plantilla con efectos directos en el volumen de empleo de las empresas<sup>27</sup>. El recurso al contrato de puesta a disposición con una ETT se muestra como una medida de flexibilidad externa, cuyo fin es ajustar la plantilla en momentos puntuales. De este modo, las ETT se utilizan como un recurso de fomento del empleo en virtud del desarrollo de fórmulas flexibles de trabajo. El estímulo de las contrataciones mediante los contratos de puesta a disposición con las ETT afecta igualmente a uno de los objetivos esenciales de las reformas laborales de 2010 y 2012, que no es otro que la reducción de la dualidad del mercado de trabajo, a través del impulso a la creación del empleo estable y de calidad. Ciertamente, el aumento del recurso flexible a las ETT

<sup>24</sup> La línea extensiva de los conceptos salariales incluidos dentro de las retribuciones fue interpretado de forma amplia por la STS (Social) de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815), incluyendo una compensación por ayuda alimentaria, ya que se entendía que la obligación de la empresa se extendía a las partidas extrasalariales. Concretamente, a las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral". Vid. SSTs (Social) de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815) y de 18 de marzo de 2004 (RJ 2004\3741).

<sup>25</sup> En este mismo, sentido se pronunciaba ya el art. 24 del convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal que extendía la garantía salarial a las dietas u otros conceptos extrasalariales.

<sup>26</sup> Como ya hemos indicado, estas mejoras *ad personam* quedarían al margen de la garantía de un igual salario, ya que se trataría de acuerdos o pactos individuales que contemplan mejoras individuales, como ya vino a reconocer el art. 31. del convenio colectivo estatal de ETT.

<sup>27</sup> Las ETT constituyen actualmente un mecanismo que facilita la externalización del trabajo y permite nuevas formas de gestión y organización del trabajo en el seno de las empresas. Vid. Monereo Pérez, J.L. - Moreno Vida, M<sup>a</sup>.N., "Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pp. 39-65.

estimula irremediablemente el número de contrataciones temporales y ello tiene efectos en relación a la calidad del empleo y la precariedad laboral. Esto supone que las empresas usuarias encuentran en las ETT un mecanismo que concede un margen de gestión flexible de los recursos humanos. En este sentido, sería preciso resaltar que el recurso a las ETT debería utilizarse como una medida atípica de gestión de plantillas, a efectos de atender las necesidades derivadas del trabajo, y no como una estrategia ordinaria de la empresa de reducción de costes laborales<sup>28</sup>. Precisamente, uno de los objetivos de la reforma laboral 2012, al permitir a las ETT actuar como agencias de colocación, es potenciar la intermediación laboral de la contratación temporal gestionada por las ETT, que basan tradicionalmente su actividad en la gestión de la temporalidad.

Las reformas laborales se han preocupado de modificar el régimen de la contratación laboral temporal con el fin de reducir la dualidad del mercado de trabajo, mediante el estímulo a la creación de empleo estable y de calidad. Sin duda, este es uno de los ámbitos normativos que confirma la idea de que los cambios producidos en el régimen de las ETT no forman parte de una reforma autónoma, sino que están estrechamente conectados con el conjunto de las medidas de adaptación del mercado de trabajo aplicadas por la últimas reformas laborales. En este contexto, la contratación indefinida debería experimentar un crecimiento más equilibrado y sostenible, que hasta ahora no se ha producido. El propósito de la reducción de la temporalidad y de la dualidad del mercado de trabajo se potencia mediante el fomento de la contratación indefinida. Efectivamente, el endurecimiento de las condiciones del recurso a la contratación temporal no es más que una clara apuesta por el trabajo indefinido de calidad, aunque ciertamente, se trata de un objetivo que no se ha traducido en resultados específicos en relación a la reducción del desempleo y no se presenta como un modelo que permita corregir la actual crisis del empleo. Ello contrasta evidentemente con el tipo de empleo que gestionan las ETT de naturaleza esencialmente temporal y aún hoy existen márgenes importantes de precariedad, que no están en sintonía

<sup>28</sup> El modelo de gestión empresarial competitiva descansa sobre la reducción de costes y se convierte en un mecanismo básico de la estrategia empresarial, que conecta el abaratamiento de los costes de personal y la precarización de las condiciones de trabajo. Vid. Moreno Vida, M.N., "Contratos temporales y Empresas de Trabajo Temporal", en *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico* (Dir. Monereo Perez), Comares, Granada, 2010, p. 140.

con el propósito de las reformas del fomento del trabajo estable de calidad<sup>29</sup>.

El objetivo esencial en lo relativo a las ETT es potenciar su ámbito de actuación, implantando un régimen de contratación temporal con mayores dosis de calidad del empleo, como vía para fomentar el recurso de las empresas a las ETT. En relación a la contratación temporal, uno de los aspectos más importantes a destacar ha sido la limitación temporal al contrato de obra o servicio determinado (art. 15.1.a ET). Con la reforma laboral de 2010, su duración no será superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial, sin posibilidad de prórroga, ya que en caso contrario los trabajadores adquieren la condición de fijos en la empresa. La duración del contrato viene dada por la propia duración de la obra o del servicio contratado, hasta el límite temporal máximo contemplado legalmente, es decir, los tres años legalmente o cuatro años por previsión en convenio colectivo sectorial. En efecto, no podrá existir obra o servicio que tenga una extensión temporal que supere el máximo legal o convencional. Se trata, sin duda, de una medida que afecta irremediabilmente al ámbito de las ETT, ya que viene a limitar el recurso a la contratación temporal, aunque dicha regla afecte a la propia naturaleza y a la causalidad del contrato. No debemos olvidar que se trata de una modalidad contractual de duración incierta en el tiempo ligada a la realización de la obra o el servicio contratado<sup>30</sup>. Ciertamente, dicha limitación fue una reacción a la amplia interpretación judicial del alcance práctico de la duración del contrato. La limitación máxima del contrato de obra o servicio se prevé, pues, como una clara medida de reacción ante la admisión en nuestra jurisprudencia del recurso al contrato de obra o servicio determinado en trabajos de carácter incluso permanentes en los supuestos de desarrollo en régimen de concesión o contrata de servicios<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Evidentemente, el estímulo del trabajo estable es una respuesta a la alta tasa de temporalidad laboral de nuestro mercado de trabajo, que representa en nuestro país un veinticinco por ciento del volumen de trabajadores por cuenta ajena. Se trata, ciertamente, de una característica propia de nuestro país que se aleja del estándar europeo, donde no se aprecia con tanta intensidad dicha segmentación entre trabajadores fijos y temporales. Por otro lado, es indudable que la rigidez o flexibilidad en la contratación temporal repercute directamente en el recurso a las ETT. Vid. Cabeza Pereiro, J. - Ballester Pastor, M<sup>a</sup>.A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, op. cit., p. 3. Vid. García Fernández, M., “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal (1)”, en *Actualidad laboral*, núm. 1, 1996, p. 28.

<sup>30</sup> Así pues, se ha apuntado que técnicamente dicho límite temporal se introduce “al precio no menor de abundar en la desnaturalización del contrato, quizás reafirmar la causalidad en este tipo contractual hubiera sido un expediente técnicamente más adecuado”. Vid. Pérez de los Cobos Orihuel, F., “La reforma de la intermediación laboral en España”, en *Actualidad Laboral*, núm. 5, T.1 2010, p. 6.

<sup>31</sup> La jurisprudencia ha entendido la procedencia del contrato de obra o servicio determinado en actividades permanentes de contrata o concesión, ya que lo relevante en estos casos es la naturaleza temporal o meramente coyuntural de la actividad desarrollada para el contratista o concesionario. Vid. SSTS (Social) de 17 de junio de 2008 (JUR 2008\232460) y de 18 de junio de 2008 (RJ 2008\4449).

Otro de los cambios sustanciales que se ha proyectado sobre las ETT ha sido la limitación al encadenamiento de los contratos temporales. El art. 15.5 ET, introducido por la reforma realizada en 2006, contempló la prohibición al encadenamiento de los contratos temporales en un período de treinta meses cuando los trabajadores hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses. La superación de este umbral objetivo previsto legalmente suponía la automática adquisición de la fijeza. En un primer momento dicha reforma alteró las condiciones que permitían la fijeza en plantilla, ya que la regulación ordinaria daba escaso juego a la prohibición del encadenamiento. Posteriormente, la reforma de 2010 vino a alterar su regulación ampliando la exigencia de la limitación del encadenamiento para un mismo o diferente puesto de trabajo, potenciando, pues, la proyección del art. 15.5 ET. Igualmente, se contemplaba la posibilidad de que las contrataciones se realizaran en la misma empresa o en el grupo de empresas. E, igualmente, el límite legal se aplicaría en los supuestos de sucesión o subrogación empresarial. Es decir, se trata de medidas de refuerzo de la prohibición de encadenamiento que posteriormente han sido suspendidas temporalmente en 2011 con el fin de estimular las contrataciones temporales ante las elevadas tasas de desempleo. Por su parte, la reforma laboral de 2012 ha previsto la recuperación de la prohibición de encadenar contratos temporales a partir del 31 de diciembre de 2012 (art. 17 RDL 3/2012).

Sin duda, tanto la limitación de la contratación temporal, así como la reducción objetiva del encadenamiento de los contratos temporales operan como medidas de contrapeso y en clara contrapartida a la apertura de las ETT y a los ajustes realizados en materia de modificación y extinción del contrato de trabajo en las reformas laborales. Evidentemente, se trata de medidas restrictivas a la contratación temporal que se proyectan directamente como límites inevitables al recurso a las ETT y ello debido a la estrecha conexión legal entre el contrato de puesta a disposición y los contratos temporales estructurales, que son instrumentos que habilitan el recurso a las ETT. Precisamente, las últimas reformas laborales no han modificado el art. 6.2 de la LETT, que contempla los supuestos a los que se puede recurrir al contrato de puesta a disposición para satisfacer necesidades temporales de la empresa usuaria (obras o servicio determinado, exigencias circunstanciales del mercado de trabajo, sustitución de trabajadores). Esto nos aproxima al art. 15 ET relativo a los contratos temporales estructurales, que sí han sido reformados, especialmente por la reforma laboral de 2010. Los cambios en el art. 15 ET afectan efectivamente a las ETT, aunque no se haya reformado el art. 6 LETT debido a la inevitable relación

entre el contrato de puesta a disposición y los contratos temporales<sup>32</sup>. Es decir, existe una correlación entre las causas justificativas del contrato de puesta a disposición celebrado entre la empresa usuaria y la ETT y las causas justificativas del contrato de trabajo celebrado entre la ETT y el trabajador. Y ello a pesar de que el contrato de puesta a disposición es una relación mercantil entre las empresas y el contrato de trabajo una relación laboral, pero no tiene necesariamente que existir una conexión causal si la ley no lo dispone expresamente. Con todo, no cabe duda que actualmente existe una conexión temporal entre el contrato de puesta a disposición y el contrato laboral que permite la cesión, puesto que generalmente la duración del contrato de trabajo tiene una duración temporal (aunque podría ser ciertamente indefinida), coincidente generalmente con la duración del contrato de puesta a disposición<sup>33</sup>.

Por su parte, el RDL 3/2012 en materia de contratación se ha centrado en el nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores y en la reforma del contrato para la formación y el aprendizaje. A primera vista parecería que ello no tienen proyección sobre el régimen de las ETT, sin embargo, la introducción del nuevo contrato fijo de apoyo a los emprendedores se ha visto por la patronal de ETT como una modalidad contractual sumamente flexible, que permite a las empresas de menos de cincuenta trabajadores eludir el recurso

<sup>32</sup> Desde este punto de vista, ya se apuntaba que existen dos formas de conectar los contratos de trabajo de duración determinada que justifican las cesiones temporales y los contratos de puesta a disposición, esto es, la conexión causal y la conexión temporal. Vid. Del Rey Guanter, S. – Leal Peralvo, F., “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, en *Relaciones Laborales*, T.I, 1996, pp. 147-148. Y ello debido a que a cada contrato de cesión temporal de duración determinada le corresponde un contrato de puesta a disposición, y en este sentido la conexión causal ha sido tradicionalmente la acogida por la legislación laboral, produciéndose una identidad causal entre el supuesto justificativo del contrato a disposición y el supuesto justificativo del contrato de cesión temporal de duración determinada. La relación que la LETT entabla entre el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo de cesión es exclusivamente temporal, e igualmente hay una relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada. A favor de la relación causal. Vid. STS (Social) de 4 febrero de 1999 (RJ1999\1587). STSJ Andalucía-Granada de 22 de octubre de 2008 (AS 2009\67). El contrato de trabajo para prestar servicios en empresas usuarias no puede ser un instrumento para alterar el régimen general de contratación temporal, sino que solamente permite traspasar la temporalidad de la contratación de la empresa usuaria a la ETT.

<sup>33</sup> No siempre que se puede acudir a la contratación temporal ello supone que se pueda usar el contrato de puesta a disposición. Vid. STS (Social) 3 de junio de 1996 (RJ 1996\4873). STSJ de Cataluña de 29 de octubre de 2001 (JUR 2002\52105). La Ley 29/1999 supuso un cambio frontal, ya que el art. 6.2 LETT solamente permite celebrar los contratos de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría recurrir a un contrato temporal por aplicación del art. 15 ET. Y, por si fuera poco, el art. 7.1 LETT en 1999 introduce que en materia de su duración se estaría a lo dispuesto en el art. 15 del ET.

a los contratos temporales estructurales, al contemplarse la posibilidad de un período de prueba de hasta un año. Sin duda, ello se muestra como una medida que afectaría ineludiblemente al margen de acción de las ETT en su labor de cesión temporal de trabajadores.

Las ETT gestionan en la práctica un gran volumen de empleo temporal, dando un apoyo a las empresas que no encuentran una respuesta eficaz en los servicios públicos de empleo en lo que se refiere a la colocación. Es decir, se presentan como una estructura empresarial, cuya organización permite atender necesidades estructurales de las empresas en la gestión de sus recursos humanos. Y, sin duda, las reformas operadas insisten en potenciar a las ETT como instrumento estable que permite dar cobertura al trabajo temporal demandado por las empresas clientes en virtud del mecanismo flexible de las cesiones temporales y ahora, con la reforma 2012, mediante la asunción del papel de agencia de colocación retribuidas. Igualmente, debemos destacar que la reducción de las restricciones al recurso de las ETT tiene como finalidad la creación de empleo mediante la contratación temporal. Se trata, pues, de una opción de política de empleo, que sin embargo se aleja del objetivo esencial de las reformas, dirigidas al fomento de la contratación indefinida y al mantenimiento del empleo. Con todo, es preciso indicar que la ampliación del ámbito de actuación de las ETT afecta irremediabilmente a las contrataciones estables de las empresas, ya que en tiempos de crisis esta vía de contratación flexible puede afectar a las tareas y actividades permanentes cubiertas por contratos indefinidos<sup>34</sup>.

En relación a la limitación de la precariedad y a la garantía de vías de consecución de la estabilidad en el empleo encontramos la delimitación de la resolución del contrato de trabajo temporal y la conversión de la relación laboral en indefinida. En este sentido, el art. 49.1.c) ET prevé como causa de resolución contractual la realización de la obra o servicio determinado o la duración pactada, salvo en los supuestos en los que se supere el límite legal temporal de referencia, así como si se siguen prestando servicios a pesar de la finalización de la obra o del servicio. En estos casos, si se continúa trabajando, se producirá la conversión automática del contrato temporal en indefinido.

Por su parte, la indemnización por finalización de los contratos de obra o servicio determinados y eventuales por circunstancias de la producción se ha mantenido en iguales términos, ya que si bien es cierto que la reforma laboral de 2010 mejoró la indemnización de ocho a doce días de indemnización por año de servicio —que será efectiva el 1 de enero de 2015 (arts. 1.5 y 7 Ley

<sup>34</sup> Sobre la repercusión de un mayor margen de acción del contrato de disposición en las actividades laborales dirigidas preferentemente a las contrataciones indefinidas. Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 21, (formato electrónico), p. 11.

35/2010, actuales art. 49.1.c ET)—, es preciso indicar que ya el art. 11.2 LETT contemplaba la indemnización de doce días por año servicio en los casos de fin de contrato temporal suscritos por las ETT, pudiéndose prorratear durante la vigencia del contrato de trabajo, y que ya se encontraba igualmente incorporada en la negociación colectiva del sector. Dicha indemnización de doce días no excluye efectivamente la posible mejora en la negociación colectiva, que puede contemplar sistemas de cálculo indemnizatorio distintos y superiores, como por ejemplo, se ha producido en el contrato de obra o servicio determinado aplicable en el sector de la construcción. Por tanto, la mejora de la indemnización por fin de contrato alcanzada en el ámbito de las ETT, cuyo fundamento residía en la precariedad inherente a la propia dinámica de la relación de trabajo triangular, se ha extendido y equiparado a las indemnizaciones de la contratación temporal directa. Asimismo, ello supone ciertamente un estímulo al recurso a las ETT, en la medida en que la equiparación de la indemnización iguala los costes de resolución contractual. Ello permite que el contrato de puesta a disposición no se presente como un coste adicional fijo que desincentive la gestión del trabajo temporal con cargo a una ETT en beneficio de la contratación temporal directa.

Finalmente, en materia de contratación laboral, es preciso indicar que el proceso de reformas laborales derivado de la crisis económica se ha preocupado de regular exclusivamente las cuestiones relativas a los derechos de los trabajadores en misión durante las cesiones y las obligaciones que corresponden a las ETT y a las empresas usuarias, pero no aborda el tema de los derechos de los trabajadores en los períodos entre misiones. Efectivamente, se trata de intervalos temporales en los que los trabajadores, si son contratados indefinidamente por la ETT, pueden seguir vinculados a la ETT, y dicha omisión ratifica que el modelo de contratación que gestionan las ETT españolas es esencialmente de naturaleza temporal. Evidentemente, sería deseable fomentar las previsiones que animen a conseguir unas vinculaciones más estables con las ETT, aspecto éste decisivo para poder afrontar una promoción profesional y asegurar una formación profesional adecuada que haga al trabajador competitivo en el mercado de trabajo. Por tanto, se trataría de dar más condiciones de seguridad, más allá de los períodos de misión.

## **6. LAS CONDICIONES DE ACCESO AL EMPLEO EN LAS EMPRESAS USUARIAS: EL DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE LAS VACANTES**

La configuración de la garantía de acceso al empleo indefinido en las empresas usuarias se ha acogido en nuestro sistema realizando una transposición literal de la Directiva 2008/104/CE. En este punto, la empresa deberá informar

a los trabajadores cedidos por las ETT sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceso a los puestos permanentes que tienen los trabajadores contratados directamente por las empresas usuarias (art. 17.3 LETT). Esta regla tiene como objetivo generar las mismas oportunidades de acceso a la estabilidad en el empleo que tienen garantizadas los trabajadores propios de la empresa usuaria. Estamos, pues, ante otra manifestación del principio de igualdad de oportunidades de los trabajadores cedidos y se acoge una previsión que rige para los trabajadores temporales con carácter general en el art. 15.7 ET. Aunque en este punto es preciso decir que no se contempla un derecho de preferencia en la contratación en beneficio de los trabajadores cedidos, sino solamente la necesidad de procedimentalizar un cauce informativo en el seno de la empresa. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, como indica la Directiva, o bien mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información” (art. 17.3 LETT y art. 6.1 Directiva 2008/104/CE). Ello significa que la comunicación no tiene que ser individualizada. El incumplimiento de esta obligación informativa de la empresa usuaria se tipifica legalmente como una infracción de carácter grave [art. 19.2.) LISOS].

Por tanto, la empresa usuaria está obligada a comunicar cualquier vacante producida en cualquier de los centros de trabajo de la empresa, ya sean puestos temporales o fijos. Efectivamente, se tendría que comunicar la misma información a los trabajadores directos como en misión, ya que el contenido de dicha información se delimita de forma genérica y no tiene un contenido personal, ni individual ni colectivo (art. 15.7 ET y 17.3 LETT). No hay preferencias en el empleo, sino que prima la paridad de trato de los trabajadores directos y en misión. Se ha positivizado un derecho de los trabajadores cedidos a ser informados de los puestos vacantes existentes en el empresa usuaria, garantizando las mismas oportunidades que los demás trabajadores de la citada empresa a obtener un empleo. En nuestro caso, la mejora respecto del modelo comunitario es significativa, ya que este derecho a la información sobre los puestos vacantes no se refiere sólo a la contratación indefinida (art. 6 Directiva 2008/104/CE), sino que se contempla la exigencia de comunicación respecto de las vacantes relativas a la contratación temporal directa.

## **7. LA PROMOCIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL: GARANTÍA DE EMPLEABILIDAD**

La formación profesional se presenta como un factor esencial, que garantiza las posibilidades de empleabilidad de los trabajadores. La propia Directiva

2008/104/CE prevé que en materia de acceso a la formación los Estados tienen que adoptar medidas, muy especialmente en el ámbito de la negociación colectiva, fomentando acuerdos colectivos dirigidos a la mejora del acceso de los trabajadores cedidos a la formación. Tanto las empresas usuarias como en las ETT están llamadas a estimular el desarrollo de las carreras profesionales de los trabajadores en misión, así como mejorar sus aptitudes para el empleo (art. 6.5).

El art. 17.4 LETT, en su versión de la Ley 35/2010, contempla las garantías de acceso a la formación profesional en la empresa usuaria y ha venido a mejorar en clave de igualdad las posibilidades de acceso a la misma por parte de los trabajadores en misión, lo cual permite reducir una faceta de la precariedad inherente a la cesión temporal. Estas referencias a la formación se refieren de forma general a una formación profesional adecuada y a una formación en el puesto de trabajo en materia de prevención de riesgos laborales. Ciertamente, se trata de una medida positiva que apuesta por un sistema de ETT competitiva que tenga en cuenta el factor humano. Con todo, el contenido del art. 17.4 LETT contiene un derecho cuya proyección práctica dependerá de su desarrollo correspondiente en la negociación colectiva. Ello supone invertir profesionalmente con vistas a fomentar un perfil de trabajador adecuadamente formado y especializado que permitan a la ETT ofrecer un servicio de calidad. De este modo, la empresa usuaria tendría el mismo resultado que si contratara directamente en el mercado y no reducirá su grado de competitividad. Asimismo, conviene tener en cuenta que en nuestra legislación se contempla la obligación de las ETT de dotar anualmente el 1 por 100 de su masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos<sup>35</sup>, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación legal de cotizar por formación profesional, y que los trabajadores accedan a los servicios comunes de la empresa usuaria durante la misión (art. 12 y 17 LETT).

Debido a la transposición de la Directiva se han mejorado las condiciones de acceso de los trabajadores cedidos por las ETT a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias. Nuestra legislación contempla que durante los períodos de misión el trabajador cedido tendría derecho a acceder a las acciones formativas desarrolladas en la empresa usuaria. Igualmente, las ETT están llamadas a desarrollar estas obligaciones formativas, lógicamente respecto de sus trabajadores fijos sometidos a cesiones temporales durante

<sup>35</sup> Efectivamente, se trata de una medida que ya se contemplaba en el art. 12.2 LETT/1994, por lo cual la necesidad de destinar anualmente más del 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores en misión era una medida de garantía previa a la reforma laboral de 2010. Con todo, esta medida se mejoró en la propia negociación colectiva del sector, incrementando en un 0,25 por 100 la cantidad destinada a formación respecto de la masa salarial (art. 49 V convenio colectivo nacional ETT)

los períodos de vacío temporal. Esta medida podría igualmente proyectarse respecto de sus trabajadores temporales con los que tienen una vinculación prologada en el tiempo. Ciertamente, estos empleados tendrían igualmente un interés y una expectativa legítima de formación, siendo igualmente conveniente el acceso a dichas acciones formativas en tanto en cuanto tiene una vinculación prolongada con las ETT, presentándose como un recurso fijo discontinúo cuando surge un servicio empresarial demandado.

En este mismo sentido, y a efectos formativos, igualmente sobre la ETT recae la obligación de proporcionar al trabajador la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales, necesaria para el puesto de trabajo que el trabajador ocupará durante los períodos de misión (art. 12 LETT). Se trata de una obligación referida a las ETT, sin que la Ley entre a abordar un contenido mínimo formativo por parte de las empresas usuarias<sup>36</sup>. La obligación de formación en materia preventiva se contempla en el art. 28.5 LPRL y corresponde su cumplimiento a la ETT<sup>37</sup>. La empresa usuaria no está obligada a dar formación, aunque si es responsable de la falta de formación preventiva. La obligación le corresponde a la ETT y la EU debe comprobar que la formación es suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo y en función de la calificación y experiencia profesional del trabajador<sup>38</sup>. Sin duda, el carácter breve de la relación temporal conlleva problemas de ofrecer una adecuada formación en materia preventiva en relación a los riesgos presentes en la relación laboral. Esto implica la necesidad de adaptar el deber de información existente entre la empresa usuaria y la ETT (art. 28.5 LPRL), máxime si tenemos en cuenta la baja cualificación de los trabajadores cedidos, en muchos casos trabajadores jóvenes, y su falta de experiencia profesional. Asimismo, estas exigencias se agudizan en los supuestos en los que el trabajo tenga un contenido peligroso, que requiere una especial cualificación, así como la necesidad de conocer en determinados puestos con exposición a riesgos concretos las medidas preventivas que se caracterizan por su especial complejidad.

<sup>36</sup> El art. 3 del RD 216/1999 se pronuncia sobre el problema de cómo fomentar la formación del trabajador cedido en el puesto de trabajo y la posibilidad de incluir nuevas medidas de protección ante los riesgos laborales. Es necesario interpretar sistemáticamente, la LPRL, RD 216/1999 y el art. 17 LETT, que contempla que la empresa usuaria no solo tiene el deber de informar sobre los posibles nuevos riesgos que surjan, es decir, tiene el deber de formar a los trabajadores cedidos de la ETT, así como formar a sus trabajadores de plantilla sobre las medidas de protección y prevención.

<sup>37</sup> Esta obligación está conectada no con el deber contenido en el art. 12.2 de la Directiva 80/391/CEE de 12 de junio, directiva marco. Por tanto, se desvincularía del contenido previsto en el art. 4 de la Directiva 91/382/CEE, de 25 de junio.

<sup>38</sup> Se trata de una previsión esencial. Precisamente, en el propio sector el incremento en un 0,25 por 100 de la cantidad destinada a formación respecto de la masa salarial se vinculaba prioritariamente con la formación en materia de salud laboral (art. 49 V convenio colectivo nacional ETT).

## 8. LA EXTENSIÓN PROGRESIVA A OTRAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO

En relación a la extensión de la protección de los trabajadores cedidos cobra especial significado la tutela de los derechos fundamentales del trabajador, como derechos de ciudadanía ligados a la propia dignidad de la persona. La igualdad de trato tiene que observarse especialmente en materia de paridad entre hombres y mujeres, así como en relación a la omisión de prácticas discriminatorias basadas en la raza u origen étnico, la religión, las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual y ello con independencia de que se contemplen en ley, reglamento o pactos colectivos (art. 5.1 Directiva). Igualmente, estas medidas tienen relación directa con las Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. No obstante, estas Directivas, a pesar de promover la extensión y eficacia del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales, contemplan asimismo como medida excepcional la posibilidad de supuestos de trato diferente. Ello sería posible si existen razones que lo justifiquen y que estén referidas a las diferencias objetivas ligadas al contenido del trabajo, pero no en base a la naturaleza temporal de la relación temporal cesión.

Especial atención ha merecido igualmente el reconocimiento de los derechos relativos a la protección de las mujeres embarazadas o en período de lactancia, jóvenes y niños. Ya la Directiva 2008/104/CE resaltó que la cesión de trabajadores por las ETT responde no sólo a las necesidades de flexibilidad de las empresas, sino también a las necesidades de conciliar la vida privada y profesional de los trabajadores (considerando 11). En nuestra legislación el art. 16 LETT ha venido a trasponer la directiva 2008/104/CE (art. 5.1), considerando a efectos de equiparación las medidas de conciliación contenidas no sólo legalmente, sino muy especialmente por medio de convenios y pactos colectivos<sup>39</sup>. Con carácter general, se trata de medidas relacionadas con la maternidad y, en este punto, conviene reseñar que la LETT se refiere a las mujeres embarazadas de forma exclusiva, sin aludir a los padres que parecen quedar desprotegidos. Y, evidentemente, se trata de una protección que tiene que complementarse con el contenido del art. 17 ET y de la propia LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sin olvidar su propia proyección

<sup>39</sup> En este sentido, es preciso destacar que en el ámbito sectorial existe una comisión paritaria estatal que elaborará recomendaciones sobre las mejores prácticas para la elaboración de los planes de igualdad derivados de la ley de igualdad (Disp. Ad. primera del V convenio colectivo estatal de ETT).

preventiva (art. 26, 27 y 28 LPRL)<sup>40</sup>.

Los trabajadores cedidos tienen que tener, al menos, las mismas condiciones de tiempo de trabajo que los trabajadores empleados directamente por las empresas usuarias. En la LETT no existe una regulación concreta sobre la duración de la jornada, horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos (art. 3.1.f Directiva). No obstante, la negociación colectiva ha venido introduciendo reglas tendentes a objetivar situaciones, previendo que la “la jornada de trabajo del personal puesto a disposición será la aplicable en la empresa usuaria, en función del puesto de trabajo desempeñado” (art. 33.2 del V Convenio colectivo de ETT).

Igualmente, los trabajadores en misión tienen derecho a disfrutar en condiciones de igualdad de los servicios comunes e instalaciones colectivas en las empresas usuarias. Especialmente intensa ha sido la preocupación de ampliar de los denominados beneficios sociales. El art. 17.2 LETT ha venido a incluir novedosamente actividades de comedor, guardería y otros servicios comunes. En este sentido, tanto el transporte como el uso de las instalaciones colectivas, que afecta, por ejemplo, a los comedores, cafeterías o servicios médicos<sup>41</sup>. No obstante, desde el punto de vista de la Directiva 2008/104/CE, el derecho de los trabajadores cedidos a acceder a las instalaciones o servicios comunes de la empresa usuaria en las mismas condiciones que sus trabajadores admite excepciones cuando concurren razones objetivas que lo justifique (arts. 5 y 6.4 Directiva). Ello podría abrir la vía a interpretar si esta exigencia se podría condicionar en función de las posibilidades y recursos económicos de las empresas, el tamaño de la plantilla, etc. Con carácter general, habría que deducir que esta obligación se conoce previamente por la empresa usuaria, que cuando recurre a los servicios de una ETT asume los costes económicos derivados del modelo y, por tanto, la posible excepción a la obligación empresarial tendría un margen ciertamente restrictivo.

Otros derechos de los trabajadores cedidos que han sido especialmente considerados se refieren a la prohibición del cobro a los trabajadores, que impide que las ETT puedan reclamarles el pago de los servicios derivados de la

<sup>40</sup> Evidentemente, el empleo de la expresión protección permite una interpretación tuitiva tanto en materia laboral, como preventiva o de Seguridad Social. Vid. Calderón Pastor, F.J., “Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo”, en *Información Laboral*, núm. 8, 2010, p. 6. Llano Sánchez, M., “Obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales”, en *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, (Dir. Molero Marañón - Valdés Dal-Ré) La Ley, Las Rozas, Madrid, pp. 535-ss.

<sup>41</sup> Este derecho a disfrutar durante la vigencia del contrato de puesta a disposición del transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria ya se contempla en el art. 6.3 y 4 de la Directiva 2008/104/CE. Igualmente, el tratamiento de mejora se contenía antes de la reforma de 2010 en el convenio colectivo estatal de ETT (art. 14.2).

gestión de su contratación en misión o por la subsiguiente contratación directa con la empresa usuaria a la hora de expirar el contrato de puesta a disposición (art. 12.4 LETT y art. 6.3 Directiva). Esta regla tiene su correspondencia con la posibilidad de las ETT de realizar las funciones de agencias de colocación retribuidas, sin que se pueda traspasar el coste del servicio al trabajador, aunque si es posible la proyección del carácter oneroso de la intermediación respecto de las empresas. Ello es consecuencia directa del Convenio 181 de la OIT, que contempla la figura de las agencias privadas con fines lucrativos, posteriormente reconocidas por la reforma laboral de 2010. Por otro lado, la Directiva 2008/104/CE contempla la nulidad de las cláusulas que impidan la contratación directa de trabajadores cedidos por parte de la empresa usuaria al finalizar el contrato de puesta a disposición (art. 6.2)<sup>42</sup>. Los Estados tienen que establecer los mecanismos para declarar la nulidad de las cláusulas que prohíban o impidan suscribir contratos de trabajo entre los trabajadores cedidos por las ETT y las empresas usuarias y dicha regla se encuentra transpuesta en el propio art. 7.3 de la LETT.

Respecto de la determinación de la indemnización al fin del contrato, el coste fijo asumido por el recurso a este tipo de temporalidad es de doce días de salario por año de servicio, aunque puede mejorarse por aplicación de los convenios o acuerdos. Dicha indemnización también se extiende con el fin de garantizar la igualdad de trato cuando dicha indemnización sea superior (11.2 LETT)<sup>43</sup>. Igualmente, conviene señalar que la indemnización por fin de contrato puede ser prorrateada durante la vigencia del contrato (art. 17.2 Ley 35/2010)<sup>44</sup>. En relación al contenido de la indemnización, el art. 3.5 LETT utiliza dicha referencia sin limitación de indemnizaciones, lo cual no permite excluir las indemnizaciones por despido improcedente. De este modo, igualmente se tendrá derecho a la indemnización por despido disciplinario improcedente incluidos los salarios de tramitación. La jurisprudencia social ya reco-

<sup>42</sup> En este mismo sentido se pronuncia el art. 48 del V convenio colectivo estatal de ETT. Igualmente, dicho convenio prevé la posibilidad de alcanzar pactos de permanencia con las ETT con el fin de desarrollar un trabajo específico en una empresa usuaria (art. 21). Ello era una facultad que no se oponía al mandato legal, máxime cuando el convenio contemplaba la nulidad de las cláusulas prohibitivas de incorporación a la empresa usuaria, y en caso de incorporación efectiva a la misma incumpliendo el pacto de permanencia en la ETT el trabajador tendría que soportar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

<sup>43</sup> En este sentido, se ha indicado que “como se ha hecho en otros casos, se podría haber añadido una expresa mención a la negociación colectiva”. Vid. Carrero Domínguez, C. - Blasco De Luna, F.J., “Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de Trabajo Temporal”, en *La Reforma del Mercado de Trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 320.

<sup>44</sup> Previsión ya contenida en el art. 47.2 del V Convenio Colectivo Estatal de ETT.

noció la naturaleza de los salarios de tramitación como auténticos salarios<sup>45</sup>, aunque es preciso indicar que dicha doctrina se ha visto mitigada debido a los efectos derivados del RD-Ley 3/2012 (art. 18), que ha venido a suprimir los salarios de tramitación para los despidos improcedentes, salvo que se opte por la readmisión del trabajador o se trate de un representante legal de los trabajadores (art. 56.2 ET).

## 9. DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN: UN CLARO EJEMPLO DE PRECARIEDAD LABORAL

La LETT puede aún avanzar en los aspectos colectivos relativos a los trabajadores en misión. Esto contrasta con la intensa regulación, por ejemplo, de los requisitos administrativos de constitución o los aspectos de derechos individuales o relativos a las responsabilidades de las empresas derivadas de la relación triangular. Efectivamente, los trabajadores en misión no han sido objeto de atención prioritaria a efectos de representación colectiva en la empresa usuaria (art. 17.1 LETT). Ello ha sido una oportunidad perdida, dadas las posibilidades que dichos sistemas pueden ofrecer a la hora de controlar y vigilar las condiciones de desarrollo de la actividad laboral de los trabajadores cedidos, especialmente en los casos en que se desarrollen actividades con riesgos específicos<sup>46</sup>.

En nuestra legislación, los trabajadores cedidos computan a efectos de la representación colectiva de la ETT<sup>47</sup>, que es su empresario y, por otro lado, los órganos de representación de los trabajadores en las empresas usuarias tienen atribuida la representación de los trabajadores en misión durante la duración de la relación laboral. Ello permite una vía en la práctica para poder presentar reclamaciones en relación a las condiciones de trabajo y la prestación de los servicios en la empresa usuaria (art. 17 LETT). Igualmente, las reglas genera-

<sup>45</sup> A los efectos de determinar la naturaleza de los salarios de tramitación. Vid. SSTs (Social) de 7 de julio de 1994 (RJ 1994\6351), de 9 de abril de 1984 (RJ 1984\2057), de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986\5906) y de 22 de enero de 1988 (RJ 1988\37).

<sup>46</sup> Vid. Calvo Gallego, J., "Representación y acción sindical en la empresa", en *Relaciones Laborales y empresas de trabajo temporal*, Comentarios al tercer Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Trabajo Temporal, Laborum, 2002, p. 405. Miñarro Yanini, M., "La modificación de los límites para celebrar contratos de puesta a disposición por razones de seguridad y salud (del origen a las consecuencias)", en *Actualidad Laboral*, núm. 21, T.II, 2010, p. 2. López Balaguer, M., "Supuestos excluidos del contrato de puesta a disposición", en *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, (Dir. Molero Marañón - Valdés Dal-Ré), La Ley, Madrid, 2009, p. 256.

<sup>47</sup> En los órganos de representación legal de los trabajadores de las ETT, a los que el convenio se refiere, se incluyen tanto los trabajadores de estructura como los de puesta a disposición. En este sentido, y por el momento al menos, el derecho español está alineado con la primera de las opciones que ofrece el art. 7 de la Directiva 2008/104/CE.

las previstas por la Directiva 2008/104/CE se ajustan perfectamente al sistema de representación colectiva. Nuestro país cumpliría, pues, con el contenido de la Directiva, que se caracteriza por su contenido sumamente flexible. Se produce nuevamente un problema propio del Derecho Social comunitario en materia de derechos colectivos, que se muestra incapaz de armonizar un sistema uniforme de representación laboral<sup>48</sup>. El art. 7 Directiva 2008/104/CE contempla dos soluciones alternativas, una, que los Estados puedan determinar las condiciones para que los trabajadores en misión puedan ser tenidos en cuenta para el cálculo del umbral a partir del cual deben constituirse en la ETT y, por otro lado, también se puede computar a los trabajadores en misión a efectos de ser considerados en la representación laboral en la empresa usuaria, como si fueran trabajadores de plantilla, computando para los umbrales de constitución de los órganos de representación. En nuestro sistema, no parece que sea una prioridad cambiar el sistema y computar a los trabajadores cedidos a efectos de los umbrales de cálculo de los órganos de representación en las empresas usuarias<sup>49</sup>. Ciertamente, el papel de los derechos colectivos de los trabajadores cedidos es un tema que en materia de relaciones triangulares ha tenido poco eco en el debate comunitario y que ya fue criticado con motivo del libro verde<sup>50</sup>.

Efectivamente, la escasa participación colectiva de los trabajadores en misión en las empresas usuarias es uno de los factores de precariedad laboral. Con todo, la vía del art. 17.1 LETT permite a los trabajadores cedidos poder presentar reclamaciones y denuncias ante la empresa usuaria. Y ello a pesar de los obstáculos, aún ciertos, como la falta de legitimación activa para iniciar procedimientos de conflictos colectivos de trabajo. Efectivamente, los repre-

<sup>48</sup> En materia de derechos colectivos, tenemos las reglas relativas al cómputo de los trabajadores cedidos a efectos de representación colectiva. En este punto, la Directiva introdujo una novedad importante (art. 7), relativa al cómputo de los trabajadores cedidos por las ETT a efectos de constituir órganos de representación, aunque la generalidad de la redacción del precepto da lugar a dudas interpretativas. La Directiva ordena que los trabajadores cedidos tendrán que ser tenidos en cuenta para el cálculo de los mínimos de plantillas requeridos para constituir los órganos de representación laboral y se contempla que los Estados podrán prever que los trabajadores cedidos sean tenidos en cuenta a idénticos efectos en la empresa usuaria. De este modo, los trabajadores cedidos pueden facultativamente por los Estados considerarse como de la plantilla de la empresa usuaria y, por tanto, ser computados en la empresa usuaria. En los casos en que los trabajadores cedidos sean computados como de la empresa usuaria supondría, pues, que computarían igualmente en el ámbito de las ETT, sin que se trate de ámbitos de representación colectiva excluyentes. En este sentido, se ha preguntado si esto es “lo que ha querido de verdad el legislador comunitario? Cuesta pensar que sea así y es lógico que se dé por hecho que se trata de dos soluciones alternativas entre las que deberán optar los Estados miembros”. Vid. Luján Alcaraz, J., “La Directiva sobre Empresas de Trabajo Temporal”, *loc. cit.*, pp. 18-19.

<sup>49</sup> Vid. San Martín Mazzucconi, C., “Significado y alcance de la Directiva 2008/104/CE (...)”, *loc. cit.*, p. 606.

<sup>50</sup> Vid. Valdés Dal-Ré, F., “El debate europeo sobre la ‘modernización del Derecho del Trabajo’ y las relaciones laborales triangulares”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2009, p. 6.

sentantes de los trabajadores de la empresa usuaria no pueden en los conflictos colectivos ejercer plenamente las labores de defensa de los intereses de los trabajadores cedidos por la ETT. El art. 17.1 LETT fue reformado ya por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre (art. 5), al contemplar que los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria tienen atribuida la representación mientras dure la cesión, a efectos de formular reclamaciones ligadas a la ejecución de las condiciones laborales. Se atribuía, pues, un cauce de representación respecto de cualquier reclamación en el ámbito de la empresa usuaria, sin que se pudieran extender a las reclamaciones del trabajadores respecto de la ETT de la cual depende.

Lógicamente, esta función representativa depende del cumplimiento efectivo de la empresa usuaria de su obligación de proporcionar información apropiada a los órganos de representación de los trabajadores sobre el recurso a la cesión temporal de mano de obra y sobre el contenido de cada contrato de puesta a disposición (art. 9 LETT y art. 8 Directiva 2008/104/CE). Igualmente, esta obligación informativa de la empresa usuaria se extiende a los motivos de utilización del recurso a las ETT, debiendo entregar a los representantes de los trabajadores copia básica de los contratos de trabajo (art. 9 LETT). Se trata, efectivamente, de una obligación informativa sobre el recuso a la cesión temporal de trabajadores, que tendrá que hacerse efectiva cuando se suministre información sobre la situación del empleo en la empresa.

## **10. EL TRATAMIENTO DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES Y EL REFORZAMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO SANCIONADOR**

Uno de los ajustes, ajeno al proceso de armonización comunitaria, se refiere a la ampliación del contenido de la responsabilidad subsidiaria que soportan las empresas usuarias. Ello se presenta ciertamente como un auténtico mecanismo de compensación de intereses. Originariamente solamente se proyectaban estas responsabilidades sobre las obligaciones salariales<sup>51</sup> y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta

<sup>51</sup> Ya la Ley 29/1999 contempló la exigencia de responsabilidad en materia salarial a la empresa usuaria y ello tenía su lógica debido a los problemas de la ETT de conocer con precisión los convenios y acuerdos aplicables en las empresas usuarias. Por ello, la preferencia era evidente a efectos de clarificar la determinación de la obligación salarial. En muchos casos con referencia a sistemas de cómputo salarial estructurado en conceptos fijos y variables ligados al desarrollo de la actividad laboral y que dependen de que el trabajo se preste efectivamente y que no pueden contemplarse originariamente con precisión en el contrato de trabajo. En este sentido, se ha apuntado que la razón esencial que permite justificar el carácter subsidiario de la responsabilidad salarial reside en la obligación de la ETT de constituir una garantía financiera.

a disposición. Sin embargo, actualmente esta exigencia se ha ampliado a la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Se trata de una extensión de responsabilidad que afecta lógicamente a las indemnizaciones derivadas de los despidos improcedentes, y también se extendería a otras indemnizaciones en distintos supuestos extintivos, por ejemplo, despido objetivo o colectivo, extinción causal voluntaria, por fin de contrato, etc<sup>52</sup>.

La vigente redacción del art. 16.3 LETT contempla, pues, la extensión de la responsabilidad subsidiaria a las indemnizaciones económicas derivadas de la extinción del contrato de trabajo y se responderá tanto de los salarios de tramitación (actualmente reducidos por la reforma laboral de 2012) como de las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo<sup>53</sup>. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los arts. 6 y 8 de la presente LETT. Esta indemnización, de naturaleza extrasalarial (art. 26.3 ET), no se encuentra incluida en la responsabilidad subsidiaria relativa a las obligaciones salariales y de Seguridad Social. Se trata de un criterio ya apuntado por el TS, que incluyó las indemnizaciones en la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria derivada del uso ilegal del contrato de puesta a disposiciones<sup>54</sup>. Si la cesión de

<sup>52</sup> Ciertamente, ello supone una aproximación evidente entre las cesiones legales (art. 43 ET) y el modelo de la subcontratación de obras y servicios de la propia actividad (art. 42 ET). Vid. SSTS (Social) de 19 de febrero de 2009 (RJ 2009\1594), de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6529) y de 4 de julio de 2006 (RJ 2006\6419).

<sup>53</sup> En relación a la naturaleza de la responsabilidad sobre la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo. Vid. STS (Social) 4 de julio de 2006 (RJ 2006\6419). Esta sentencia considera que el art. 16.2 LETT y su responsabilidad solidaria no supone una excepción al art. 43 ET. Se trata de una excepción a la responsabilidad subsidiaria, ratificando el art. 43.2 ET, ya que mientras la LETT se refiere con carácter restrictivo a las obligaciones generales. El ET emplea el término obligaciones contraídas con los trabajadores. Y, por supuesto, estaremos ante cesión ilegal cuando la cesión tenga como fin cubrir las necesidades permanentes de mano de obra y ello a pesar de que la cesión se realice por una ETT autorizada. Estaríamos ante un vicio en el propio contrato de puesta a disposición, que habría sido suscrito en fraude de ley. En relación a la intervención en cesión ilícita. Vid. STS (Social) de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008\5665).

<sup>54</sup> Sin duda, se trata de una mejora, ya que no afecta solamente a las indemnizaciones por extinción contractual. Como sabemos, anteriormente las indemnizaciones no entraban dentro de este tipo de responsabilidad al tener naturaleza extrasalarial. Y asimismo la garantía también se refiere a los propios salarios de tramitación. Vid. Carrero Domínguez, C. - BLASCO DE LUNA, F.J., "Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de Trabajo Temporal", *loc. cit.*, p. 324. Siempre que exista una relación regular temporal en base al contrato de puesta a disposición y se vertebrase la relación triangular correctamente, la empresa usuaria será en todo caso responsable subsidiariamente de las obligaciones salariales, de seguridad social, así como de las indemnizaciones ex art. 16.2 LETT. No obstante, cuando la relación triangular no se conforme válidamente, al existir infracción de los arts. 6 u 8 LETT en lo relativo al contrato de puesta a disposición, el efecto sancionador vendría de la aplicación del art. 43.3 del ET como regla tuitiva de los trabajadores. Vid. SSTS (Social) de 4 de julio de 2006 (RJ 2006\6419) y de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6529).

trabajadores por medio de las ETT a la empresa usuaria se realiza válidamente la empresa usuaria solamente responderá de forma subsidiaria respecto de la ETT, mientras que si cesión es improcedente y no se ajusta a derecho, la responsabilidad se convierte en solidaria entre la ETT y la empresa usuaria. Así, se tutela la situación de precariedad que sufre el trabajador y se reparan las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales<sup>55</sup>.

Igualmente, se ha afectado el régimen de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales, aunque estos cambios en realidad no suponen una redefinición de las obligaciones y responsabilidades de las ETT, que se encuentra previstas legal y reglamentariamente (art. 28 LPRL y el RD 216/1999). El art. 16.2 LETT se refiere a las responsabilidades en materia de seguridad e higiene en el trabajo y sobre el recargo de prestaciones. En estos casos, la empresa usuaria responderá en caso de accidente o enfermedad profesional si se produce en el centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y la responsabilidad se pueda atribuir a un incumplimiento de la empresa cliente en las medidas preventivas, que le corresponden en tanto en cuanto ejerce el poder de dirección y organización del trabajo (art. 15.1 LETT)<sup>56</sup>. De este modo, la empresa usuaria está obligada a garantizar las medidas preventivas, y en ausencia de las mismas, responderá de las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Incluso esta responsabilidad se exige a las ETT de forma solidaria en determinadas circunstancias<sup>57</sup>.

Con todo, y a pesar de que se ha intentado avanzar en la seguridad jurídica de los trabajadores en misión, es preciso indicar que aún cabe margen de acción y es posible reforzar los sistemas de reparto de responsabilidades entre las empresas implicadas en la relación triangular. Precisamente, en materia de abuso al recurso a las ETT y en los supuestos de cesiones sucesivas. Ciertamente, no se ha abordado, como medida de garantía las consecuencias derivadas del uso abusivo de las cesiones de trabajadores de ETT. Estos mecanismos

<sup>55</sup> Sobre los márgenes de aplicación de la responsabilidad solidaria. Vid. SSTs (Social) de 22 de enero de 2009 (RJ 2009\620) de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008\5665) y de 7 de febrero de 2007 (RJ 2007\1815).

<sup>56</sup> Estamos, pues, ante la proyección de la comunicación de responsabilidades en materia de ETT que se produce incluso en materia de prevención de riesgos laborales, donde parece que se diseñan autónomamente responsabilidades a cargo de ETT y empresas usuarias. Vid. García Murcia, J., “Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo”, en *Seguridad y Salud en el Trabajo (El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Coords. Casas Baamonde, M<sup>a</sup>. E. - Palomeque López, M.C., - Valdés Dal-Ré, F., La Ley – Actualidad, Madrid, 1997, p. 230. Rodríguez Ramos, M. J. - Pérez Borrego, G., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *Seguridad y Salud en el Trabajo (El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley – Actualidad, Madrid, 1997, pp. 447-448.

<sup>57</sup> Vid. STSJ Castilla y León, Burgos, de 23 de septiembre de 2010 (AS 2010\1839). STSJ de Andalucía, Sevilla, de 28 de mayo de 2009 (AS 2009\2196). STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2008 (AS 2009\1688). STSJ País Vasco de 28 de junio de 2005 (AS 2005\2418).

sí se contemplan en la Directiva 2008/104/CE (art. 5). Sin embargo, no han sido tratados formalmente por nuestra legislación de forma suficiente. En este sentido, el art. 15.5 ET, según la Ley 43/2006, 29 de diciembre, contempla el fraude en la contratación temporal que se castiga con la conversión del trabajo cedido en un trabajador fijo en plantilla. Aunque precisamente, la regla que impide el encadenamiento de contratos temporales en un período de treinta meses durante un plazo de veinticuatro, con o sin solución de continuidad, por una ETT ha sido suspendida, lo que limita el posible abuso e impide la consecución de status de trabajador fijo en estos casos. No obstante, la reforma laboral de 2012 ha previsto la recuperación de la prohibición de encadenar los contratos temporales a partir del 31 de diciembre de 2012 (art. 17 RDL 3/2012).

Igualmente, es preciso decir que antes de la reforma laboral de 2012, se prohibía, y se sigue prohibiendo, la cesión de trabajadores a otras ETT. Se impide, pues, una gestión empresarial que suponga la subcesión de trabajadores dando lugar a un intercambio de trabajadores entre las ETT. Ello era en buena lógica un efecto derivado de su incompatibilidad con la actividad autorizada, que no era otra que proveer exclusivamente a otras empresas trabajo temporal mediante la cesión temporal de trabajadores. Sin embargo, con la ampliación del contenido de la actividad de las ETT estos mecanismos prohibitivos se encuentran actualmente debilitados, debido al recurso flexible a las ETT en su nueva faceta de agencias de colocación privadas con ánimo de lucro.

Junto al tratamiento del régimen de responsabilidad, se ha alterado y reforzado el régimen de sancionador. En este sentido, cabe recordar que, en materia de sanciones, el art. 10 de la Directiva 2008/104/CE contempla la necesidad de evitar los incumplimientos de las ETT y de las empresas usuarias, mediante un régimen sancionador que tiene que ser efectivo, proporcional y disuasorio. Actualmente, los arts. 18 y 19 LISOS, que han refundido el catálogo de infracciones que contemplaba originariamente la LETT, han reforzado el régimen sancionador. Se contemplan nuevas sanciones en la LISOS para evitar que las ETT cedan trabajadores en actividades peligrosas desde el punto de vista preventivo<sup>58</sup>. Concretamente, los arts. 18 y 19 LISOS intentan promover la eficacia de determinados derechos. En cuanto a los nuevos supuestos de infracciones leves de la empresa usuarias, se alude al hecho de no facilitar los datos sobre retribución total aplicable al puesto de trabajo y se tipifica como infracción grave impedir el ejercicio de los derechos de reclamación por medio de los órganos de representación en la empresa usuaria o impedir el acceso al transporte

<sup>58</sup> Igualmente, conviene recordar que la propia Disp. Ad. 16ª de la Ley 35/2010 ya anunciaba, dentro de las actuaciones de la Inspección de trabajo, un plan integrado de actuación con carácter expansivo y con objetivos de alcance general. Con carácter general, se precisaba la necesidad de avanzar en el “control de la actuación de las empresas que realizan actividad de cesión de trabajadores sin contar con la autorización administrativa”.

e instalaciones colectivas. Desde el punto de vista de los incumplimientos de las ETT, se prevén como incumplimientos graves, la ausencia de formación, o dar trabajo sin que el trabajador tenga la debida formación en materia preventiva, o el no destinar a la formación la dotación económica, o el cobro de los gastos de selección, formación o gestiones relativas a la contratación o el suscribir contratos de puesta a disposición en actividades prohibidas. En concreto, la suscripción de contratos de puesta a disposición para realizar trabajos o actividades peligrosas para la salud laboral por ley o convenio colectivo<sup>59</sup> –se entiende cometida la infracción por cada contratos de puesta a disposición suscrito en dichos supuestos– (art. 18.3 b LISOS). Por su parte, se prevé como infracción muy grave la subcomisión de obra. En casos de reincidencia ante la comisión de faltas muy graves, se prevé la posibilidad de suspender la actividad de la ETT durante un año y transcurrido el plazo de suspensión, la ETT deberá solicitar nuevamente la correspondiente autorización administrativa (art. 41.3 LISOS). Asimismo, cabe un segundo período de suspensión de actividad como sanción, en cuyo caso, dicha reincidencia en la comisión de faltas graves dará lugar a la extinción de la autorización administrativa de forma definitiva (art. 2.1.e LETT).

<sup>59</sup> La duda es si se puede seguir manteniendo la referencia a las limitaciones previstas en los convenios colectivos. Ciertamente, este papel del convenio colectivo se ha restringido, pero ello no ha supuesto su anulación. En este punto, es preciso recordar que las prohibiciones y limitaciones sectoriales previstas en convenio colectivo están derogadas desde el 1 de enero de 2011. Vid. Martín Jiménez, R., “Actividades peligrosas y empresas de trabajo temporal. Nuevas infracciones administrativas”, en *la Reforma Laboral de 2010, Comentarios al RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 524. No obstante, ello no impide que los convenios colectivos puedan contemplar respecto de las limitaciones legales especificaciones concretas. Ello operaría en casos de delimitación adaptada al trabajo o actividad en cuestión, siempre que ello no supongan una ampliación de las limitaciones o prohibiciones, que como sabemos, están plenamente excluidas.

# EL CIERRE PATRONAL POR INASISTENCIAS AL TRABAJO QUE IMPIDEN GRAVEMENTE EL PROCESO NORMAL DE PRODUCCION\*

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Pompeu Fabra*

## EXTRACTO

**Palabras clave: cierre patronal, absentismo, impedimento grave, proceso productivo**

En el presente estudio se analiza una de las concretas causas que justifican el cierre patronal en nuestro ordenamiento jurídico, conforme al cual el empresario, como consecuencia de una huelga o de cualquier otra alteración colectiva del trabajo, podrá acordar el cierre de la empresa cuando el volumen de inasistencias o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción. Para proceder a ello, se ha abordado su configuración jurídica autónoma frente al resto de causas legitimadoras del cierre, su fundamento, así como los presupuestos para su utilización, y más concretamente: la determinación cuantitativa y cualitativa del absentismo (con especial detenimiento en las ausencias al trabajo provocadas por huelgas estratégicas e intermitentes), y la necesaria existencia de un impedimento grave del proceso productivo a resultas de dicho absentismo. Y todo ello para concluir que, en sentido estricto, no estamos en propiedad ante una facultad ligada al poder empresarial de policía para asegurar la integridad de las personas y los bienes durante una huelga, sino más bien ante una causa de cierre patronal que cumple una estricta función de defensa económica del empresario, ampliamente criticable, ya que, tanto por su ambigüedad como por lo poco preciso de sus límites, puede amparar numerosos cierres patronales injustificados, vaciando con ello de contenido del derecho fundamental de huelga.

## ABSTRACT

**Keywords: lockout, absenteeism, serious impairment, production process**

In the present study we have analyzed one of the specific reasons justifying the lockout in our legal system, specifically provided for in Article 12.1.c) of Royal Decree Law of Labour Relations 17/1977, pursuant to which the employer as a result of a strike or other collective labor disturbance, decide to close the company when the volume of absences or irregularities in the work seriously impede the normal production process. For so doing, have addressed their legal autonomous from the rest of legitimizing the closure causes, its foundation, and the budgets for their use, and specifically: the quantitative and qualitative absenteeism (special caution in the absence labor strikes caused by strategic and intermittent), and the necessary existence of a serious impediment in the production process as a result of that absence. And all this to conclude that, strictly speaking, we are not the property before a faculty linked to corporate power of police to ensure the integrity of persons and property during a strike, but rather due to a lockout which plays a strict economic advocacy role of the employer, widely criticized, as well as ambiguous as vague as their limits, can cover many unjustified lockouts, thereby emptying the contents of the fundamental right to strike.

\* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado “La gestión del absentismo laboral: medición, impacto económico, causas sociales y psicológicas y régimen jurídico laboral”, financiado a cargo del Ministerio de Economía y Competitividad (Subdirección general de proyectos de investigación), y con número de referencia: DER 2010-21686-C02-02/JURI.

**ÍNDICE:**

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CIERRE PATRONAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO
2. EL CIERRE PATRONAL POR ABSENTISMO, COMO CAUSA AUTÓNOMA Y COMO EXCEPCIÓN AL PODER DE POLICÍA EMPRESARIAL
3. EL FUNDAMENTO DEL CIERRE PATRONAL POR ABSENTISMO QUE IMPIDE GRAVEMENTE EL PROCESO NORMAL DE PRODUCCIÓN
4. PRESUPUESTOS PARA SU UTILIZACIÓN
  - 4.1. La determinación cuantitativa del absentismo legitimador del cierre patronal
  - 4.2. La determinación cualitativa del absentismo legitimador del cierre patronal
    - a) El cierre patronal por absentismo durante las huelgas estratégicas
    - b) El cierre patronal por absentismo durante las huelgas rotatorias
    - c) El cierre patronal por absentismo durante las huelgas intermitentes
  - 4.3. La existencia de un impedimento grave en el proceso normal de producción
5. CONCLUSIONES

**1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CIERRE PATRONAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO**

El cierre patronal es un medio de presión laboral ejercitado por el empresario a través del cierre de sus establecimientos, y la consiguiente interrupción del pago de los salarios, con el fin de responder a una huelga u otro acto de presión colectiva de los trabajadores<sup>1</sup>.

El artículo 37.2 de la Constitución Española (en adelante CE), admite implícitamente el derecho de los empresarios al cierre patronal. Según dicho precepto: “Se reconoce el derecho de los...empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo” e inmediatamente señala: “la ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”. Con lo que parece claro que la CE esté contemplando entre aquellas medidas de conflicto, supuestos de posible suspensión del contrato de trabajo donde encaja el cierre patronal. Esta medida de conflicto colectivo se encuentra desarrollada por los artículos 12, 13 y 14 del Real Decreto Ley 17/1977 sobre Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977 (en adelante RDLRT 17/1977).

En este punto resulta de obligada cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril que, pese a la petición concreta en tal sentido, no llegó a declarar incompatibles con el Texto Constitucional los artículos 12, 13 y 14 del RDLRT 17/1977, y estableció ciertos criterios interpretativos, cuyo manejo es obligado cuando se trate de calificar este tipo de medidas adoptadas por el empresario.

<sup>1</sup> Véase: Miñarro Yanini, M., *El cierre patronal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 15 y ss. García Fernandez, M., *El cierre patronal*, ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág. 27 y ss. Ruiz Castillo, M.M., *El cierre patronal*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 82 y ss.

Dicho Tribunal declara que el cierre patronal no goza del mismo tratamiento que el derecho de huelga, puesto que mientras que éste es un derecho fundamental (por estar contemplado en el Título I, Capítulo II, Sección 1.ª del Texto Constitucional) por el contrario el cierre patronal tiene un rango inferior, situándose al mismo nivel que los derechos y deberes de los ciudadanos, de ahí que en todos aquellos casos en que el cierre patronal vacía de contenido el derecho constitucional de huelga o se alza como barrera que lo impide, no puede considerarse un procedimiento lícito, porque el ejercicio de un simple derecho cívico impediría un derecho fundamental.

Por tanto, el régimen jurídico del derecho de huelga y del cierre patronal o “lock-out” no puede ser idéntico, puesto que para que se produzca el cierre patronal es necesario que existan unas razones de tal gravedad que el beneficio causado por la huelga como derecho, cause un daño desorbitado en la empresa que sea irreparable y que, incluso, perjudique en el futuro a los trabajadores<sup>2</sup>.

Se configura así el cierre de empresa como un derecho subjetivo carente de la potestad de ser ejercitado de manera autónoma e independiente, y que solo se legitima cuando el mismo es una respuesta a un conflicto instado por los trabajadores, y concretamente como la reacción del empresario ante un fenómeno que produce una consecuencia semejante a la fuerza mayor, y de vida tan precaria, que sólo dura mientras persiste alguna de las circunstancias que lo legitiman<sup>3</sup>.

Su distinta configuración frente al derecho de huelga conlleva que solo sea admisible el cierre patronal cuando sea una reacción a una medida de conflicto ejercitada por los trabajadores, y como instrumento para preservar el orden público y los bienes inherentes a la actividad productiva, que quedaría limitado el tiempo necesario para remover tales causas y asegurar la reanudación de dicha actividad<sup>4</sup>.

Más allá de su regulación y ubicación en el texto constitucional, las diferencias con la huelga son notables: mientras que la huelga afecta a los trabajadores que libremente han decidido secundarla, el cierre afecta también al

<sup>2</sup> Véase: Cruz Villalón, J., “El ejercicio del derecho al cierre patronal”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* n° 8, 1986, pág. 87 y ss. Barreiro Gonzalez, G., “El cierre patronal y el conflicto colectivo”, en AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad social en la Constitución*, ed. CEC, Madrid, 1980, pág. 59 y ss. Ramírez Martínez, J.M., “Huelga y cierre patronal en la Constitución Española”, en AA.VV. *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, ed. Tecnos, Madrid, pág. 439 y ss.; Diéguez Cuervo, G., “Para una juridificación del lock out”, en AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, ed. Tecnos, Madrid, 1980, pág. 301 y ss. Duran López, F., “La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal”, *Revista de Política Social* n° 115, 1977, pág. 78 y ss.; García Ninet, J.I., “El cierre patronal”, *Revista de Trabajo* n° 67/68, 1982, pág. 102 y ss.; Iglesias Cabero, M., “El cierre patronal como medida de conflicto colectivo”, *Actualidad Laboral* n° 17, 1986, pág. 841 y ss.; Sanguinetti Raymond, W., “El cierre patronal, ¿paro técnico o medida de conflicto?” *Revista de Derecho Social* n° 16, 2001, pág. 15 y ss.

<sup>3</sup> STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1992 (AS 1992/5087).

<sup>4</sup> STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994/4709).

personal que no ha seguido la huelga; en la huelga subyace una reivindicación, a diferencia del cierre patronal que es defensivo; a través de la huelga se pretende alcanzar una nueva situación, que, a su vez, establece una nueva relación de fuerzas, mientras que a través del cierre patronal se otorga un poder al empresario que, si bien se ejercita como respuesta a una medida colectiva de los trabajadores, no puede utilizarse como elemento de retorsión o como impedimento de la vuelta al trabajo tras el fin de la huelga, dado que ello supondría un vaciamiento del derecho fundamental.

Es por ello que cabe distinguir entre el denominado cierre ofensivo, llevado a cabo con el propósito de impedir el ejercicio del derecho de huelga y que los trabajadores desistan de la misma (expresamente prohibido); y por otro lado, el denominado cierre defensivo que tiene como base legal alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 12.1 del RDLRT 17/1977. Interesa retener que en nuestro ordenamiento jurídico el cierre patronal es siempre defensivo, nunca ofensivo, por lo que el empresario no puede ponerlo en práctica para imponer determinadas condiciones laborales a sus trabajadores<sup>5</sup>.

Precisamente el RDLRT 17/1977 admite en su artículo 12 el cierre patronal defensivo o de respuesta frente a huelgas o a cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo que implique lo siguiente<sup>6</sup>: a) Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas. b) Ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca. c) Que el volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción.

A lo largo de estas páginas se va a abordar la específica causa justificativa del cierre patronal contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 12.1.c) del RDLRT 17/1977, consistente en la inasistencia al trabajo durante el ejercicio del derecho de huelga, que impida gravemente el proceso normal de producción.

## **2. EL CIERRE PATRONAL POR ABSENTISMO, COMO CAUSA AUTÓNOMA Y COMO EXCEPCIÓN AL PODER DE POLICÍA EMPRESARIAL**

Una de las cuestiones que se ha suscitado tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia, es si la causa de cierre patronal prevista en la

<sup>5</sup> STCT 29 marzo 1989 (RTCT 1989/144); STSJ de las Islas Canarias de 6 de mayo de 1999 (AS 1999/5914); STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2001 (AS 2001/2767).

<sup>6</sup> Véase: García Fernández, M., "Las causas del cierre patronal en el derecho español", en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 643 y ss.

letra c) del artículo 12.1 del RDLRT de 1977 (el volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción), ha de estar o no vinculada al resto de las causas previstas en las letras a) y b) del mismo precepto, y concretamente a la existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas; y a la ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca.

Como tuvo ocasión de señalar la conocida STC 11/1981, de 8 de abril, si bien un derecho cívico como es el cierre patronal, no puede impedir un derecho fundamental, como es el derecho de huelga, ello no sucede así cuando el poder del cierre se le otorga al empresario en el ejercicio de un llamado poder de policía para asegurar la integridad de las personas y bienes, y que legitimaría la medida empresarial, siempre que existiera la decidida voluntad de abrir el establecimiento una vez desaparecido el riesgo<sup>7</sup>.

En este punto interesa recordar que: la apreciación del peligro corresponde al empresario, debiendo ser éste notorio y darse en el presente y no relacionado con conjeturas o con perspectivas de futuro; debe concretarse además sobre personas y cosas en el mismo centro de trabajo, aunque también comprenda las violencias que se produzcan en otros ámbitos, si tienen relación directa con el desarrollo de las actividades y puedan ser calificadas de muy graves; los incidentes o disturbios que se hayan producido en otro conflicto anterior, no bastan por sí solos, para acordar el cierre; y además, aunque el concepto de peligro es indeterminado (puesto que supone la posibilidad de que se produzca un daño para la seguridad de las personas o de las cosas), esta posibilidad no ha de apoyarse en criterios personales del empresario, sino en un juicio basado en principios de experiencia<sup>8</sup>.

Y la ocupación del centro de trabajo durante una huelga, se torna ilícita cuando con ella se vulnera el derecho de libertad de otras personas, esto es, el derecho a trabajar de los trabajadores no huelguistas<sup>9</sup>. Ahora bien, la ocupación del centro de trabajo durante la huelga, como causa justificativa del cierre patronal<sup>10</sup>, no impide el derecho de reunión en asamblea durante la huelga, y en este sentido, el cierre patronal no puede producirse por el hecho de la asamblea misma, la cual no puede entenderse ni como ocupación, ni tan siquiera como

<sup>7</sup> Gutiérrez Solar Calvo, B., “El cierre patronal para la protección de la seguridad de los trabajadores: una potestad (deber-poder) del empresario (comentario a la STS 4º de 17 de enero de 2000)”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2000, pág. 547 y ss.

<sup>8</sup> Miñarro Yanini, M., “El cierre patronal como poder de policía del empresario”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 172, 2005, pág. 22 y ss. STC 11/1981 de 8 de abril; STSJ de Asturias de 23 de noviembre de 2001 (AS 2001/4192).

<sup>9</sup> Ruiz Castillo, M.M., *El cierre patronal*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 300 y ss.

<sup>10</sup> Véase: García Perrote Escartin, I., *La huelga con ocupación del centro de trabajo*, ed. Akal, Madrid, 1980.

permanencia con ocasión de conflicto, sino como ejercicio del derecho de reunión que legítimamente tienen los trabajadores y que incluso pueden ejercitar con la finalidad de resolver el conflicto.

En cualquier caso, queda claro que la facultad de cierre reconocida en estas dos letras, va dirigida a *asegurar el orden dentro de la empresa, cuando pueda crearse una situación de peligro para la vida, la integridad física, las instalaciones o los bienes, por la desorganización que conllevan las medidas de conflicto adoptadas por los trabajadores*<sup>11</sup>.

Circunstancias éstas que, decididamente, se manifiestan en las causas a) y b) tipificadas en el artículo 12.1 del RDLRT de 1977, pero no en la contemplada en el apartado c) de ese mismo precepto, de ahí que la cuestión a resolver es si cabe aplicar analógicamente la argumentación utilizada en las anteriores causas para configurar la prevista en el apartado c) como una manifestación más del poder de policía que tiene el empresario<sup>12</sup>.

Ciertamente, un volumen de inasistencia o irregularidades en el trabajo no tan solo puede impedir gravemente el proceso normal de producción, sino que también puede poner en peligro a las personas y provocar un daño grave en las cosas. Pensemos por ejemplo en la ausencia de trabajadores para controlar un proceso productivo en una empresa en que se utilizan materiales químicos que se manipulan y que, de no tratarse, pueden entrañar riesgos de explosión, toxicidad o incendio, no siendo desafortunado prever el desencadenamiento de daños si se mantiene el funcionamiento de la actividad fabril, riesgo que únicamente puede eliminarse con el cierre patronal<sup>13</sup>.

Desde esta perspectiva, no habría especial inconveniente en admitir la interconexión entre las diversas causas previstas en el artículo 12.1 del RDLRT 17/1977, incluida la aquí analizada, y concluir que el cierre patronal ante un volumen de inasistencia al trabajo, no sería más que una manifestación más del poder de policía empresarial, dirigido a preservar a las personas, los bienes y las instalaciones, y limitado al tiempo necesario para remover tales causas y asegurar la reanudación de la actividad.

Así pareció entenderlo la STC 11/1981 de 8 de abril. Y de hecho, para algún pronunciamiento jurisprudencial<sup>14</sup>, el que el absentismo durante la huelga impida el proceso normal de producción, como causa justificativa del cierre patronal, evidencia una gravedad en la toma de decisión empresarial “con ciertas semejanzas con los dos apartados anteriores del precepto, es decir, peligro en cosas o personas y ocupación de los locales de trabajo”.

<sup>11</sup> Ruiz Castillo, M.M., *El cierre patronal*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 116 y ss.

<sup>12</sup> Miñarro Yanini, M., “El cierre patronal como poder de policía del empresario”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 172, 2005, pág. 22 y ss. Sanguinetti Raymond, W., “El cierre patronal, ¿paro técnico o medida de conflicto?” *Revista de Derecho Social* nº 16, 2001, pág. 43.

<sup>13</sup> Es el caso contemplado en la STCT de 12 de marzo de 1987 (RTCT 1987/7065).

<sup>14</sup> STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 1995 (AS 1995/4369).

Según esta interpretación, el apartado c) del artículo 12.1 del RDLRT 17/1977 sólo alcanzaría su razón de ser cuando la actividad productiva se interrumpe o paraliza a consecuencia de alguna de las causas contempladas en los apartados a) y b) del propio artículo 12, de modo que el cierre patronal solo estaría justificado cuando la imposibilidad de la producción surge como consecuencia de la actitud de los trabajadores huelguistas, y no de su simple ausencia al trabajo.

Sin embargo, no ha sido así como lo ha interpretado la doctrina científica<sup>15</sup> ni el Tribunal Supremo<sup>16</sup>, que ha insistido en que: “Es cierto que la huelga constituye un instrumento de presión que pretende modificar la correlación de fuerzas existentes entre las partes y es consustancial a ella la producción de daños a la empresa que han de ser superiores a los soportados por los trabajadores. Pero también lo es que, como todos los derechos fundamentales, la huelga no es un derecho absoluto, sino que está sometido a los límites y condiciones de ejercicio que el legislador decide establecer para preservar los intereses de la comunidad y los de la propia empresa”.

Continúa señalando: “Podría incluso compartirse, en un debate doctrinal o desde el plano de “*lege ferenda*” la tesis (antes expuesta), como menos restrictiva y más respetuosa con el derecho de huelga. Mas no es esa la misión de esta Sala, sino la de interpretar y aplicar los preceptos legales del modo más acorde con su verdadero espíritu y contenido”. Y concluye afirmando: “es lógico concluir que los tres supuestos de cierre que regula el artículo 12 son totalmente independientes entre sí. Así lo demuestra su formulación en párrafos totalmente separados entre sí, y sin ninguna advertencia de intercorrelación entre ellos”.

Por lo que: “los supuestos enunciados respectivamente, en los tres apartados, a), b) y c) del estudiado artículo 12.1 del RDLRT, no han de concurrir conjuntamente, sino que cualquiera de ellos, si tiene la necesaria trascendencia, produce el efecto de legitimar el cierre patronal. La redacción literal del precepto, y los respectivos bienes cuya protección se procura con cada una de las tres previsiones legales, conducen a esta conclusión. Está claro que son tres supuestos autónomos entre sí, y que el precepto, cuando se refiere a ellos, no exige su coexistencia, sino que legitima el cierre patronal “cuando concurra alguna de las circunstancias enunciadas”.

Basta con que concurra alguna de las tres causas del artículo 12.1, y no

<sup>15</sup> Gutiérrez Solar Calvo, B., “El cierre patronal para la protección de la seguridad de los trabajadores: una potestad (deber-poder) del empresario (comentario a la STS 4º de 17 de enero de 2000)”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2000, pág. 547 y ss. Miñarro Yanini, M., “El cierre patronal como poder de policía del empresario”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 172, 2005, pág. 22 y ss.

<sup>16</sup> STS de 14 de enero de 2000 (RJ 2000/977); STS de 17 de enero de 2000 (RJ 2000/1429); STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403); STS de 7 de julio de 1992 (RJ 1992/5589); STS de 20 de junio de 1995 (RJ 1995/ 5360).

las tres, sin que la tercera de ellas deba leerse en el sentido de entender que el obstáculo a la producción haya de provenir de la ocupación ilegal del centro, de daños en las cosas, o de violencia sobre las personas, bastando con que derive de la mera inasistencia al trabajo o de su irregularidad (aunque sea sólo la de los huelguistas)<sup>17</sup>.

Quiere ello decir que si el artículo 12.1 autoriza el cierre patronal en su apartado c), cuando “el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción”, no puede exigirse la concurrencia de otros requisitos distintos a los establecidos por la norma. Y que, por consiguiente, el cierre será lícito en cuanto estos últimos queden acreditados, aunque no exista peligro notorio para las personas y las cosas, ni ocupación ilegal del centro o peligro cierto de que ésta se produzca. Sólo cabe pues proyectar la interpretación restrictiva que impone el respeto al derecho fundamental de huelga, sobre aquellos dos requisitos.

De modo que el apartado a) vela por la seguridad de la integridad física de las personas y por la salvaguarda de los bienes materiales en la empresa; el apartado b) se vincula a la propia regulación de la huelga, ya que el artículo 7 del reiterado RDLRT impone que el ejercicio de la huelga se realice “sin ocupación... del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias”, medida que está relacionada también con el respeto del derecho al trabajo de quienes decidan no participar en la huelga; y el apartado c) se cuida de guardar la proporcionalidad entre los sacrificios de los huelguistas y los del empresario al permitir el cierre, porque la naturaleza o extensión de la huelga impide la producción<sup>18</sup>.

En consecuencia, la causa prevista en el apartado c) tiene una justificación autónoma respecto de las restantes: la de “guardar la proporcionalidad entre los sacrificios de los huelguistas y los del empresario”, que impediría la interconexión con las restantes y por extensión, su configuración como una manifestación del poder de policía empresarial.

La concepción del cierre patronal como poder de policía del empresario, puede defenderse respecto del supuesto contemplado en la letra a) que legitima la aplicación de esta medida en caso de notorio peligro de violencia para las personas o daños graves para las cosas, al ser circunstancias típicas que fundamentan el ejercicio de tal poder. Y también la causa b) relativa a la ocupación ilegal del centro de trabajo, podría ajustarse al ejercicio de dicho poder.

Pero, sin embargo, no puede decirse lo mismo de la causa que estudiamos aquí, y prevista en el apartado c), pues en las situaciones en las que el volumen de inasistencia en el trabajo impida de manera grave el proceso normal de

<sup>17</sup> STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2001 (AS 2001/1109).

<sup>18</sup> STS de 14 de enero de 2000 (RJ 2000/977).

producción, no existe una situación de peligro para la vida o integridad física de las personas o sobre las instalaciones que justifique el ejercicio del poder de policía, sino una huelga con exitoso seguimiento.

De ahí que, lo lógico, como apunta la doctrina científica<sup>19</sup>, hubiera sido que la STC 11/1981 de 8 de abril, únicamente hubiera mantenido la constitucionalidad de las causas primera y segunda, pero no de esta tercera, al no encajar dentro del poder de policía empresarial.

### **3. EL FUNDAMENTO DEL CIERRE PATRONAL POR ABSENTISMO QUE IMPIDE GRAVEMENTE EL PROCESO NORMAL DE PRODUCCIÓN**

Como hemos visto, el fundamento último por el que la norma permite al empresario cerrar la empresa ante un absentismo significativo que impida el proceso normal de producción durante el ejercicio del derecho de huelga, es la necesidad de guardar una proporcionalidad entre los intereses de los huelguistas y los del empresario, legitimando el cierre cuando la naturaleza o la extensión de la medida de conflicto o de huelga impide la actividad productiva. Es lo que ha venido a llamarse principio de proporcionalidad de los sacrificios, el cual resulta de obligada observancia en toda limitación de un derecho fundamental.

De este principio se desprende que cuando existan simples dificultades de producción como consecuencia de una huelga o cualquier alteración colectiva del trabajo, se impone al empresario la obligación de soportar, sin reacción, los gastos de mantenimiento de los locales de trabajo. Y ello aunque su coste no se corresponda con la escasa productividad que puedan desarrollar los trabajadores que decidan prestar servicios; con la pérdida de los beneficios derivados del trabajo no ejecutado; o incluso con la pérdida de potenciales clientes que puedan acudir durante los días de huelga a la competencia no afectada por ésta<sup>20</sup>.

Para acceder al cierre patronal, “las ausencias han de incidir en la actividad empresarial con tal intensidad que no permitan organizar mínimamente el desarrollo del proceso productivo entendido en su más amplia dimensión, o lo que es igual, que quede paralizado hasta el punto de que no sea posible dar ocupación efectiva a quienes ejercitan su derecho al trabajo”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Miñarro Yanini, M., “El cierre patronal como poder de policía del empresario”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 172, 2005, pág. 22 y ss. Sanguinetti Raymond, W., “El cierre patronal, ¿paro técnico o medida de conflicto?” *Revista de Derecho Social* nº 16, 2001, pág. 43.

<sup>20</sup> STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403).

<sup>21</sup> STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403).

En tales casos, se argumenta, el cierre está plenamente justificado “pues de lo contrario la empresa estaría obligada a abonar salarios y cuotas de Seguridad Social sin contraprestación alguna y a soportar gastos generales desmesurados sin ningún fruto, quebrando el principio de proporcionalidad de los sacrificios”. Esto nos conduce a una función de defensa “económica” del empresario, ampliamente criticable, pues la misma, por sí sola no debiera de justificar el cierre por la vía del artículo 12.1.c) del RDLRT 17/1977<sup>22</sup>.

Precisamente, la causa que estamos estudiando es en la que más cierres patronales pueden encontrar justificación, debido a su gran ambigüedad y a lo poco precisos que aparecen sus límites<sup>23</sup>. Con ello el legislador está dando un claro trato de favor al empresario, pues, a falta de matices, cabría la posibilidad de que el cierre se adoptara como medida de respuesta directa a una huelga, que, de este modo, quedaría totalmente anulada por aquél<sup>24</sup>.

Además, a las amplias posibilidades sustanciales de practicar este cierre, habría que añadir la laxitud de los requisitos procedimentales para su adopción y que facilitan la aplicación de esta medida. Así, no se establece ningún mecanismo de preaviso a la contraparte, sino que basta con que el empresario comunique su adopción a la Autoridad laboral, sin que exista ningún control administrativo previo, pues éste solo se efectúa posteriormente a través del requerimiento de apertura por la Autoridad Laboral. Por ello, el generoso reconocimiento de esta causa de cierre patronal, puede ser utilizado como medida de presión del empresario frente a sus trabajadores<sup>25</sup>.

En determinadas situaciones, la concurrencia de la causa de cierre patronal contemplada en el artículo 12.1.c) del RDLRT es bastante clara, incluso en los términos establecidos por la jurisprudencia. Pero la forma como se equilibran los intereses en conflicto es manifiestamente insatisfactoria, por dos razones.

De una parte, porque, como decíamos, el empresario, conforme al artículo 13 del RDLRT, puede actuar de forma unilateral sin ningún tipo de control previo y sólo queda obligado a comunicarlo a la Autoridad Laboral en el término de doce horas. Tal flexibilidad procedimental, que puede encontrar cierta justificación

<sup>22</sup> Desdentado Bonete, A., “Huelga y cierre patronal: ejercicios de estrategia y reparación de daños”, Diario La Ley nº 7535, 2010.

<sup>23</sup> Véase: Miñarro Yanini, M., *El cierre patronal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 260 y ss.

<sup>24</sup> Véase Cruz Villalón, J., “El ejercicio del derecho al cierre patronal”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* nº 8, 1986, pág. 87 y ss.: “resulta impensable que un sujeto como es el empresario, que en la esfera de las relaciones económicas y de producción posee la iniciativa, sin embargo en el campo de las relaciones laborales –y más aún en el contexto de un conflicto– vaya a adoptar una postura meramente pasiva”, renunciando a presionar a los trabajadores en defensa de sus intereses y limitándose a esperar que éstos acepten volver libremente al trabajo”.

<sup>25</sup> Duran Lopez, F., “La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal”, *Revista de Política Social* nº 115, 1977, pág. 78 y ss.; García Ninet, J.I., “El cierre patronal”, *Revista de Trabajo* nº 67/68, 1982, pág. 102 y ss.

cuando el empresario ejercita una facultad de policía donde se requiere una actuación rápida e inmediata, pierde todo sentido cuando dicho sujeto pretende liberarse de los perjuicios que puede causarle una situación de imposibilidad sobrevenida.

De otra parte, la solución tampoco resulta satisfactoria porque carga sobre los trabajadores la totalidad del riesgo, dado que el cierre patronal determina, conforme al artículo 12.2 del RDLRT, la suspensión de la relación laboral y la pérdida del salario correspondiente a los servicios no prestados<sup>26</sup>.

La admisión del cierre patronal en las situaciones contempladas en el artículo 12.1.c) del RDLRT puede resultar, por tanto, difícilmente compatible con la norma constitucional porque restringe de forma injustificada el derecho al trabajo de los trabajadores no huelguistas, que toma fundamento en el artículo 35.2 de la CE. Además, puede llegar a desincentivar el ejercicio del derecho fundamental de huelga e incluso a vaciarlo de significado, dada la facilidad con que el empresario puede librarse de los perjuicios que le causa el ejercicio, por parte de los trabajadores, del derecho reconocido en el artículo 28.2 de esa misma norma<sup>27</sup>.

Todo ello hace que deba replantearse la forma como se afronta y resuelve esta concreta causa de cierre patronal, y, como ha apuntado la doctrina científica<sup>28</sup>, quizá la mejor solución hubiera sido acudir a las reglas ordinarias de reparto de riesgos por imposibilidad sobrevenida.

Y si nos encontramos ante una situación de imposibilidad sobrevenida fruto del ejercicio del derecho de huelga e inimputable al empleador lo más lógico es que dicho sujeto acuda a la suspensión por fuerza mayor prevista en el artículo 47.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)<sup>29</sup>. Por esta vía los intereses en conflicto se equilibrarían de forma bastante más satisfactoria, dado que, de una parte, el empresario (para quedar liberado) debería comunicar su intención a los representantes de los trabajadores así como a la Autoridad Laboral, y de otra, los trabajadores podrían suplir la pérdida salarial mediante la prestación por desempleo cuando reuniesen los requisitos legalmente exigidos<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Sola Monells, X., "El cierre patronal por impedimento grave en el proceso normal de producción: comentario a la SJS nº 2 de Pamplona de 9 de noviembre de 2004". *Iuslabor* nº 2, 2005.

<sup>27</sup> Sanguinetti Raymond, W., "El cierre patronal, ¿paro técnico o medida de conflicto?" *Revista de Derecho Social* nº 16, 2001, pág. 43.

<sup>28</sup> Sola Monells, X., "El cierre patronal por impedimento grave en el proceso normal de producción: comentario a la SJS nº 2 de Pamplona de 9 de noviembre de 2004". *Iuslabor* nº 2, 2005.

<sup>29</sup> Ruiz Castillo, M.M., *El cierre patronal*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 298 y ss. Véase sin embargo: Ojeda Aviles, A., *Derecho Sindical*, 8ª ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 615, quien, pese a las similitudes, distingue esta causa de cierre patronal frente a la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por fuerza mayor, que requieren del llamado expediente de regulación de empleo.

<sup>30</sup> Sola Monells, X., "El cierre patronal por impedimento grave en el proceso normal de producción: comentario a la SJS nº 2 de Pamplona de 9 de noviembre de 2004". *Iuslabor* nº 2, 2005.

La utilización de las reglas ordinarias también permitiría resolver adecuadamente otras situaciones similares, como por ejemplo los supuestos en que la inasistencia de los huelguistas no llega a generar imposibilidad (donde no cabría suspensión ni, por ende, liberación empresarial); o los casos donde, existiendo una verdadera imposibilidad, la misma deriva de una actuación negligente o dolosa del empresario, puesto que resultaría aplicable el artículo 30 del ET, conforme al cual el trabajador conserva íntegramente su salario sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.

En consecuencia, podemos afirmar que, en sentido estricto, no se trata de una facultad ligada al poder empresarial de policía sino de una regla de reparto de riesgos ante situaciones de imposibilidad sobrevenida que cumple una función parecida a la desarrollada por los artículos 30 y 47 del ET<sup>31</sup>.

#### **4. PRESUPUESTOS PARA SU UTILIZACIÓN**

##### **4.1. La determinación cuantitativa del absentismo legitimador del cierre patronal**

A la hora de analizar esta concreta causa de cierre patronal, el Tribunal Supremo<sup>32</sup> ha señalado que “el concepto que dicho precepto maneja descansa en tres “standards”: volumen de las irregularidades en el trabajo; impedimento grave; y proceso normal de producción. Como todo “standard”, supone y exige una valoración objetiva de la situación concreta contemplada a fin de que aquél proporcione la única solución justa imputable al precepto en juego”.

Y de hecho, según el Tribunal Supremo<sup>33</sup>, para que concurra esta causa es necesario que se den las siguientes circunstancias: a) que el número de ausencias al trabajo sea de tal magnitud que, bien por razones cualitativas (cuando los huelguistas ocupan puestos neurálgicos en la cadena de producción), bien por puras razones cuantitativas (habida cuenta el elevado absentismo provocado por la huelga), se impide el proceso productivo; b) que el impedimento del proceso de producción sea grave, en el sentido de que no pueda organizarse mínimamente, o lo que es lo mismo, que su desarrollo quede paralizado hasta

<sup>31</sup> Gutiérrez Solar Calvo, B., “El cierre patronal para la protección de la seguridad de los trabajadores: una potestad (deber-poder) del empresario (comentario a la STS 4º de 17 de enero de 2000), *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2000, pág. 547 y ss. Miñarro Yanini, M., “El cierre patronal como poder de policía del empresario”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 172, 2005, pág. 22 y ss.

<sup>32</sup> STS 13 febrero 1986 (RJ 1986/510).

<sup>33</sup> STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403).

el punto de que no sea posible dar ocupación efectiva a quienes ejercen su derecho al trabajo; y c) que la gravedad exigible no sea la derivada simplemente del ejercicio del derecho de huelga<sup>34</sup>.

En cuanto al volumen de inasistencia, se exige que la huelga suponga la existencia de circunstancias excepcionales que incidan especialmente sobre el absentismo del personal. Es por ello que se insiste en que la inasistencia de trabajadores ha de impedir reorganizar el proceso productivo en su más amplia dimensión, de forma que no haya posibilidad de dar ocupación a quienes no se suman a la huelga y ejercen su derecho al trabajo<sup>35</sup>. Procede por tanto analizar ambos aspectos del absentismo, tanto el cuantitativo como el cualitativo.

La inasistencia al trabajo como causa justificativa del cierre patronal, presupone que la huelga no la secunde la totalidad de los trabajadores de la plantilla. Si fueran todos los trabajadores los que decidieran ejercitar su derecho de huelga, no existiría obligación legal de abrir el centro de trabajo, obligación que sólo resulta exigible cuando el volumen de asistencia resulta aceptable, y respetando con ello el derecho al trabajo de los trabajadores no huelguistas que han decidido no secundar el paro por comparación al resto de la plantilla<sup>36</sup>. En este caso no tendría sentido declarar el cierre patronal, puesto que la paralización sería consecuencia inmediata de la huelga<sup>37</sup>.

Es decir, en un paro total de los trabajadores, a diferencia de las huelgas parciales (por respeto al derecho al trabajo de los trabajadores no huelguista), la paralización del trabajo deriva de la huelga, y no del cierre patronal. O como indica el Tribunal Supremo<sup>38</sup>: ante un paro de la totalidad de los trabajadores, no habría surgido la necesidad de cerrar, porque previamente no habría existido obligación de abrir los centros, que solo deben mantenerse abiertos por respeto al derecho al trabajo que ostentan los trabajadores no huelguistas, cuando parte de la plantilla no secunde el paro.

Con ello se corrige una doctrina anterior<sup>39</sup>, según la cual, era legítimo el cierre patronal cuando en la huelga participaba la totalidad de la plantilla, puesto que dicho volumen de inasistencia hacía imposible el proceso productivo, y amparaba la legalidad del cierre.

Ahora bien, interesa precisar que cuando la paralización de la actividad empresarial tiene su origen en la cesación de la prestación de servicios por

<sup>34</sup> STCT de 28 de julio de 1986 (RTCT 1986/7191); STCT de 16 de diciembre de 1986 (RTCT 1986/13904); STCT de 12 de marzo de 1987 (RTCT 1987/7065); STCT de 14 de mayo de 1987 (RTCT 1987/11654); STS de 13 de febrero de 1986 (RJ 1986/510); STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403); STSJ de Canarias de 20 de diciembre de 1999 (AS 1999/4470).

<sup>35</sup> Miñarro Yanini, M., *El cierre patronal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 264 y ss.

<sup>36</sup> STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403).

<sup>37</sup> Miñarro Yanini, M., *El cierre patronal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 265 y ss.

<sup>38</sup> STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403).

<sup>39</sup> STCT de 24 de febrero de 1987 (RTCT 1987/4578).

huelga de todo el personal de la empresa, si el cierre patronal se prolonga más días de aquellos por los que se convocó la huelga, en realidad no nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 12.1.c) del DLRT de 1977, sino ante otro totalmente distinto, que es el de una reacción inadecuada del empresario tendente a sancionar y reprimir, por la vía indirecta, la decisión de no acudir al trabajo<sup>40</sup>.

Por lo que se refiere a la dimensión cuantitativa (porcentaje de trabajadores que no asisten a trabajar por contraposición a los que sí lo hacen), es preciso que el volumen de inasistencia sea de una importancia superior a la normal en cualquier huelga<sup>41</sup>. Además, es necesario que el absentismo se haya plasmado de manera efectiva, es decir, es necesario que se hayan consumado las inasistencias, lo cual exige la iniciación de la huelga y su desarrollo normal, porque tan solo de esta manera podrá calibrarse que ello provoca un impedimento grave en la producción<sup>42</sup>.

El cierre patronal tan sólo será válido en aquellos supuestos en que la prestación de servicio de los trabajadores que desean proseguir su actividad profesional devenga objetivamente imposible (y durante el tiempo que permanezca esa imposibilidad), en razón de la actitud seguida por los trabajadores no asistentes al trabajo<sup>43</sup>.

Por tanto, la cuestión fundamental consistirá en determinar cuándo se sobrepasan los efectos comunes de la huelga, al tratarse de un aspecto susceptible de diversas apreciaciones. Y en dicha valoración habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, teniendo en cuenta las características del sector de la actividad y del sistema productivo, si bien es cierto que los tribunales han dado algunas pautas evidentes de utilidad práctica como serían las siguientes:

Es legítimo el cierre patronal cuando participa la práctica totalidad de la plantilla<sup>44</sup>, y en aplicación de este criterio basado en el porcentaje de ausentes, los tribunales estiman que es lícito el cierre de una empresa ante una ausencia que alcanza, en sus dos centros de trabajo a 61 trabajadores de 72, y a 26 de 29, siendo los únicos asistentes, trabajadores muy cualificados del departamento de administración<sup>45</sup>. También es lícito el cierre patronal cuando la huelga es secundada por 30 de los 54 trabajadores<sup>46</sup>, debiendo estarse además al porcentaje de seguimiento de la huelga en relación con la totalidad de la plantilla, también al proceso productivo de la empresa, y a las facultades empresariales

<sup>40</sup> STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 1993 (AS 1993/4096).

<sup>41</sup> García Fernández, M., *El cierre patronal*, ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág. 122 y ss.

<sup>42</sup> STCT de 22 de febrero de 1988 (RTCT 1988/88).

<sup>43</sup> STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 1993 (AS 1993/4096).

<sup>44</sup> STSJ de Canarias de 6 de mayo de 1999 (AS 1999/5914).

<sup>45</sup> STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403).

<sup>46</sup> STSJ del País Vasco de 21 de abril de 2009 (AS 2009/1861).

de sustituir a los trabajadores por otros de la misma empresa.

En sentido contrario, no es lícito el cierre cuando el número de huelguistas es insignificante en relación al número total de la plantilla de la empresa, concentrándose tan solo en una sección concreta de la línea de producción, y con un escaso tiempo de duración del paro laboral (que lo asemejaría más a la duración de una avería), unida a la escasa afectación que la huelga tiene en el sistema productivo<sup>47</sup>.

Sin embargo, este problema no se plantea en aquellas actividades en las que normativamente se exige el mantenimiento de un volumen determinado de trabajo (como sucede con los casinos de juego), puesto que existe un parámetro objetivo que permite declarar lícitamente el cierre ante el incumplimiento mínimo establecido. De modo que si el volumen de inasistencia en un casino de juego no permite completar la plantilla mínima exigida por la normativa para poner en funcionamiento los diferentes juegos<sup>48</sup>, el cierre patronal será legítimo. Es decir, si el Reglamento de Casinos de Juego establece que, en todo caso, durante el horario en que el casino se encuentre abierto al público, deberán hallarse en servicio, como mínimo, una mesa de ruleta, otra de ruleta americana y otra de Black-Jack (cuando tales juegos estén autorizados), el no acudir al trabajo durante la huelga el personal mínimo necesario para poner en funcionamiento tales mesas, impide abrir las instalaciones del casino, reforzando así la licitud del cierre patronal.

#### **4.2. La determinación cualitativa del absentismo legitimador del cierre patronal.**

Según el artículo 7.2 del RDLRT 17/1977: “Las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos”.

El Tribunal Constitucional<sup>49</sup> ha insistido en que el carácter abusivo de estas huelgas no opera automáticamente, sino que aquello que hace la norma es establecer una presunción “*iuris tantum*”, de la ilicitud de tales actos, que lógicamente admite la prueba en contrario a cargo de los trabajadores. El propio Tribunal Constitucional razona que el fundamento de la presunción de ilicitud se encuentra en el hecho de que tales conductas son susceptibles de quebrantar el deber mutuo de lealtad y de honradez que las huelgas no hacen desaparecer,

<sup>47</sup> STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1992 (AS 1992/5087).

<sup>48</sup> SAN de 20 de octubre de 1994 (RJ 1995/1166); STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403); y STSJ de Madrid de 9 de enero de 1996 (RJ 1996/24).

<sup>49</sup> STC 72/1982 de 2 de diciembre de 1982; y STC 41/1984 de 21 de marzo de 1984.

logrando un gran daño al empresario con un pequeño sacrificio por parte de los trabajadores. De modo que hay abuso cuando el plan huelguístico de unos pocos trabajadores, extiende la huelga a todos, violando con ello el derecho a trabajar de los no huelguistas, al margen de las repercusiones que pueda tener en el público consumidor<sup>50</sup>.

Desde esta perspectiva, cuando una huelga no se encuentre entre alguno de los tipos señalados como actos ilícitos o abusivos, habrá que entender la licitud de la misma, debiendo probar el empresario, en estos casos, el carácter abusivo de la huelga. Así ha sucedido con la huelga intermitente, para la que el Tribunal Constitucional<sup>51</sup> ha señalado que, al no contemplarse tal modalidad de huelga como ilícita o abusiva en el RDLRT 17/1977, la presunción opera a favor de su licitud, de tal modo que será el empresario afectado quien deberá probar la ilicitud o abuso, demostrando que la huelga produjo un daño grave e irrazonablemente desmedido, y que ha sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga implica necesariamente<sup>52</sup>.

Si he efectuado ésta referencia a dichas modalidades de huelgas es porque, cuando se ejercitan, suelen implicar un efecto más gravoso y un mayor perjuicio para la actividad productiva. Se trata de huelgas con un efecto multiplicador respecto de las perturbaciones causadas, dado que los sacrificios mutuos no son proporcionales, y el daño que sufre el empresario excede con mucho del esfuerzo requerido por los trabajadores<sup>53</sup>.

Sucede así con las huelgas estratégicas, en que el ejercicio del derecho de huelga por unos pocos trabajadores, extiende la huelga a todos, interrumpiendo el proceso productivo e imponiendo la cesación a todos los trabajadores, causando con ello al empresario daños superiores (y ahí radica la desproporción). Y otro tanto respecto de las huelgas intermitentes, en que pese a su corta duración, consiguen prolongar sus efectos (la inactividad) en el tiempo, exigiendo del empresario un coste adicional en la reorganización productiva. El abuso radica en prolongar la huelga de hecho (en sus efectos), aunque no de derecho (sin sufrir la contrapartida de la pérdida de la retribución).

Siendo ello así, en muchas ocasiones, el empresario justificará el cierre patronal simplemente por haberse usado alguna de las modalidades de huelgas

<sup>50</sup> Véase: Casas Baamonde, M.E., “Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 24, 1985, pág. 509 y ss.; Duran Lopez, F., “Forma de realización de la huelga; referencia especial a la huelga ilegal y a los actos abusivos distintos de la huelga”, en AA.VV. *Estudios sobre la huelga*, ed. Acarl, Madrid, 1992, pág. 252 y ss.

<sup>51</sup> STC 72/1982 de 2 de diciembre de 1982; y STC 41/1984 de 21 de marzo de 1984.

<sup>52</sup> Miñarro Yanini, M., *El cierre patronal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 262 y ss.

<sup>53</sup> Sanguinetti Raymond, W., “El cierre patronal, ¿paro técnico o medida de conflicto?” *Revista de Derecho Social* nº 16, 2001, pág. 43.

ilícitas antes descritas<sup>54</sup>. Recordemos que la medición de la mayor o menor cantidad de ausencias entre los trabajadores, no solo ha de ser cuantitativa, sino también cualitativa, lo que se produce cuando la inasistencia de determinados trabajadores impide, de manera grave, la producción<sup>55</sup>, de donde se desprende que en el absentismo no sólo es relevante el aspecto cuantitativo, sino también los efectos que produce dicho absentismo.

Sin embargo, lo primero que cabe advertir al respecto es que para que pueda acordarse el cierre patronal estudiado es necesario que exista un impedimento grave para el proceso normal de producción, y ello al margen de si tal impedimento deriva o no de alguna de las modalidades de huelgas antes señaladas<sup>56</sup>. Será la concurrencia de la causa prevista en el artículo 12.1.c) del RDLRT la que justifique el cierre patronal, y no el ejercicio ilícito del derecho de huelga<sup>57</sup>.

El hecho de que la modalidad de huelga ejercitada (por ser rotatoria o estratégica por ejemplo), pueda ser calificada de ilícita, no justifica, por sí mismo, la licitud del cierre patronal. Éste solo puede producirse cuando existe un impedimento grave para el proceso normal de producción, se derive o no de alguna de las huelgas señaladas, puesto que, de no entenderse así, el cierre patronal se configuraría como una auténtica medida de represión del derecho de huelga<sup>58</sup>.

Es decir, la validez del cierre patronal que estamos analizando no depende de la legalidad o ilegalidad de la huelga que lo puede haber provocado, sino de que esté o no incurso en alguna de las causas previstas en el artículo 12.1 del RDLRT 17/1977 (en nuestro caso la tercera). Por tanto, si no se produce alguna de las situaciones previstas en este artículo, el cierre será ilegal, aunque la huelga que lo haya motivado también lo sea<sup>59</sup>.

Permitir el cierre patronal por el hecho de que la huelga se haya ejercitado sobre la base de alguna de las modalidades antes descritas, podría vulnerar el derecho de huelga, de modo que para la aplicación de esta causa de cierre cuando la inasistencia deriva de una huelga estratégica, rotatoria, o inter-

<sup>54</sup> Ruiz Castillo, M.M., *El cierre patronal*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 157 y ss.

<sup>55</sup> STSJ de Canarias de 20 de mayo de 1996 (RJCA 1996/675).

<sup>56</sup> García Fernández, M., “Las causas del cierre patronal en el derecho español”, en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 643 y ss.

<sup>57</sup> Véase sin embargo: Desdentado Bonete, A., “Huelga y cierre patronal: ejercicios de estrategia y reparación de daños”, *Diario La Ley* nº 7535, 2010, para quien sería necesario que la huelga que produce el grave impedimento de la producción, fuera además una huelga ilegal o abusiva, al ser éstas las que, generalmente, se vinculan a las “irregularidades” en el trabajo a que se refiere el precepto.

<sup>58</sup> García Fernández, M., *El cierre patronal*, ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág. 122 y ss.

<sup>59</sup> STCT de 9 de marzo de 1982 (RICT 1982/2076); STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 1993 (AS 1993/4096); STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403).

mitente, es necesario que la inasistencia tenga especial relevancia, debiendo valorarse, no por alcanzar a un alto número de trabajadores, sino porque el trabajo desarrollado por los ausentes sea imprescindible para la continuación del proceso productivo.

En cualquier caso, no se puede establecer un criterio general en este sentido, pues se habrá de examinar las circunstancias particulares de cada caso concreto, a lo que cabe añadir la complejidad y casuística que presenta su aplicación.

*a) El cierre patronal por absentismo durante las huelgas estratégicas*

Las huelgas en sectores estratégicos son aquellas en las que la decisión de unos pocos trabajadores huelguistas, impone el cese del resto, interrumpiendo el proceso productivo<sup>60</sup>. El que dicha modalidad de huelga se califique como de abusiva se debe a que pocos trabajadores, por su posición estratégica, pueden desencadenar, desproporcionadamente, la paralización del proceso productivo. La huelga estratégica posee por tanto una eficacia multiplicadora ya que su seguimiento por unas pocas personas, produce unas consecuencias perturbadoras de gran amplitud<sup>61</sup>.

La doctrina científica<sup>62</sup>, en este punto, ha entendido que el artículo 12.1.c) del RDLRT de 1977 permite el cierre patronal en las llamadas huelgas “parciales”, en el bien entendido de huelgas que afectan a parte del personal de forma tal que impida el trabajo de los restantes, o bien que, aún sin afectar a todo el personal, se programa de tal manera que hace inútil el uso del trabajo cuando éste se halla disponible.

En las huelgas estratégicas, el cierre patronal será lícito si la paralización de los servicios estratégicos provoca tal desorganización que hace imposible la prosecución de la actividad productiva<sup>63</sup>. Situación que también se ha hecho extensible a aquellos casos en que el absentismo ha incidido en los servicios de mantenimiento declarados durante una huelga<sup>64</sup>.

De esta manera, y según los tribunales<sup>65</sup>, concurre esta causa cuando en una empresa dedicada a la elaboración y distribución de un determinado producto, el proceso productivo queda totalmente paralizado al secundar la huelga los trabajadores de fabricación, almacén, atención al público, venta y transporte, acudiendo únicamente a trabajar el personal administrativo, al que no

<sup>60</sup> Casas Baamonde, M.E., “Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 24, 1985, pág. 509 y ss.

<sup>61</sup> STC 11/1981 de 8 de abril; STS de 30 de junio de 1990 (RJ 1990/5551).

<sup>62</sup> García Fernández, M., *El cierre patronal*, ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág. 123 y ss.

<sup>63</sup> García Fernández, M., “Las causas del cierre patronal en el derecho español”, en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 643 y ss.

<sup>64</sup> STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 2004 (AS 2005/2089).

<sup>65</sup> STSJ de las Islas Canarias de 6 de mayo de 1999 (AS 1999/5914); STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403).

se le puede encomendar ningún tipo de actividad. Ahora bien, cuando en la empresa no exista una sola actividad productiva, sino otras accesorias (como transporte, mantenimiento, vigilancia, limpieza etc.) que puedan desarrollarse autónomamente, y a las que la huelga no afecte, el cierre no estará justificado<sup>66</sup>.

En este punto merecen especial atención las huelgas desarrolladas en el sector de la minería, donde algunos pronunciamientos jurisprudenciales<sup>67</sup> han señalado que el cierre patronal es legal, cuando la huelga es secundada por un elevado número de picadores, que impiden la actividad productiva de los demás trabajadores (tales como tractoristas, maquinistas y frenistas), dificultándose además el que se pueda retirar o transportar el mineral del carbón, y acumulándose gases que dificultan la ventilación en el interior de la mina, con riesgo para la vida de los trabajadores.

Por tanto, tratándose de huelgas seguidas en empresas mineras por la totalidad de los picadores, se entiende que las mismas, aunque puedan afectar tan sólo a un 25% de la plantilla, justifican el cierre patronal. También es legal el cierre en aquellos casos en que la huelga afecta a los ingenieros de minas, que, además, son los encargados de la seguridad de los pozos<sup>68</sup>. Pero para ello la empresa deberá demostrar que el resto de actividades complementarias o accesorias se vieron afectadas al punto de hacer imposible el proceso productivo<sup>69</sup>.

Además, los tribunales<sup>70</sup> han insistido en que no procederá el cierre patronal, o si se quiere, este será ilegal, cuando el empresario tiene la posibilidad de sustituir o suplir la ausencia de los huelguistas, pese a ocupar puntos neurálgicos, con el trabajo de otros trabajadores no huelguistas.

#### *b) El cierre patronal por absentismo durante las huelgas rotatorias.*

Las huelgas rotatorias son aquellas en las que van rotando en la inactividad determinados grupos de trabajadores bien por categorías, secciones u otra modalidad de selección de los grupos de huelguistas, de tal forma que un número limitado de estos, alternativamente, paralizan o afectan gravemente la actividad de la empresa<sup>71</sup>. Por tanto, pequeños grupos de trabajadores van alternando la situación de inactividad de tal modo que consiguen paralizar la empresa<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2008 (AS 2008/2812).

<sup>67</sup> STCT de 24 de abril de 1984 (RTCT 1984/3885). En parecido sentido: STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994/4709); STSJ de Asturias de 14 de septiembre de 1990 (AS 1990/1736); STSJ de Asturias de 16 de julio de 1990 (AS 1990/1689).

<sup>68</sup> STS de 14 de enero de 2000 (RJ 2000/977); y STS de 17 de enero de 2000 (RJ 2000/1429).

<sup>69</sup> STSJ de Castilla y León de 14 de julio de 2006 (AS 2006/2310).

<sup>70</sup> STSJ de Castilla y León de 14 de julio de 2006 (AS 2006/2310).

<sup>71</sup> Véase: Casas Baamonde, M.E., "Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 24, 1985, pág. 509 y ss.

<sup>72</sup> STCT de 27 de abril de 1981 (RTCT 1981/2793); STSJ de Aragón de 15 de julio de 2004 (AS 2004/2566); STCT de 28 de abril de 1981 (RTCT 1981/2835); STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 1997 (AS 1997/5182).

Precisamente la justificación de su carácter abusivo radica en que suponen una desproporción entre los sacrificios jurídicos de ambos contendientes<sup>73</sup>. En este punto, la jurisprudencia sentada por el extinto Tribunal Central de Trabajo<sup>74</sup> ya insistía en que las huelgas rotatorias autorizan al cierre patronal cuando, por las circunstancias especiales del proceso productivo, las interrupciones que los paros ocasionan, impiden gravemente el desarrollo normal de la actividad industrial.

En las huelgas rotatorias, el cierre patronal será lícito si las interrupciones impiden el desenvolvimiento normal de la actividad industrial de manera grave<sup>75</sup>. Pensemos por ejemplo que en el sector de transporte por ferrocarril, si la huelga afecta a franjas horarias en las que se produce un mayor movimiento de pasajeros y a factores de circulación, puede llegar a paralizar un gran número de trenes, con apenas escasa incidencia para los huelguistas que habrían interrumpido su actividad tan sólo unas cuantas horas<sup>76</sup>.

Por otra parte, el absentismo de los trabajadores en caso de huelga, afecta de manera especialmente severa la posibilidad de desarrollar procesos productivos en las empresas en las que éstos se desarrollen en cadena<sup>77</sup>. En estas empresas, el cierre patronal se considera justificado cuando la falta de asistencia de los trabajadores huelguistas impide la continuidad del proceso de producción, como sucede si en una empresa dedicada a la fabricación de compresores, la huelga de los trabajadores de una sección durante cuatro horas por turno, imposibilita el trabajo de las restantes<sup>78</sup>; o cuando el trabajo en cadena se realiza sobre un pedido concreto, que hace muy inflexible cualquier modificación en el mismo<sup>79</sup>. Aún así, se entiende que es injustificado el cierre patronal de una empresa de fabricación de compresores, en un caso en que la huelga afectaba a los trabajadores de una sección, media hora por turno, al traer únicamente como consecuencia un exceso de “stocks”<sup>80</sup>.

*c) El cierre patronal por absentismo durante las huelgas intermitentes.*

Las huelgas intermitentes son aquellas en las que, durante un período de huelga, sucede otro de normalidad, sin paralizar de modo continuado la pro-

<sup>73</sup> SAN de 7 de enero de 2003 (AS 2003/43).

<sup>74</sup> STCT de 30 de agosto de 1979 (RTCT 1979/4966); STCT de 14 de septiembre de 1979 (RTCT 1979/5266); STCT de 28 de noviembre de 1979 (RTCT 1979/6796).

<sup>75</sup> García Fernández, M., “Las causas del cierre patronal en el derecho español”, en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 643 y ss.

<sup>76</sup> STSJ de Andalucía de 19 de marzo de 2003 (AS 2003/1528).

<sup>77</sup> STSJ de Castilla y León de 9 de marzo de 1993 (AS 1993/1209).

<sup>78</sup> STSJ de Cataluña de 25 de enero de 1993 (AS 1993/443).

<sup>79</sup> SJS nº 2 de Pamplona de 9 de noviembre de 2004 (AS 2004/3106).

<sup>80</sup> STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1992 (AS 1992/5087).

ducción de la empresa<sup>81</sup>. Serían aquellas cuya ejecución se desarrolla en varios momentos, distribuidos dentro del día o en espacios temporales superiores<sup>82</sup>. Son huelgas en las que se alternan momentos de normalidad laboral y de cesación del trabajo, con una tipología muy variada: alternancia de horas de trabajo y huelga a lo largo del día; de días de trabajo y huelga a lo largo de la semana; o en ciclos temporales más amplios<sup>83</sup>.

Debemos recordar que las mismas no se mencionan entre las huelgas ilícitas o abusivas por el artículo 7.2 RDL 17/1977<sup>84</sup>, y dado que no se ha considerado abusiva esta modalidad de huelga, la situación es inversa a lo que sucede con la huelga rotatoria: se presume su licitud, y es el empresario quien debe probar en cada caso concreto su carácter abusivo y la desproporción en el daño infligido al mismo por la huelga (superior al propio y natural de cualquier manifestación huelguística), así como la intención de causarlo<sup>85</sup>.

Esta modalidad intermitente de huelga, puede ser ilegal cuando el desarrollo de los paros intermitentes produce un daño desproporcionado al empresario, ya que no son recíprocos los sacrificios que han de soportar trabajadores y empresario, habida cuenta que el daño sufrido por el trabajador (pérdida del salario), dista mucho de ser equivalente al sufrido por el empresario (pérdida de la producción), vulnerándose con ello el principio de proporcionalidad en los sacrificios<sup>86</sup>.

Es decir, la huelga intermitente se calificará como de abusiva cuando, amparándose formalmente en la ley, pretenda conseguir materialmente un efecto multiplicador de perjuicios, superando con amplitud los inherentes a la inasistencia al trabajo durante los días de huelga, como por ejemplo sucedería en aquella huelga que deja libres los días intermedios, en los que la naturaleza del proceso productivo hace inútil la asistencia de los trabajadores<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> STCT de 27 de abril de 1981 (RTCT 1981/2793).

<sup>82</sup> STS de 14 de febrero de 1990 (RJ 1990/1088); STS de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986/6062).

<sup>83</sup> Véase: Garate Castro F.J., "Modalidades de huelga en el ordenamiento jurídico español: la huelga intermitente", *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 25, 1986, pág. 47 y ss.

<sup>84</sup> Véase: Camps Ruiz, L.M., "Huelgas intermitentes y cierre patronal", *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, n° 1, pág. 45 y ss. Sagardoy Bengoechea, J.A., "Huelga intermitente y cierre patronal", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, tomo I, 1985, pág. 970 y ss.

<sup>85</sup> STSJ de Andalucía de 19 de marzo de 2003 (AS 2003/1528); STS de 17 de diciembre de 1999 (RJ 2000/522). Véase sin embargo: Sagardoy Bengoechea, J.A., "Huelga intermitente y cierre patronal", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, tomo I, 1985, pág. 970 y ss. que las asimila a las huelgas rotatorias para declarar su ilicitud y justificar, por sí solo, el cierre patronal.

<sup>86</sup> STS de 5 de octubre de 1998 (RJ 1998/7314); STS de 22 de octubre de 2002 (RJ 2003/1374); STS de 23 de diciembre de 2003 (RJ 2004/04).

<sup>87</sup> STCT de 6 de octubre de 1983 (RTCT 1983/8207).

Tratándose de huelgas intermitentes, el tratamiento jurisprudencial del cierre patronal adoptado frente a las mismas ha sido dispar<sup>88</sup>. En este sentido se ha justificado el cierre acordado por una empresa dedicada a la fusión y reducción de materiales de plomo en hornos rotativos y de cuba durante los seis días que mediaban entre la terminación del primer período de huelga y el inicio del siguiente, al requerirse más de tres días para el encendido y el apagado de los hornos, lo que implicaba que en el período intermedio sólo iba a dar tiempo a encender y apagar los hornos<sup>89</sup>.

Razones similares justifican la licitud del cierre de una empresa dedicada a la fabricación de energía eléctrica en la que se convocó una huelga de lunes a miércoles<sup>90</sup>, dado que las perturbaciones del proceso productivo añadidas a la huelga a causa de su intermitencia producían un efecto multiplicador manifiestamente desproporcionado con los perjuicios sufridos con los trabajadores.

Y, por lo que se refiere a las contrataciones de alquiler de películas con las empresas distribuidoras, los tribunales<sup>91</sup> han entendido que al emplear este tipo de contrataciones la fórmula del porcentaje, y por tanto que las películas se proyecten los días laborables y festivos para obtener el máximo rendimiento, se justifica el cierre patronal durante aquellos días en que, por motivo de una huelga, no se puedan exhibir las películas.

Por el contrario, el cierre no se ha considerado justificado cuando los perjuicios derivados del apagado y encendido de determinadas máquinas en una huelga convocada los miércoles y jueves de varias semanas, pudieron mitigarse aceptando la oferta de los trabajadores consistente en la permanencia de un retén durante los días de huelga que las mantuviese encendidas<sup>92</sup>; cuando la medida se adopta el día anterior al inicio de la huelga en base a meras estimaciones, sin esperar a comprobar la incidencia real de la huelga en el proceso productivo<sup>93</sup>; o cuando es posible seguir teniendo ocupados a los trabajadores no huelguistas<sup>94</sup>. Y es que en las huelgas intermitentes, la posibilidad de utilizar el trabajo durante los períodos de actividad, impide el cierre patronal<sup>95</sup>. En cambio si esa posibilidad no existe, el cierre patronal será lícito<sup>96</sup>.

<sup>88</sup> Véase concretamente el caso planteado en: Desdentado Bonete, A., “Huelga y cierre patronal: ejercicios de estrategia y reparación de daños”, *Diario La Ley* nº 7535, 2010.

<sup>89</sup> STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 1992 (AS 1992/574).

<sup>90</sup> STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2001 (AS 2001/2767).

<sup>91</sup> STCT de 21 de enero de 1981 (RTCT 1981/591).

<sup>92</sup> STS de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996/2543).

<sup>93</sup> STSJ de Extremadura de 17 de septiembre de 2002 (RJCA 2002/1079).

<sup>94</sup> STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2001 (AS 2001/1109).

<sup>95</sup> STSJ de Extremadura de 17 de septiembre de 2002 (RJCA 2002/1079).

<sup>96</sup> Véase: Camps Ruiz, L.M., “Huelgas intermitentes y cierre patronal”, *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, nº 1, pág. 45 y ss.; Sagardoy Bengoechea, J.A., “Huelga intermitente y cierre patronal”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, tomo I, 1985, pág. 970 y ss.; García Fernández, M., *El cierre patronal*, ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág. 128 y ss.

#### 4.3. La existencia de un impedimento grave en el proceso normal de producción

En cuanto a los cierres patronales motivados por absentismo de tal magnitud que impida de manera grave el proceso normal de producción, cabe señalar que serán legítimos cuando las alteraciones en el trabajo provocadas por una huelga u otra medida colectiva, revistan especial gravedad o entidad, llegando al punto de impedir el proceso normal de producción de manera general, o bien cuando resultan excesivamente onerosas para el empresario.

El problema radica en valorar cuándo la alteración en el proceso productivo es de suficiente entidad como para legitimar el cierre, cuestión que será difícil de demostrar, al ser susceptible de apreciación subjetiva empresarial y por tanto, de diversidad de consideraciones<sup>97</sup>.

El impedimento ha de ser grave, por lo que no basta con que el proceso productivo se vea impedido simplemente, pues ésta es una consecuencia obligada de toda huelga, habida cuenta que todo paro laboral, en mayor o menor medida, imposibilita o dificulta la producción, al tiempo que origina perjuicios económicos al empresario y a los trabajadores<sup>98</sup>.

Como indica el Tribunal Supremo<sup>99</sup>: el impedimento que legitima el cierre, no debe entenderse como una mera alteración de la producción, por muy grave que ésta pueda ser, ya que si así fuera, el cierre patronal sería lícito ante cualquier huelga, pues es indudable que todo paro colectivo supone una dificultad o impedimento (más o menos grave, en función del número de los que lo secundan), para el proceso normal de producción. Si se entendiera así, resultaría que en toda clase de huelgas sería lícita la respuesta del cierre patronal<sup>100</sup>.

La gravedad del impedimento significa que se vea imposibilitada cualquier tipo de organización productiva, por mínima que ésta sea, llevando a su paralización, e impidiendo dar ocupación efectiva a cualquier trabajador no huelguista. Por ello no estamos ante una gravedad exigible que deriva simplemente del ejercicio del derecho de huelga, sino que no es posible encomendar ningún tipo de actividad a cualquiera de los trabajadores que acceden al cumplimiento de su deber de trabajar. Desde esta perspectiva, cuando no exista una sola actividad productiva, sino también otras accesorias o complementarias (como pudieran ser transporte, mantenimiento, vigilancia, limpieza, oficinas u otras), a las que la huelga no afecte ni haga imposible su continuidad, no

<sup>97</sup> Miñarro Yanini, M., *El cierre patronal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 262 y ss.

<sup>98</sup> STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 1995 (AS 1995/4369); STSJ de las Islas Canarias de 6 de mayo de 1999 (AS 1999/5914); STSJ de Extremadura de 23 de julio de 2009 (AS 2009/1887).

<sup>99</sup> STS de 31 de marzo de 2000 (RJ 2000/7403).

<sup>100</sup> STS de 13 de febrero de 1986 (RJ 1986/510); STSJ de Canarias de 20 de diciembre de 1999 (AS 1999/4470).

estaríamos ante la total paralización de la actividad, y cualquier tipo de cierre estaría injustificado<sup>101</sup>.

Es por ello que se ha venido a afirmar la necesidad de que se produzcan unos perjuicios suplementarios o adicionales a los resultantes de toda huelga, perjuicios que el empresario deberá demostrar<sup>102</sup>, debiendo fundamentarse en hechos, no en previsiones, por más razonables que éstas sean. Es por ello que para legitimar el cierre, se ha de probar por la empresa la especial gravedad e incidencia que el absentismo ha tenido en el proceso productivo<sup>103</sup>.

Dada la dificultad que encierra su apreciación<sup>104</sup>, no es de extrañar, como ya vimos, que se haya postulado la inconstitucionalidad de dicha previsión, por contener una formulación que permite ampliar sobremanera los márgenes de licitud del cierre patronal en contra o ignorando las condiciones de constitucionalidad del mismo fijadas por el propio Tribunal Constitucional, y ello porque su tenor literal permite, incluso, mantener la validez del cierre patronal como reacción ante cualquier huelga.

Por este motivo, se entiende que la alteración grave del proceso productivo justificativa del cierre patronal, y causada por un absentismo notorio durante el ejercicio del derecho de huelga, debiera subsumirse estrictamente a los supuestos de fuerza mayor, esto es, una paralización de la actividad productiva imprevisible o inevitable por el empresario, a raíz del conflicto iniciado por los trabajadores<sup>105</sup>.

La imposibilidad debe ser, si no absoluta, sí de suficiente entidad como para que su superación por parte del empresario, adoptando las medidas organizativas necesarias, sea extremadamente difícil. Se ha llegado a afirmar<sup>106</sup> que el empresario estaría autorizado a acordar el cierre y por tanto a clausurar su centro o sus centros de trabajo, cuando se impida “por completo” toda la actividad laboral, tanto a los huelguistas (que ya de por sí la han suspendido), como al resto del personal que quiere trabajar, de modo que si la producción real y la capacidad de almacenamiento de la empresa pudo haberse desarrollado con normalidad si la empresa hubiera adoptado una mínima acción previsoras, el cierre patronal no estará legitimado.

Se ha entendido incluso que para que se produzca el cierre patronal, la imposibilidad de continuar la producción por absentismo notorio, ha de venir

<sup>101</sup> STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2008 (AS 2008/2812).

<sup>102</sup> STCT de 9 de marzo de 1982 (RTCT 1982/2076); STCT de 3 de mayo de 1982 (RTCT 1982/3229); STCT de 5 de noviembre de 1984 (RTCT 1984/9123); STSJ de Extremadura de 17 de septiembre de 2002 (RJCA 2002/1079).

<sup>103</sup> STCT de 14 de febrero de 1980 (RTCT 1980/1244); STSJ de Andalucía de 5 de diciembre de 2000 (AS 2000/2767).

<sup>104</sup> Ruiz Castillo, M.M., *El cierre patronal*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 292 y ss.

<sup>105</sup> Ruiz Castillo, M.M., *El cierre patronal*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 292 y ss.

<sup>106</sup> STCT de 22 de febrero de 1988 (RTCT 1988/88).

motivada no tan sólo por el paro colectivo en el trabajo, sino por la existencia de una intencionalidad específica de los trabajadores en la búsqueda de tales efectos paralizadores, ya que sólo en este caso podría apreciarse la gravedad que justifica la clausura<sup>107</sup>.

El daño o la onerosidad causada por el absentismo ha de ser realmente gravoso, y el mantenimiento de la empresa, un coste innecesario, de modo que si el coste es mínimo, no procede el cierre patronal. Es decir, el daño ha de ser cuantificable, sin que la frustración de un negocio (por ejemplo un contrato con terceros) o las difíciles expectativas empresariales provocadas por la huelga puedan justificar esta medida<sup>108</sup>.

Los daños ocasionados por la huelga, han de ser graves y reales, y han de superar incluso aquellos que habitualmente pueda causar el ejercicio del derecho de huelga<sup>109</sup>, sin que pueda pedírsele al empresario que realice transformaciones organizativas profundas a tal fin, por la sencilla razón que en la mayoría de los casos esto será imposible por la propia integración de los procesos productivos<sup>110</sup>.

Además, el cierre patronal quedará limitado al tiempo estrictamente indispensable para asegurar la reanudación de la actividad o para remover las causas que lo motivaron, con lo que no pueden ser calificados de cierres patronales válidos los que, aún pudiendo considerarse en un sentido amplio de respuesta a un absentismo desproporcionado que impide el normal proceso de producción, impliquen, no una actitud defensiva en los términos expuestos, sino una réplica ofensiva, para salir al paso e impedir una huelga anunciada, e imponer así a los huelguistas una privación de la posibilidad de trabajar más allá de los límites que resulten de la propia huelga, imprimiendo a la medida un cierto carácter sancionador<sup>111</sup>.

Por tanto, y pese a las dificultades de cuantificar los efectos de la huelga, algunos pronunciamientos apuntan ciertos indicios que pueden resultar útiles. Así, señalan que no existe un impedimento grave en el proceso productivo cuando la empresa no ha dejado de servir a los clientes pese a la huelga<sup>112</sup>, y por el contrario, es un indicador de tal impedimento, la inviabilidad de poner en marcha las máquinas durante el corto período de actividad existente entre las sucesivas huelgas<sup>113</sup>, o la imposibilidad de culminar el proceso productivo por la intermitencia de las huelgas que tiene como efecto que se estropee la materia prima básica<sup>114</sup>.

<sup>107</sup> García Fernández, M., *El cierre patronal*, ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág. 129 y ss. Ruiz Castillo, M.M., *El cierre patronal*, ed. MTSS, Madrid, 1990, pág. 292 y ss.

<sup>108</sup> García Fernández, M., *El cierre patronal*, ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág. 130 y ss.

<sup>109</sup> STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 1995 (AS 1995/4369).

<sup>110</sup> García Fernández, M., *El cierre patronal*, ed. Ariel, Barcelona, 1990, pág. 130 y ss.

<sup>111</sup> STCT de 28 de abril de 1981 (RTCT 1981/2835).

<sup>112</sup> STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 1995 (AS 1995/4369).

<sup>113</sup> STSJ de Castilla y León de 6 de febrero de 1992 (AS 1992/574).

<sup>114</sup> STCT de 17 de septiembre de 1986 (RTCT 1986/7354).

Tampoco se alcanza la gravedad por el mero hecho de que la empresa haya perdido una contrata importante, si a dicha pérdida contribuyó más el cierre patronal ilegal (el cual duró nueve días) que la propia huelga (la cual duró tan solo dos)<sup>115</sup>. Ni se alcanza la gravedad en la afectación del normal proceso productivo cuando la huelga dura solamente dos horas<sup>116</sup>, o cuando la empresa, durante la huelga, no deja de servir a los clientes, o tenía previsto un plan por excedencia de mano de obra indirecta<sup>117</sup>.

En otros supuestos, los pronunciamientos<sup>118</sup> evalúan los daños fijando la concurrencia de este impedimento cuando la repercusión económica ha sido grave, aunque este parámetro resulta poco fiable, pues los costes son relativos en relación al momento, circunstancias, tamaño de la empresa, actividad, etc.

## 5. CONCLUSIONES

- I. El Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977 de 4 de marzo, admite en su artículo 12.1.c), el cierre patronal defensivo o de respuesta cuando el volumen de inasistencia al trabajo durante una huelga o cualquier otra modalidad de actuación colectiva por parte de los trabajadores, impida gravemente el proceso normal de producción.
- II. La doctrina científica y la jurisprudencia han entendido que esta causa de cierre patronal, a diferencia de las restantes, no está justificada en el llamado poder de policía empresarial, dirigido a asegurar el orden dentro de la empresa y a proteger a las personas y a los bienes de la empresa ante una huelga o cualquier otra alteración colectiva del trabajo.
- III. El fundamento último por el que el empresario puede acordar el cierre de la empresa ante un absentismo significativo durante el ejercicio del derecho de huelga que impida gravemente el proceso normal de producción, es el de evitar que la actuación de los huelguistas obligue a la empresa a abonar los salarios de quienes asisten a trabajar, sin obtener de dichos trabajadores ninguna contraprestación.
- IV. Se trata ésta de una causa que, por su ambigüedad y por lo poco preciso de sus límites, puede amparar numerosos cierres patronales injustificados, como respuesta ante cualquier huelga o medida colectiva. Por ello, su ejercicio puede resultar de difícil justificación constitucional, puesto que

<sup>115</sup> STCT de 9 de marzo de 1982 (RTCT 1982/2076).

<sup>116</sup> STCT de 23 de marzo de 1983 (RTCT 1983/2736).

<sup>117</sup> STCT de 12 de marzo de 1987 (RTCT 1987/7065); STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 1995 (AS 1995/4369); STSJ de Canarias de 20 de mayo de 1996 (RJCA 1996/675); STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1992 (AS 1992/5087); STSJ de Cataluña de 25 de enero de 1993 (AS 1993/443).

<sup>118</sup> STCT de 11 de octubre de 1985 (RTCT 1985/8135).

puede llegar a restringir injustificadamente el derecho al trabajo de los trabajadores no huelguistas, a la vez que desincentivar el ejercicio del derecho de huelga.

- V. Para evitar un uso desproporcionado de esta causa de cierre patronal, es necesario que el número de ausencias al trabajo sea de tal magnitud, que bien por razones cualitativas (cuando los huelguistas ocupen puestos neurálgicos en la cadena de producción), bien por puras razones cuantitativas, se impida gravemente la realización del proceso productivo.
- VI. Este causa de cierre patronal puede presentar especiales problemas ante determinados tipos de huelgas (estratégicas, rotatorias, o intermitentes) con un efecto multiplicador respecto de las perturbaciones causadas. Ahora bien, el hecho de que la modalidad de huelga ejercitada pueda ser calificada de abusiva o ilícita, no justifica, por sí mismo, la licitud de este cierre patronal, que tan solo se producirá cuando el absentismo impida de manera grave el proceso normal de producción, al margen de la modalidad de huelga desarrollada.
- VII. El impedimento grave del proceso productivo causado por el absentismo, debe entenderse no en el sentido estricto de mera alteración, aún grave, de la producción (ya que ésta es una consecuencia obligada de toda huelga, y todo paro laboral, en mayor o menor medida, imposibilita o dificulta la producción) sino en el sentido que dichas ausencias colectivas al trabajo impidan reorganizar el proceso productivo, entendido éste en su más amplia dimensión, de manera tal que no sea posible dar ocupación a quienes no se suman a la huelga y ejercen su derecho al trabajo.
- VIII. De encontrarse el empresario ante simples dificultades de producción derivadas de un absentismo lógico durante una huelga, éste tiene la obligación de soportar, sin reacción, los gastos de mantenimiento de los locales de trabajo (aunque su coste no se compense con la escasa productividad que puedan desarrollar los trabajadores no huelguistas); así como la pérdida de beneficios derivados del trabajo no ejecutado por la huelguistas; o incluso la pérdida de potenciales clientes. En caso contrario el cierre patronal podría llegar a vaciar de contenido el ejercicio de un derecho fundamental como es la huelga.
- IX. No habría especial inconveniente, de “*lege ferenda*”, en postular la supresión de esta específica causa justificativa de cierre patronal, para reubicar este tipo de situaciones en el seno del artículo 47.3 del ET, como un supuesto de suspensión contractual derivado de fuerza mayor, medida que permitiría a su vez un control previo por la representación unitaria de los trabajadores y por la Autoridad Laboral.



# RIESGO ESPECÍFICO Y SUSPENSIÓN Y SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

*Doctor en Derecho. Profesor Agregado*  
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Lactancia, riesgo laboral, prestaciones

El régimen jurídico de la suspensión de la relación de trabajo por riesgo durante la lactancia y el reconocimiento de la consiguiente prestación está siendo objeto de una intensa controversia judicial a raíz de las solicitudes planteadas por determinadas profesionales de la salud y un conjunto de tripulantes de cabina de pasajeros de una compañía aérea. Pretensiones que han exigido la intervención del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. Esta elevada litigiosidad no deja de sorprender si se tiene en cuenta que el número medio mensual de procesos iniciados en los últimos cuatro años ha sido de 10,83.

No cabe duda que el reconocimiento de la prestación está condicionado al cumplimiento de un cauce procedimental sumamente complejo, sin que sea suficiente que se alegue el padecimiento de los riesgos genéricos asociados a un puesto de trabajo previstos en el plan de prevención. La negativa al reconocimiento del subsidio si se estima que no concurre dicho riesgo específico deja a la trabajadora en una situación compleja, pues debe tratar de demostrar lo contrario. Otro de los aspectos relevantes es la necesidad de que las empresas sean muy escrupulosas a la hora de proponer las alternativas necesarias para eludir la contingencia asociada a la lactancia. De no hacerlo corren el riesgo de que su actuación sea calificada como omisiva, lo que comporta el reconocimiento de la suspensión y de la prestación, y su posible responsabilidad.

## ABSTRACT

**Key Words:** Breastfeeding, labour risk and social security compensation (or employment benefits)

The judicial regime for contract termination under risk during breastfeeding and the compensation benefit recognition linked to it, it has been object of a judicial controversy. Different requests presented by health care professionals and some flight attendants from different airlines caused this situation. These interventions were tackled by the Supreme Tribunal in many times. This conflict are remarkable if we consider the number of presented processes in the past four years, which is 10,83.

Without a doubt acknowledging this compensation is bound to a very complex procedure, and its recognition of course; it's not sufficient that a person claims any general work related risk according to the prevention of health and safety at work. A worker that has been denied this compensation, because it seems that she has not risk for breastfeeding, leaves a room for uncertainty and she must demonstrate the opposite. Another important aspect of business is that they should propose alternatives when providing options and alternatives to breastfeeding. If businesses don't react it can be seen as a glaring omission and it may lead to a compensation withdrawal and of course not recognition, and its corresponding responsibility.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. RASGOS DEFINIDORES DE LA SUSPENSIÓN Y DEL SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL
3. LA IDENTIFICACIÓN DEL RIESGO ESPECÍFICO
4. VALORACIÓN FINAL: EL INCREMENTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PREVENCIÓN
5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

### 1. INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico de la suspensión de la relación de trabajo por riesgo durante la lactancia y el reconocimiento de la consiguiente prestación está siendo objeto de una intensa controversia judicial a raíz de las solicitudes planteadas por determinadas profesionales de la salud y un conjunto de tripulantes de cabina de pasajeros de una compañía aérea. Pretensiones que han exigido la intervención del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones<sup>1</sup>.

En concreto, los pronunciamientos del Alto Tribunal han centrado su atención particularmente en la descripción e identificación del riesgo susceptible de suspender la relación de trabajo, con el consiguiente derecho al subsidio.

Teniendo en cuenta que se trata de una prestación con un número (relativamente) reducido de solicitudes, lo cierto es que sorprende esta notable

<sup>1</sup> En relación a los profesionales de la salud pueden consultarse las SSTS 17 (3) de marzo de 2011 - rcud. 1864/2010 (RJ 3421); 1865/2010 (RJ 3424) y 2448/2010 (RJ 3423); 18 (4) de marzo de 2011 - rcud. 1290/2010 (RJ 3552), 1863/2010 (RJ 3553), 1966/2010 (RJ 5812) y 2257/2010 (RJ 5811); 3 de mayo de 2011 - rcud. 2707/2010 (RJ 4500); 21 de septiembre de 2011 - rcud. 2342/2010 (RJ 2011\7060); 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 2012\1467); y 25 de enero de 2012 - rcud. 4541/2010 (RJ 2460). En estos casos, la discrepancia en suplicación se halla, principalmente, entre las SSTSJ Andalucía\Málaga 26 de noviembre de 2009 - rec. 1115/2009 (JUR 2011\183218); y Castilla-La Mancha 11 de noviembre de 2009 - rec. 708/2009 (AS 2600), que deniegan el derecho a la prestación; y las SSTSJ Andalucía\Málaga 21 (2) de enero de 2010 - rec. 1455/2009 y 1501/2009; 4 (2) de marzo de 2010 - rec. 1930/2009 y 1885/2009; 20 y 27 de mayo de 2010 rec. 33/2010 y 97/2010; 15 de abril de 2010 - rec. 2275/2009; 4 de noviembre de 2010; y 16 de diciembre de 2010 - rec. 1290/2010 -, que lo reconocen. Finalmente, la STSJ Andalucía\Málaga 26 de noviembre de 2011 (JUR 183218) ha aceptado el criterio defendido en las sentencias del TS citadas. Manteniendo un criterio distinto a la doctrina unificada, STSJ Galicia 11 de abril 2012 - rec. 4767/2010 (JUR 146677). En relación a las peticiones de las tripulantes de cabina de pasajeros de la compañía aérea, STS 24 de abril de 2012 - rcud. 818/2011. La discrepancia en suplicación radica en el seno del TSJ de Madrid, pues, existe disparidad de criterios entre las Sentencias 24 de septiembre de 2010 - rec. 3405/2010 (JUR 368244) y 30 de diciembre de 2010 - rec. 4817/2010 (JUR 2011\149919), reconociendo y negando respectivamente la prestación y que centra el recurso en unificación de doctrina de la citada sentencia. No obstante, estas divergencias se reproducen en el mismo Tribunal en las Sentencias 16 de marzo de 2011 - rec. 936/2011 (JUR 167690) y 18 de mayo de 2011 - rec. 6294/2010 (AS 1852), negado y reconociendo respectivamente la citada prestación.

litigiosidad<sup>2</sup>.

En las páginas que siguen, previa descripción de los rasgos definidores de estas instituciones, se procederá al análisis de todos estos aspectos brevemente enunciados.

## 2. RASGOS DEFINIDORES DE LA SUSPENSIÓN Y DEL SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Sin duda, la prestación por riesgo durante la lactancia natural presenta unos perfiles jurídicos muy particulares. El ordenamiento jurídico exige al empresario la alteración de las condiciones de trabajo pactadas en aquellas situaciones en las que concurra un riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses (arts. 45.1.d, 48.5 TRET y art. 26 LPRL)<sup>3</sup>. Se trata de un mandato de naturaleza imperativa que no sólo afecta al empresario, sino que, incluso, puede imponerse a la trabajadora afectada<sup>4</sup>.

Los rasgos definidores de estas instituciones son los siguientes:

a) En primer lugar, se trata de medidas dirigidas a proteger simultáneamente la estabilidad en el empleo (*favor negotii*) y el proceso del embarazo, en el que el sujeto beneficiado es la mujer y el recién nacido<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Según los datos de la Seguridad Social ([http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/index.htm)):

	número medio mensual de procesos iniciados (total nacional)	duración media de los procesos con alta (total nacional)
2011	6,5	144,7
2010	9,58	144,86
2009	7,92	147,21
2008	19,33	142,16
Promedio	10,83	144,73

<sup>3</sup> Un breve análisis de los avatares del proceso de trasposición de la Directiva 92/85/CEE, 28 de noviembre, sobre Aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia en, Marín Alonso (2001), p. 120 y 121; y Gorelli Hernández (1997), p. 304 y ss.

<sup>4</sup> La doctrina laboral ha destacado, en numerosas ocasiones, la naturaleza imperativa de esta normativa tanto para el empresario como para la trabajadora. Vid. al respecto, Marín Alonso (2001), p. 129 y 130; Gorelli Hernández (2002), p. 3; Rodríguez Ramos (1996), p. 424; Garrigues Giménez (2004), p. 67; Luque Parra (1997), p. 243, 249 y 250; Nores Torres (1998), p. 307; González Labrada (1997), nota 49, p. 193; Fernández Ramírez (1997), p. 273 y 274; Solà Monells (2005), p. 853; Rodríguez Copé (2004), nota 110, p. 160; y Molina González-Pumariega (2004), p. 159.

<sup>5</sup> Se ha destacado que “los intereses a proteger van más allá de los directamente relacionados con la salud de la trabajadora, pues se persiguen otros tan principales como los de indemnidad del feto o recién nacido a través de la evitación del contacto de la madre con elementos o sustancias que, posteriormente, podrían repercutir negativamente en aquéllos”. Mella Méndez (1999), versión digital.

b) En segundo lugar, el ordenamiento jurídico exige la adopción de una alteración de las condiciones de trabajo al margen de los cauces legales previstos para las situaciones en las que concurren “causas de empresa”.

c) En tercer lugar, y derivado de lo anterior, se trata de instituciones causales, pues, su operatividad se condiciona a la concurrencia de un determinado hecho o motivo (en concreto, superación de un riesgo).

d) En cuarto lugar, se trata de alteraciones en las condiciones de trabajo de carácter transitorio, pues, debe retornarse al estado anterior una vez desaparecido el riesgo;

e) En quinto lugar, sobre el empresario recae la obligación de adoptar las medidas oportunas para soslayar el riesgo que amenaza a la mujer trabajadora, al feto o al recién nacido, estableciéndose, por consiguiente, una obligación de resultados y no de medios.

f) Finalmente, aunque el cometido principal exigido es poner fin al riesgo, el itinerario para alcanzarlo está intensamente normado por la propia Ley.

En concreto, si concurre un riesgo para la lactancia natural, el empresario debe reaccionar (*está obligado*), llevando a cabo de forma secuencial (o sucesiva) y subsidiaria cinco posibles actuaciones (*ex art. 26.1º a 3º LPRL*):

1. Cabe eludir el riesgo adaptando el puesto de trabajo o la actividad que debe realizar la trabajadora<sup>6</sup>.

2. Si no fuera suficiente, puede tratarse de soslayar el riesgo mediante la no realización del trabajo nocturno o a turnos<sup>7</sup>.

3. Si tales adaptaciones no son posibles<sup>8</sup>, o bien, se aprecia que, pese a las mismas, las condiciones del puesto pueden repercutir negativamente en la salud de la trabajadora, debe tratarse de ubicarla en un puesto de trabajo o

<sup>6</sup> La doctrina ha criticado la redacción de la norma, pues, junto a la genérica formulación de la “adaptación de las condiciones”, se añade “la adaptación ‘del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada’, que no es sino una variante de aquélla”. Solà Monells (2005), p. 852. Extensamente al respecto vid., Molina González-Pumariiega (2004), p. 139 y ss.

<sup>7</sup> Debe entenderse que la posibilidad de que el empresario altere el trabajo nocturno o el trabajo a turnos no es más que una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, si bien por motivos ajenos a las denominadas ‘causas de empresa’. Gorelli Hernández (1997), p. 292 y 293; y Rodríguez Ramos (1996), p. 422. De hecho, un sector de la doctrina (Fernández Ramírez, 1997, p. 271) entiende que esta posibilidad constituye una especificidad de la regla contenida en el art. 36.4 TRET. De todos modos, pese a admitirse esta facultad modificatoria, también se ha sostenido acertadamente que no cabe proceder a una modificación del lugar de trabajo que suponga un cambio de residencia de la trabajadora. Marín Alonso (2001), nota 324, p. 132. Comparte este criterio, Solà Monells (2005), p. 853; y Molina González-Pumariiega (2004), p. 166. En contra, Luque Parra (1997), p. 271.

<sup>8</sup> En este sentido, se estima que pese a que la legislación española no lo prevea expresamente, debe interpretarse que los términos de “imposibilidad técnica u objetiva y de razonabilidad” que emplea el art. 5.2 Directiva 92/85 deben entenderse implícitos. Molina González-Pumariiega (2004), p. 143.

función diferente<sup>9</sup> (previa certificación del INSS o de la Mutua “en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales”, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente, *ex art.* 26.2 LPRL<sup>10</sup>). A estos efectos, el empresario debe disponer de una relación de puestos de trabajo exentos de riesgos, elaborada previa consulta con los representantes de los trabajadores (párrafo 1º art. 26.2 LPRL)<sup>11</sup>.

4. Si no existiera un puesto de trabajo o función compatible con su estado, deberá ser destinada a un puesto que no corresponda con su grupo o categoría equivalente (párrafo 3º art. 26.2 LPRL)<sup>12</sup>.

5. Si esto último no resultara técnica y objetivamente posible, o no pue-

<sup>9</sup> Respetando, en tal caso, las reglas y criterios aplicables a los supuestos de movilidad funcional (párrafo 2º art. 26.2 LPRL), especialmente, el derecho de la trabajadora a percibir un salario superior si es destinada a un grupo superior. Vid. al respecto, Luque Parra (1997), p. 248; Nores Torres (1998), p. 310; y Molina García (1997), p. 295; y Molina González-Pumariiega (2004), p. 160 y 161. En contra, Fernández Ramírez (1997), p. 274. De todos modos, no parece que sean exigibles los requisitos del art. 39.2 TRET.

<sup>10</sup> Vid. al respecto, arts. 39 y 51 Decreto 295/2009, 6 de marzo, que Regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. La doctrina ha criticado la intervención del INSS en este estadio de la reubicación de la trabajadora embarazada. Vid. al respecto, Mella Méndez (1999), versión digital; González Ortega (1996), p. 173; Nores Torres (1998), p. 309; Pérez del Río (1999), p. 60; y Gorelli Hernández (2002), versión digital, p. 5 y 6. Por otra parte, atendiendo al contenido de la Directiva 92/85/CEE (art. 5), cabría argumentar que la legislación española se ha excedido en su trasposición, pues, según la normativa comunitaria el cambio de puesto de trabajo debe activarse sin necesidad de que la trabajadora aporte certificado médico alguno. Lousada Arochena (1998), p. 715. Tratando de hallar una interpretación que repare este “desajuste”, Marín Alonso y Gorelli Hernández (2001), p. 136 a 140 proponen que el requisito de la certificación no tiene carácter general, sino que está circunscrito a unos supuestos específicos (en concreto, a aquellas situaciones en las que a pesar de la adaptación del puesto de trabajo, siguen existiendo riesgos en dicho puesto de trabajo). Para Lousada Arochena (1998, p. 716), la exigencia del certificado debe interpretarse como una mejora de la legislación española respecto de la Directiva, por cuanto que cabe la posibilidad de exigir dicho cambio en los supuestos no previstos en la evaluación, pero sí si lo certifica el médico de la Seguridad Social. Extensamente, en lo relativo a la certificación médica vid., Gorelli Hernández (2002), versión digital, p. 5 a 9; y Molina González-Pumariiega (2004), p. 147 y ss.

<sup>11</sup> Referencia que debe entenderse hecha tanto a los representantes unitarios o sindicales de la trabajadora, así como a los delegados de prevención. Luque Parra (1997), p. 249.

<sup>12</sup> En tal caso, como se ha manifestado con anterioridad, debe considerarse que la trabajadora no sólo mantiene el derecho a la retribución de origen (párrafo 3º art. 26.2 LPRL), sino también el derecho a percibir la que corresponda en su nuevo destino de ser superior. Debiéndose respetar, aunque la norma no lo especifique, los límites previstos para la movilidad funcional. Cfr. González Ortega (1996), p. 173; Solà Monells (2005), p. 854; Cardona Rubert (2002), p. 57 y 58; y Molina González-Pumariiega (2004), p. 157.

da objetivamente exigirse por motivos justificados<sup>13</sup>, deberá suspenderse la relación de trabajo durante el tiempo necesario para la protección de su seguridad o salud (art. 26.3 LPRL). En cuyo caso la trabajadora pasará a percibir un subsidio por riesgo durante la lactancia (arts. 135 bis y ter LGSS)<sup>14</sup>.

Se trata, por tanto, de una medida última y excepcional para el caso de que no quepa ninguna de las anteriores<sup>15</sup>.

Ahora bien, en el instante que sea posible proporcionarle un puesto de trabajo a la trabajadora compatible con su estado, ésta debe incorporarse al mismo, aunque ello le coloque, técnicamente, en situación de movilidad funcional ordinaria o extraordinaria<sup>16</sup>. Sin que se le reconozca, en principio, un *ius resistantiae*<sup>17</sup>.

En tal caso, la suspensión de la relación de trabajo se mantendrá hasta que desaparezca el riesgo que amenaza a la trabajadora. O bien, cuando concurren las circunstancias que posibiliten la aplicación de alguna de las medidas que describen la secuencia anteriormente descrita (arts. 26.3 LPRL y 48.5 TRET).

No obstante, conviene advertir que, a pesar de lo reclamado por un sector de la doctrina, este supuesto suspensivo finaliza en el momento que el menor cumpla los nueve meses, o bien, si la madre se hubiera reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación (art. 48.5 TRET y art. 135 ter LGSS)<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> En cuanto al significado de estos conceptos jurídicos indeterminados, la expresión “imposibilidad técnica u objetiva”, coincidimos con Marín Alonso (2001, p. 132 y 133), cuando afirma que debe entenderse que “se trata de supuestos en los que pese al cumplimiento empresarial de las obligaciones en esta materia no hay puesto de trabajo exentos de riesgo, ya sea por la dinámica misma del proceso productivo, por motivos de organización del trabajo, o bien por tratarse de situaciones en las que la prestación de trabajo viene siempre acompañada de un determinado riesgo profesional que no puede evitarse en su totalidad”. Por otra parte, cuando se refiere a que el cambio no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, se refiere a “supuestos en los que pese a ser posible el cambio de puesto de trabajo, este es especialmente gravosos u onerosos para el empresario”. En términos similares, Gorelli Hernández (2002), versión digital, p. 9 y 10.

<sup>14</sup> Medida que lo que pretende es soslayar el desincentivo a la contratación de mujeres que supondría que el empresario tuviera que asumir el coste de esta contingencia, Marín Alonso (2001), p. 144. Como se sabe, tras la modificación legislativa operada por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, el acceso a la suspensión con derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo excluye como condición la exigencia de periodo previo alguno cotizado y convierte la prestación en el 100% de la base reguladora prevista para los procesos de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

<sup>15</sup> Se entiende que en estas circunstancias la suspensión opera de forma automática siempre y cuando el empresario acredite alguno de estos extremos. Roldán Martínez (2006), p. 140.

<sup>16</sup> Mella Méndez (1999), versión digital.

<sup>17</sup> Solà Monells (2005), p. 855.

<sup>18</sup> En efecto, un sector de la doctrina ha reclamado que no cabe establecer un plazo máximo de duración, pues, va en contra de la protección del recién nacido. Debería considerarse, en cambio, que el facultativo que asiste a la trabajadora es el competente para determinar en qué momento ya no es necesario continuar con esta medida de protección. MORENO GENE (1997), versión digital; y GORELLI HERNÁNDEZ (1997), p. 302. En contra, GONZÁLEZ ORTEGA (1996), p. 175.

### 3. LA IDENTIFICACIÓN DEL RIESGO ESPECÍFICO

La configuración de esta obligación impuesta al empresario tiene una estructura compleja<sup>19</sup>. El factor que precipita la alteración de lo pactado (en sus diversas potenciales manifestaciones) y, en último término, la prestación por riesgo durante la lactancia, es la concurrencia de un determinado riesgo.

El empresario, en virtud de la obligación a la evaluación de los riesgos que establece el art. 16 LPRL, debe realizar un análisis exhaustivo y riguroso de los que pueden derivarse de un puesto de trabajo desde la perspectiva de una mujer durante el período de la lactancia natural (apartados 4 y 1 art. 26 LPRL); debiéndose incluir en el plan de prevención, así como las medidas para prevenirlos<sup>20</sup>. Esta tarea debe complementarse con la comunicación a la trabajadora que los mismos pueden afectar de manera especial a la lactancia (*ex art.* 18 LPRL)<sup>21</sup>.

El derecho a la prestación nace no sólo si concurren riesgos propios o exclusivos de las trabajadoras lactantes, sino también a los generales, que pueden afectar a cualquier trabajadora, pero agravados por la lactancia<sup>22</sup>. En este sentido, normativamente se establece que la contingencia debe referirse a “un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia” (art. 26.1 LPRL). Por consiguiente, no sólo debe tratarse de un riesgo real, sino que también debe actuarse en aquellas situaciones en las que sólo existen indicios de que el mismo pueda producirse<sup>23</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ha afirmado que, además del riesgo efectivo concurrente en el desempeño de un concreto puesto de trabajo, el riesgo durante la lactancia natural objeto de protección ha de ser, siguiendo el tenor

<sup>19</sup> Como afirma la STS 17 de marzo de 2011 – rcud. 1864/2010 (RJ 3421): “Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante”.

<sup>20</sup> STS 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011).

<sup>21</sup> Gorelli Hernández (2002), p. 2.

<sup>22</sup> Marín Alonso (2001), p. 124 y 125.

<sup>23</sup> Mella Méndez (1999), versión digital; Gorelli Hernández (1997), p. 290; y Molina González-Pumariega (2004), p. 135. No obstante, para la STSJ Murcia 21 de septiembre de 2009 (JUR 461555) – en un supuesto de riesgo para el embarazo - “lo decisivo es que el riesgo exista realmente en el puesto de trabajo ocupado”. Por otra parte, como recoge Blasco Lahoz (2010, versión digital), existe cierta discrepancia en la doctrina judicial, pues, en algunos supuestos, si el daño es potencialmente muy grave, debe reconocerse el subsidio, aunque la probabilidad de su perfección sea muy baja (STSJ Asturias 16 de octubre de 2009, JUR 477352); en cambio, en otros supuestos, la mera posibilidad de que el personal sanitario sufra un accidente biológico no puede ser admitido como riesgo durante la lactancia natural (STSJ Aragón 15 de abril de 2009, AS 1157).

literal del precepto, “específico”<sup>24</sup>. Esto es, debe ser relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o el bebé). Y, en concreto, lo será si:

a) se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve; y

b) afecta también de manera particular a la situación de lactancia natural.

A los efectos de la prestación, esta caracterización del riesgo durante la lactancia acota notablemente la contingencia protegida, pues, se refiere única y exclusivamente a “aquella actividad en la que la trabajadora está obligada a exponerse a factores particulares de peligro para su salud o la del lactante que no han podido ser contrarrestados en el centro de trabajo mediante actuaciones preventivas, y que habrían de ser evitados por prescripción facultativa en cualquier situación de la vida cotidiana”<sup>25</sup>. Interpretación que, en opinión del TS, es coherente con la literalidad del art. 26.1 LPRL, pues, en la medida que se exige de manera expresa “la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición” a los factores de riesgo detectados, es claro que tales peligros para la salud deben tener relevancia desde el punto de vista de la salud de la madre y/o del bebé.

En definitiva, no basta la existencia de ciertos riesgos, ni tampoco la apreciación subjetiva de la Entidad para la que presta servicios la trabajadora, sino que es preciso que aparezca de forma clara y precisa su existencia en el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo<sup>26</sup>. De tal modo que, si se dan estas variables, la acción inmediata del empresario debe ser la adopción de “las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora”<sup>27</sup>.

Sin embargo, la identificación del riesgo es, sin duda, una tarea extraordinariamente compleja. Especialmente porque, a pesar de que existe una extensa normativa sobre, por ejemplo, la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos, cancerígenos o radiaciones ionizantes durante el trabajo<sup>28</sup>, la propia jurisprudencia ha evidenciado que, preci-

<sup>24</sup> SSTS 18 de marzo de 2011 – rcud. 1863/2010 (RJ 3553), y 25 de enero de 2012 - rcud. 4541/2010 (RJ 2460).

<sup>25</sup> STS 25 de enero de 2012 - rcud. 4541/2010 (RJ 2460). De hecho, como sostiene la sentencia citada, esta caracterización del riesgo durante la lactancia como un riesgo del puesto de trabajo concreto desempeñado por la trabajadora está implícita en la previsión legal de medidas de adaptación de dicho puesto o de traslado a otro distinto, de forma que desaparezcan los factores peligrosos específicos apreciados en su desempeño.

<sup>26</sup> STSJ Andalucía\Málaga 26 de noviembre de 2011 (JUR 183218).

<sup>27</sup> STS 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 1467).

<sup>28</sup> Respectivamente, Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; Real Decreto 665/1997 del 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo; y Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

samente, “la gran variedad de situaciones, de actividades, de índices de peligrosidad o de tiempos de exposición en cada caso, determina la imposibilidad de que se pueda conocer de forma objetiva, específica y completa los [riesgos] que concurren y su relevancia en relación con la lactancia” en cada caso supuesto<sup>29</sup>. Salvo, claro está, se aporten informes específicos que aporten conocimientos al respecto.

No basta con alegar una exposición genérica a los riesgos asociados a un determinado puesto de trabajo, sino que la evaluación –como se ha expuesto, pero conviene reiterar– “ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición”<sup>30</sup>.

Extremo que sitúa al trabajador en una tesitura ciertamente compleja, pues, si (por los motivos que fueren) la empresa, la Mutua o los Servicios Médicos del INSS (según corresponda) no han identificado y/o certificado los potenciales riesgos asociados a la lactancia natural y, por ende, se niegan a reconocer la suspensión de la relación de trabajo y el consiguiente subsidio, corresponde al trabajador rebatir dicho posicionamiento demostrando efectivamente su existencia<sup>31</sup>. Lo que, sin duda, se trata de una labor gravosa en extremo y, se nos antoja, con remotas posibilidades de acabar con éxito.

De hecho, ante estas dificultades es probable que, como ha expuesto un sector de la doctrina<sup>32</sup>, la trabajadora acabe optando por solicitar la baja por enfermedad común. Especialmente, si reúne la cotización exigida, el convenio colectivo mejora el subsidio por esta contingencia alcanzando el 100% de su retribución y no ha realizado horas extras en los doce meses anteriores. La concurrencia o no de estas variables y los costes de litigación son, en realidad, los factores que impulsaran a las trabajadoras a reclamar o no ante los Tribunales su derecho.

En definitiva, si no se ha producido una evaluación adecuada de los riesgos o, simplemente, las entidades responsables se niegan a aceptar su existencia, la exigencia de la concurrencia de un “riesgo específico”, si bien es un requisito comprensible y razonable, puede acabar torciéndose en un obstáculo difícilmente insoslayable para dar cobertura al interés jurídico digno de tutela.

<sup>29</sup> STS 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 1467).

<sup>30</sup> STS 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 1467).

<sup>31</sup> STS 17 de marzo de 2011 – rcud. 1864/2010 (RJ 3421). Por ejemplo, en el supuesto de la compañía aérea (analizado por la STS 24 de abril de 2012, rcud. 818/2012), en el informe de evaluación de riesgos laborales se evalúan las tareas de las TCP embarazadas y consta la prohibición del puesto para las trabajadoras embarazadas y no consta prohibición ni restricciones para las trabajadoras en período de lactancia. Respecto a la embarazada, el se identifica un riesgo específico por compresión – descompresión. Y, como se recoge en la propia sentencia, los riesgos inherentes a este colectivo son: caída de personas al mismo nivel; caída de objetos en manipulación; caída de objetos desprendidos; sobreesfuerzos; contactos térmicos; contactos eléctricos indirectos; incendios; exposición a contaminantes biológicos; y horarios de trabajo.

<sup>32</sup> Zapirain Bilbao (2012), versión digital.

De hecho, la falta de determinación de la existencia de un riesgo específico en el puesto de trabajo que afecte a la lactancia natural, es el que ha llevado al Tribunal Supremo a negar repetidamente las solicitudes al subsidio en los supuestos relativos al personal sanitario<sup>33</sup>. En este sentido, el Alto Tribunal ha afirmado que el objeto del debate queda circunscrito “a la acreditación de riesgo/s específicos para estas situaciones femeninas, porque precisamente sin una conclusión clara al respecto no puede fiscalizarse el cumplimiento y agotamiento por la empresa de las sucesivas actuaciones impuestas por el art. 26 LPRL”<sup>34</sup>.

La particularidad de la STS de 24 de abril de 2012<sup>35</sup>, que resuelve una solicitud de una tripulante de cabina de pasajeros (en adelante, TCP) de una compañía aérea, es que, en comparación con los pronunciamientos anteriores, consigue dar un paso más en el análisis de esta prestación. Lo que no significa que se haya producido un cambio en la doctrina jurisprudencial. Debe partirse de la base de que el supuesto de hecho difiere notablemente del planteado en las sentencias anteriores, pues, los condicionantes “ambientales” y, consiguientemente, los riesgos asociados a este puesto de trabajo no tienen nada que ver con los presentes en los centros hospitalarios.

En este caso, se parte de la situación creada por la negativa de una compañía aérea y de la Mutua de considerar justificada la existencia de riesgos específicos para la lactancia. Lo que, en consecuencia, lleva a negar la posibilidad de alterar las condiciones o puesto de trabajo.

La particularidad del supuesto es que en suplicación<sup>36</sup> existe coincidencia a la hora de entender que existe un riesgo psicosocial asociado a la situación de lactancia de las TCP. En concreto, el TSJ de Madrid, en sus dos contradictorios pronunciamientos, entiende que el sistema de turnos a que se hallan sometidas y la dificultad de extraer la leche materna, por falta de tiempo y de espacio, en

<sup>33</sup> SSTS 17 (3) de marzo de 2011 - rcud. 1864/2010 (RJ 3421); 1865/2010 (RJ 3424) y 2448/2010 (RJ 3423); 18 (4) de marzo de 2011 - rcud. 1290/2010 (RJ 3552), 1863/2010 (RJ 3553), 1966/2010 (RJ 5812) y 2257/2010 (RJ 5811); 3 de mayo de 2011 - rcud. 2707/2010 (RJ 4500); 21 de septiembre de 2011 - rcud. 2342/2010 (RJ 2011\7060); 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 2012\1467); y 25 de enero de 2012 - rcud. 4541/2010 (RJ 2460).

<sup>34</sup> STS 18 de marzo de 2011 - rcud. 1966/2010 (RJ 5812). Como afirma la STS 17 de marzo de 2011 - rcud. 1864/2010 (RJ 3421): “en este caso no consta acreditada la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia. Para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación de lactancia natural, como se desprende de la muy extensa regulación normativa que incide sobre esta clase de riesgos”.

<sup>35</sup> Rcud. 818/2011.

<sup>36</sup> SSTSJ Madrid 24 de septiembre de 2010 - rec. 3405/2010 (JUR 368244); y 30 de diciembre de 2010 - rec. 4817/2010 (JUR 2011\149919).

las debidas condiciones de higiene, determinan no una incomodidad, sino una incompatibilidad entre la lactancia natural y las condiciones de trabajo, influyendo negativamente en la salud del lactante.

Este punto de partida permite al Tribunal Supremo superar el “escollo” de la acreditación de la existencia de un “riesgo específico” (o, por lo menos, da por buena la argumentación esgrimida en suplicación<sup>37</sup>), pudiéndose centrar en otro orden de consideraciones. En concreto, se evalúa si las medidas alternativas propuestas por la empresa para eludir el riesgo específico detectado -en concreto, una reducción de jornada- pueden considerarse adecuadas.

En este sentido, el Alto Tribunal –acertadamente- sostiene que “tal oferta implica una clara confusión entre las medidas de protección de la trabajadora, relacionadas estrictamente con la salud (art. 26 LPRL y 135 bis y ter LGSS), y los derechos de conciliación de la vida familiar (art. 37.4 ET)”, pues, son instituciones que “obedecen a finalidades diferentes”.

De hecho - prosigue la citada sentencia -, si la empresa hubiera identificado el riesgo y lo hubiera plasmado en el plan de prevención, hubiera estado capacitada para ofrecer medidas alternativas a la prestación de servicios en la situación de riesgo constatada (como, por ejemplo, un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene al alcance de las trabajadoras a efectos de efectuar la extracción y conservación de la leche). A continuación, evidencia que es claro que entre estas medidas no se encuentra la reducción de jornada por lactancia, pues, es un “instrumento complemente distinto y que puede y debe compatibilizarse, en su caso, con el eventual cambio de puesto de trabajo”.

Llegados a este extremo, la STS 24 de abril de 2012<sup>38</sup> afirma que, en la medida que la empresa, por inactividad, no ha ofrecido un puesto alternativo con condiciones exentas de riesgo, se colige que el mismo no existía y, por ende, inadmisiblemente se estaba obligando a la trabajadora a seguir trabajando pese al riesgo. Lo que irremediamente debía haberse recurrido a la suspensión de la relación de trabajo como medida última de salvaguarda de su salud o la del lactante. Entenderlo de otro modo, significaría trasladar los riesgos (y los perjuicios de ellos derivados) a la propia trabajadora o al lactante.

La cuestión y, el elemento – a nuestro entender - verdaderamente relevante de esta última sentencia citada, es que el razonamiento del TS obliga a las empresas a incrementar su estándar mínimo de prevención de un modo notable. No sólo debe proceder a una evaluación exhaustiva de los riesgos genéricos y

<sup>37</sup> En concreto, se afirma “ciertamente, tal riesgo ha de apreciarse cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante si no es posible compatibilizar la toma o la extracción de la leche, puesto que sabido es que la dejación de éstas puede comportar riesgos de mastitis, la inhibición definitiva de la leche”.

<sup>38</sup> Rcu. 818/2011.

específicos, sino que, además, puede considerarse que cualquier situación en la que la alternativa propuesta por la empresa sea declarada “inadecuada”, puede entenderse que “no existen” condiciones de trabajo exentas de riesgo y, por consiguiente, debe procederse a suspender la relación de trabajo y reconocer el subsidio.

Lo relevante de este planteamiento es que es muy posible que este resultado final descrito acabe siendo relativamente frecuente, en la medida que no se haya hecho una correcta evaluación de los riesgos y, por lo tanto, la empresa ante este desconocimiento no haya sabido ofrecer una alternativa adecuada para eludirlos. Si bien es cierto que en el supuesto que resuelve la STS 24 de abril de 2012<sup>39</sup> se habla – literalmente - de una “verdadera inactividad por parte de la empresa”, lo cierto es que una situación en la que la alternativa al riesgo propuesta sea claramente inadecuada para soslayarlo, también debería ser calificada como una omisión evidente (probablemente, porque ha habido una deficiente descripción de los riesgos).

Y, todo ello con la consiguiente responsabilidad, “pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o a la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar - al margen de la procedencia, en su caso, del anticipo de la prestación - el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas”<sup>40</sup>.

#### **4. VALORACIÓN FINAL: EL INCREMENTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PREVENCIÓN**

La suspensión de la relación de trabajo y la consiguiente prestación por riesgo durante la lactancia presenta una configuración sumamente particular y compleja. La jurisprudencia, en múltiples ocasiones, ha tenido ocasión de manifestar que ambos están condicionados a la necesaria concurrencia de un riesgo específico que afecte de un modo particular a la lactancia. Fuera de estos casos, no procede.

La falta de identificación de este riesgo específico en el plan de prevención y, por consiguiente, la negativa al reconocimiento de la consiguiente prestación por quien corresponda, traslada a la trabajadora solicitante la carga de la prueba de su existencia, pues, es quien alega el riesgo. Tarea, sin duda, sumamente compleja. Por este motivo, y probablemente también por la existencia de una alternativa más sencilla y con posibilidades de ser económicamente

<sup>39</sup> Rcu. 818/2011.

<sup>40</sup> STS 18 de marzo de 2011 – rcud. 1966/2010 (RJ 5812).

equivalente (incapacidad temporal por enfermedad común), podría explicarse el escaso número de prestaciones reconocidas.

La sentencia de STS 24 de abril de 2012<sup>41</sup>, sin apartarse de la doctrina jurisprudencial precedente, lleva al análisis a otro estadio, pues, tiene la virtud de resaltar las obligaciones que debe asumir la empresa en la identificación previa de los riesgos y la consiguiente adopción de medidas tendentes a evitarlos, y, sobre todo, las responsabilidades derivadas de una actuación que no se ajuste a este esquema preventivo. Una inadecuada respuesta empresarial en la proposición de alternativas ante un riesgo para la lactancia (derivada de una identificación sesgada de las contingencias o de su omisión absoluta), debe interpretarse como una “verdadera inactividad” y, por ende, susceptible de devengar las consiguientes responsabilidades. Lo que, a efectos prácticos, significa que debe entenderse que “no existen” condiciones de trabajo exentas de riesgo y, por consiguiente, procede suspender la relación de trabajo y reconocer el subsidio. Lo que, a fin de cuentas, debe valorarse positivamente, pues, en principio, debería contribuir a incrementar sustancialmente el estándar mínimo de prevención por parte de las empresas.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLASCO LAHOZ (2010). «Situación protegida a efectos del reconocimiento de derecho a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural». *Aranzadi Social* nº 3, versión digital (BIB 2010\410).

CARDONA RUBERT (2002). *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*. Aranzadi, Pamplona.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ (1997). «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad». En Escudero Rodríguez (Coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

GARRIGUES GIMÉNEZ (2004). *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*. CES, Madrid.

GONZÁLEZ LABRADA y VALLEJO DACOSTA (1997). «Las condiciones no materiales y su incidencia en los poderes empresariales». En Escudero Rodríguez (Coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR (1996). *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Trotta, Valladolid

<sup>41</sup> Rcd. 818/2011.

GORELLI HERNÁNDEZ (1997). *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

GORELLI HERNÁNDEZ e IGARTUA MIRÓ (2002). *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*. Versión digital (www.tirantonline.com, TOL 164479).

LOUSADA AROCHENA (1998). «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en períodos de lactancia». *AL* – III.

LUQUE PARRA y GALA DURÁN (1997). «El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales». En Escudero Rodríguez (Coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ (2001). *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Laborum.

MELLA MÉNDEZ (1999). «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social». *Aranzadi Social*, versión digital (BIB 1999\1825).

MOLINA GARCÍA (1997). «La protección de la maternidad en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales». En Escudero Rodríguez (Coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA (2004). *La protección jurídica de la mujer trabajadora*. CES, Madrid.

MORENO GENÉ, ROMERO BURILLO y PARDELL VEA (1997). «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social*, versión digital (BIB 1997\1001).

NORES TORRES (1998). «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». *AL* – I.

PÉREZ DEL RÍO (1999). «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate». *TL* nº 52.

RODRÍGUEZ COPÉ (2004). *La suspensión del contrato de trabajo*. CES, Madrid.

RODRÍGUEZ RAMOS y PÉREZ BORREGO (1996). «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». En Ojeda Avilés (Coord.), *La Prevención de Riesgos Laborales*. Aranzadi, Pamplona.

ROLDÁN MARTÍNEZ (2006). «Trabajadora en incapacidad temporal por embarazo de riesgo que solicita la prestación por riesgo durante el embarazo». *RTSS-CEF* nº 25.

SOLÀ MONELLS (2005). «Arts. 45 a 48». En Del Rey Guanter (Dir.), *Estaduto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*. La Ley, Madrid.

ZAPIRAÍN BILBAO (2012). «Denegación de emisión de certificación médica sobre existencia de riesgo durante el embarazo. Ausencia de riesgo específico y falta de acreditación por la empresa de la imposibilidad técnica u objetiva de cambio de puesto». *Aranzadi Social* n° 11, versión digital (BIB 2012\287).



---

# Mercado de Trabajo



# 2012 UN AÑO DE AJUSTE EN EL EMPLEO ANÁLISIS DE COYUNTURA DEL MERCADO DE TRABAJO EN EL PRIMER TRIMESTRE DE 2012

SANTOS RUESGA BENITO

Catedrático en la Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

Profesora Asociada Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL PÉREZ TRUJILLO

Becario FPI en la Universidad Autónoma de Madrid.

## Resumen

En artículo analiza de forma sistemática la evolución de la oferta, demanda y desempleo del mercado de trabajo en España y Andalucía referida al primer trimestre de 2012. La situación económica y de mercado de trabajo de los países europeos no contribuye a la recuperación de la economía y el empleo en España. A principios de 2012 se anuncia una nueva fase recesiva en el ciclo económico por lo que se parece que se mantendrán las tendencias de destrucción de empleo y aumento del desempleo que se han puesto de manifiesto desde el comienzo de la crisis. Por su parte, la oferta de trabajo en España se mantiene en un ligero crecimiento basado fundamentalmente en la incorporación de la mujer al mercado laboral. Por ello, en el primer trimestre de 2012 se han alcanzado cifras record en lo referido al total de personas desempleadas.

## Summary

The paper analyses the situation of the Spanish and Andalusian labour market in the first term of 2012. It is organized as follows. Firstly, we present the economic situation in Spain in relation to the rest of the European countries. Section 2, 3 and 4 are devoted to the analysis of labour supply, demand and unemployment in Spain. Finally, section 5 pays attention to the main labour variables in Andalusia which mainly follows tendencies of the Spanish labour market. The economic situation and the labour market evolution in the majority of the European countries are not helping the recovery of economic growth and employment in Spain. A new period of economic recession appears in the first quarter of 2012 and growth of unemployment and massive destruction of employment is expected in the next terms in a similar way to what happened at the beginning of the crisis. On the other hand, Spanish labour supply grows at a small but steady rate. In this term, Spain has reached a new record in the number of unemployed

## ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

### 1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

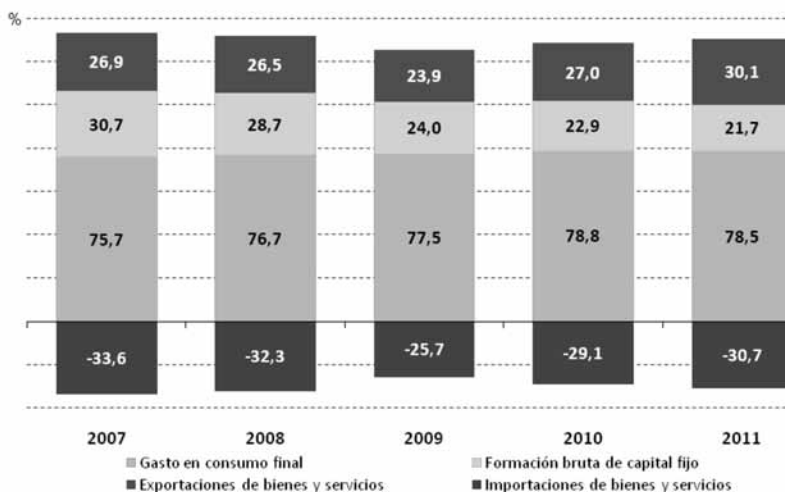
El panorama económico y del mercado de trabajo de los países europeos no parece contribuir a la recuperación de la economía y el empleo en España. La dependencia española de los socios europeos no se debe únicamente a compartir una moneda común y unas instituciones que marcan las pautas de la política fiscal, con estrategias comunes para las políticas sociales, educativas (Plan Bolonia en las Universidades europeas), y del mercado de trabajo (*Estrategia Europa 2020*). La dependencia española de la Unión Europea se debe también a que los países de la UE son el destino prioritario de nuestras exportaciones y el origen de las principales importaciones (al margen de los productos energéticos). Que a Europa le vaya bien es el deseo que tiene España para agarrarse a la esperanza de la recuperación económica, aunque sea levemente, pero al menos, que sirva de motor de arranque.

Por tanto, que las políticas que imperan en Europa ahoguen el crecimiento y tengan como objetivo estratégico única y exclusivamente la consecución del equilibrio presupuestario, no sólo lastran la recuperación en nuestro país (por la implementación del mismo tipo de políticas) sino que dificultan la utilización del motor exterior como balsa de salvación.

Y las previsiones<sup>1</sup> de primavera de la Comisión Europea (publicadas el 11 de mayo), arrojan muchas sombras en este sentido. Empeoran de forma generalizada las anteriores previsiones tanto para el año 2012 como para el siguiente. Sin entrar en recesión de nuevo en las grandes economías (Alemania, Francia, Reino Unido), la caída de la actividad económica es común y abultada, con apenas crecimientos de medio punto en estos grandes países, pero con una entrada en recesión en el conjunto de la zona euro (del 0,3 por ciento).

<sup>1</sup> Las previsiones de primavera de la Comisión Europea, se pueden consultar en [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/eu/forecasts/2012\\_spring\\_forecast\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/eu/forecasts/2012_spring_forecast_en.htm)

**Peso de cada componente (por el lado de la demanda) en el PIB español, a precios corrientes**



Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Trimestral de España, Base 2008* (INE).

Por el contrario, en Estados Unidos (que no ha fijado como objetivo prioritario la consecución del equilibrio presupuestario) mejoran las previsiones de otoño, aumentando la economía en un 2 por ciento este año (frente al 1,5 que se suponía en otoño que lograría) y en un 2,1 por ciento el año próximo (contrastando con el menor aumento previsto, del 1,3 en las anteriores simulaciones).

Según estas previsiones de primavera, España es la única economía europea que todavía en 2013 estará en recesión. Es la única economía en la que no se atisban signos de recuperación para el próximo año y donde la tasa de paro se sitúa por encima del 20 por ciento (de hecho, con una tasa de paro más alta que la prevista para este año, del 25,1 por ciento). Y es la única economía donde se prevé que el empleo caiga más allá del 1 por ciento (el 1,5 por ciento) respecto al año anterior. Y todas estas previsiones se han hecho teniendo en cuenta las políticas ya implementadas y previstas por el Gobierno<sup>2</sup>. Esto, sin duda, supone un jarro de agua fría sobre las medidas adoptadas para la corrección del déficit público que, según prevé la Comisión, se mantendrá en 2013 en el 6,3 por ciento del PIB.

<sup>2</sup> Salvo en el caso de la amnistía fiscal y las medidas de lucha contra el fraude, pues la Comisión Europea no las ha considerado al no ver con certeza cuáles pueden ser los posibles efectos.

Por el contrario, las previsiones del gobierno son algo más alentadoras, dibujando un escenario negativo en el año 2012 y parte del 2013, pero con visos de recuperación a partir de entonces. Eso sí, muy ligeros signos de recuperación.

**Previsiones macroeconómicas del Gobierno de España**  
**Tasas interanuales (% variación)**

	2011	2012(p)	2013(p)	2014(p)	2015(p)
Consumo final privado	-0,1	-1,4	-1,1	0,6	1,1
Consumo final AAPP	-2,2	-8,0	-4,6	-1,9	-2,8
Formación bruta capital fijo	-5,1	-9,0	-0,5	2,4	3,0
Demanda Nacional I	-1,7	-4,4	-1,7	0,5	0,8
Exportaciones	9,0	3,5	6,9	7,5	8,0
Importaciones	-0,1	-5,1	1,3	5,4	6,2
Demanda externa neta I	2,5	2,7	1,8	1,0	1,0
PIB real	0,7	-1,7	0,2	1,4	1,8
Empleo	-2,0	-3,7	-0,4	0,7	1,0
Tasa de paro	21,6	24,3	24,2	23,4	22,3

(p) previsiones<sup>1</sup> Contribución al crecimiento del PIB, en puntos porcentuales.

Fuente: *Programa de Estabilidad 2012-2015*, Gobierno de España.

El agotamiento de la capacidad instalada y la falta de inversión (tanto pública como privada, tal y como se observa en el gráfico anterior) no permitirán que la economía española crezca hasta, según las previsiones del gobierno, el año 2014. Según las previsiones de la Comisión, la recuperación de la formación bruta de capital fijo (componente claramente procíclico de la economía) será después de 2013, pues en ese año, de nuevo, es la economía española la única de toda la Unión que aún presenta signos negativos en la evolución de la inversión. Y los Presupuestos Generales del Estado para este año no permiten ser optimistas en este aspecto, con los recortes generalizados en todos los ámbitos.

## 2. LA OFERTA DE TRABAJO

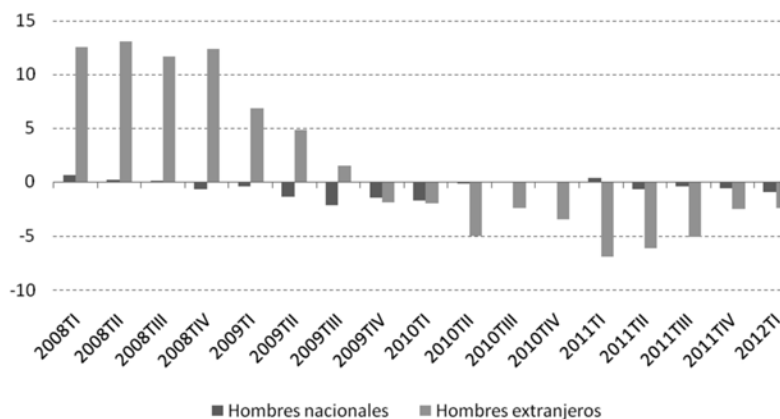
La oferta de trabajo en nuestro país continúa la evolución que presenta durante toda la etapa desde que se iniciara la crisis económica: un ligero incremento interanual, debido siempre a la incorporación constante y permanente de las mujeres al mercado de trabajo, al mismo tiempo que se produce un abandono del mismo por parte de los hombres.

La población activa masculina se sitúa en 12.551.1000 personas, de las cuales, el 85,4 por ciento son de nacionalidad española (incluyendo doble na-

cionalidad), lo cual representa una disminución de 94.600 hombres dispuestos a trabajar.

Porque desde el primer trimestre de 2008, la variación interanual de la población activa masculina refleja una tendencia decreciente. Desde el segundo trimestre de 2009, y repitiéndose cada trimestre desde entonces, hay menos población activa masculina que en el año anterior. En el caso de los extranjeros, la reducción presenta un ritmo mucho más acusado que en el de los hombres nacionales. En el primer trimestre de 2011 se recuperó la incorporación de hombres nacionales de forma pasajera (un aumento del 0,4 por ciento en la comparación con el primer trimestre de 2010).

**Tasa de variación anual de la población activa masculina, por nacionalidad**



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

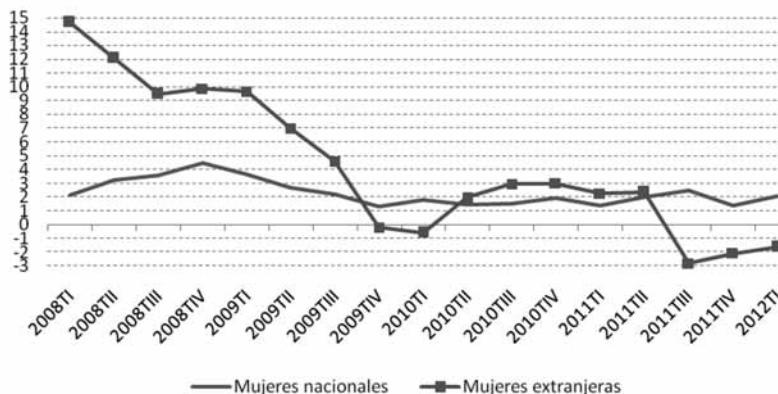
En cambio, la evolución de la población activa femenina muestra un sentido contrario: mientras continúa descendiendo el número de hombres que participan en el mercado de trabajo, las mujeres siguen, más lentamente en los últimos trimestres, aumentando su tasa de participación en la vida laboral. En este primer trimestre de 2012 hay 10.521.600 mujeres activas, de las cuales, el 84,1 por ciento, son de nacionalidad española. Esto supone un aumento de 86.100 mujeres respecto al trimestre anterior.

El crecimiento interanual se ha reducido en el caso de las mujeres de nacionalidad extranjera, desde que comenzara la crisis financiera, llegándose a producirse el abandono del mercado de trabajo desde mediados de 2011. Desde el tercer trimestre de 2011, hay reducciones interanuales de las mujeres activas extranjeras.

Por el contrario, las mujeres de nacionalidad española se vuelven a incorporar a un ritmo superior al 2 por ciento en comparación con el año anterior.

Es este grupo el que mantiene una senda de estabilidad en la evolución de la población activa. Habrá que ver si, en términos globales, seguirá pesando más la incorporación femenina que el abandono masculino en los próximos trimestres.

#### Tasa de variación anual de la población activa femenina, por nacionalidad



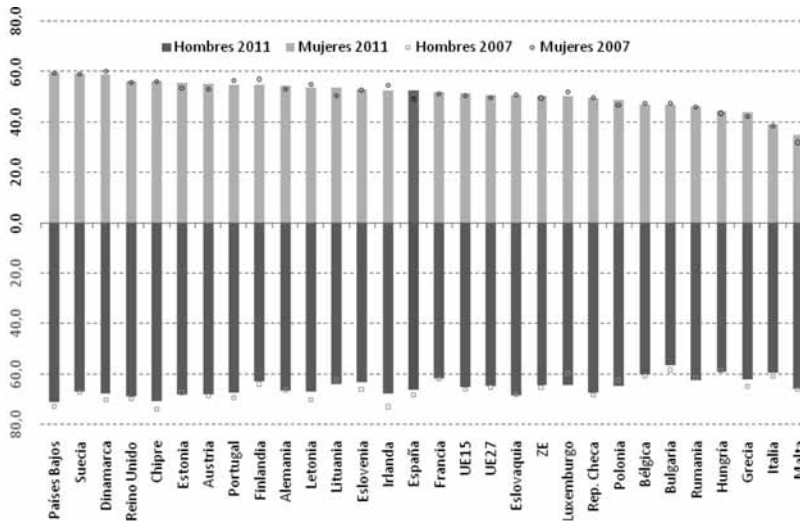
Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

En el caso de los jóvenes menores de 25 años, el abandono de la búsqueda activa de empleo es muy superior al del resto de edades: hay un 7,2 por ciento menos de jóvenes que en el año anterior, lo que sitúa la cifra de activos jóvenes en 1.772.300, es decir, 48.300 menos que en el último trimestre de 2011. Sigue incrementándose la cifra de activos de mayor edad (mayores de 55 años) en la comparación interanual, aunque en el último trimestre han abandonado el mercado de trabajo 2.000 activos mayores.

En la comparación con nuestros socios europeos, la trayectoria de la tasa de actividad española destaca por ser la que más aumenta en el caso de las mujeres (en 3,6 puntos porcentuales), por delante de Lituania, Malta y Estonia, aunque no es de las que registra la mayor reducción de la tasa masculina (sólo cae 1,8 puntos en España, comparado con las reducciones de Irlanda, de 5,4 puntos, Letonia -2,9, o Eslovenia -2,8).

Del núcleo de los 15 países iniciales de la UE sólo aumenta la tasa de actividad masculina en Luxemburgo y, mínimamente, en Alemania (dos décimas), mientras desciende en el resto de países. Alemania es también el único país de los quince donde se recogen aumentos de la tasa de actividad tanto masculina como, en mayor medida, femenina (en 1,4 puntos). Por el contrario, la tasa de actividad femenina, como se ha dicho, aumenta en España más que en ningún otro país, aunque el aumento es generalizado en el conjunto de la Unión.

### Tasa de actividad según sexos en los países de la Unión europea, cuartos trimestres de 2007 y 2011



Fuente: Elaboración propia a partir de *Labour Force Survey* (Eurostat).

De hecho, este mayor aumento de la actividad femenina sitúa a las mujeres en España con una participación por encima de la media de la Unión Europea de los quince y, la tasa global, a pesar de la caída de la participación masculina, también se sitúa por encima de la media europea.

La tasa de actividad masculina se reduce en la misma cuantía (nueve décimas) que aumenta la femenina en el conjunto de la Unión Europea de los quince, mientras que si se amplía a los veintisiete, la tasa masculina cae menos (sólo medio punto) y la femenina aumenta lo mismo (0,9 puntos porcentuales).

La demanda de trabajo

La demanda de trabajo sigue estancada, al ritmo de la economía. Si no hay actividad económica, difícilmente habrá demanda de trabajadores. El PIB real vuelve a caer en términos interanuales en el primer trimestre de 2012 en alrededor de cuatro décimas<sup>3</sup>, con lo que la destrucción de empleo se vuelve a acelerar, hasta caer el número de ocupados en un cuatro por ciento.

Con estos datos, en el primer trimestre de 2012 el número de ocupados desciende hasta los 17.433.200, lo cual supone 374.300 personas menos que

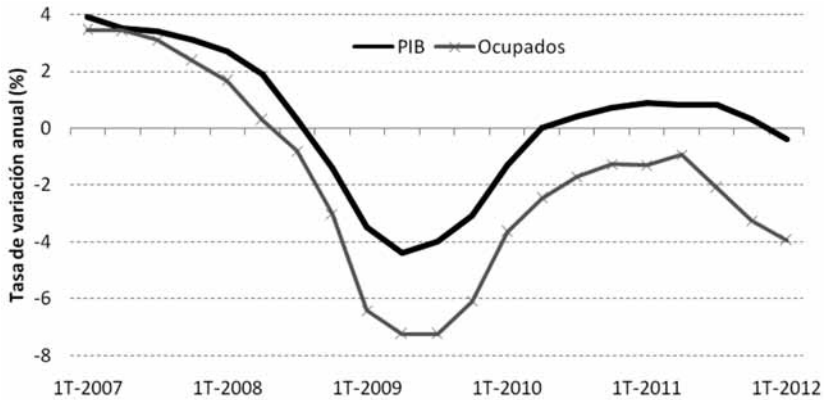
<sup>3</sup> Según los datos adelantados por el Banco de España, en su *Boletín Económico*, el PIB habría caído en medio punto respecto al primer trimestre de 2011. Sin embargo, el dato adelantado del Instituto Nacional de Empleo, organismo que ofrece las estadísticas oficiales, estima que la caída es algo menor, del 0,4 por ciento.

en el último trimestre de 2011, y 718.500 menos que hace un año. Desde el tercer trimestre de 2008, cuando estalló la crisis financiera internacional, se han perdido casi 3 millones de empleos (2.913.100).

Lo más preocupante es que la tendencia no parece que se vaya a modificar ni siquiera en el medio plazo.

Para que haya un cambio en la tendencia y la economía española sea capaz de crear empleo creciendo tan sólo al 1 por ciento, habrán de modificarse muchas cosas: se puede crear empleo si la economía es muy productiva, es decir, si con menores incorporaciones de capital, se obtienen mejores resultados (PIB). Por ejemplo, creciendo en sectores como los de servicios avanzados (donde el valor añadido generado es muy alto en comparación con los requerimientos de capital y trabajo), o en determinadas industrias, donde se requiere mayor capacidad tecnológica y de trabajo cualificado, pero también es superior el valor que se obtiene. Para que estos cambios sucedan, habrían de establecerse los planes de crecimiento e inversión necesarios, pero las políticas hasta ahora implementadas van en el sentido contrario, de aumentar los recortes de gasto público y de inversión de forma generalizada en todos los sectores económicos.

Tasa de variación interanual del PIB real y de ocupados, (porcentaje)



Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Trimestral y Encuesta de Población Activa* (INE).

La economía española creó mucho empleo en la etapa expansiva previa gracias al fuerte crecimiento de sectores muy intensivos en el uso del factor trabajo (como la construcción y la industria manufacturera que giraba a su alrededor) o en sectores que, sin ser intensivos en trabajo, estaban asociados al

motor que la construcción (sobre todo residencial) suponía (como puedan ser los servicios inmobiliarios).

Teniendo en cuenta que el estallido de la burbuja inmobiliaria ha agudizado, en buena medida, la recesión en la que nos encontramos, no es plausible volver a tejer un entramado productivo como ese. Hay que buscar nuevos sectores, nuevas ramas de producción que permitan asentar un crecimiento económico y del empleo que no se sostenga sobre facilidades de crédito que no volverán (crisis financiera), sino que permitan que la economía base su crecimiento en el conocimiento y en la calidad.

La estructura, el funcionamiento del mercado de trabajo en España, ha ocasionado que se agrandaran algunos desequilibrios. Por ejemplo, las diferentes reformas del empleo temporal, desde la introducción de este tipo de contrato en 1984 y su posterior difusión en 1994, al fomentar el contrato temporal como forma de creación de empleo (sin justificar la causa que hacía necesario que fuera un contrato temporal en lugar de uno indefinido, como venía siendo lo habitual), no hicieron sino incrementar una brecha entre aquellos trabajadores con contrato indefinido o con contrato temporal.

Esta llamada dualidad del mercado de trabajo genera unas fuertes desigualdades y separa aún más las posibilidades de movilidad entre uno y otro mercado de trabajo. Las cadenas de movilidad que señalaban Doeringer y Piore<sup>4</sup> entre trabajadores del segmento secundario (en este caso, los temporales) y los trabajadores del segmento primario (los indefinidos) parecían estar rotas. Pero el problema no es el tipo de contrato: el origen de la segmentación del mercado laboral no se sitúa en los aspectos formales de la contratación, sino en la propia demanda de trabajadores, es decir, son las empresas que se sitúan en cada segmento del mercado las que determinan qué tipo de trabajo requieren y, por tanto, que tipo de contratación harán.

Las empresas de los sectores primarios, son empresas de mayor tamaño, que operan en sectores más estables (no tan sometidos a las fluctuaciones del ciclo económico, como puedan ser determinadas ramas industriales o de servicios de mayor valor añadido y más expuestos a la competencia internacional: por lo que han de buscar mejoras de competitividad, no solo en precios, sino también en calidad, de forma que demandarán empleo más cualificado y que sea capaz de aportar un mayor valor añadido al producto final. Para atraer a este trabajo más capaz, han de ofrecer a cambio condiciones de trabajo más favorables y estables, que permitan la mejora constante (a través de formación) y la flexibilidad gracias a una mejor adaptación por un mayor conocimiento y un mejor uso de la capacidad tecnológica.

<sup>4</sup> Doeringer, P. y Piore, M. (1971): *Mercados internos de trabajo y análisis laboral*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. También se pueden consultar las ideas recogidas en Ruesga, S. et al. (2002): *Economía del trabajo y política laboral*, Ed. Pirámide, Madrid.

Por el contrario, las empresas que operan en mercados de demanda más inestable, menos abiertos, es decir, menos expuestos a la competencia, suelen ser empresas de menor tamaño y que buscan las ganancias de competitividad mediante menores costes. En general, las necesidades de empleo que tienen se pueden cubrir con trabajadores que no exigen una cualificación excesiva o que son fácilmente sustituibles (por ello no requieren de una cualificación específica del puesto de trabajo). Por tanto, la rotación en este tipo de empresas es mucho más elevada y las condiciones de trabajo pueden ajustarse también a la baja.

Esta situación es la que hemos vivido en España, con una fuerte segmentación de los mercados de trabajo, por un lado, con un porcentaje relativamente pequeño de empresas de mayor tamaño que operan en el sector exterior y que aportan un mayor valor añadido y requieren de mayores cualificaciones de sus trabajadores, ofreciendo a cambio mejores (por más estables, sobre todo) condiciones de trabajo; y por otro, con multitud de muy pequeñas empresas (el 95 por ciento de las empresas en España tienen menos de 10 trabajadores), en sectores como la construcción y el comercio, que no operan en el sector exterior, donde los trabajadores de este mercado secundario tienen una mayor propensión de tener contratos temporales y, lo que es más importante, permanecer menos tiempo en el puesto de trabajo.

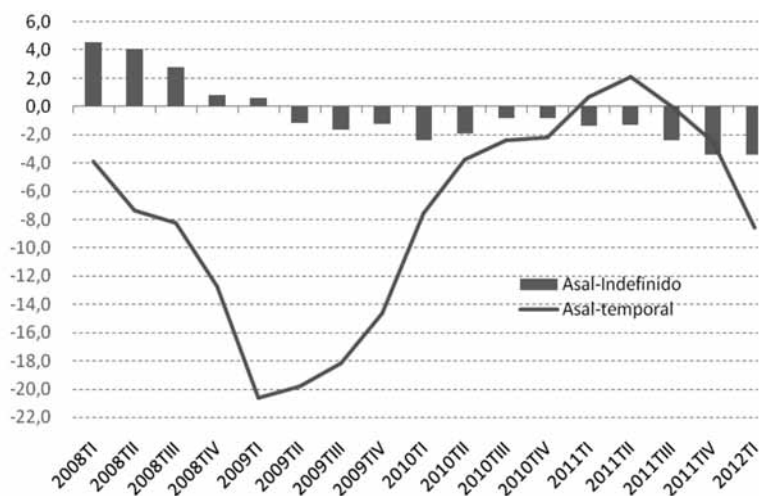
Son sectores con demandas inestables, estacionales y que responden a los impulsos de demanda modificando la cantidad de empleo. No es fácil retener trabajadores en estos sectores (es decir, que cuando las cosas vayan mal, se reduzcan, por ejemplo las horas de trabajo, a cambio de aumentarlas cuando las necesidades de demanda lo requieran) porque la abundancia de trabajadores que pueden ocupar esos puestos de trabajo es muy alta. El coste de mantener a los trabajadores en periodos de inactividad es muy alto, comparado con la posibilidad de contratar y despedir a los trabajadores según lo requieran las condiciones de actividad económica cambiantes. Es decir no hay prácticamente costes de entrada a la actividad y sí los hay, en épocas de crisis, para el mantenimiento del empleo; si además los costes de salida se abaratan aún más (lo que han hecho las recientes reformas laborales, particularmente la de febrero de 2012) la estrategia empresarial pasará básicamente por la reducción de plantillas.

Esto es lo que permite una alta rotación: un mayor peso de sectores que operan en el segmento secundario del mercado, es decir, una estructura productiva que prima los sectores menos intensivos en capital y que aportan, relativamente, menor valor añadido. Unido a una elevada tasa de desempleo, que hace que en el segmento secundario ofrezcan su capacidad de trabajo los que en condiciones normales ocuparían puestos de trabajo en el segmento primario. De ahí que el subempleo por cuestión de formación (es decir, la proporción

de trabajadores que ocupan un puesto que requiere menor cualificación de la que tienen) o sobreeducación, visto por el lado de la oferta laboral, se haya incrementado considerablemente<sup>5</sup>.

Y dado que es este segmento el que inicialmente se ha caído con mayor intensidad en la crisis, la temporalidad ha disminuido. El problema en este momento, se centra en que también se está destruyendo empleo en el segmento superior. Los niveles de ocupación del mercado laboral siguen descendiendo. La caída en la evolución interanual de los asalariados temporales (del 8,6 por ciento) se asemeja a la del inicio de la crisis en el otoño de 2008 (del 8,2 por ciento). En este primer trimestre de 2012 hay que añadirle, además, la reducción del número de trabajadores con contratos indefinidos (en un 3,4 por ciento).

**Tasa de variación interanual del número de asalariados indefinidos y temporales (en porcentaje)**



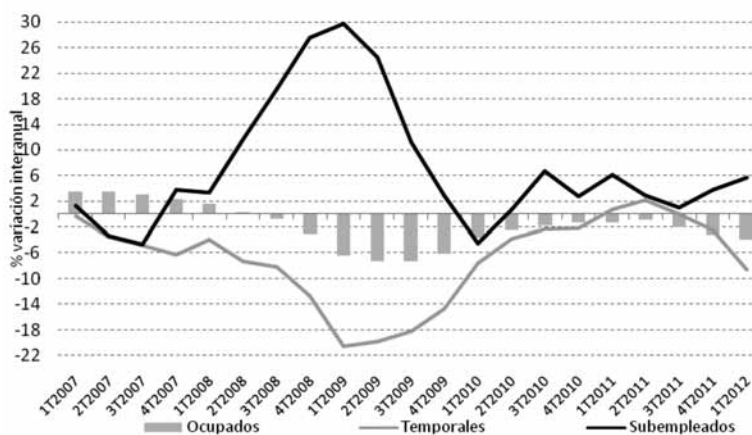
Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Desde que comenzara la crisis, el ritmo de aumento de los trabajadores subempleados por las dos principales razones (por insuficiencia de horas, es decir, aquellos trabajadores que desearían trabajar más horas de las que realizan actualmente, con el objetivo de percibir un salario superior; y por estar ocupando puestos de trabajo que requieren una cualificación menor a la que

<sup>5</sup> Ver a este respecto Ruesga Benito (2012): “Crisis económica y mercado de trabajo”, en Pérez Infante, Ruesga Benito y Valdés Dal Ré: *Relaciones laborales en la crisis. España 2011*, Ediciones Cínca. Fundación Ortega-Marañón, Madrid.

tienen. se ha visto incrementado (especialmente, en los primeros trimestres tras el estallido de la crisis, en el otoño de 2008). Una vez que parecía que el ritmo de destrucción de empleo se estabilizaba, se redujo también el aumento interanual de ocupados subempleados, llegando incluso a reducirse en el primer trimestre de 2010. Pero la nueva oleada de destrucción de empleo ha provocado de nuevo una aceleración en el empeoramiento de la calidad y de la infrautilización del capital humano.

**Tasa de variación interanual de ocupados, subempleados y asalariados temporales (en porcentaje)**



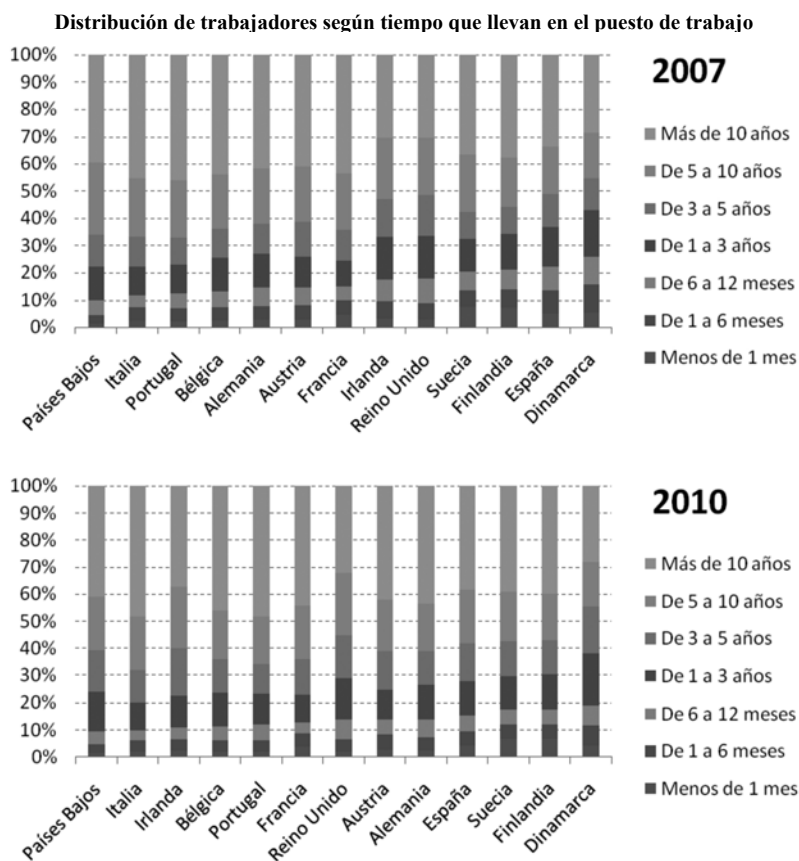
Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Al mismo tiempo que se aceleraba el aumento de los ocupados subempleados, se reducía el de los trabajadores temporales. Lo cual demuestra que la reducción de la temporalidad que se ha vivido hasta el momento se debía enteramente al empeoramiento de la situación económica, siendo los trabajadores temporales los primeros que ven destruido su puesto de trabajo, recuperándose también en primer lugar cuando las condiciones económicas cambian.

Hay que señalar que el problema de la excesiva temporalidad es la elevada rotación que supone y la inseguridad e inestabilidad en la permanencia en el empleo. Porque claramente, cuando se ha reducido la temporalidad han surgido otros desequilibrios. Y la pretensión de reducir la temporalidad de forma nominal, es decir, en las estadísticas de contratos, pero no de forma real, pues el previsible incremento de la rotación laboral será mucho mayor, con la reforma laboral (RDL 3/2012) es un grave error. La traslación de contratos temporales a contratos que, de momento, se denominan de forma genérica indefinidos, gracias a la aparición de un nuevo contrato de apoyo a los emprendedores, con un periodo de prueba de un año, es ya un hecho constatable.

En los países europeos, la elevada rotación laboral no siempre se corresponde con altas tasas de temporalidad, sobre todo, con temporalidad no deseada.

En Reino Unido, Suecia, Finlandia, y especialmente en Irlanda, hay una alta proporción de trabajadores con contrato de duración determinada que no quieren un puesto de trabajo indefinido (en todos los casos, cerca del 30 por ciento). Las posibles razones se encuentran en una mayor proporción de trabajadores de otros países, que pretenden pasar un tiempo trabajando en estos países, pero sin idea de permanencia, y por tanto, prefieren no tener un contrato de duración indefinida.



Fuente: Elaboración propia a partir de OCDE Dataset.

En el caso de Dinamarca, donde una proporción muy alta de trabajadores lleva menos de un año en el puesto de trabajo actual (el 25,8 por ciento en 2007 y el 19,2 por ciento en 2010), no sólo se puede achacar esta situación a la crisis (Dinamarca, a pesar de tener tasas de paro inferiores a la media de la UE ha visto cómo se duplicaba su tasa de desempleo entre 2007 y 2011), sino a la movilidad entre puestos de trabajo que alcanza las mayores cotas en este país, tanto antes como después de la crisis. Y con una de las tasas de temporalidad más bajas de toda la Unión: el 9,1 por ciento en 2007 y el 8,4 por ciento en 2010. Aunque las cosas han cambiado durante la crisis, en 2007 sólo el 39 por ciento de los trabajadores con contrato temporal en Dinamarca declaraba tenerlo por no haber encontrado un trabajo con contrato indefinido (el 45,6 por ciento en 2011).

#### Características de la temporalidad en algunos países europeos

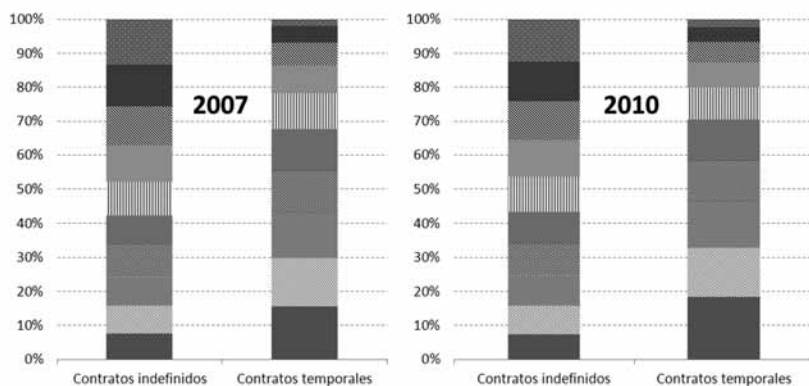
	Tasa de temporalidad		Principal razón del contrato temporal (2011)		
	2007	2011	No encontrar trabajo indefinido	No querer contrato indefinido	Por educación o formación
Bélgica	8,6	9,0	75,1	19,3	5,6
Dinamarca	9,1	8,8	45,6	14,4	35,8
Alemania	14,6	14,7	24,7	3,2	55,9
Irlanda	8,1	9,9	67,6	26,2	6,2
Grecia	10,9	11,6	86,1	3,8	5,5
España	31,7	25,3	91,5	3,8	3,9
Francia	15,1	15,3	57,1	21,8	17,0
Italia	13,2	13,4	70,5	3,6	17,3
Países Bajos	18,1	18,4	32,1	16,8	2,8
Austria	8,9	9,6	8,5	30,5	50,0
Portugal	22,4	22,2	85,3	4,8	4,4
Finlandia	15,9	15,6	63,3	27,3	6,9
Suecia	17,5	16,4	54,3	33,6	1,0
Reino Unido	5,9	6,2	57,7	30,7	6,9

Fuente: *Labour Force Survey* (datos anuales), Eurostat.

Estos datos contrastan claramente con nuestro país, otro de los que presentan también una alta rotación en el trabajo, con el 22 por ciento de los trabajadores, en 2007, con menos de un año de permanencia en el puesto de trabajo, frente al 15,5 por ciento en 2010. En España, la tasa de temporalidad se sitúa en los primeros lugares de la UE, aunque ha disminuido (en buena medida por efecto de la crisis) desde el 31,7 por ciento en 2007 hasta el 24,9 por ciento en 2010. Sin embargo, la elevada rotación, junto a la alta temporalidad y, sobre todo, la razón que se señala como causa para tener un trabajo con contrato indefinido (el 90 por ciento de los trabajadores aducen esta causa) pone de relieve las peores condiciones laborales asociadas a la elevada rotación. Esta

es la rotación que no se va a modificar, muy previsiblemente, con los cambios derivados del nuevo contrato de apoyo a los emprendedores formulado en el RDL 3/2012, pues el periodo de prueba de un año va a servir de acicate para que los empresarios de sectores que requieren poca especialización de la mano de obra, habida cuenta del exceso de oferta, sustituyan contratos de carácter temporal (con indemnización por finalización de contrato) de muy poca duración por contratos de esta nueva modalidad, con la idea de mantener a los trabajadores un periodo inferior al año, lo que garantiza una finalización de la relación laboral sin ningún tipo de justificación (no necesaria durante el periodo de prueba) y sin ningún tipo de indemnización.

**Trabajadores con contrato temporal o indefinido distribuidos por deciles de salarios, en porcentaje sobre los totales respectivos**



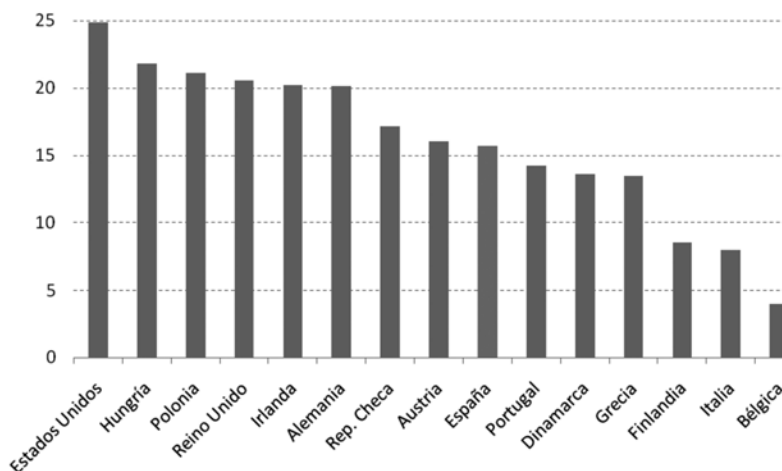
Los trabajadores aparecen ordenados según el decil de salarios en el que se encuadran, siendo 1 el de menores salarios y 10 el de los más elevados. En el caso de los trabajadores con contrato indefinido, la proporción de trabajadores que percibe los salarios más altos es superior siempre a la de los trabajadores con contrato temporal. En el caso de estos últimos, la concentración de trabajadores entre los deciles de menores salarios es muy superior a la de los trabajadores indefinidos.

Fuente: Elaboración propia a partir del *Decil de Salarios de la Encuesta de Población Activa* (INE)

Habrà menos trabajadores con contratos temporales, pero muy posiblemente, haya igual o mayor número de trabajadores que permanezcan menos de un año en su puesto de trabajo. Esto no es romper con el problema de la dualidad del mercado de trabajo español, tal y como proclama la exposición de motivos de la reforma laboral, sino cambiarle de nombre. Es disimular la tem-

poralidad con rotación, pero eso no cambiará las peores condiciones laborales que sufren estos trabajadores, con una fuerte inestabilidad en el trabajo, lo que impide mejoras en la formación y cualificación, al margen de la imposibilidad de realizar carreras profesionales y la condena a realizar trabajos peor remunerados (los trabajadores temporales cobran salarios inferiores a los indefinidos, incluso aunque realicen las mismas funciones). La proporción de trabajadores de bajos salarios es, previsiblemente, otra de las consecuencias más o menos inmediatas de la reforma del mercado de trabajo que se está llevando a cabo en estos meses.

Porcentaje de trabajadores con bajos salarios (OCDE), 2009

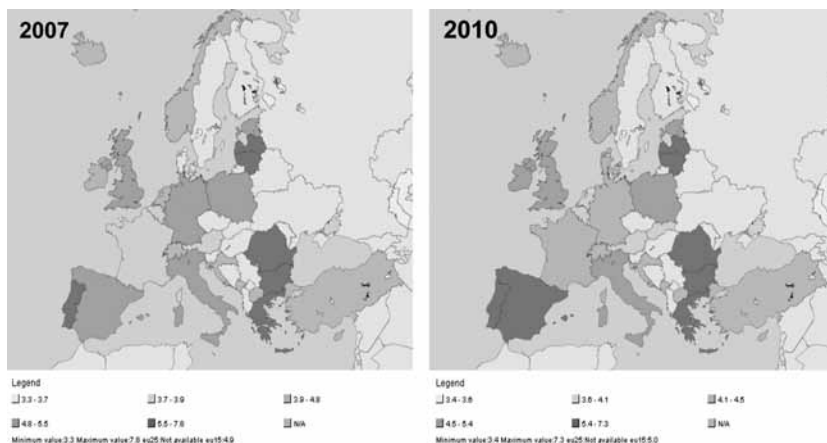


Fuente: John Schmitt (2012) *Low wage lessons*, en CEPR

Y la desigualdad creciente no permitirá alcanzar sendas de crecimiento. Desde la desigualdad es más difícil crecer. Desde una mayor desigualdad es más difícil lograr la convergencia con el resto de países europeos. Desde la desigualdad se construye una sociedad con más peligros, con más distancias, con más injusticia, con menos estímulos.

Y la desigualdad está creciendo en Europa: en este periodo, entre 2007 y 2010, seis países han empeorado la relación de su ratio 80/20, es decir, la distancia entre el 20 por ciento de los que más reciben respecto al 20 por ciento de los que menos ingresan, se ha hecho mayor. Solo en un país ha disminuido esta desigualdad (Países Bajos).

### Aumenta la desigualdad en la Unión Europea (ratio 80/20 de ingresos)



Fuente: Eurostat.

### 3. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

La tasa de paro se alza hasta el 24,4 por ciento de la población activa y no tiene visos de frenarse. Cinco millones seiscientos mil desempleados son muchos desempleados ahora, en el inicio del año 2012. Demasiados para que las previsiones del Gobierno sólo marquen una disminución de la tasa de paro hasta el 23 por ciento en el año 2015. Y lo que es aún más preocupante: si tal y como señala la exposición de motivos de la reforma laboral (RDL 3/2012) el objetivo es reformar un mercado de trabajo que consideran ineficiente, ¿para qué es necesaria una reforma de tal calado si las proyecciones señalan que en 2020 la tasa de paro (entre 20 y 64 años) se situará en el 16,5 por ciento, y en el 8,5 por ciento en el 2030<sup>6</sup>? ¿Realmente es necesario desmontar el sistema de relaciones laborales y modificar las condiciones de trabajo para llegar al mismo punto que antes de la crisis? Plantear una reforma del mercado de trabajo

<sup>6</sup> Estos datos aparecen en la tabla de la página 72 de la Actualización del Programa de Estabilidad 2012-2015, que el Gobierno de España, en cumplimiento del proceso de déficit excesivo abierto, ha enviado a Bruselas para su estudio y aprobación. En este Programa se realizan las proyecciones a muy largo plazo para el cálculo del gasto asociado al envejecimiento, tal y como marcan las pautas de la Comisión. Y en estos cálculos, el Gobierno utiliza como hipótesis una tasa de paro (para la población entre 20 y 64 años) del 16,5 por ciento en 2020, del 8,5 por ciento en 2030, pero es que en 2060 supone una tasa de paro del 7 por ciento.

para modificar su estructura, por ineficiente, para situarse en el mismo punto dieciocho años después parece una burla.

No se pueden implementar políticas que tengan posibles efectos positivos en el largo plazo, pero sí que en el corto plazo, en este mismo año, socaven aún más la débil posición de la economía española. Si dichas políticas ni siquiera tienen esos efectos positivos en el largo plazo ¿por qué nos condenan a peores condiciones actuales?

Y es que la tasa de paro está alcanzando ya cifras desconocidas en nuestra economía, alcanzando el punto más alto registrado a primeros de 1994.

**Tasa de desempleo, en porcentaje de la población activa**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

El deterioro de la economía impide la creación de empleo y las políticas que se están haciendo, no sólo no favorecen la creación de empleo, sino que contribuyen a una mayor destrucción del mismo. Para poder crear empleo, la economía española necesita crecer, y crecer a un ritmo superior al 1,8 por ciento anual que se plantea como previsible para 2015. Nunca hasta ahora la economía española ha creado empleo creciendo por debajo del 2 por ciento. Suponer que, a partir de la reforma laboral, esta situación va a modificarse, descendiendo el umbral de creación de empleo hasta el 1 por ciento, hace entrever que las posibilidades de creación de empleo se concentrarán en sectores de poca calidad, o de pocos requerimientos de cualificación, sectores de bajos salarios y con condiciones de trabajo peores que el resto, y que las que había hasta el momento.

Nos encaminamos a una devaluación no solo de la economía, sino del conjunto de la sociedad, con una pérdida del Estado de Bienestar y de servicios sociales y de apoyo a la igualdad y cohesión, con una descapitalización del factor trabajo, una pérdida de recursos humanos y una disminución de la capacidad productiva que dibuja un horizonte nada halagüeño para la sociedad española.

Si al elevadísimo nivel de desempleo le añadimos la infrautilización de la capacidad laboral (por el subempleo tanto por insuficiencia de horas como por menor uso de la formación de los trabajadores) nos encontramos ante una situación prácticamente insostenible. Y no se puede pretender que esto lo haya provocado la ineficiencia del mercado laboral, el mal ajuste entre puestos vacantes y trabajadores desempleados. Si tras una modificación exhaustiva de las condiciones de trabajo, de los tipos de contratación, de las indemnizaciones por despido, de la estructura de la negociación colectiva, de las posibilidades de realizar flexibilidad interna en la empresa (por parte del empresario), de la participación de las empresas de trabajo temporal en la intermediación laboral (sin haber especificado aún las condiciones que han de cumplir)... si después de todo esto, la tasa de paro en 2030 es del 8,5 por ciento, ¿no será que no es esta la solución al problema?

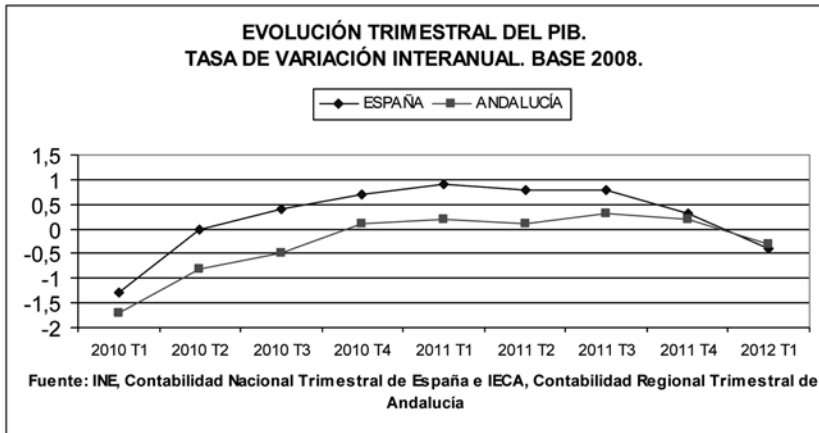
#### **4. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA**

La economía andaluza está inmersa en un proceso de desaceleración desde el último trimestre de 2011 en sintonía con lo que ocurre en el conjunto de la economía española y según muestran los datos de la contabilidad nacional trimestral de España que ofrece el INE. Esta evolución aventura que la economía andaluza entrará en un nuevo periodo de recesión en los próximos trimestres, tal y como señalan la mayoría de los institutos nacionales e internacionales que realizan previsiones sobre el futuro desenvolvimiento económico de nuestro país. Dadas las características de la economía andaluza, y su comportamiento que sigue de forma muy acusada el del ciclo económico español, podríamos señalar que durante los próximos trimestres, la actividad económica en Andalucía puede mostrar signos de decrecimiento y este contexto determinará la evolución de las principales variables laborales andaluzas.

En lo que respecta a lo ocurrido en el primer trimestre de 2012, según los datos publicados por el INE, el PIB nacional decreció en una tasa interanual del -0,4%. Para este mismo trimestre, el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA) indica un valor para la tasa de variación interanual del PIB regional del -0,3%, una décima mejor que el dato nacional. Desde el tercer trimestre de 2011, las tasas de crecimiento interanual del PIB muestran una senda de caídas significativas que señalan la plasmación de las previsiones que

diferentes instituciones nacionales e internacionales habían vaticinado para final de 2011 y 2012. La economía andaluza parece haber entrado en un periodo de recesión que caracterizaría a la actual crisis económica. A partir del verano de 2011 los mercados financieros internacionales han puesto bajo un especial stress al conjunto de la economía española y en especial al sistema financiero español planteando la posibilidad de que sea incapaz de cumplir la hoja de ruta de convergencia derivadas de los planes de estabilidad presupuestaria emanados desde la UEM y fundamentalmente desde Alemania.

En este contexto y en lo que respecta a la evolución de los diferentes componentes de la demanda en el primer trimestre de 2012, el IECA señala el especial papel de la demanda exterior, ya que la demanda regional restó 3,2 puntos al crecimiento del PIB mientras que el saldo exterior tuvo una contribución positiva de 2.9 puntos. La demanda regional cae especialmente impulsada por la caída del consumo de los hogares (-0,3%) y sobre todo del consumo final de las Administraciones Públicas (AA. PP.) y de las Instituciones sin fines de lucro al servicios de los hogares (ISFLSH), que lo hace en un -5,2%. Por su parte, la formación bruta de capital aumentó su decrecimiento pasando del -6,2% al -7,1%. También las importaciones cayeron respecto al mismo trimestre del año anterior (-1,7%). Como se ha señalado, únicamente las exportaciones de bienes y servicios presentan un comportamiento positivo, registrando un crecimiento interanual del 5,7%. En definitiva, la demanda interior está experimentando una reducción significativa mientras que es la demanda externa la que ha compensado esta evolución, si bien de forma insuficiente.



Desde el punto de vista de la oferta, los sectores primarios, industria y servicios presentan una tasa de variación interanual positiva y coincidente del 0.4%. Sin embargo, la caída del sector de la construcción es del -5.9%. Des-

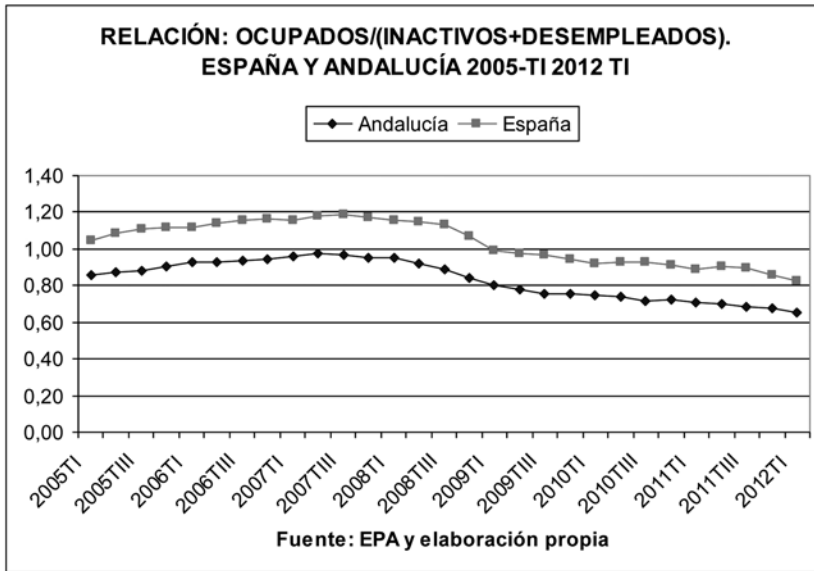
pués de varios años desde el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, el sector de la construcción sigue su desplome y arrastra al conjunto de la economía andaluza.

En concordancia con la caída de la actividad económica que hemos recogido, el comportamiento del mercado de trabajo en Andalucía ha seguido deteriorándose. La Encuesta de Población Activa correspondiente al primer trimestre de 2012 estima que el total de personas ocupadas en Andalucía se situó en 2.678.700 personas, la cifra más baja desde que se desató la crisis económica. Desde el primer trimestre de 2008 la ocupación en Andalucía ha caído en 545.300 personas o sea en un 20,36% de la ocupación del comienzo de este periodo, lo que implica que el empleo se ha reducido a una tasa anualizada equivalente al -4,53%. Por el contrario, el número de desempleados en Andalucía se ha estimado por la EPA en 1.329.600 personas, lo que constituye una nueva cifra record del número total de desempleados en Andalucía. Esto significa un aumento de 768.000 desempleados desde el primer trimestre de 2008 o sea que, en los últimos cuatro años, el desempleo en Andalucía ha crecido a una tasa de variación interanual anualizada del 24.04%. El proceso de destrucción de empleo y aumento del paro ha sido especialmente intenso en los últimos cuatro años de la crisis. Así lo refleja también el aumento de la tasa de paro en Andalucía que ha vuelto a alcanzar la cifra más alta de los últimos años situándose ligeramente por encima del 33% y acercándose al record absoluto 34,9% alcanzado en el cuarto trimestre de 1994. Esto significa que, por término medio en Andalucía, un tercio de la población activa está desempleada.

La tasa de paro en Andalucía se situó en el 33,17%. Desde el primer trimestre de 2008, la tasa de paro en Andalucía ha crecido en 18.34 puntos. En términos absolutos, el desempleo afecta con mayor intensidad a los varones (703.100) que a las mujeres (626.500). Esta diferencia se mantiene desde mitad del año 2008. Sin embargo, en términos de tasa de paro, la situación es la contraria, pues la tasa de paro de los varones es del 31.65% mientras que la tasa de paro femenina es del 35,06%. Sin entrar en muchos más detalles, podemos apreciar que la situación del mercado de trabajo en Andalucía, tal y como la presenta la EPA se está deteriorando paulatinamente y de forma constante desde mitad del año 2007 y la situación está alcanzando a principios de 2012 unas cifras que presentan hitos en la serie de datos que ofrece la Encuesta de Población Activa. Nos hallamos en un periodo de tiempo en el que las cifras nos retrotraen a los periodos de mayor intensidad de la crisis económica de principios de los años noventa.

Un dato que muestra de forma evidente el deterioro del mercado de trabajo como consecuencia del impacto de la crisis sería la relación entre ocupados y la suma de desempleados más inactivos. Este índice es una aproximación a un ratio que midiera la dependencia laboral de la sociedad. En el primer trimestre

de 2012 el ratio se sitúa en un valor del 0.65 en Andalucía, mientras que en el conjunto nacional la relación está en 0.83. Este puede ser un indicador simplificado pero muy ilustrativo del deterioro del mercado laboral y especialmente desde el punto de vista de la caída del empleo y la necesidad de frenar la pérdida de ocupación que está caracterizando esta fase de la actual crisis económica.

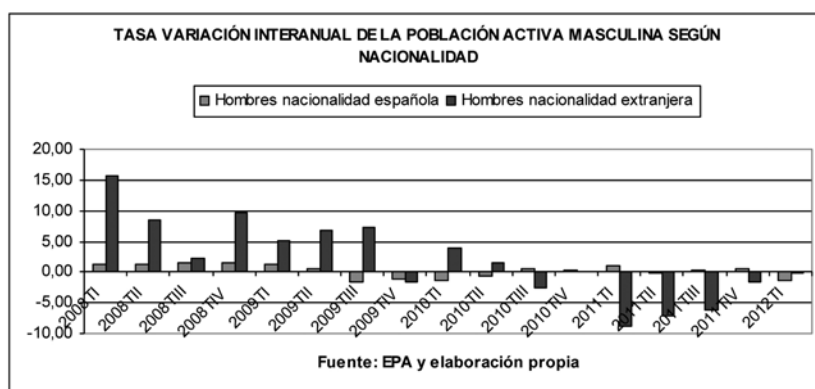


## OFERTA DE TRABAJO

De acuerdo con los datos de la Encuesta de Población Activa que elabora el INE correspondiente al primer trimestre de 2012, el total de personas que se encontraban en el mercado de trabajo ocupadas o en disposición de emplearse era de 4.008.300 personas, 10.300 más que en trimestre anterior y 7.000 más que en el mismo periodo del año 2011. La población activa andaluza se componía de 2.221.300 hombres (27.500 menos que el primer trimestre de 2011) y 1.787.000 mujeres (34.600 más que en el año anterior). La evolución de la población activa se muestra diferenciada entre hombres y mujeres. Mientras que la población activa masculina se ha mantenido muy estable a partir del estallido de la crisis, la femenina ha seguido creciendo. En el periodo comprendido entre los primeros trimestres de 2008 y 2012 la tasa de crecimiento anualizada de la oferta de trabajo de los varones en Andalucía es del -0,1%, mientras que en el mismo periodo y comunidad la tasa de variación de la población activa

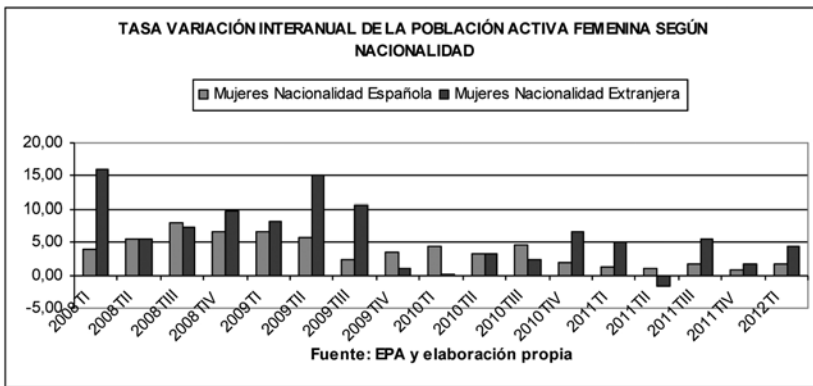
femenina crece a una tasa anualizada media del 3,53%. El proceso de incorporación de la mujer al mercado de trabajo se ha mantenido a pesar de la crisis lo que se podría interpretar en el sentido de que el efecto trabajadora añadido predomina entre las mujeres, mientras que el efecto de trabajador desanimado prevalece entre la población masculina. En este sentido, cabe destacar un rasgo diferenciador de lo ocurrido en Andalucía con respecto al conjunto nacional. La población activa de los varones en España ha decrecido entre el primer trimestre de 2008 y el mismo trimestre de 2012 en 391.400 efectivos (un -3,02% en los cuatro años), mientras que en este mismo periodo en Andalucía solo lo ha hecho en 8.600 personas (-0,39%).

Con respecto a la nacionalidad de los trabajadores, la población activa española, en el primer trimestre de 2012, era de 3.554.200, mientras que 454.200 eran los activos de nacionalidad extranjera, repartidos prácticamente a partes iguales entre hombres (226.400) y mujeres (227.700). Si observamos un periodo de tiempo más amplio correspondiente a los cuatro últimos años, la tasa de variación interanual de población activa de nacionalidad española se ha mantenido por debajo del 1,5% y en varios años con valores negativos. Por el contrario, hay que señalar que la tasas de variación interanual de la población masculina de nacionalidad extranjera mantiene valores positivos superiores al 5% hasta el tercer trimestre de 2009, a partir del tercer trimestre de 2010 las tasas son negativas lo que implica una reducción de la presencia en el mercado de trabajo de los varones de nacionalidad extranjera a raíz de la prolongación en el tiempo de la crisis económica, mientras que al comienzo, de la crisis, todavía se estimaban fuertes aumentos de la oferta de trabajo extranjera. Este hecho se puede explicar por la inercia de los flujos migratorios y el retardo en la percepción de la nueva coyuntura económica por parte de colectivos procedentes de otros países.



Sin embargo, si nos fijamos en la evolución de las tasas de variación interanual de la población activa femenina observamos un comportamiento di-

ferenciado. Las tasas son positivas tanto para las nacionales como para las extranjeras en casi todos los trimestres considerados, no obstante, sufren una importante reducción a partir del tercer trimestre de 2009. Aunque siguen siendo positivas en la mayoría de los trimestres. Es evidente que en los años de la crisis, se constata un comportamiento en lo que respecta a la presencia en el mercado de trabajo diferenciado entre hombres y mujeres en Andalucía, tanto entre nacionales como extranjeros. Es la prolongación de la crisis económica la que ha refrenado las tasas de incremento de población extranjera mientras que no la coyuntura económica no parece haber afectado al proceso de incremento de la población activa femenina.

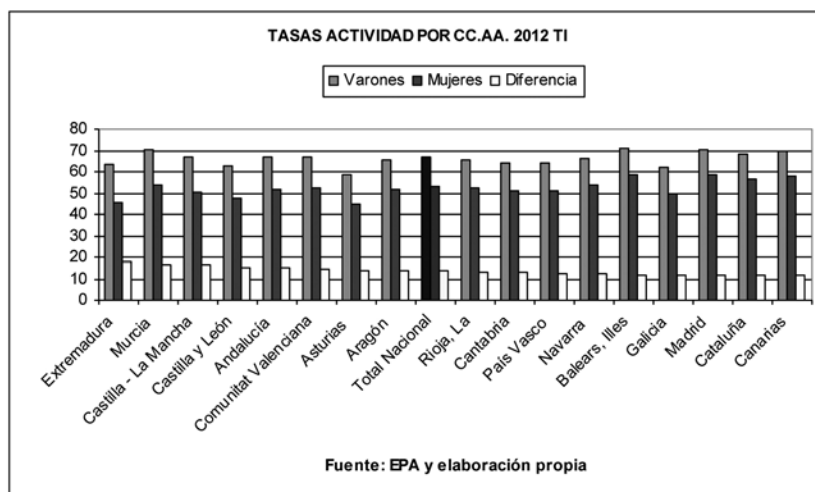


En lo que respecta a la tasa de actividad media de Andalucía, en el primer trimestre de 2012 la tasa se ha situado en una media del 58.97%, siendo la de los varones es del 66.57% y la de las mujeres del 51.63%. La evolución de la tasa de actividad también muestra el proceso de incorporación de la población femenina al mercado de trabajo en Andalucía se ha mantenido a lo largo del periodo de crisis mientras que la participación masculina en el mercado de trabajo se ha frenado. Si comparamos las tasas de actividad de ambos grupos en el primer trimestre de 2012 con los estimados para el primer trimestre de 2005 se constata que la tasa de actividad masculina se ha mantenido básicamente estable (66,91% en 2005, 66.57 en 2012); en el mismo periodo, la tasa de actividad femenina ha crecido más de 10 puntos (desde 41,21% hasta el 51,63%). Este hecho ejemplifica el cambio social que podemos considerar más significativo de lo que ha ocurrido en el lado de la oferta del mercado de trabajo andaluz en estos años.

Por último, una panorámica general puede servir para situar Andalucía en el contexto nacional comparando las tasas de actividad de las diferentes CC.AA. En relación a esta variable, Andalucía se sitúa en un lugar intermedio entre las regiones españolas. Las tasas de actividad masculinas más elevada (en torno

al 70%) se encuentran en Baleares, Murcia y Madrid, las más bajas se hallan en Asturias (58,56%) y Galicia (61,73%). Por su parte, las tasas de actividad femeninas más elevadas se encuentran también las mismas comunidades: Baleares, (58,8%), Madrid (58,6%) y Canarias (57,75%). En el otro extremo de la distribución se encuentran Extremadura (45,75%) y Asturias (44,82%).

Si atendemos a las diferencias entre las tasas de actividad de varones y mujeres la distribución de las CC.AA. muestra amplias diferencias entre Extremadura (17,69 puntos), Murcia (16,81 puntos) y Castilla la Mancha (16,33 puntos) comunidades con mayores diferencias y Cataluña (11,68 puntos) y Canarias (11,65 puntos) las que presentan menores diferencias. Andalucía presenta una diferencia de 14,95 puntos, algo superior a la media nacional que se encuentra en 13,5 puntos. Es evidente que a pesar de la incorporación de la mujer al mercado laboral, todavía hay significativas diferencias entre ambos grupos sociales.



## DEMANDA DE TRABAJO

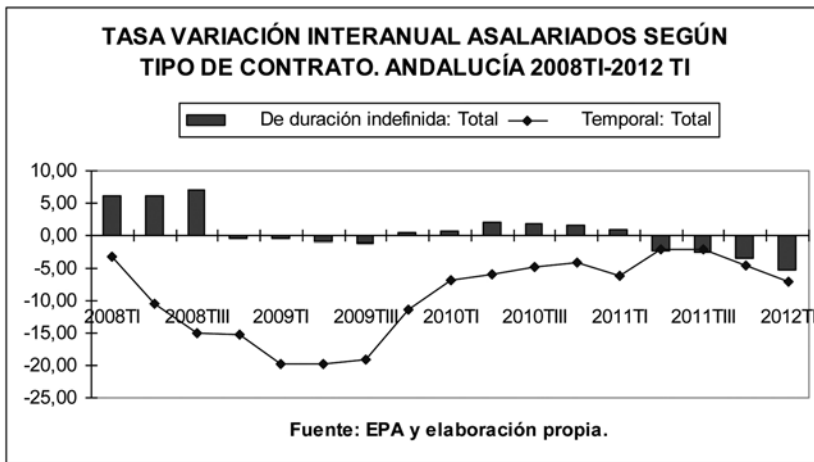
El impacto de la crisis económica está siendo especialmente duro en la evolución del empleo y este es uno de los condicionantes más relevantes de la crisis, tanto por sus implicaciones macroeconómicas (pérdida de rentas, retraimiento del consumo, caída de la tasa de cobertura empleados-pensionistas, etc.) como por sus fuertes implicaciones sociales y políticas. La fuerte tendencia de destrucción de empleo en Andalucía se mantiene desde el estallido de la

crisis. Entre el primer trimestre de 2008 y el primer trimestre de 2012, la pérdida de empleo ha sido de 545,300 ocupados según los datos de la EPA. Esta cifra representa una tasa anual media acumulada del -4,53%. La pérdida de empleo se ha centrado fundamentalmente en el grupo de los varones ya que, en este mismo periodo, se ha reducido el empleo masculino en 447,900 efectivos lo que significa una tasa anual acumulada del -6,26%. En el mismo periodo, la pérdida de empleo del grupo demográfico de las mujeres fue de 97.400 efectivos, o sea una tasa de destrucción de empleo anual acumulativa del -1,99%. Esta asimetría es reflejo del impacto de la crisis en la construcción, que es una rama de actividad donde predomina el empleo de los varones, mientras la ocupación de las mujeres se ha potenciado en sectores en los que el impacto de la crisis no se ha traducido inmediatamente en pérdida de empleo.

En lo que se refiere específicamente al primer trimestre de 2012 la EPA estima una ocupación total de 2.678.700 personas en Andalucía. Esta cifra representa una reducción de 70.800 personas respecto al trimestre anterior y de 135.100 personas respecto al mismo trimestre del año 2011 (-4.80%). La población ocupada masculina se situó en 1.518.200 efectivos lo que supone una reducción de 99.700 personas respecto al mismo trimestre del año anterior (-6.16%). La ocupación femenina se situó en 1.160.500 personas, una bajada de 35.300 personas respecto al mismo trimestre de 2011(-2.95%).

En relación a la nacionalidad de los trabajadores, en el primer trimestre de 2012 el número de españoles ocupados en Andalucía era de 2.405.500 personas y de 273.200 extranjeros. Desde el primer trimestre de 2008, se redujeron la ocupación en 472,300 personas de nacionalidad española y 73,000 personas de nacionalidad extranjera. En términos de tasas anuales de crecimiento del empleo los valores para ambos colectivos en el periodo de referencia han sido del -4,38% y del -5,75% respectivamente lo que indica un impacto más fuerte en el colectivo de ocupados extranjeros.

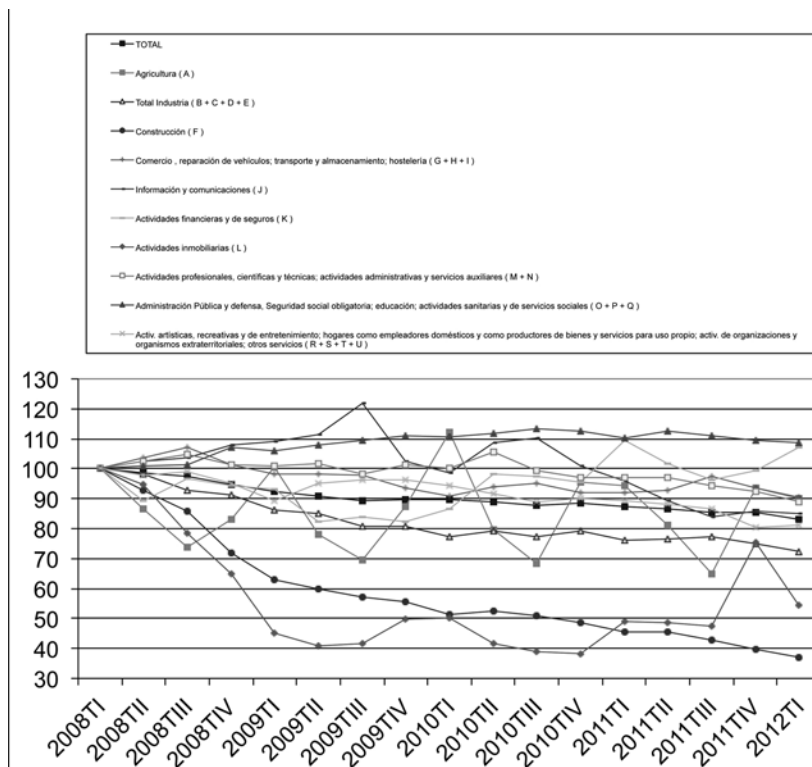
La destrucción de empleo ha sido especialmente relevante en el grupo de los asalariados y más acentuado en el de los asalariados a con contrato temporal. En el periodo comprendido entre el primer trimestre de 2008 y de 2012, se puede observar un comportamiento diferenciado entre ambos grupos. En términos de tasas de variación interanual, hasta el segundo trimestre de 2011 no se observan tasas de variación interanual significativamente negativas inferiores al 2% entre el grupo de los asalariados con contrato indefinido. Por el contrario, en las primeras fases de la crisis, el número de asalariados con contrato temporal experimentó una reducción drástica, que se fue suavizando en 2010 y sin embargo se vuelve a agudizar a partir de mitad de 2011, cuando se muestra el comienzo de la segunda fase recesiva en la crisis. Sin embargo en estos últimos trimestres, el ajuste del empleo se está realizando casi en idéntica proporción en ambos grupos de asalariados.



Otra perspectiva para mostrar el impacto de la crisis económica sobre el empleo en Andalucía se puede obtener observando la evolución de la ocupación en las diversas ramas de actividad. Con el objetivo de homogeneizar el impacto el tamaño de sectores que son muy diferentes en tamaño de empleo y poder comparar el impacto en términos relativos, podemos construir un número índice de empleo cuyo valor fuera 100 en el primer trimestre de 2008 y mostrar así, de forma gráfica, el impacto de la crisis en diferentes sectores. Desde esta óptica, se observa que, en los cuatro años median entre los primeros trimestres de 2008 y 2012, el total del empleo en Andalucía ha caído hasta el 83,09. La ocupación ha caído de forma más significativa en las ramas relacionadas con el sector de la construcción y las actividades inmobiliarias. En concreto, el empleo en el sector de la construcción ha caído hasta el 37,07. Por su parte, el sector industrial en su conjunto ha perdido también empleo bajando hasta el 72,43. La destrucción de empleo ha sido más intensiva en el sector de la industria manufacturera que ha bajado su empleo hasta el 66,63.

En lo que respecta al sector servicios a destacar que la única rama que ha aumentado el nivel de empleo es el correspondiente a la Administración y los servicios públicos que ha crecido hasta situarse en el 108,54 si bien hay que señalar que a partir del segundo trimestre de 2011 el índice de empleo en esta rama de actividad presenta una reducción que puede ser reflejo del ajuste en el sector público y que es probable que se acentúe en 2012 y 2013 según se vayan implementando las medidas macroeconómicas a las que se ha comprometido España en el marco de la Unión Económica y Monetaria Europea y se apliquen en la Comunidad Andaluza.

**OCUPACIÓN POR RAMAS DE ACTIVIDAD. ANDALUCÍA 2008TI-2012TI.**  
**Índice 100 para el primer trimestre de 2008. CNAE-2009.**



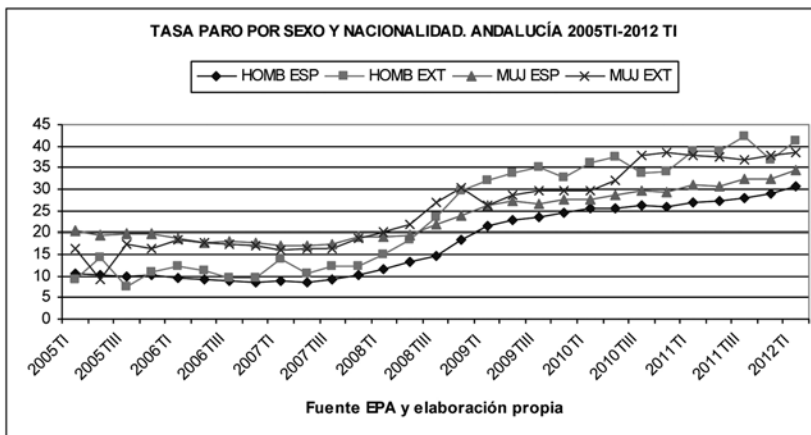
Fuente: EPA elaboración propia

**DESEMPLEO**

El desempleo es la otra cara de la destrucción de empleo y principal preocupación de la población española, como señalan reiteradamente las encuestas del CIS. La evolución del desempleo continúa su senda creciente, alcanzándose una cifra que significa un nuevo máximo histórico en este primer trimestre de 2012. Según al EPA, el total de desempleados en Andalucía es de 1.329.600 personas 81.100 más que el trimestre anterior y 142.100 más que en el mismo trimestre de 2011 (un aumento del 11.96%). El número total de desempleados se divide en 703.100 hombres y 626.500 mujeres. Si adoptamos una perspectiva más amplia, y consideramos los últimos cuatro años en los

que la crisis económica se ha desarrollado de forma continuada, el número de desempleados en Andalucía ha crecido en 768.000 personas.

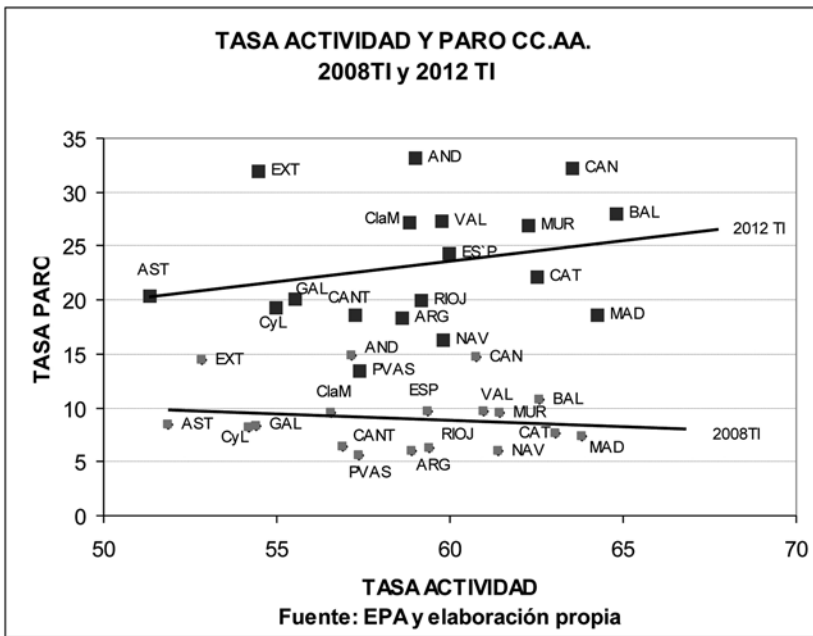
La tasa de paro también se está acercando a máximos históricos en este primer trimestre de 2012, situando a Andalucía en el primer puesto de las CC.AA. según este indicador laboral. En el primer trimestre de 2012, la tasa de paro media de Andalucía es del 33.17%, siendo la de los varones es del 31.65% mientras que la de las mujeres se situó en el 31.65%. Atendiendo a la nacionalidad de las personas, la tasa de paro media de la población española es del 32.32% mientras que la de la población de nacionalidad extranjera es del 39.84%. Es interesante hacer notar cómo la crisis económica ha impactado en términos relativos de forma diferenciada entre los grupos de nacionales y extranjeros. En los trimestres de bonanza, el grupo de varones de nacionalidad extranjera mostraba unas tasas de paro muy semejantes al los españoles. La situación ha cambiado de forma drástica y en el primerr trimestre de 2012 son precisamente los varones extranjeros los que presentan la tasa de paro más elevada (41,11%). Este indicador señala al colectivo de los emigrantes como uno de los que más está sufriendo la recesión.



Para concluir el análisis del mercado laboral andaluz y situarlo en un contexto más amplio, podemos ofrecer una visión general comparativa de la situación de los mercados de trabajo de las diversas comunidades autónomas, utilizando para ello dos indicadores, la tasa de paro y de actividad de las diferentes regiones españolas. Para completar la visión utilizamos los datos de dos periodos de tiempo que hemos venido utilizando en el presente trabajo: el primer trimestre de 2008 y de 2012.

En primer lugar, se observa un lógico desplazamiento general de la nube de puntos hacia arriba (lo que recoge el efecto de mayores tasas de paro),

mientras que el desplazamiento no afecta significativamente a la amplitud de a nube de puntos (tasas de actividad no han cambiado significativamente en estos cuatro años mostrando un ligero aumento, salvo en el caso de Asturias). Son dos indicadores de naturaleza diferenciada, la tasa de actividad cambia de forma gradual y a largo plazo, la tasa de paro refleja cambios de índole más coyuntural. En promedio, entre ambos periodos, la tasa de paro ha crecido 14 puntos y la desviación típica de las tasas de desempleo se ha duplicado, (ha pasado de 3,05 a 6,014). La diferencia entre la tasa de paro más alta (Andalucía) y más baja (País Vasco) en 2008 era de 9,21 puntos; en el primer trimestre de 2012 esta misma diferencia había crecido hasta 19,62 puntos.



## INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Primer trimestre de 2012

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
<b>I. MERCADO DE TRABAJO</b>								
Población activa	Miles	1º Trim. 12	23.072,80	0,0	0,0	4.008,30	0,3	0,5
Tasa de actividad	Porcentaje	1º Trim. 12	59,95	0,0	0,1	58,97	0,1	0,1
Hombres	..	..	66,86	-0,4	-0,6	66,57	-0,9	0,0
Mujeres	..	..	53,35	0,4	0,7	51,63	1,1	0,2
16-19 años	..	..	17,11	0,0	-1,5	18,13	-2,9	0,9
20-24 años	..	..	60,18	-1,5	-2,5	58,88	-2,3	-2,9
25-54 años	..	..	86,66	0,4	0,8	83,96	1,2	0,0
Más de 55 años	..	..	22,06	-0,1	0,4	20,08	-0,6	1,6
Ocupados	Miles	1º Trim. 12	17.433,20	-2,1	-4,0	2.678,70	-2,6	-3,5
Agricultura	..	..	776,20	-4,0	-0,9	233,10	-4,0	-1,8
Industria	..	..	2.459,30	-2,7	-3,2	240,10	-3,2	-5,7
Construcción	..	..	1.186,70	-7,1	-20,6	179,60	-6,2	-18,6
Servicios	..	..	13.011,00	-1,4	-2,4	2.025,80	-2,0	-1,7
Asalariados del sector público	..	1º Trim. 12	3.104,10	-1,0	-2,6	554,50	-0,4	-2,4
Asalariados temporales	..	1º Trim. 12	3.428,20	-7,5	-8,5	744,90	-4,6	-4,4
Parados encuestados	..	1º Trim. 12	5.639,50	6,9	14,9	1.329,60	6,5	10,7
Hombres	..	..	3.023,80	6,5	14,8	703,10	4,8	11,4
Mujeres	..	..	2.615,70	7,5	15,0	626,50	8,5	10,0
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	1º Trim. 12	24,44	1,6	3,2	33,17	1,9	2,9
Hombres	..	..	24,09	1,6	3,3	31,65	1,9	3,0
Mujeres	..	..	24,86	1,5	2,9	35,06	2,0	2,7
16-19 años	..	..	71,45	2,1	6,3	76,61	2,7	6,2
20-24 años	..	..	48,06	3,6	6,8	53,44	3,0	5,0
25-54 años	..	..	23,03	1,6	3,1	31,43	2,2	2,8
Más de 55 años	..	..	16,49	0,9	2,7	25,65	1,0	2,6
Parados de larga duración	..	..	50,05	0,0	3,5	51,51	0,9	5,9
Parados registrados	Miles	1º Trim. 12	4.687,60	286,4	399,6	1.036,70	6,3	6,9
<b>II. CONDICIONES DE TRABAJO</b>								
Salario mínimo	€/mes	1º Trim. 12	641,4	0,0	0,0	641,4	0,0	0,0
Coste laboral por trabajador	€/mes	4º Trim. 11	2.683,86	-5,5	1,5	2.501,66	10,1	3,1
Industria	..	..	3.092,36	-3,9	2,2	2.781,57	6,8	-0,6
Construcción	..	..	2.834,83	-7,5	1,8	2.852,17	16,1	10,0
Servicios	..	..	2.585,97	-5,6	1,4	2.423,07	9,9	3,0
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	4º Trim. 11	143,5	-10,7	-2,6	142,00	4,0	-1,0
<b>III. REGULACIÓN DE EMPLEO</b>								
Expedientes	Total	Feb. 12	4.528,00	-36,1	-8,5	277,00	-60,0	-34,2
	Trabajadores	..	60.569,00	-52,3	-13,7	3.149,00	-56,2	-36,7
	Extinción de empleo	..	10.634,00	-52,7	-16,9	659,00	-61,1	-55,6
	Suspensión de empleo	..	37.442,00	-57,5	-4,7	1.652,00	-52,3	-28,5
	Reducción de jornada	..	12.493,00	-22,9	-31,0	838,00	-58,8	-29,0
<b>IV. CONFLICTOS LABORALES</b>								
Huelgas	Total	Ene. 12	67,00	-77,9	-68,5	..	..	..
Participantes	Miles	..	19,83	-16,3	-24,6	0,10	0,0	0,0
Jornadas no trabajadas	..	..	34,21	-77,0	-66,7	4,20	-53,8	162,5
<b>V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS</b>								
Crecimiento económico	Porcentaje	4º Trim. 11	0,3	0,1	-0,3	“	“	“
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	Feb. 12	-5,89	-0,2	-0,7	“	“	“
Inflación	Porcentaje	1º Trim. 12	1,90	-0,5	-1,7	“	“	“
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	1º Trim. 12	1,67	-0,4	-0,3	“	“	“

(\*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.



---

Comentarios de Jurisprudencia



## **EL ESQUIROLAJE INTERNO COMO ATAQUE AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA HUELGA**

Sentencia 33/11, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Tras la convocatoria de huelga general por los sindicatos CCOO y UGT el día 20 de junio de 2002, los trabajadores del periódico ABC deciden de manera mayoritaria secundarla y no acudir al trabajo desde las 19:00 h. del día 19 de junio hasta las 7:00 h. del día siguiente. Durante dicha convocatoria, los jefes de sección de todos los turnos, así como los directivos y jefes de áreas tales como recursos humanos, producción y sistemas, informática, logística, etc., consiguieron editar una tirada del periódico significativamente reducida tanto en su extensión como en el número de ejemplares que fueron puestos a disposición de los usuarios. Gracias a la elaboración y reparto en lugares estratégicos, la opinión pública recibió el mensaje de que la huelga en ABC no se había producido, dado que el periódico había visto la luz durante dicha jornada.

**RESUMEN:** Como consecuencia de dicha actitud, cuarenta y dos trabajadores del citado periódico presentaron demanda sobre tutela de derechos fundamentales frente al Diario ABC, S.L. En su demanda, se alegaba la vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa por haber llevado a cabo prácticas contrarias al ejercicio de ese derecho consistentes en la efectiva emisión de una tirada de periódicos mediante la colaboración al efecto de los directivos y jefes de área que sustituyeron a los trabajadores huelguistas. La demanda fue estimada por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, de 10 de octubre de 2003, que declaró la vulneración del derecho de huelga por el Diario ABC. Ante esta sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandada. Este recibió acogida favorable en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de abril de 2004, que negó la lesión del derecho de huelga y absolvió a la empresa de las denuncias formuladas en su contra. Contra la citada Sentencia se planteó recurso de amparo por entender que la conducta empresarial se incardinaba en un supuesto de esquirolaje interno. El Tribunal Constitucional concede el amparo a los recurrentes.

\* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Almería.

**ÍNDICE:**

1. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO DE CONFLICTO.
2. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA.
3. TITULARIDAD DEL PODER DE DIRECCIÓN Y VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA.
4. LÍMITES AL PODER UNILATERAL EMPRESARIAL DE IUS VARIANDI: EL ESQUIROLAJE INTERNO.
5. CONCLUSIONES.

**1. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO DE CONFLICTO.**

El derecho de huelga posee un claro componente de conflicto en cuyo ejercicio la división de intereses entre trabajo y capital queda claramente explicitada. Dicho conflicto queda especialmente manifestado en el marco de las huelgas generales. Especialmente significativa fue, a este respecto, la huelga general convocada el 20 de junio de 2002 que no sólo ha dado lugar a la sentencia ahora analizada sino que, anteriormente, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre otras extralimitaciones contra el derecho de huelga en aquella jornada. En concreto, las SSTCo. 183/06, 184/06, 191/06 y 193/06, de 19 de junio, concedieron el amparo a las organizaciones recurrentes contra los RD 527/02 y 531/02, de 14 de junio, por los que se establecieron las normas para fijar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ente público RTVE y Gestevisión Telecinco y Sogecable respectivamente. Asimismo, como se recordará, el RD-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad que ocasionó la huelga en cuestión, terminó considerándose inconstitucional puesto que tal norma vulneraba el art. 86.1 CE, por ausencia del presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” que permite la adopción por el Gobierno de normas jurídicas con rango de ley<sup>1</sup>.

La Sentencia ahora analizada se encuentra en la necesidad de plantearse una de las cuestiones más significativas del ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la era de la comunicación, esto es, la de diferenciar entre eficacia y efectividad del derecho de huelga, así como determinar el alcance de la protección de este derecho fundamental desde la perspectiva de su efectividad. Es decir, se trata de dilucidar si es o no susceptible de protección el impedir que se obstaculice uno de los objetivos básicos de una huelga, especialmente de una huelga general, como es el de conseguir que la opinión pública visualice su realización<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> STC 68/2007, de 28 de marzo.

<sup>2</sup> Más ampliamente, pueden verse: Baylos Grau, A., «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», *RDS*, nº 2, 1998, pp. 78-82.; y del mismo, «Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación», *RGDTSS*, nº 5, 2004.

Una huelga general es consustancial a la necesidad de exteriorización de su éxito, calibrado éste en el número de servicios paralizados y de trabajadores movilizados. Es por ello que en cada jornada de huelga se vienen repitiendo por los medios de comunicación que se oponen a las mismas, esto es, casi todos, expresiones del tipo de “normalidad de los servicios”, “huelga desarrollada con incidentes violentos aunque aislados”, “necesidad de salvaguardar el derecho al trabajo de los que libremente deciden no acudir a la huelga”, etc. En definitiva, no se trata de una simple suspensión del contrato de trabajo sino que se trata de una batalla en la larga lucha de clases que en este contexto queda más claramente explicitada.

## **2. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA.**

Este doble interés, presente en la huelga general convocada el 20 de junio de 2002, queda perfectamente evidenciado tras la lectura de los antecedentes de la Sentencia 33/11 ahora comentada. De los mismos se desprende que la dirección de la empresa no obstaculizó, por ejemplo a través de amenazas, el que sus trabajadores secundaran la huelga en el señalado día. Esto es, no utilizó el poder de dirección por ella detentado en detrimento del derecho de cada uno de los trabajadores individualmente considerados para impedir que los mismos dejaran de realizar sus funciones durante la jornada de huelga.

No obstante, los órganos directivos, en apariencia al margen de la propia empresa, empeñan todos sus esfuerzos en conseguir que a nivel externo no conste que en dicha empresa la huelga fue secundada de manera unánime por los trabajadores no directivos. No se trata de minimizar los efectos perniciosos de la huelga, esto es, las consecuencias económicas negativas que supone que el periódico no vea la luz el día de huelga sino que, simplemente, no llegue a la opinión pública que la huelga fue secundada, incluso, por los trabajadores de un medio de comunicación cuya línea editorial es claramente contraria a los objetivos de dicha huelga. Por ello, el empeño de dichos directivos no está en sacar a la luz un periódico con un contenido adecuado para ser puesto en circulación, sino un ejemplar meramente simbólico que sirviera para hacer creer a la opinión pública que la huelga había sido un fracaso en dicha empresa.

Efectivamente, en los talleres del periódico y en sus diversas secciones de pre-impresión, almacén de papel, rotativas, cierre y distribución hicieron huelga todos los trabajadores, excepto los jefes de sección de todos los turnos. Éstos, acompañados de otros directivos y jefes de áreas como recursos humanos, producción y sistemas, informática, logística, etc., consiguieron editar una tirada del periódico extremadamente reducida, que fue distribuida en tiendas VIPS y en las distintas cadenas de televisión.

Desde el punto de vista económico, frente a los 550.000 € de ingresos de un día normal, el día de la huelga se consiguieron unos ingresos de 21.000 €. Además, aunque no figuren en los Antecedentes de la sentencia, tal reparto se llevó a cabo por unidades del Cuerpo Nacional de Policía. Como consecuencia de tal actitud, todos los medios de comunicación (TVE, Antena 3, Telemadrid, Telecinco, etc.) hicieron público que el periódico ABC había salido con normalidad a la calle, para lo que mostraron un ejemplar del rotativo.

En definitiva, se trata de dilucidar si es o no susceptible de protección el impedir que se obstaculice uno de los objetivos básicos de una huelga, especialmente de una huelga general, como es el de conseguir que la opinión pública visualice la misma y si son contrarias a dicho derecho fundamental las actitudes obstaculizadoras de su visualización.

### **3. TITULARIDAD DEL PODER DE DIRECCIÓN Y VULNERACIÓN DEL DERECHO DE HUELGA**

Una vez delimitada la cuestión subyacente, el análisis de la sentencia ahora comentada pasa por determinar dos cuestiones: en primer lugar, si la empresa participó de manera activa en la organización de la producción del día señalado y, en segundo lugar, si dicha participación consistió en el ejercicio irregular del *ius variandi* calificado como esquirolaje interno.

Sobre la primera de las cuestiones planteadas, la empresa viene a mantener que el cambio de funciones del personal de dirección encaminado a suplir a los trabajadores que secundaron la huelga fue completamente contrario a su voluntad. A este respecto, la Sentencia del Juzgado de lo Social consideraba no convincente la hipótesis de que los trabajadores hubieran adoptado una decisión autónoma de ese carácter con desconocimiento de la empresa, teniendo en cuenta las importantes consecuencias que podrían derivar para el Diario ABC, y el hecho de que la actuación –coordinada y pública– supuso la puesta en marcha de todo el proceso productivo, y que la tirada del periódico fue distribuida en determinados puntos de venta y cadenas de televisión, algo inconcebible sin la directa participación de la empleadora. Por el contrario, en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se mantuvo que no constaba que la empresa hubiese empleado medidas contrarias al ejercicio del derecho de huelga, puesto que fueron los jefes de sección de todos los turnos quienes tomaron la decisión de no secundarla. Además, continuaba esta sentencia proclamando el derecho de la empresa a contrarrestar los efectos de la huelga, aunque los derechos en juego no tuvieran la misma consideración constitucional.

Este razonamiento supone, a juicio de los recurrentes en amparo, una in-

interpretación extremadamente restrictiva, por la cual se excluye la responsabilidad de la empresa por la sustitución de los huelguistas, bajo el pretexto de que la iniciativa fue de los trabajadores que prepararon la edición, cuando lo cierto, según los demandantes en amparo, es que la empresa demandada utilizó a los jefes y directores para neutralizar los efectos de la huelga general. Continúa el escrito de la demanda alegando que la lesión por sustitución abusiva de los trabajadores huelguistas es evidente que se produce por acción, por mandato del empresario o por tolerancia (asentimiento tácito y admisión de la conducta prohibida de los que están bajo sus órdenes), e incluso por ignorancia si no se ha observado la diligencia exigible en la vigilancia de lo que acontece en los locales de la empresa.

En relación a este extremo, el Tribunal Constitucional termina manteniendo que «debe admitirse que es inverosímil que una decisión de tal envergadura se llevara a cabo con el desconocimiento o sin la aprobación de la empresa demandada». Además, el Alto intérprete de la Constitución, partiendo de su propia jurisprudencia, entiende que una hipótesis alternativa, «esa pretendida no responsabilidad de la empresa respecto de una actuación de sus mandos intermedios que socava el legítimo ejercicio del derecho de huelga, no es compatible con la dinámica real del ejercicio del derecho fundamental del art. 28.2 CE. En primer lugar, porque descontextualiza el derecho de huelga del marco propio de las relaciones laborales en las que tiene lugar su práctica, y, además, porque elude la realidad de los efectos ordinarios del ejercicio de tal derecho, que afectan directamente al empresario como parte contratante del trabajo.»

El empresario es, continúa el Tribunal Constitucional en su Fundamento Jurídico Sexto, como titular de la organización productiva y del poder de dirección, quien ostenta la autoridad jerárquica en la empresa, responsable no sólo de las consecuencias de su propia conducta, sino que puede abarcar las derivadas de actuaciones de terceros que de él dependan. La delegación de este poder no implica una sustitución de la titularidad de la organización, ni determina, como es obvio, una transferencia de la responsabilidad del titular de la misma a los titulares de la gestión organizativa. Por último, concluye su razonamiento afirmando que los derechos fundamentales de una persona trabajadora pueden ser igualmente vulnerados por quien no sea su empresario en la relación laboral, en tanto intervenga o interactúe con él en conexión directa con la relación laboral. Es decir, el empresario no puede considerarse ajeno a las vulneraciones del derecho de huelga que provengan de actuaciones de sus mandos o directivos en el marco de las actividades de su empresa, por lo que debe atribuirse al titular de la empresa la responsabilidad por las actuaciones antihuelga realizadas en dicho marco.

De este modo, la primera de las cuestiones controvertidas es resuelta con total contundencia por el Tribunal Constitucional. Los derechos fundamentales

y, concretamente, el derecho de huelga, como consecuencia de que su desarrollo habrá de tener lugar en el marco de la empresa, genera una responsabilidad adicional para la empresa que no sólo interfiere el ejercicio del derecho de huelga con su conducta directa, sino también con la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de control de aquellos que están bajo su control.

#### **4. LÍMITES AL PODER UNILATERAL EMPRESARIAL DE IUS VARIANDI: EL ESQUIROLAJE INTERNO**

Una vez resuelta esta primera cuestión el Tribunal Constitucional se ha de plantear el verdadero núcleo de la posible conducta obtaculizadora del derecho de huelga, esto es, la viabilidad de la actitud empresarial de destinar a sus trabajadores directivos durante una jornada de huelga a la realización de funciones desempeñadas por los trabajadores que la secundan.

Tras la Sentencia del Juzgado de lo Social que consideró que efectivamente se había producido una vulneración del derecho de huelga con tal actitud, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mantiene que «tal actuación no vulnera el art. 6.5 del RD-Ley 17/77, de 4 marzo que únicamente prohíbe la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la medida de conflicto, por lo que, en definitiva, concluye la Sala de lo Social, no se dieron las condiciones de imputación de responsabilidad por ejercicio abusivo del ius variandi empresarial».

Efectivamente, de la literalidad del precepto se desprende que sólo están contenidas en la prohibición de esquirolaje el denominado como externo. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid olvida la interpretación ya mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 123/92, de 28 de septiembre.

En sus alegaciones, los recurrentes en amparo destacan que el esquirolaje interno se produjo no sólo por la actuación de los jefes de sección sino también por la de otros directivos y jefes de área de todos los turnos, ya que los directivos de mañana, tarde y noche alteraron sus horarios habituales para concentrarse en el horario de tarde a fin de conseguir la edición del diario. Por su parte, el Ministerio Público afirma que el comportamiento empresarial se dirigió a minimizar, cuando no a excluir completamente, los efectos de la huelga, sirviéndose para ello de la decisiva actuación de los directivos y jefes de diversas áreas, que lograron la difusión del periódico con notable publicidad en determinados medios audiovisuales, que incluso procedieron, en algún caso, a la lectura de la editorial. Se produjo, continúa el Ministerio Fiscal, la suplantación absoluta de las funciones encomendadas a los trabajadores huel-

guistas, mediante el empleo de fuerza de trabajo que no tenía encomendadas las funciones de elaboración en talleres sino sólo su coordinación y control.

Como avanzamos con anterioridad, el núcleo de la cuestión debatida fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 123/92, de 28 de septiembre<sup>3</sup>. En dicha Sentencia se partía de una delimitación del derecho de huelga como derecho que se desarrolla en el ámbito de un conflicto. Desde esa óptica debían ser analizadas las conductas de ambas partes. En concreto, entre los fines de dicho derecho, se encuentra generar un perjuicio en los intereses empresariales. Por ello, no impedir los comportamientos empresariales tendentes a eliminar dicho perjuicio dejaría vacío de contenido del derecho en cuestión. Por esta razón queda claro que está expresamente prohibido cualquier tipo de actuación empresarial que tenga como finalidad «privar de efectividad a la huelga», adoptar una actitud que «directa o indirectamente neutralice o incluso aminore los efectos materialmente perjudiciales que la legítima paralización del trabajo representa», o «intentar reducir o privar de efectividad el ejercicio de tal derecho fundamental». En todo caso, «lo relevante es la intención empresarial, de forma que si lo que se trata es eliminar o mitigar los efectos de una huelga legal tal medida ha de entenderse ilícita»<sup>4</sup>.

Partiendo, pues, de esta doctrina, la Sentencia ahora comentada viene a resaltar una serie de extremos que no está de más recordar. En primer lugar, la huelga produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial (Fundamento Jurídico Cuarto).

En concreto, esta paralización se ha de extender al poder de dirección empresarial, que «cuando se utiliza para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial».

Por todo ello, el ejercicio del *ius variandi* se considerará abusivo cuando en el «contexto de una huelga legítima alcance a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo».

<sup>3</sup> Véase, más ampliamente, Gonzalez de la Aleja, R., «Algunas reflexiones sobre el “esquirolaje interno” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 123/1992, de 28 septiembre)», *R.E.D.T.*, nº 62, 1993, p. 984.

<sup>4</sup> García Ninet, J.I. y García Viña, J., «Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga», *A.S.*, vol. V, 1997.

Por último, tal prohibición ha de conectarse directamente con la necesidad de que se garantice la efectividad del derecho fundamental a la huelga. Es decir, como advertimos con anterioridad, el ejercicio de este derecho carece de sentido si su protección se extiende en exclusiva a la protección de los trabajadores huelguistas en su derecho de no realizar su trabajo durante la jornada de huelga y no se extiende, por el contrario, a garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego.

Llegados a este punto habría de realizar una contextualización en la más reciente jurisprudencia constitucional de la resolución ahora analizada. En primer lugar, la STCo. 33/11, de 28 de marzo, recupera el posicionamiento más clásico de nuestro Tribunal Constitucional, arrancando de la clave STCo. 11/81, de 8 de abril, y su calificación del derecho de huelga como un instrumento de presión necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, «conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales» (F. 9). Es decir, el Tribunal Constitucional vuelve a su doctrina respecto al derecho de huelga en unos momentos en los que, bajo la amenaza de una regulación “tremendamente agresiva” del derecho de huelga, se concibe este derecho como un obstáculo para la necesaria salida de la crisis generada por el sistema financiero.

Este mismo planteamiento fue reiterado en la más reciente STCo. 104/11, de 20 de junio de 2011. En la misma, el Tribunal Constitucional llegaba a afirmar que el derecho de huelga quedaría vaciado de contenido si se exigiera a los trabajadores un deber de obediencia frente a sus superiores jerárquicos semejante al que deben respetar fuera del fenómeno huelguístico. Es decir, que durante la huelga no se pretende hacer desaparecer el conflicto, sino que es el reconocimiento de dicho conflicto consustancial a la propia huelga<sup>5</sup>.

Otra de las líneas deducibles de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la necesidad de garantizar la posibilidad de que, si la huelga es secundada mayoritariamente por los trabajadores convocados, se garantice una visibilidad acorde con tal seguimiento. En el marco de la misma huelga general que ha dado lugar a la sentencia ahora comentada, el Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre los servicios mínimos impuestos en relación a diferentes medios de comunicación de ámbito estatal. Dichos servicios mínimos admitían la emisión de programas grabados durante las 24 horas del día de huelga. Ello, lógicamente, no condicionaba el derecho de los trabajadores a ausentarse de su puesto de trabajo durante la jornada de huelga. Sin embargo, impedía, como es el caso de la Sentencia ahora comentada, que la huelga ad-

<sup>5</sup> Véase, más ampliamente, Escribano Gutiérrez, J., «Derecho de huelga y delito de desobediencia», *T.L.*, nº 112, 2012.

quiera la visibilidad indispensable para que adquiriera una mínima efectividad. Es decir, como en el supuesto comentado, se recalca la consideración de la huelga como un instrumento de exteriorización del conflicto trabajo-capital.

## 5. CONCLUSIONES

Desde nuestro punto de vista, la sentencia comentada no hace sino volver hacia la tradicional jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional desde su ya lejana STCo. 11/81, de 8 de abril. Según esta doctrina, y como nosotros resaltamos al comienzo de este comentario, los límites y extensión del derecho fundamental de huelga no pueden ser interpretados sin obviar el carácter conflictivo de este derecho. Es difícil imaginar una situación en la que la celebración de una huelga no implica el surgimiento de este tipo de conflictos. A través del ejercicio del derecho de huelga no se pretende el fortalecimiento de la paz social sino, por el contrario, una vehiculización del conflicto de clases presente en la relación laboral.

Teniendo en cuenta esta premisa, la STCo. 33/11, de 28 de marzo, viene a recoger una larga tradición de doctrina constitucional en la que, partiendo de la consideración constitucional del derecho de huelga, viene a ampliar el exclusivo componente individual de la huelga, como suspensión del contrato, para considerarlo un derecho de carácter claramente colectivo.

Así pues, para llevar a efecto una real protección del derecho de huelga es necesario implementar los mecanismos apropiados para conseguir que la huelga no sólo sea eficaz sino, especialmente, efectiva. En un contexto productivo considerablemente tecnificado, la protección del derecho de huelga ha de incidir necesariamente en la reacción ante las intromisiones que, sin suponer un atentado directo al derecho de cada trabajador de no acudir a su puesto de trabajo el día de la huelga, supone dejar en un simple acto simbólico el secundar la misma.

Como consecuencia de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional amplía el estrecho art. 6.5 del preconstitucional RD 17/77. Junto al denominado esquirolaje externo previsto en este precepto, el Constitucional admite la equiparación del esquirolaje interno, especialmente efectivo en aras a desactivar una huelga. Reiterando, pues, la posición mantenida en sus anteriores Sentencias 123/92, 92/05 y 250/07, considera que el poder de dirección empresarial, como recientemente mantuvo respecto al poder disciplinario (STCo. 104/11, de 20 de junio), no es un derecho absoluto ni tan siquiera equiparable al fundamental derecho de huelga. En definitiva, el Tribunal Constitucional nos aclara lo obvio, dada la localización del derecho de huelga en nuestro texto constitucional. Sin embargo, en un contexto como el actual en el que la patro-

nal reivindica una ley de huelga “adaptada a los nuevos tiempo” que no haga peligrar “la economía por el capricho de unos pocos”, no está de más recordar lo obvio.

Por otro lado, frente la posición mantenida por la Sala del Tribunal de Justicia de Madrid, que llegó a defender el derecho de la empresa a contrarrestar los efectos de la huelga, la Sentencia ahora comentada, no sólo niega tal derecho sino que, por el contrario, considera que es obligación de la empresa impedir cualquier comportamiento de sus empleados en una dirección contraria al derecho fundamental.

En definitiva, el respeto de los derechos fundamentales se convierte en el último valladar en un contexto de aumento sin límite de las facultades unilaterales detentadas por el propietario de los medios de producción, especialmente tras las reformas introducidas por la Ley 35/10 y el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

**PODER DE DIRECCIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA  
POR CAUSAS VINCULADAS A LA EMPRESA:  
DELIMITACIÓN ENTRE MODIFICACIÓN, REDUCCIÓN  
DE JORNADA, Y TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO**

*Sentencia del Tribunal Supremo, 7 de octubre de 2011*

M<sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Las recurrentes prestan servicios a tiempo completo con jornada de 35 horas y categoría profesional de limpiadoras en el marco de una contrata de servicios. A raíz de la resolución de la empresa principal de reducción en un 30,5% de dicho servicio por disminución importante de su actividad productiva, comunicada a la contratista el 3 de junio de 2009, ésta procede a la reducción de la jornada de las trabajadoras en 12 horas y 57 minutos, siendo la jornada semanal de 22 horas y 3 minutos. Dicha decisión y razones se comunican por escrito a las afectadas el 12 de junio de 2009, con efectos a partir del 13 de julio de 2009.

Impugnada por las recurrentes la decisión de la empresa, el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao acoge la excepción de inadecuación de procedimiento por considerar que el que corresponde es el de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 138 LPL). Recurrída en suplicación, la STSJ País Vasco de 27 de abril de 2010, declara como procedimiento adecuado el ordinario, con devolución de las actuaciones al Juzgado para que entrase a resolver la cuestión de fondo.

El 20 de mayo de 2010, y ante la pretensión de las actoras de que se les reconociera el derecho a continuar prestando sus servicios a jornada completa, el Juzgado de lo Social desestima la demanda por entender justificada la medida empresarial. Por STJS País Vasco de 16 de noviembre de 2010 se confirma dicha resolución, atendiendo a que concurre la causa alegada por la empresa, sin que quepa apreciarse una novación contractual pues ésta requeriría el concurso de la voluntad del trabajador. Se trata de una mera reducción temporal de la jornada de trabajo que el TSJ parece enmarcar en el art. 41 ET, en tanto no hace expresa alusión al 47 de dicho cuerpo legal. La STS de 8 de octubre de 2011, finalmente confirma dicha sentencia, descartando la interpretación

\* Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

alternativa mantenida por la sentencia de contrate aportada del TJS Asturias de 17 de julio de 2009.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo centra la cuestión objeto del debate en “*determinar si una reducción significativa de la jornada de un trabajador que presta servicios a tiempo completo, impuesta por la empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, supone la transformación o novación de aquél contrato en otro a tiempo parcial, prohibido por el art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores si no se lleva a cabo con el consentimiento del trabajador*”. Para resolver el debate, el Tribunal Supremo dice apoyarse en su propia doctrina sobre la naturaleza del contrato a tiempo parcial recogida en las sentencias de 14 de mayo y 15 de octubre de 2007. Y fundándose principalmente en el requisito inexcusable de que la novación contractual sea voluntaria “*con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial*”, y secundariamente en el carácter (¿presuntamente?) temporal de la medida, enmarca la reducción unilateral de la jornada en el art. 47 ET, lícita en cuanto justificada, y aún cuando se admita que no se ha identificado el tiempo durante el que habría de producir efectos.

## ÍNDICE

1. LA REGULARIDAD Y VOLUNTARIEDAD EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL
2. LA DELIMITACIÓN ENTRE LAS DIFERENTES VÍAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA
3. UNA SENTENCIA CON UNA VIRTUD, CON EXTRAÑA MOTIVACIÓN Y CON INCIERTOS EFECTOS
4. BREVEMENTE: EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

## 1. LA REGULARIDAD Y VOLUNTARIEDAD EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

Tradicionalmente la doctrina ha venido identificando como elementos esenciales del contrato a tiempo parcial la existencia de una jornada reducida caracterizada por su valor conmutativo, su regularidad y su voluntariedad. Centrándonos ahora en la regularidad de dicha jornada reducida, cabría equiparar ésta a la normalidad de la jornada<sup>1</sup> en el sentido de que no sea ocasional sino producto del objeto del contrato, aún cuando su distribución pueda ser irregular<sup>2</sup> y dicha jornada reducida se pueda prever con carácter temporal por

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, el Convenio n° 175 y la Recomendación n° 182, ambos de la OIT, y la Directiva 97/81/CE.

<sup>2</sup> M.R. Alarcón Caracuel, “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 113; I. González del Rey Rodríguez, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 84 y 84; F. López Mora, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Deusto, Bilbao, 1990, págs. 18 y 19.

la previsión acordada de su reversión<sup>3</sup>. La anormalidad de la jornada practicada o adeudada tiene así su natural expresión o consecuencia en el carácter temporal de la misma. Sin embargo, en sentido inverso, la temporalidad material de esa jornada reducida no es lo mismo que su anormalidad, pues todo dependería de si deriva o no del objeto del contrato. Y ni tan siquiera estaría necesariamente vinculado a su voluntariedad, caso de admitirse la alteración unilateral de dicho objeto por una de las partes. Considero que nada impide, por ejemplo, la posibilidad de que la negociación colectiva configure derechos de novación contractual con cláusula de reversión a favor del trabajador en supuestos que excedan de los del art. 37.5 ET o similares, por ejemplo, en desarrollo, también por ejemplo, de las previsiones de los arts. 34.8 y 23 ET, tanto más a la vista de esa específica llamada que se hace en el art. 12.4.g) ET.

El origen voluntario de la jornada reducida es otro de los elementos que se han configurado tradicionalmente como esenciales del trabajo a tiempo parcial. Dicho requisito viene impuesto por la Directiva 97/81/CE como principio rector de su regulación por los países miembros<sup>4</sup>. Y es asimismo deducible del referido Convenio nº 175 y Recomendación nº 182 de la OIT<sup>5</sup>. Y a nivel de legislación estatal, sectores de nuestra doctrina ha defendido igualmente que la configuración del trabajo a tiempo parcial como una modalidad contractual caracterizada por la especialidad de su jornada supone necesariamente su origen formalmente voluntario, fruto del acuerdo de las partes<sup>6</sup>. De tal manera, aún cuando la voluntariedad es común a todo contrato de trabajo, muy en particular en el contrato de trabajo a tiempo parcial alcanzaría al menos una relevancia en negativo que lo distinguiría de las reducciones de jornada derivadas de situaciones patológicas de las empresas y ajenas al consentimiento del trabajador<sup>7</sup>. Y una vez que dicho contrato se define en la actualidad por tener una jornada inferior a la completa, sin otros máximos de jornada ni mínimos de reducción, no hay cabida jurídica para una jornada reducida con valor conmutativo y configurador del objeto mismo del contrato, al margen de dicha modalidad contractual. Esta argumentación, llevada a sus últimas consecuencias y acompañada por una valoración –dependiente en gran medida– de las especialidades de dicha figura contractual –según sea su régimen jurídico episódico–, alcanza

<sup>3</sup> S. Grasselli, “Il lavoro a tempo parziale”, Cedam, Padova, 1968, pág. 33.

<sup>4</sup> Véanse, las Cláusulas 1.b), 5.2 y 3. En este sentido: M<sup>a</sup>A. Ballester Pastor, “La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial”, Relaciones Laborales, T.II, 1998, págs. 214 y 217.

<sup>5</sup> Véanse, del Convenio los arts. 9 y 10, y de la Recomendación, los arts. 12, 17, 18, 19 y 20.

<sup>6</sup> Por todos: J.M. Ramírez Martínez, “El trabajo a tiempo parcial”, en AAVV, “Comentarios a las Leyes Laborales”, Tomo III, Madrid, 1985, pág. 280; I. González del Rey Rodríguez, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, op. cit, pág. 81.

<sup>7</sup> P. Morgera, “La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale”, *Il Diritto del Lavoro*, 1981, nº 3-4, pág. 239.

a la conclusión mantenida por muchos, de la calificación como novación extintiva o propia de la transformación del contrato completo en tiempo parcial o viceversa conforme a nuestra regulación actual<sup>8</sup>.

Téngase en cuenta, no obstante, que el requisito de la voluntariedad de la jornada parcial siempre ha respondido a una clara finalidad tutelar del trabajador, no así como razón para negar su posible imposición al empresario, por ejemplo como hemos dicho, a través de convenio colectivo<sup>9</sup>. De carácter bidireccional y tutelar de los intereses que informaron la voluntad del trabajador, prohíbe tanto el tránsito involuntario del tiempo completo al tiempo parcial, como su sentido inverso. Y en sentido positivo, precisamente el reconocimiento de esos posibles intereses en la transformación, descarta a su vez la aplicación del art. 3.5 ET impeditiva del acuerdo<sup>10</sup>.

Prescindiendo ahora del debate sobre el carácter novatorio propio o impropio de dicha modificación, en cualquier caso y conforme a nuestra regulación actual, el origen pactado de la jornada parcial objeto del contrato ha sido elevado a requisito de primer orden por el legislador en el art. 12.4.e)

<sup>8</sup> Por todas: STS 14-5-2007, 5084; STSJ Asturias 18-11-2011, AS 2596.

<sup>9</sup> I. González del Rey Rodríguez, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 152; C.L. Alfonso Mellado, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales”, TB, Valencia, 1999, pág. 99. En este sentido, respecto de la jubilación parcial y conforme al art. 12.6.II.d) ET, entre otras que reiteran doctrina: SSTS 22-6-2010, RJ 2639, 6-7-2010, RJ 8813. También en esta línea, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 19-2-2009, AS. 2009/329 ha admitido la excepción comentada, en definitiva, cuando el propio convenio colectivo establezca este derecho para el trabajador y consiguiente obligación para la empresa, atendiendo a los términos de la cláusula en que se establece la misma. Lejos de atentar contra la libertad de contratación del art. 1254 CCiv, del derecho de libertad de empresa y defensa consiguiente de la productividad (art. 38 CE), de la vulneración del art. 12.6 ET y del art. 3 ET –por considerar, como defiende la empresa, que se atenta contra el principio de jerarquía normativa al exigir el art. 12.6 ET el referido acuerdo-, la sentencia considera que el precepto convencional está en la línea de promoción de la jubilación parcial que se recoge en el mismo art. 12.6 ET. Así es, dicho precepto prevé que la negociación colectiva pueda impulsar la celebración del contrato de relevo, siendo la finalidad de la norma y de sus precedentes, precisamente, la de facilitar la jubilación progresiva. Por tal motivo, tampoco puede interpretarse restrictivamente, aún cuando admita que el convenio permite la negativa de la empresa en fundadas razones económicas, organizativas o de producción. Sin embargo, no logra acreditar la empresa, habida cuenta de su uso abundante de la contratación temporal y de la intensa movilidad entre los turnos –acordada, es más, en los diferentes contractuales razones, con lo que cabe, en aplicación de dicho precepto convencional, imponer a la empresa la obligación de llevar a cabo todas las formalidades pertinentes necesarias para dicha jubilación parcial, es decir, reducción de jornada y concertación del contrato de relevo. Así lo admite y reconoce como práctica frecuente en los convenios colectivos respecto de la jubilación parcial anticipada, y descarta –lo que, en cambio, parecen admitir *obiter dicta* las sentencias del Tribunal Supremo citadas- en virtud, entre otros, de dicho principio de voluntariedad la jubilación forzosa parcial, por ejemplo: N. Pumar Beltrán, “La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad”, *Temas Laborales*, núm 82/2005, págs. 142 a 144.

<sup>10</sup> H. Merino Senovilla, “El trabajo a tiempo parcial”, *Lex Nova*, Valladolid, 1994, págs. 158 a 163.

ET, de conformidad, decía la Exposición de Motivos del RD-L 15/98, con la Directiva 97/81/CE. Por otra parte, dicha exigencia de voluntariedad en la transformación del contrato, debe ser motivo para negar capacidad alguna de decisión no ya unilateral del empresario, sino ni tan siquiera acordada con los representantes de los trabajadores. Y esto último, por más que el art. 41 ET, tras el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no distinga las modificaciones colectivas de las individuales en función del origen de la condición alterada, sino tan sólo en razón del número de trabajadores afectados.

## 2. LA DELIMITACIÓN ENTRE LAS DIFERENTES VÍAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA

A la vista de lo expuesto, la delimitación entre el contrato a tiempo parcial y la jornada reducida en virtud del art. 47 ET se funda tanto en la voluntariedad, y sobre todo, en la regularidad o normalidad de la jornada<sup>11</sup>. Y ello por cuanto tanto una como otra se encuentran intensamente interrelacionadas pues ambas atienden al análisis del objeto del contrato, que en el caso del art. 47 ET permanecería inalterado aún mediando acuerdo en el período de consultas o conformidad del trabajador –y que desde luego, en ninguno de los dos supuestos alteraría el carácter esencialmente unilateral de la medida<sup>12</sup>-. De esta manera, en el trabajo a tiempo parcial supone una jornada “reducida” que se sitúa en el espacio obligacional del contrato. Por el contrario, las reducciones involuntarias y temporales de la jornada se integrarían en el campo del cumplimiento coyuntural de la prestación<sup>13</sup>.

Excluida en virtud de la voluntariedad de la reducción de jornada de carácter definitivo ex art. 41 ET, y por supuesto de la expresa prohibición del art. 12.4.e) ET y de la ausencia de márgenes delimitadores de la jornada parcial y completa (art. 12.1 ET), la reducción de jornada sólo podría practicarse unilateralmente por la empresa al amparo del art. 47.2 ET, que ya abiertamente a partir de su redacción por la L. 35/2010, pero también, si bien más limitada-

<sup>11</sup> El art. 1.d) del Convenio nº 175 de la OIT excluye como trabajador a tiempo parcial el que se encuentre en situación de desempleo parcial: <<*no se considerará trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial, es decir, aquellos que estén afectados por una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales*>>.

<sup>12</sup> Vid: A. Costa Reyes, “Límite al poder empresarial en la determinación-modificación de la jornada anual: el caso de los profesores de religión en centros escolares”, *Temas Laborales*, núm 113/2012, págs. 205-206.

<sup>13</sup> L. Mele, “Il contratto di lavoro a tempo parziale”, Edizioni Gag, Milano, 1985, págs. 19 y 20 y en “Il part-time”, Giuffrè Editore, Milano, 1990, págs. 36 a 38.

mente, bajo su regulación precedente, amparaba dicha posibilidad. La temporalidad y coyunturalidad de la reducción se erigen así en elementos connaturales de la citada vía de reducción de la jornada, lo que por otra parte ponía en necesaria evidencia su tradicional integración con la suspensión, por definición de carácter temporal, aparte su vinculación a la prestación por desempleo, aún con mayor claridad, tras la reforma del 2010.

Desde luego, la identificación y consiguiente delimitación de las posibles vías de reducción de jornada es producto de una evolución tanto reguladora como jurisprudencial<sup>14</sup>. Así, inicialmente nuestros Tribunales admitieron como cauces idóneos de la reducción de jornada los brindados tanto por el art. 41 como por el 47 ET, sin tan siquiera limitación de las temporales a éste último que no recogía expresamente sino la modalidad de suspensión, y asimismo reconocieron como situación legal de desempleo la reducción de jornada definitiva y no sometida a exigencia de autorización ex art. 41 ET, en interpretación sistemática y finalista del art. 203.3 TRLGSS (STS. ud 24-2-1997)<sup>15</sup>.

La reacción del legislador no se hizo esperar mucho, y con el art. 40 L. 66/1997, 30-12, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, se añade un nuevo párrafo al apartado 3 del art. 203 LGSS, en los que se define qué deba entenderse por “reducción temporal de la jornada”, de manera que a partir de dicho momento y con total certeza sólo darán lugar a desempleo las reducciones de jornada producidas en el marco del art. 47 ET, condicionada por tanto por el seguimiento de un ERE y consiguiente autorización. No obstante, quedaban pendientes dos grandes cuestiones por resolver. Una, seguía siendo posible en principio la reducción de jornada hecha con carácter definitivo a través del cauce del art. 41 ET, cauce que se consideró inicialmente hábil para la “novación modificativa” del contrato a tiempo completo en tiempo parcial, tal y como fue inicialmente calificada por el Tribunal Supremo<sup>16</sup>. Otra, el engarce

<sup>14</sup> Por todos, véase: X. Solá Monells, “La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales”, La Ley, Madrid, 2002, págs. 519 y ss..

<sup>15</sup> Así, el Tribunal Supremo saldó el debate sobre la interpretación del art. 203 LGSS y el art. 1.4 RD 625/85, extendiendo el desempleo parcial y la situación legal de desempleo a la situación generada por una reducción definitiva de la jornada, desatendiendo la modificación del art. 1.4 RD hecha por el RD. 43/1996, de 19 de enero y que trataba de limitar la protección a las situaciones meramente coyunturales, no así a las definitivas.

<sup>16</sup> Así, el Tribunal Supremo mantuvo inicialmente que la reducción de jornada suponía una novación modificativa y no extintiva del contrato, descartando la concurrencia del despido parcial y reconduciendo tal situación al art. 41 ET (STS. 7-4 y 20-11-2000 (RJ 3287 y 10294). Por los TSJ, por todas: SS. TSJ. Baleares 25-2-1998 (AS. 698); S. TSJ. Castilla-La Mancha 3-9-1998 (AS 3814); S. TSJ. Galicia 25-1-1999 (AS. 235). La situación de desprotección generada por tal postura parece que trató de corregirse posteriormente, enmarcándolas en el art. 221.1 y 211.4 LGSS, por responder a una situación material de desempleo parcial, con lo que la exigencia de temporalidad de la reducción y de autorización administrativa del art. 203 LGSS ya no le serían predicables (SSTS 5-5 y 27-1-2004, RJ 5017 y RJ 2005/1312).

entre el art. 47 ET y el desempleo parcial presentaba lagunas de desprotección, y márgenes de flexibilidad nuevamente inciertos<sup>17</sup>. Caso de interpretarse de manera absolutamente integradora el art. 47 ET y los arts. 203 y 208 LGSS, lo que tampoco estaba en absoluto claro pues podían observarse como preceptos autónomos aún cuando fuese la regulación del desempleo la que clarificó tal posibilidad de “suspensión impropia”, el efecto sería que el art. 47 ET no cubriría todas las reducciones unilaterales de jornada pues aquellas que no alcanzasen 1/3 de la jornada, al no estar amparadas por dicha prestación de desempleo parcial, quedarían marginadas de tal posibilidad. Por tanto éstas, de ser externas al art. 47 ET, podría considerarse que seguirían canalizándose a través del art. 41 ET, y aún de interpretarse autónomamente y por tanto factibles a través del art. 47 ET, quedarían igualmente sin protección por desempleo. Es más, aún podía dudarse si, en general, las reducciones temporales de jornada podían articularse a través del art. 41 ET como vía sencillamente alternativa a la del 47 ET, sin derecho a desempleo, habida cuenta de la ausencia de previsión específica en este último<sup>18</sup>.

Con la reforma del art. 12 por el RD-L 15/98 se instaura de manera determinante el principio de voluntariedad en el contrato de trabajo a tiempo parcial, impidiéndose expresamente la utilización del art. 41 ET como vía de transformación de la modalidad contractual. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2007, califica dicha transformación como novación extintiva, a la luz de la compleja regulación del contrato y consiguientemente de su auténtica especificidad como tal modalidad contractual, lo que impide en orden a ese principio de voluntariedad y de la expresa prohibición del art. 12.4.e) ET, su imposición empresarial ex art. 41 ET. No obstante, como también advierte dicho pronunciamiento, *“para calificar una relación como contrato a tiempo parcial no basta que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo ... sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial. Y por ausencia de esa exigible voluntad, no integran el contrato de que tratamos: la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 47 ET)”*.

Lo cierto, es que efectivamente en la reducción de jornada practicada a través del art. 47 ET faltaría la nota de la voluntariedad, al igual que si se hubiese

<sup>17</sup> Además, uno y otro parecían ir por cauces autónomos, sólo parcialmente coincidentes. Así la doctrina admitió la hipótesis de que cabían reducciones ex art. 47 ET no amparadas por la prestación de desempleo, bien por carecer del período de carencia exigido, bien por tratarse de un contrato temporal de idéntica o menor duración a la prevista en el ERE (X. Solá Monells, op.cit, págs. 525 y 526) .

<sup>18</sup> M<sup>a</sup>T. Velasco Portero y M. Fröhlich, “Reducción de jornada por motivos económicos: el modelo alemán como referencia”, en AAVV –A.V. Sempere Navarro-, “La reforma laboral de 2010”, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, págs. 336 a 338.

pretendido mediante el art. 41 ET. Pero lo que realmente permite aquélla y no ésta es, precisamente, la inafección del objeto contractual, pues la ausencia de regularidad o normalidad de la nueva jornada, su coyunturalidad, lo excluyen y supone implícitamente el respeto de la estructura originaria del acuerdo de las partes, de su voluntad.

Tales elementos, es decir, temporalidad, coyunturalidad (causalidad y funcionalidad<sup>19</sup>, y consiguiente imposibilidad de opción por la extinción a instancias del trabajador) junto al carácter constitutivo del procedimiento exigido para tal reducción<sup>20</sup> e indiferenciado en función del número de trabajadores afectados en tanto garante de intereses generales y del propio trabajador en relación con las medidas accesorias de protección por desempleo, se erigen así en elementos igualmente definitorios de una específica modificación, la de la cuantía –reducción– de la jornada, frente a la más genérica vía de alteración de las condiciones de trabajo del art. 41 ET<sup>21</sup>. Pero como decíamos, pese a esta clarificación sostenida por una línea doctrinal, a nivel estrictamente normativo el panorama no estaba –y para algunos aún hoy– claro.

Había quedado descartado el art. 41 ET para las reducciones de jornada de carácter definitivo, y, como acabamos de señalar, técnicamente –y pese a esa confusa situación– no parecía correcto apreciar su posibilidad como vía alternativa a la del 47 ET para las de carácter temporal. Pero, ¿y como reducto de lo que eventualmente no amparase ésta última?. En mi opinión todas estas dudas se han visto resueltas con las reformas de 2010 y 2012. Tras la reforma del art. 47 ET por la L. 35/2010, esta posibilidad de considerar el art. 41 ET como medio alternativo o subsidiario del 47 ET quedaba ya definitivamente descartada. Como novedades principales, en lo que ahora interesa, la reforma del 2010 ha supuesto un reconocimiento expreso de la reducción de jornada por causas empresariales y su regulación específica en el art. 47.2 ET, lo que contribuye no sólo a su promoción sino a la clarificación y seguridad jurídica de la medida. Tal reconocimiento le dota, por lo demás, de una más clara atribución de única vía pertinente por específica para practicar la reducción de jornada por tales causas, a lo que contribuye igualmente el hecho de que el texto estatutario recoja los márgenes de dicha reducción (10%-70%), sin remisión implícita a norma alguna, pero con una conexión al desempleo si cabe aún más intensa. Más allá o menos, tampoco es posible la reducción temporal de

<sup>19</sup> P. Aramendi Sánchez, “Problemas en torno a la justificación de la causa para la adopción de las medidas de despido y/o flexibilidad interna previstas en la Ley 35/2010”, AS núm 17/2011, pág. 9 (versión Westlaw).

<sup>20</sup> P. Charro Baena, “Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en AAVV –A.V. Sempere Navarro–, “La reforma laboral de 2010”, op. cit., págs. 365 y 366.

<sup>21</sup> X. Solá Monells, “La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales”, La Ley, Madrid, 2002, págs. 85 y ss.

la jornada con merma de salario, y está legitimada dicha opción en tanto que se ha ampliado enormemente la gama de posibilidades de reducción en el art. 47 ET, dado que pasa de un mínimo de un 33%, que se exigía para el desempleo parcial, a un 10%<sup>22</sup> y el máximo de reducción es muy elevado. Tampoco cabe considerar que tales límites constituyen una traba a las posibilidades de flexibilidad interna orientadas al mantenimiento del empleo, pues el empleador cuenta con un amplio repertorio de respuestas alternativas que, por otra parte, contribuyen a demostrar la coherencia de interpretación sistemática y finalista que proponemos. Así, por ejemplo, las pretendidas reducciones superiores al 70% de la jornada podrían articularse mediante suspensión (art. 47.1 ET), y las inferiores al 10%, por ejemplo, mediante una modificación de la distribución irregular de la jornada (arts. 41 y 82.3 ET), porcentaje que por otra parte se corresponde con la prevista en el contenido del convenio en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012,2013 y 2014 (2.A), y es tan sólo un 5% superior a la atribuida con carácter general, salvo pacto en contrario, por el art. 34.2 ET (RD-L 3/2012, ya previsto como contenido mínimo del convenio en el art. 85.3.i)1º ET, en redacción de L. 35/2010). Finalmente, por si aún se dudaba de si cabían al margen del art. 47.2 ET reducciones inferiores al 10% o superiores al 70%, la desaparición de la necesidad de autorización con el RD-L 3/2012 entendemos que también confirma lo dicho; no se trata de que no requieran autorización, sencillamente no son posibles.

### 3. UNA SENTENCIA CON UNA VIRTUD, CON EXTRAÑA MOTIVACIÓN Y CON INCIERTOS EFECTOS

La sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario dice centrar la cuestión a resolver en “*determinar si una reducción significativa de la jornada de una trabajadora que presta servicios a tiempo completo, impuesta por la empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, supone la transformación o novación de aquél contrato en otro a tiempo parcial, prohibido por el art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores si no se lleva a cabo con el consentimiento del trabajador*”. Pero realmente, la virtud que le atribuyo reside en reconducir, con vistas al futuro, las reducciones temporales de jornada desde el análisis del art. 41 ET al del art. 47 ET. Y lo hace *iuris novis curia*, pues la sentencia impugnada seguía sin hacer mención a dicho precepto, centrado el debate sobre el art. 41 ET y la correspondiente infracción del art. 12 de dicho cuerpo legal, y pese a que calificó como temporal la reducción. Es más, vista la regulación actual, la virtud si cabe es doble, pues el empresario

<sup>22</sup> J. Vidal Vidal/L. Viñedo Cañada, “Ley 35/2010, de 17 de septiembre, y las reducciones de jornada con derecho a desempleo parcial”, Aranzadi Doctrinal, núm 9/2011 (versión Westlaw).

no siguió el procedimiento del art. 47 ET, y aún ni siquiera era aplicable el régimen jurídico instaurado por la L. 35/2010, si bien, obviamente, está presente. Sí, de alguna manera esta sentencia sirve para dar luz sobre el camino a seguir en el futuro: las reducciones temporales de jornada por causas empresariales conceptualmente se ubican en el art. 47.2 ET, se siga o no se siga el procedimiento en él previsto, sin caer por tal motivo en la órbita del art. 41 ET. Pero en lo que sigue, más allá de esto, la sentencia resulta como poco desconcertante.

Resuelve la sala tomando como punto de partida la necesaria voluntariedad del trabajador en la jornada reducida propia del contrato de trabajo a tiempo parcial. Se basa en el art. 12.1 y 4.e) ET, y la doctrina sentada por dicho Tribunal Supremo en sus sentencias de 14 de mayo y 15 de octubre de 2007. Consiguientemente, concluye la sala, puesto que la reducción de la jornada ha sido decidida unilateralmente por la empresa y las trabajadoras no han prestado su consentimiento, no nos encontramos ante una transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y no cabe apreciar infracción del art. 12.4.e) ET. Hay que indicar, que las trabajadoras habían interpuesto acción reclamando que se les reconociera su derecho a continuar prestando sus servicios con su anterior jornada de trabajo de 35 horas y el abono de los salarios dejados de percibir. Por tanto, para su desestimación, no parece que baste afirmar que no ha habido transformación del contrato. Será necesario, además, justificar de alguna manera la decisión empresarial. Y la sentencia lo hace apuntando, que no afirmándolo con rotundidad, que nos encontramos ante una reducción de jornada enmarcable en el art. 47 ET, justificada conforme a sus causas, y de carácter temporal, sin determinación no obstante de su duración, y decimos nosotros, sin seguirse el procedimiento entonces correspondiente del ERE, ni la autorización administrativa entonces requerida, aún cuando se cumpla el mínimo de reducción del 33% de la jornada por entonces exigida para el desempleo parcial.

Entonces, a la luz de tal razonamiento que parte de la consideración de que no se ha producido la novación porque no puede hacerse, porque no es lícito, porque tendría que haber sido voluntaria, el Derecho ha terminado amparando la vía de los hechos. De no seguirse el procedimiento previsto en el art. 47 ET, lo procedente sería la nulidad de la reducción de la jornada, habida cuenta del carácter constitutivo del mismo<sup>23</sup>. La temporalidad que no está concretada en dicho procedimiento o incluso, más ampliamente a través de otras vías, no es temporalidad, no es una situación coyuntural sino indefinida, carente de garantía alguna de reversión y control, lo que vale tanto como decir que es definitiva o bien –la solicitud- nula por falta de contenido<sup>24</sup>. Y se ha negado así

<sup>23</sup> P. Charro Baena, op. cit, pág. 366.

<sup>24</sup> P. Charro Baena, op. cit, pág. 362.

a las trabajadoras su posibilidad de percibo de las prestaciones por desempleo parcial pues, en principio, no se encuentran en situación legal de desempleo. Tampoco les corresponde compensación alguna, pues la reducción se considera justificada. Y tampoco cabe extinción ex art. 41 ET, pues no es modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Como señaló el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de mayo de 2007, desde luego la empresa tiene vías de reacción en estas situaciones de crisis, pero las vías son las legítimas, no las irregularmente adoptadas.

Sí, lo extraño de la motivación no concluye ahí. Por el contrario, la decisión causa aún mayor sorpresa cuando se consultan las sentencias citadas como apoyo y base de sus argumentaciones pues, lisa y llanamente, sus postulados sirvieron para, a diferencia de lo que sucede ahora, tutelar a los trabajadores frente a los cambios de jornada practicados por la empresa. Es decir, esa voluntariedad y esa especificidad del trabajo a tiempo parcial sirvieron en un caso, para privar de eficacia a las decisiones de la empresa o, en el otro, a los mecanismos que pretendían, al margen de los legales, dotarles de mayores facultades de dirección. Y ello con independencia de que la 14 de mayo de 2007 respondiese a una pretensión de despido frente a la reducción de jornada, y la de 15 de octubre a modificaciones de jornada de los trabajadores a tiempo parcial. Así, la primera de las citadas, tras erigir como elemento esencial del contrato a tiempo parcial la voluntariedad de la jornada reducida que supone, negar lo que podríamos llamar el despido parcial y calificar como extintiva la transformación del tiempo completo en tiempo parcial, declara infringido el art. 12.4.e) ET, niega la virtualidad de tal novación-reducción hecha por la vía del art. 41 ET, y consiguientemente la base de la acción por despido que ejercitan los trabajadores, y desde luego en absoluto reconduce lo que califica de *“irregular actuación de la empleadora”* a la vía del art. 47 ET, pues efectivamente no la usó. Por su parte, la STS de 15 de octubre de 2007 declara nula la cláusula convencional por la que se autoriza a la empresa a alterar, sin acudir al art. 41 ET, la jornada de los trabajadores indefinidos a tiempo parcial, lo que aparte de contravenir el citado precepto, vulneraría un elemento esencial de dicho contrato cual es la exigencia del art. 12.4.a) de la concreción de la cantidad de la jornada contratada y atribuiría unas facultades exorbitantes y desproporcionadas a la empresa que, por lo demás, siempre cuenta con un potente instrumento de flexibilidad como son las horas complementarias.

#### **4. BREVEMENTE: EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN**

Como es sabido y los precedentes del caso analizado son una buena muestra de ello, hasta el momento ha sido muy conflictiva la identificación de la

vía procesal idónea para la impugnación de las reducciones de jornada con merma de salario, si el especial del art. 138 LPL o el ordinario<sup>25</sup>. Frente a la posible impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo a través del art. 138 LPL, en cuyo caso el plazo del ejercicio de la acción sería de caducidad de 20 días, puede decirse en términos generales que prevaleció, no sin discrepancias, su articulación a través del procedimiento ordinario, sin plazo de caducidad, correspondiendo el general de prescripción de un año del art. 59.1 ET, con lo que la acción podría ejercerse en cualquier momento de la vida del contrato. No en vano, tal decisión empresarial quedaba al margen del art. 41 ET, tanto por incumplimiento de los requisitos formales previstos en dicho precepto como de los estrictamente materiales, habida cuenta de la imposibilidad del tránsito del tiempo completo al parcial por esta vía (art. 12.4.e) ET).

En la actualidad el panorama normativo ha cambiado ostensiblemente. A partir del art. 138 LRJS se integran en este proceso especial las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “*aunque no se haya seguido el procedimiento de los arts. 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores*”, aplicándose el plazo de caducidad de 20 días a computar desde la notificación por escrito de la decisión al trabajador o a sus representantes tras la finalización, en su caso, del período de consultas, sin perjuicio, en todo caso, de la prescripción de las acciones para exigir prestaciones económicas o de cumplimiento de obligaciones de tracto único por el transcurso del plazo previsto en el art. 59.2 ET. Por su parte, la modificación del art. 138 LRJS por el RDL 3/2012 incluye en este proceso especial los supuestos de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, nuevamente, aunque no se haya seguido el procedimiento del art. 47 ET. Parece, entonces, clarificarse algo más la situación, y parece también claramente, rectificar la línea jurisprudencial mayoritaria anteriormente expuesta.

Pero aún quedan algunas incertidumbres. El art. 138 LRJS incluye las reducciones de jornada aunque no se haya seguido el procedimiento del art. 47 ET, pero una cuestión es el procedimiento y otra muy distinta el ámbito material de dicho precepto. Quiero decir con esto que si por definición las medidas del art. 47 ET tienen carácter coyuntural y necesariamente temporal, esta condición podría o debería considerarse un requisito sin el cual, sencillamente, se excluiría la aplicación de dicho precepto. Por otra parte tales situaciones, a la vista de la imposible articulación de las reducciones de jornada definitivas o indefinidas, que para el caso es lo mismo, a través del art. 41 ET nuevamente se tendrían que reconducir al procedimiento ordinario y al plazo de prescripción

<sup>25</sup> Por todos: J.J. Miranzo Díez, “Reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y vías procesales para recurrir”, Aranzadi Social paraf. 33/2009 (presentación).

de un año del art. 59.1 ET. Puede pensarse que no parece que sea esa la *ratio legis* de un precepto y de una reformada norma rituarial, pragmática, económica, simplificadora y esclarecedora, y la sentencia objeto de nuestro comentario nos pone además sobre aviso del peligro de hilar demasiado fino, pues parece que siempre cabe la sorpresa de una presunta temporalidad. Por otra parte, el encauzamiento a través de este proceso especial del común de las reducciones de jornada practicadas por decisión unilateral de la empresa, también se sostiene desde el principio de seguridad jurídica, pues es satisfactoria la solución ecléctica que ofrece el art. 138 LRJS respecto del cómputo de plazos de caducidad *-dies ad quo-*, que reafirman también a estos efectos la trascendencia del siempre necesario procedimiento del art. 47 ET (por remisión al art. 59.4 ET) y, respecto de las económicas o de tracto único el de prescripción de 1 año del art. 59.2 ET a computar desde que la acción pudiera ejercerse<sup>26</sup>. Ahora bien hay razones también pragmáticas para sostener, en la medida de lo posible, la validez -aún hoy- del procedimiento ordinario frente al del art. 138 LRJS caso de suponer una transformación prohibida del contrato (por reducción definitiva y, en mi opinión, por indefinida); en tales situaciones absolutamente marginales al art. 47.2 ET, constitutivas realmente y por vía ilícita de un contrato a tiempo parcial con infracción del art. 12.4.e) ET, ¿es equitativo negarles el recurso en caso de no alcanzarse los umbrales del art. 51.1 ET (arts. 138 y 191.2 LRJS)?<sup>27</sup>. Y, ¿por qué dicha diferencia cuando el procedimiento del art. 47 ET está previsto con independencia del número de trabajadores afectados y de la plantilla de la empresa?<sup>28</sup>. Probablemente el debate no esté cerrado con el nuevo art. 138 LRJS. No en vano, recordemos, la elección en estos casos del procedimiento ordinario podría derivar no sólo del incumplimiento de los requisitos formales del art. 41 ET, sino del hecho mismo de que la novación contractual -extintiva- que supondría la reducción definitiva de la jornada estaba, aparte de expresamente prohibida por el art. 12.4.e) ET, por definición marginada del art. 41 ET. Y repárese, el art. 12.4.e) ET, no ha sido modificado, y su referencia sigue siendo la del art. 41 ET, no la del 47.2 ET, limitado este último a reducciones temporales.

Finalmente, una cosa es la identificación del procedimiento adecuado y otra muy distinta el sentido de la sentencia. De tal manera, pese a que no haya previsión expresa al respecto -¿quizá olvidaron la novedosa extensión de este proceso al caso de incumplimiento del procedimiento?-, en tal caso la consecuencia no debe ser otra que la de la declaración de la nulidad de la medida, también ahora aún cuando el RDL 3/2012 haya eliminado la exigencia de au-

<sup>26</sup> C. Molina Navarrete, "Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social", La Ley, Madrid, 2012, págs. 278.

<sup>27</sup> Vid: STS. 29-9-2002.

<sup>28</sup> Similares dudas despierta dicho condicionante en el art. 153.1 LRJS.

torización por la Administración<sup>29</sup>, tal y como se ha mantenido expresamente respecto de la muy cercana medida del despido colectivo (art. 124.9 LRJS).

<sup>29</sup> Vid.: STS 20-2-2007, RJ 8309. A partir de la nueva redacción del art. 47 ET por el RDL 3/2012, ya no se exige autorización por parte de la autoridad laboral, sin embargo su intervención sigue siendo necesaria a efectos de la acreditación de la situación legal de desempleo del trabajador. Así, se ajusta el art. 203 LGSS, y se omite la referencia al expediente de regulación de empleo en el art. 208.3 LGSS. Se añade, asimismo, la Disposición adicional quincuagésimo cuarta a la LGSS, conforme a la cual dicha situación de desempleo se acreditará: a) mediante comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos establecidos en el art. 47 ET, debiendo figurar en el certificado de empresa la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo, que debe ser coincidente o posterior a la fecha en que se comunique por la autoridad laboral a la Gestora de las prestaciones por desempleo la decisión empresarial por la que se acuerda la reducción; b) El acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial definitiva, caso de haber sido impugnada la decisión por el trabajador. La acreditación de la situación legal de desempleo se deberá completar con la comunicación de la Autoridad Laboral a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, con indicación de causa, trabajadores afectados, plazo por el que se produce la reducción de jornada, número de horas de reducción y el porcentaje de reducción de jornada respecto de la jornada diaria ordinaria de trabajo. Al respecto, véase: P. Tablado Marrón, “Incidencia del Real Decreto-Ley 3/2012 en la regulación de la protección por desempleo”, Diario La Ley, nº 7842, año XXXIII.

## EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA REVISIÓN DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE

*Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2011, de 15 de diciembre*  
SOFÍA OLARTE ENCABO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Esta sentencia resuelve dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en relación con el artículo 143.2 de la LGSS por posible vulneración de los artículos 14, 41, 43 y 49 CE, en cuanto establece la posibilidad de revisar en cualquier momento –sin sujeción al plazo establecido en la resolución de reconocimiento-, por agravamiento o por mejoría, la incapacidad previamente reconocida, a los pensionistas que trabajen, por cuenta ajena o por cuenta propia, mientras que en el caso de que no lo hagan –trabajar- la revisión ha de someterse al plazo previsto a tal efecto en la correspondiente resolución administrativa. En la primera cuestión de inconstitucionalidad, el caso concreto, se refiere a un supuesto en el que se había reconocido una pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común (5/9/2005), en grado de total para la profesión habitual, indicando la resolución un plazo para instar la revisión, por agravación o mejoría, concretamente, en julio de 2007. El pensionista, insta la revisión el 2/12/2005, lo que le fue denegado por no haber transcurrido el plazo establecido. Agotada la vía previa y presentada demanda, el Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell declara (Sentencia de 15/1/2007) el derecho a pensión de IP Absoluta, condenando a la Entidad gestora. Y, una vez interpuesto recurso de suplicación, el TSJ decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

La segunda cuestión de inconstitucionalidad que plantea este TSJ se refiere también a un pensionista que tiene reconocida la situación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en grado de total para la profesión habitual (Resolución de 20 de septiembre de 2005), estableciendo la resolución un plazo a para poder instar la revisión, a partir de agoto de 2007. El 3 de mayo de 2007 (es decir, tres meses antes de que se abra el plazo de revisión previsto) el pensionista solicita la revisión y el INSS la deniega por no haber transcurrido el plazo legalmente establecido. Tras agotar la vía administrativa

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

previa, el pensionista interpone demanda y el JS nº 1 de Mataró –Sentencia de 13 de diciembre de 2007- reconoce la situación de IP Absoluta y condena a la entidad gestora a reconocer y abonar la correspondiente pensión. Interpuesto por el INSS recurso de suplicación, el TSJ dicta Auto por el que acuerda plantear la segunda cuestión de inconstitucionalidad.

**RESUMEN:** En esta Sentencia el TC desestima ambas cuestiones de inconstitucionalidad. Comienza trayendo a colación su propia doctrina sobre el alcance del principio de igualdad (art. 14 CE) con carácter general, según la que dicho precepto no implica un tratamiento igual en todos los casos, con abstracción de cualquier elemento diferenciador, ya que lo que realmente prohíbe son las diferencias artificiosas o injustificadas por no fundarse en criterios objetivos y razonables y resultando sus consecuencias jurídicas desproporcionadas con el fin perseguido. Y, particularmente, en lo que se refiere a la posibilidad prevista en la LGSS –art. 143.2 LGSS- de revisión del grado de incapacidad de los pensionistas que trabajen, sin sometimiento a plazo alguno, considera que ello no supone un tratamiento favorable para los mismos, ya que la revisión puede hacerse no sólo por agravamiento sino también por mejoría. Además señala que es razonable que se dote a las resoluciones firmes de determinación del grado de incapacidad, de cierta estabilidad, impidiendo la posibilidad de su revisión permanente, ilimitada e incondicionada, que sobrecargaría los servicios administrativos y los órganos judiciales implicados. Tampoco la considera una previsión legal contraria al artículo 41 CE, sino perfectamente admisible dentro de la libertad del legislador en la articulación técnica del sistema de protección. La excepción prevista a dicha regla general, para los pensionistas que trabajen, se basa en la circunstancia jurídicamente relevante de la compatibilidad de la pensión con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, lo que justifica que el agravamiento o mejoría deba tener un reflejo inmediato en el grado de incapacidad reconocido.

### ÍNDICE:

1. LA REVISIÓN DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.
2. LOS FUNDAMENTOS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 143.2 LGSS.
3. LA CONTRIBUCIÓN LA STC 205/2011 A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
4. VALORACION DE LA STC 205/2011

### 1. LA REVISIÓN DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.

La revisión de actos declarativos del derecho a prestaciones de Seguridad Social –y el reintegro, que eventualmente pueda derivarse de aquélla- carece

de una regulación completa, coherente, clara y mínimamente uniforme<sup>1</sup>. De hecho, la regulación sustantiva o material de la institución está en una norma procesal, art. 146 LJS. Un régimen, además, parcialmente diferenciado del establecido con carácter general para todos los actos administrativos<sup>2</sup>. Y, aun dentro del ámbito de los actos de las entidades gestoras de la Seguridad Social, hay regímenes jurídicos diferenciados por prestaciones, como es el caso de las prestaciones de desempleo y las de incapacidad permanente. Una regulación, finalmente, muy diferente de la establecida en la LRJPAC, que distingue entre revisión de oficio, declaración judicial de lesividad mediante la impugnación del acto por la Administración ante el orden contencioso-administrativo y rectificación de errores materiales, mientras que la LJS distingue entre revisión de oficio e impugnación judicial—incluyendo los errores materiales en la revisión de oficio- y no acoge la distinción general entre revisión e impugnación judicial sobre los tipos de nulidad—revisión de oficio actos nulos e impugnación por lesividad de actos anulables-.

El artículo 146 LJS establece como regla general que las entidades gestoras o los servicios comunes no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios (no así la revisión a favor del beneficiario), debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente mediante la oportuna demanda. No obstante la regla—revisión judicial- se exceptúa en caso de error material o por omisión o inexactitud en sus declaraciones del beneficiario.

La revisión como técnica jurídica no opera sobre hechos o circunstancias nuevas, ya que se trata de una valoración distinta sobre la misma situación preexistente en el momento de dictarse el acto administrativo que se revisa, por tanto se sitúa más en el ámbito de la nulidad. En cambio, en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, siendo el TS quien ha asumido cierta labor clarificadora, distinguiendo los supuestos de revisión de los actos de extinción o suspensión de la prestación, siendo los actos de anulabilidad los que se enmarcan en el artículo 145 LPL—ahora 146 LJS-, según ha declarado el TS—STS de 10-10-2005 (Ar. 3290/2004).

Un supuesto realmente particular de revisión lo constituye el que se refiere a la revisión de la incapacidad permanente (art. 143 LGSS), donde se contempla la revisión por agravamiento, mejoría o error de diagnóstico. La revisión por agravamiento se considera un acto de gestión que tiene en cuenta una circunstancia nueva, por tanto, no constituye propiamente una revisión y

<sup>1</sup> En este sentido la caracterizan de “compleja e insuficiente”, analizando las relaciones entre LGSS, LRJPAC y LPL—hoy, LJS- Desdentado Bonete, A. y Murillo García, C.: *Los problemas generales de la acción protectora de la Seguridad Social en la unificación de doctrina.*, Aranzadi, 2009, pág. 197.

<sup>2</sup> LA LRJPAC, disposición adicional 6ª establece que la revisión de oficio de los actos administrativos de la Seguridad Social se regirá por lo dispuesto en la LPL—hoy LJS-.

lo mismo sucede con la mejoría. En cambio, el error de diagnóstico constituye propiamente un acto de revisión.

La configuración conceptual de la incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, comporta ciertamente una vocación de permanencia o inalterabilidad en la situación, sin embargo, no se excluye la posibilidad, aun improbable de una modificación. Así se aceptó en la histórica regulación del accidente de trabajo y se mantiene en la vigente LGSS (art. 143.2), aun conformándose como un supuesto excepcional –y al margen del supuesto contemplado en el artículo 131 bis, apartado 2, párrafo 2º LGSS-. Es por ello por lo que se regulan de forma expresa los supuestos en los que se permite la revisión: el agravamiento, la mejoría o el error, refiriéndose al límite temporal (plazo). En cambio, la Ley no regula el procedimiento de revisión, modificación, transformación de las prestaciones económicas, ni los efectos de las mismas, aspectos que remite a la norma reglamentaria (RD 300/1995 y RD 2.609/1982, de 24 de septiembre)).

Distinto de la revisión regulada en dicho precepto es el supuesto de suspensión del abono de la pensión por realización de una actividad laboral, en caso de incompatibilidad, contemplado para los supuestos de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, aunque no para el de incapacidad permanente total (art. 18 OM de 18 de enero de 1996)<sup>3</sup>.

Pero más allá de estas cuestiones conceptuales sobre la revisión, el problema que se plantea en la sentencia que aquí se analiza se refiere al plazo de la revisión del grado de incapacidad. La LGSS establece que toda resolución, ya sea inicial o de revisión (y ya tenga su origen en contingencias comunes o profesionales), por la que se reconozca una prestación de incapacidad permanente, y cualquiera que sea su grado, ha de indicar “el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante provisional, plazo que ha de quedar, además, motivado –aunque en este último aspecto, la motivación, la jurisprudencia hace una interpretación muy flexible-. Esto implica, en principio, que ni quiera la propia entidad gestora pueda proceder a la revisión *ante tempus*, ya que se estimaría extemporánea<sup>4</sup>. Y, finalmente, de forma implícita se establece un tope máximo para cualquier revisión que es el cumplimiento por el pensionista de la edad mínima de jubilación. La norma no establece en estos casos ningún plazo mínimo.

<sup>3</sup> Al respecto, el TS sostiene la necesidad de revisión judicial para proceder a la suspensión de la percepción en el caso de una pensión de incapacidad permanente total, al constituir propiamente una revisión. Vid. STS de 3 de mayo de 2005.

<sup>4</sup> Para una visión de la evolución jurisprudencial, vid. GARCÍA NINET, I.: “Revisión de oficio de sus actos por los órganos de la Seguridad Social. Alcance y límites. Un recorrido jurisprudencial por un laberinto; ¿Dónde está la salida?”, en AA.VV., *Aspectos complejos de la Seguridad Social*, CGPJ, 2001, pg. 408 y ss.

Esta regla está excepcionada en dos supuestos que contempla el mismo precepto (143.2 LGSS) en caso de error en diagnóstico y en caso de agravación o mejoría cuando el pensionista estuviera trabajando por cuenta propia o ajena. Y es sobre esta segunda excepción sobre la que versan las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por el TSJ de Cataluña al TC.

## **2. LOS FUNDAMENTOS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 143.2 LGSS**

El TSJ de Cataluña, plantea las dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con artículo 143.2 LGSS en cuanto el mismo comporta una prohibición para los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente que no desarrollen actividad laboral alguna por cuenta propia o ajena, puedan instar la revisión del grado de invalidez que les ha sido previamente reconocido, antes de que haya transcurrido el plazo fijado para la revisión en la resolución, en cuanto la misma puede resultar contraria a los artículos 14, 41, 43.1 y 2 y 49 de la Constitución.

Analizando precepto por precepto invocado, es el principio de igualdad y no discriminación el primero que se plantea y el que realmente entra a considerarse más detenidamente el TC. En efecto, la única excepción al plazo de revisión –y así lo entiende la jurisprudencia del TS de forma rígida- es la prevista para los pensionistas de incapacidad permanente que realicen cualquier trabajo por cuenta propia o ajena. Como señala el TJS de Cataluña, éstos tienen abierta la posibilidad de instar la revisión –que también puede producirse de oficio- en cualquier momento, mientras que en ningún caso puede producirse revisión antes del dicho plazo si se trata de un inactivo, diferencia que *“puede no ser respetuosa con el principio constitucional de igualdad ante la ley, en el sentido de que sea cual sea su situación física, queda vedada la posibilidad de éste de revisión anticipada, anterior al plazo fijado por el INSS, a aquellas personas discapacitadas que no desarrollen actividad laboral”*.

En segundo lugar, la supuesta vulneración del artículo 41 CE radicaría que la Seguridad Social a que se refiere dicho precepto tiene como finalidad el que *“quien se halle imposibilitado para atender a su propia subsistencia pueda acceder, si reúne los requisitos legales y reglamentarios, a las prestaciones correspondientes”*. Y en el caso planteado se trata de una persona incapacitada para llevar a cabo los trabajos básicos de su profesión habitual, por lo que recibe una pensión vitalicia en una cuantía reducida respecto de la base reguladora, dada la posibilidad jurídica de que el pensionista pueda completar sus ingresos mediante un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena. Pero, señala el TSJ, como la situación de minusvalía *“no es necesariamente estática,*

*aunque pueda presumirse su carácter irreversible, la evolución en su estado permitiría un cambio en la prestación, ya sea incrementándola, disminuyéndola o, incluso, suprimiéndola*". Es evidente, y así lo hace constar el Tribunal, que tampoco parece razonable una revisión continua del grado de incapacidad, por lo que es más que razonable, en aras de la seguridad jurídica y la eficiencia administrativa el que se establezca una permanencia mínima en el grado reconocido, pero la exigencia de desarrollar una actividad para poder anticiparse al plazo establecido para la revisión, puede, aun siendo justificado en algunos casos, no serlo, en opinión del TJS con carácter general. Y se refiere a la falta de justificación del tratamiento más favorable de quien percibe una pensión de IP y la completa con rentas del trabajo y, además, tiene la posibilidad de pedir la revisión si su estado se agrava, mientras que el pensionista de IP que no trabaja, además de tener que subsistir sólo con la pensión, no puede solicitar una revisión para incrementar la cuantía, aun cuando su situación se agrava y disminuyen sus posibilidades de inserción en el mercado laboral. Situación que puede ser aún más grave si el pensionista se encontrara por empeoramiento, en una situación próxima a la gran invalidez. Por ello, no sólo se vulneraría el artículo 14 CE sino también el artículo 41, que establece un sistema de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, ya que al no trabajar no puede acceder a superior pensión conforme a su agravamiento, cerrándole la ley la única posibilidad de revisión.

En tercer lugar, en lo que se refiere a la vulneración del artículo 43 CE, referido a la protección de la salud, el precepto legal cuestionado lo vulneraría en cuanto la persona, para poder acceder a una revisión "ante tempus" de su grado de invalidez, se vería obligada a trabajar, poniendo en riesgo su salud.

En cuarto y último lugar, el precepto, según el TSJ, vulneraría el artículo 49 CE en la medida en que este precepto impone a los poderes públicos la rehabilitación e integración de las personas con discapacidades "entre las que se encuentran, evidentemente, las personas declaradas en situación de incapacidad permanente total para el desempeño de su profesión habitual".

Del análisis de los fundamentos de los cuestionamientos de inconstitucionalidad se desprende que el núcleo de las mismas radica, realmente, en la supuesta vulneración del artículo 14CE, si bien, dicho principio se relacione con el derecho a la Seguridad Social, a la salud o la rehabilitación e integración de los minusválidos. Y es en el análisis de dicho precepto constitucional en relación con el artículo 143.2 LGSS en lo que se va a centrar realmente la Sentencia del TC.

Con respecto a los argumentos del Letrado de la Administración de la Seguridad Social, que sostuvo la constitucionalidad de precepto legal por entender que la diferencia de tratamiento legal responde a situaciones distintas, el TSJ consideró que dicha diferencia "no justifica un tratamiento jurídico de diversidad extrema cuando la situación de invalidez es idéntica y el hecho de

trabajar o no hacerlo es una decisión que en absoluto depende de la libre voluntad del trabajador, sujeto a su capacidad residual y a las especificidades de un mercado de trabajo...”. En cuanto al argumento dado por el Letrado de la Seguridad Social de que siempre cabe la impugnación del plazo para la revisión, para el TSJ, ello nada tiene que ver con la cuestión del si el precepto legal es o no constitucional, que, además, no elimina el plazo y supone una carga para el inválido. Sobre la no aplicación del plazo en supuestos de patología sobrevenida o no valorada en su día, que es otro de los argumentos del representante de la SS, el TSJ considera que ello se refiere a un supuesto distinto, ya que aquí se trata del agravamiento de la misma patología o enfermedad. Y, finalmente, considera el TSJ que el inicio de una actividad laboral normalmente será un indicio de cambio de capacidad, pero por mejoría, sin embargo, implícitamente, no es fácil que opere en caso de agravamiento, en los que la hipótesis de actividad laboral es más remota .

Las cuestiones de fondo que aquí se plantean tienen que ver con fines e intereses muy heterogéneos, además de la igualdad:

- el propio concepto de incapacidad permanente, que indica cierta estabilización de una situación, pero a la vez la admisión de que a partir de una misma patología se pueden producir cambios que afecten a la capacidad profesional (alteraciones funcionales como las técnicas protésicas o de readaptación o que los requerimientos funcionales de una actividad profesional avancen permitiendo la realización de la actividad aún con la misma limitación psíquica, física o funcional).
- la necesidad de combinar seguridad jurídica y adecuación a la realidad a través de una protección social adecuada
- los efectos distorsionantes en el adecuado y eficaz funcionamiento de la Administración de la Seguridad Social que puede generar la existencia de continuas solicitudes de revisión de forma indiscriminada
- la necesidad de un período de tiempo mínimo que permita valorar adecuadamente la existencia de mayores limitaciones en un grado más severo previsiblemente definitivo
- la eficiencia económica del Sistema, que no puede mantener una protección en situaciones en las que realmente no se dan los presupuestos legales para ello
- la equidad y justicia del Sistema, cuando su legitimidad puede quedar cuestionada al no proteger situaciones en las que procedería, sobreprotegiendo otras en las que no procedería.

Así pues, el precepto legal cuestionado aborda la difícil y compleja cuestión de responder a la necesidad y racionalidad de establecer un límite temporal (un plazo mínimo) para promover la revisión del grado de incapacidad. Y, a la vez, la racionalidad de establecer excepciones a dicha regla. Debiendo

tener presente que la LGSS se refiere a otros aspectos temporales de la revisión (además del analizado aquí), con los que se ha de relacionar necesariamente: la prohibición de revisión cuando el beneficiario alcanza la edad de jubilación, la inexistencia de límites mínimo ni máximo a la revisión en los supuestos de error de diagnóstico y la revisión por producirse una contingencia distinta e independiente de la que motivó la incapacidad permanente original, en la que tampoco hay plazo. Y, finalmente, tampoco vincula el plazo cuando aparezcan nuevas patologías distintas de las que se tuvieron en consideración al efectuar la declaración inicial.

### **3. LA CONTRIBUCIÓN DE LA STC 205/2011 A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Se parte del presupuesto de que el artículo 41 CE deja amplia libertad al legislador en orden a establecer plazos mínimos para la revisión del grado de invalidez reconocido, lo cual, por otro lado, responde a unas exigencias mínimas de racionalidad administrativa y de seguridad jurídica. Y es que la cuestión de inconstitucionalidad se limita exclusivamente a la excepción que el artículo 143.2 establece para los pensionistas que estén ejerciendo una actividad laboral, que no tendrán que someterse a dicho plazo, lo cual es considerado por el TSJ de Cataluña como una excepción injustificada y carente de fundamento respetuosa con los derechos fundamentales, en cuanto impide la revisión anticipada al plazo fijado por la entidad gestora a aquellos pensionistas que no desarrollen actividad laboral, sea cual sea su citación física. Todo ello podría vulnerar, siguiendo el planteamiento del TSJ, también los artículos 41, 43 y 49 CE.

Esta problemática, aunque pudiera pensarse lo contrario, en realidad no había sido tratada con anterioridad por el TC. En efecto, el TC se ha referido a la constitucionalidad de este precepto legal, en cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por dos Juzgados de lo Social, rechazando su inconstitucionalidad (SSTC 197/2003, de 30 de octubre y 78/2004, de 29 de abril), en las que rechazó que el art. 143.2 LGSS fuera contrario a los artículos 9.2, 14 y 41. Pero, a parte de que se invocaron preceptos constitucionales parcialmente diferentes, el núcleo duro de la cuestión resuelta en aquéllas sentencias reside, en el análisis de la conformidad de aquél precepto legal con el artículo 14 en conexión con el art. 41, ambos de la Constitución, en relación con la edad de jubilación (momento a partir del cual se prohíbe la revisión). Como se ha señalado, el artículo 143 LGSS prohíbe la revisión, por agravación o por mejoría, una vez cumplida la edad legal de jubilación. En cambio, en la sentencia aquí

analizada la distinción legal cuestionada se refiere a la que se hace entre los beneficiarios que trabajan y los que no, pudiendo los primeros acceder a la revisión en todo momento, mientras que los segundos han de esperar al plazo establecido en la resolución de reconocimiento del derecho.

Para abordar la cuestión, el TC parte de recordar (fj 3º) lo fundamental de su doctrina sobre el principio de igualdad y no discriminación, a partir de la STC 22/1981, de 2 de julio, que recoge, a su vez, la doctrina del TEDH. Básicamente, que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin una justificación objetiva y razonable para ello. El principio de igualdad exige, por regla general, que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Y es que el principio de igualdad prohíbe desigualdades artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos o razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Y, finalmente, para que la diferencia de trato sea aceptable, es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de forma que se eviten resultados excesivamente gravosos (STC 200/2001).

Lo que prohíbe la Constitución es que se dé relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no puedan ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurriría en arbitrariedad y por eso es discriminatoria (STC 125/2003).

Más específicamente, también se trae a colación la propia doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad en relación con las prestaciones de la Seguridad Social, concretamente la sintetizada en la STC 197/2003, de 30 de octubre, según la que “el artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule... el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento”. Tampoco obliga al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idé-

ticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos, ni a la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987). Y la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos, con ser deseable, según el TC, “cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico ni vulnera el principio de igualdad” (SSTC 103/1984 y 27/1988).

En segundo lugar (f.j4), el TC examina si en los supuestos de hecho a portados por el TSJ se da la identidad que todo juicio de igualdad requiere. Se trata en este caso del diferente tratamiento jurídico en orden a la revisión del grado de incapacidad de dos personas, ambos pensionistas de invalidez permanente, del nivel contributivo, una de las cuales no ejerce ninguna actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia, mientras que la otra sí la ejerce. Según el precepto legal, la primera solo puede acceder a la revisión de su grado una vez transcurrido el plazo mínimo establecido en la resolución, mientras que el segundo puede instarla en cualquier momento. Se da pues la identidad de supuestos.

Posteriormente y con el objeto de analizar si el hecho de que estas personas trabajen o no “posee relevancia jurídica para justificar la diferenciación establecida, desde la perspectiva del sentido y alcance la regulación jurídica del sistema de protección de la incapacidad”, el TC pasa a identificar los elementos esenciales conformadores de la regulación de la IP, para lo que procede (f.j5º) a recoger lo dispuesto en los artículos 137.1, 139, 141 y 143.2 LGSS, repaso que aprovecha el TC para recordar que la IP tiene en la LGSS un “marcado carácter profesional”, en el sentido de que lo que se protege es la disminución o anulación de la capacidad del sujeto protegido para desempeñar un trabajo por cuenta propia por cuenta propia o ajena, mediante unas prestaciones económicas sustitutivas de las rentas salariales que el trabajador ha dejado de percibir como consecuencia de la lesión o que se ve imposibilitado o dificultado para llegar a percibir. Por tanto, acertadamente, razona el TC, estas prestaciones varían en su contenido y cuantía en función del grado de disminución que las lesiones sufridas por el trabajador determinan en su capacidad profesional, lo que exige necesariamente la posibilidad de revisión por agravación o mejoría del estado invalidante.

Por todo lo anterior el TC (f.j6º) considera que “puede aceptarse, inicialmente, que dicha actividad laboral sea tomada en consideración por el legislador a diferentes efectos para configurar un régimen jurídico de protección diferenciado” para unos –los que trabajan- y otros –los que no trabajan-. Además, la revisión no sólo puede serlo por mejoría sino también por agravación, comportando una rebaja o una mejora de la cuantía de la prestación (o incluso, la supresión); y, de otro lado, la excepción legal contempla la revisión de oficio o a instancia del interesado por la Entidad Gestora. De ello se desprende, y esta

es una primera conclusión, que del tratamiento legal no se desprende necesariamente y en todo caso un tratamiento más favorable para los pensionistas que trabajan respecto de los que no. Y, de la misma manera, la imposibilidad de instar la revisión antes del plazo de los pensionistas que no trabajan, actúa como un límite no solo para el pensionista sino también de las facultades de revisión de oficio de la entidad gestora. Por ello es necesario considerar el alcance íntegro del precepto legal y no sólo de una de las hipótesis.

Sobre la justificación de la diferencia de tratamiento, el TC comienza sentando un criterio no discutido en ningún momento: que el establecimiento de un plazo mínimo para la revisión es plenamente razonable, en cuanto las resoluciones firmes del grado de incapacidad han de tener cierta estabilidad temporal, impidiendo la revisión permanente, ilimitada e incondicionada, sobrecargando a órganos administrativos y judiciales. Además, y sin perjuicio de que el plazo de revisión puede ser objeto de recurso por el interesado siempre, “un plazo razonable de revisión, ajustado a las características del proceso invalidante, puede constituir así una exigencia de seguridad jurídica y de respeto a la legítima confianza en la estabilidad de los efectos de una declaración administrativa firme” (f.j. 7º)

También alude el TC a la libertad de legislador en la configuración del régimen de Seguridad Social, al referirse a que, ciertamente las lesiones pueden experimentar una evolución distinta de la prevista, lo que puede generar retrasos en el agravamiento o mejoría y su traducción a efectos prestacionales, por lo que un sistema que permitiera trasladar de manera automática las evoluciones experimentadas por el estado de incapacidad del trabajador a la declaración administrativa del grado de invalidez salvaguardaría en mayor medida el interés patrimonial tanto del trabajador incapacitado como de la Entidad Gestora. Pero para el TC, que ello sea así, no implica que sea inconstitucional una opción legal diferente, pues corresponde al legislador determinar el grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales y articular técnicamente los sistemas de protección destinados a su cobertura. Lo que lleva al TC a declarar que “no se deriva de la Constitución un derecho del pensionista a la revisión automática de su grado de invalidez, de manera que el grado reconocido recoja de manera inmediata y sin ningún plazo de demora cualquier variación en el estado invalidante”, sino que tal cuestión forma parte del ámbito de la libertad del legislador para la articulación técnica del sistema de protección.

Una vez afirmada la justificación de la regla general –limitación temporal de la facultad de instar la revisión- y su compatibilidad con el art. 41 CE, el TC entra en la cuestión de si la excepción a dicha regla para los pensionistas que no trabajan tiene o no una justificación objetiva y razonable o vulnera el derecho a la igualdad en la ley (f.j. 8). Y en este sentido el TC “la situación de

una persona que compatibiliza el trabajo por cuenta propia o ajena con la percepción de una pensión pública que tiene como finalidad esencial la cobertura económica de situaciones de disminución o anulación de la capacidad laboral constituye, en si misma, una singularidad susceptible de justificar una previsión legal en orden a establecer una posibilidad de control permanente y no sujeta a plazos, de manera que se garantice en todo momento la adecuación de la pensión reconocida y la capacidad real de trabajar”. Y ello tanto en la hipótesis de mejoría de IP Total a la plena recuperación de capacidad laboral o de IP absoluta a total, lo que utiliza la entidad gestora para la tutela de los fondos públicos, y no parece una regulación carente de sentido, que se pueda proceder a un ajuste más inmediato en el supuesto de que el beneficiario trabaje, puesto que el beneficiario cuenta con otros ingresos procedentes del trabajo. En el caso del agravamiento, la cuestión resulta, según el TC, aún más clara, ya que el mismo comportará una incompatibilidad “prácticamente cierta entre el trabajo que se está desempeñando y las capacidades anatómicas o funcionales del trabajador resultantes de la agravación”. Y es que el TC parte de considerar que el grado de incapacidad agravado imposibilitará para la realización de todo trabajo, por lo que entraría en juego la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el artículo 49.1 c) del ET y se produciría una nueva pérdida de rentas salariales cuya compensación sólo puede lograrse mediante el incremento de la pensión con la revisión del grado de incapacidad. En cambio estas circunstancias no concurren en el caso del pensionista que no trabaja, ni tiene que dejar un trabajo como consecuencia del agravamiento de su incapacidad, ni ve mermados por ello los ingresos que hasta la fecha venía percibiendo y aunque tiene derecho a la revisión para que se refleje adecuadamente su estado agravado, ello no tiene por qué realizarse de forma inmediata sino que admite plazos razonables de revisión, a diferencia del supuesto del pensionista que trabaja.

En definitiva, la diferencia de tratamiento en la LGSS se basa en la toma en consideración de una circunstancia jurídicamente relevante (que el pensionista compatibilice la pensión con el ejercicio de una actividad laboral), en cuyo caso ello debe tener un reflejo inmediato en el grado reconocido, a diferencia de los supuestos en que no concurre dicha circunstancia. En la medida en que éstos últimos pueden instar la revisión, aun sometidos a un plazo que se fija en base a criterios técnicos y, además susceptibles de revisión judicial, no puede considerarse una diferenciación desproporcionada desde el punto de vista de la finalidad perseguida, ni de su resultado excesivamente gravoso o desmedido. Por lo que concluye que es una diferenciación lícita.

Y, finalmente, en cuanto a la vulneración de los artículos 43 y 49 CE, el TC señala que el órgano judicial ha hecho una interpretación del precepto que no se corresponde con su sentido lógico, ya que el artículo 143.2 LGSS no impone a los pensionistas de IP que no trabajen la obligación de trabajar

para poder acceder a la revisión del grado sino que les impone la necesidad de esperar para ello un período de tiempo determinado. Por tanto, sólo se limita la facultad de instar la revisión en cualquier momento, lo cual está justificado y es conforme a la CE y el modelo legal ha adoptado un sistema que combina seguridad jurídica, racionalidad y eficacia con la debida protección de la situación de necesidad, sin que sea constitucionalmente exigible a partir del artículo 41 CE, un derecho de revisión automático e inmediato.

#### **4. VALORACION DE LA STC 205/2011**

Una vez analizada la doctrina constitucional sentada en la Sentencia aquí analizada –STC 205/2011–, se puede concluir que, el TC no ha introducido innovación alguna en su ya tradicional jurisprudencia general sobre el principio de igualdad y las exigencias constitucionales de las diferencias de tratamiento. En cuanto a la proyección de la misma doctrina sobre el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social, se puede llegar a la misma conclusión, lo que varía es únicamente el ámbito sobre el que es aplicada. Hasta ahora el TC lo ha aplicado a cuestiones como el género, el estado civil, la edad o el diferente régimen jurídico de Seguridad Social (Régimen General/Regímenes Especiales), mientras que en esta ocasión procede a su proyección sobre la revisión y la diferencia de tratamiento temporal basada en que el sujeto protegido realice o no una actividad laboral por cuenta propia o por cuenta ajena.

En la aplicación de su propia doctrina a la temática planteada en estas cuestiones de inconstitucionalidad, el TC no hace variación alguna, ni introduce realmente matices nuevos, sin embargo, sí se pueden resaltar algunas cuestiones, unas ya bien conocidas y otras más novedosas en el cuerpo de jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social:

- el legislador goza de amplio margen de libertad en la configuración del régimen de Seguridad Social
- la incapacidad permanente, en su nivel contributivo, es un concepto netamente profesional, que tiene como referencia la capacidad de trabajo y su disminución
- el texto constitucional no garantiza un derecho a una revisión automática e inmediata
- es conforme al texto constitucional el someter a un plazo la facultad de instar la revisión del grado de incapacidad tanto por razones de seguridad jurídica como por imperativos de racionalidad y eficacia
- el que exista un procedimiento para la revisión del grado de incapacidad sometido a unos plazos mínimos para instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante, no excluye que el mismo se pueda

excepcionar en determinados supuestos, siempre que haya una razón objetiva, razonable y proporcionada para dicha diferenciación

- el compatibilizar o no la pensión con el trabajo es una circunstancia jurídicamente relevante en relación con la revisión, que puede justificar la necesidad de una más inmediata revisión

En definitiva, se trata de una sentencia que avanza un paso más en la construcción de una doctrina sobre el principio de igualdad en el ámbito de la Seguridad Social y sobre la que si alguna observación crítica cabe hacer es la falta de un más detenido análisis, precisamente, de la compatibilidad entre trabajo y pensión de IP, sobre todo porque, como es sabido, el mismo es compatible, en extremo, incluso con el grado de gran invalidez, lo cual, comportaría, al menos, una mayor matización por parte del TC, ya que un agravamiento no siempre comporta la pérdida del empleo ni la extinción del contrato de trabajo como parece presuponer la sentencia; y una mejoría, no comporta necesariamente el acceso al mercado de trabajo. Y al respecto es muy ilustrativa la polémica Sentencia del TS de 30 de enero de 2008, precisamente contra una STSJ de Cataluña, en la que se admite la posibilidad de trabajar por cuenta ajena y a jornada completa y la percepción de una pensión de gran invalidez<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Vid. un comentario de esta Sentencia, Olarte Encabo, S.: “Gran invalidez y derecho al trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social”, TL, nº 98, 2009.

## **TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. EL CASO DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

*STJCE de 19 de abril de 2012. Petición de decisión prejudicial, asunto  
C-415/10*

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Esta petición de decisión prejudicial que se plantea al Tribunal versa sobre la interpretación del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea en relación con las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo Europeos, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

El conflicto se centra en el sistema de garantías judiciales y administrativas que el Estado alemán debe proporcionar a sus ciudadanos, a través de la transposición de esta normativa comunitaria, de manera que se le permita obtener los indicios y medios de prueba suficientes para poder iniciar un procedimiento de reclamación por discriminación en base al Derecho de la Unión Europea.

En este caso concreto esto se va a traducir en el alcance que debe tener el Derecho de Información de los participantes en un proceso de selección para un puesto de trabajo en una empresa privada, que no han sido seleccionados, de manera que puedan conocer los expedientes y méritos del resto de participantes, a los efectos de poder estructurar sus reclamaciones administrativas y judiciales oportunas, obviando con ello los derechos que puedan asistir a esos otros participantes que sí han sido seleccionados. Todo ello con amparo en la normativa comunitaria que protege el principio de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades.

La Sra. Meister nació el 7 de septiembre de 1961 y es de origen ruso. Ostenta un diploma ruso de Ingeniero técnico de sistemas equivalente a un diploma alemán de igual característica pues así lo ha reconocido un Centro de Enseñanza Profesional alemán. La empresa Speech Desing publica un anuncio en la prensa para la contratación de un desarrollador de programas informáticos

\* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

con experiencia. A esta oferta de empleo se presenta la interesada a través de una candidatura el 5 de octubre de 2006 a la cual la empresa responde el 11 del mismo mes de forma negativa, sin que se la hubiera convocado para la entrevista personal. Unos días después el mismo anuncio vuelve a salir en prensa, lo que provoca que la interesada vuelva a presentar su candidatura (19 de octubre de 2006) volviendo a ser desestimada sin ser convocada a la entrevista personal y sin alegar motivación alguna. Esta situación provoca que la interesada inicie un procedimiento judicial por discriminación por motivos basados en el sexo, edad y origen étnico de la interesada. En su demanda reclama una indemnización por los daños causados y que se le presente el expediente del candidato que finalmente fue seleccionado, lo que le permitiría demostrar que está más cualificada que él.

La normativa alemana sobre igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) (en adelante AGG) en su artículo 22, establece la necesidad de aportar indicios para poder reclamar por motivos de discriminación, a partir de dichos indicios será la parte demandada la que deberá probar la ausencia de discriminación, no pudiendo proseguir la reclamación judicial o administrativa sin la aportación de dichos indicios. La discusión que se produce en este litigio es si dichos indicios pueden obtenerse a través de un supuesto Derecho de Información en sentido amplio que tienen los participantes en el proceso de selección, de manera que pueden conocer, principalmente los no seleccionados, los expedientes, méritos y demás información de todas las personas participantes en dichos procesos, y si dicho Derecho de Información está amparado en la normativa comunitaria que protege el Derecho de Igualdad de trato en sus diferentes variantes.

**RESUMEN:** La Sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 19 de abril de 2012, considera que la normativa europea sobre igualdad de trato no ampara el derecho de información de una candidata en un proceso de selección de personal para un puesto de trabajo, la cual no fue seleccionada, a los efectos de poder obtener indicios que sustenten el proceso judicial e invertir con ello la carga de la prueba, de manera que sea la parte demandada la que deba demostrar la ausencia de discriminación.

## ÍNDICE

1. PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LAS TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
2. EL CASO DE LA NORMA ALEMANA
3. EL CASO CONCRETO
4. CONCLUSIÓN

## 1. PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LAS TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los párrafos segundo y tercero del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea establecen que los Estados miembros “adoptarán todas las medidas ge-

nerales y particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión” y “se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”, también los perseguidos por el Derecho Comunitario Derivado. Nos estamos refiriendo al Derecho de Igualdad de trato y de Igualdad de oportunidades desarrollado ampliamente por diversas Directivas comunitarias<sup>1</sup>.

Estas Directivas comunitarias son por una parte la Directiva 2000/43, sobre discriminación por motivos de origen racial o étnico, que en su vigésimo primer considerando establece que “las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando exista a primera vista un caso de presunta discriminación. Para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, la carga de la prueba debe recaer en la parte demandada cuando se aporten indicios de dicha discriminación”.

El artículo 7 de esta misma Directiva señala que “Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales y administrativos, e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva, para todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación”. El artículo 8 de esta norma se refiere a la carga de la prueba que recae en la parte demandada siempre que la parte demandante alegue ante el tribunal u órgano administrativo competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, sin perjuicio, señala la Directiva, de que los Estados miembros “adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante”.

Por su parte la Directiva 2000/78, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece en su considerando trigésimo primero que “las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte de demandada. No obstante, no

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2011, El Dridi, asunto C-61/11; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de julio de 2011, Kelly, asunto C-04/11. También resulta importante la STJCE de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07 donde se juzga a un empleador que había manifestado públicamente no querer contratar a “extranjeros” como reparadores e instaladores de puertas basculantes a causa de las reticencias de la clientela a permitirles acceder a su domicilio privado. En este caso el TJCE sí considero que esas declaraciones públicas del empleador disuadían firmemente a determinados candidatos de solicitar empleos y esto bastaba para presumir una política de contratación directamente discriminatoria en el sentido del artículo 8.1 de la Directiva 2000/43 y por ello le traslada al empleador la carga de la prueba de no haber vulnerado el principio de igualdad de trato.

corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual”. El artículo 3 de esta norma a la hora de fijar su campo de aplicación funcional señala que se aplicará a todas las personas en relación con las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación.

En los artículos 9 y 10 de esta Directiva se vuelve a señalar la necesidad de que existan procedimientos judiciales, administrativos e incluso de conciliación efectivos y que la carga de la prueba recaerá en el demandado a partir de los indicios que presente el demandante.

Y por último tendríamos, la Directiva del año 2006 sobre igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, reitera lo establecido por las normas precedentes.

En este contexto normativo podemos afirmar pues que los Estados miembros al transponer el Derecho Europeo deben aprobar normas nacionales que garanticen el principio de igualdad de trato e igualdad de oportunidades, estableciendo para ello una serie de garantías judiciales y administrativas basadas en el hecho de que la carga de la prueba, en los supuestos de presunta discriminación, recaiga en la parte demandada debiendo para ello, la parte demandante aportar indicios o pruebas de esa discriminación directa o indirecta. Lo que también establece el Derecho Europeo vigente es la posibilidad de que los Estados miembros prevean un régimen jurídico más favorable para el demandante en cuanto a esa aportación de indicios<sup>2</sup>.

## 2. EL CASO DE LA NORMA ALEMANA

En el caso de la República Federal de Alemania y a través de su Ley General sobre igualdad de trato (AGG) se prohíbe toda discriminación basada en la raza o el origen étnico, el sexo, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la identidad sexual. En esta norma además se contemplan los conceptos de discriminación directa e indirecta tal y como han sido definidos en el Derecho de la Unión Europea.

Dentro de su ámbito subjetivo, el artículo 6 de esta norma, incluye a los trabajadores y entre ellos a las personas candidatas a un empleo. Para los su-

<sup>2</sup> Existe abundante doctrina al respecto Cruz Villalón, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona 1997. Asimismo, puede consultarse Azkarate- Askasua Albeniz. A.C. *Mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*. Colección Tesis Doctorales, IVAP, Bilbao, 1997. Ballester Pastor, A. “La propuesta de reforma de la Directiva 76/207: Evolución y adaptación del principio de no discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”. *Temas Laborales*, nº 59, 2001, págs. 221-242.

puestos en los cuales se produzca discriminación, el artículo 15.2 de la AGG cuantifica una serie de indemnizaciones señalando que el “trabajador puede reclamar una indemnización por un daño de naturaleza no económica. En caso de no ser contratado, la indemnización no puede exceder de tres mensualidades de salario cuando el trabajador no haya sido contratado, incluso en caso de selección no discriminatoria”.

Por tanto, la propia norma alemana prevé supuestos de selección no discriminatoria y cuantifica la indemnización que en estos casos correspondería aplicar.

Ahora bien, el artículo 22 de la norma nacional y en cuanto a la carga de la prueba reproduce el sistema europeo, de manera que si bien señala que la misma recae en la parte demandada esto es a partir de los indicios que presente la parte demandante.

### 3. EL CASO CONCRETO

El supuesto que se enjuicia en esta sentencia, y resultando que la normativa alemana no ha mejorado la regulación europea sobre los indicios y la carga de la prueba respecto a la parte demandante y demandada, y por tanto es preciso aportar dichos indicios por la parte demandante, podemos afirmar, que la obtención de dichos indicios corresponde a la Sra Meister no pudiendo trasladar dicha carga indiciaria a la parte contraria.

Esto significa que de la normativa europea que hemos analizado sobre igualdad de trato y de oportunidades, así como de la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no puede deducirse un “derecho de información general” a favor de una persona que se considere perjudicada por la inobservancia, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, no existe ese derecho específico a acceder a información para que le sea posible acreditar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, esta denegación de información, considera el Tribunal, no frustra el objetivo de la normativa comunitaria sobre igualdad de trato.

En el caso concreto que se juzga, corresponde al Tribunal nacional remitente, en este caso el alemán, garantizar que esa denegación de información por parte de la empresa Speech Desing, no frustra los objetivos de las Directivas comunitarias que hemos mencionado en este texto. Es el Derecho nacional el que puede mejorar la regulación europea incluso considerando que la discriminación indirecta pueda acreditarse a través de pruebas estadísticas.

Pero al margen de esto, los artículos 8.1 de la Directiva 2000/43; el artículo 10.1 de la Directiva 2000/78 y 19.1 de la Directiva 2006/54, deben interpretarse en el sentido de que no prevén el derecho de un trabajador que

alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada de acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato. Esto conculcaría los derechos de privacidad de esos otros candidatos

Sin embargo, no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Será el tribunal que remite el caso el que deba verificar si así sucede tomando en consideración para ello todas las circunstancias del litigio, es decir, será el juez nacional el que deba valorar en cada caso si existen otros medios para aportar indicios que sean compatibles con los derechos del resto de participantes en el proceso de selección, no vulnerando con ello ningún derecho fundamental. Queda además a la libertad de los Estados miembros mejorar la regulación europea sobre la carga de la prueba en cuanto al régimen aplicable a la parte demandante.

#### 4. CONCLUSIÓN

Podemos afirmar que el régimen jurídico de la carga de la prueba en los supuestos de discriminación directa e indirecta no ha sufrido cambios entre la regulación contenida en la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y la normativa posterior. El legislador europeo ha tenido varias ocasiones legislativas posteriores<sup>3</sup> para realizar cambios y sin embargo, ha mantenido el mismo régimen jurídico dejando abierta la posibilidad de que sean los Estados miembros los que incorporen alguna mejora para la parte demandante, pudiendo llegar a considerar que la aportación de indicios, en algunos supuestos, les resulta difícil. Esto se corresponde con el principio de subsidiariedad y el principio de complementariedad propios del Derecho Europeo de manera que en una materia en la cual la competencia es compartida entre las Instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros ambos establezcan su parte de regulación, pudiendo los Estados mejorar la regulación comunitaria bien vía legal bien vía convencional.

A pesar de no haber cambiado la regulación europea, lo que también podemos afirmar es que en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo la carga de la prueba no es una cuestión baladí, es algo fundamental

<sup>3</sup> Nos referimos a las diferentes normas sobre igualdad de trato y de oportunidades aprobadas a partir de 1997. Directivas 2000/43; 2000/78 y 2006/54.

para el derecho a la tutela judicial efectiva ya que según sean las reglas de distribución de esa carga de la prueba dicho derecho estará configurado de una u otra forma, siendo el elemento probatorio el que determina el resultado final.



## EL CONTROL EMPRESARIAL SOBRE EL USO DE LOS EQUIPOS INFORMÁTICOS Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 octubre 2011*

ESTHER CARRIZOSA PRIETO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El pronunciamiento analiza el despido de una trabajadora por desobediencia, falta de rendimiento e infracción de la buena fe contractual. La trabajadora realizaba su prestación de servicios, encuadrada en la categoría profesional de oficial de primera administrativa, para la empresa ANNALIGIA, S. A. que, junto a CONFECCIONES REVIC, S. A., NUIT MAGIQUE, S. A. y LINGERIE DE NUIT, S. L., forma un grupo de empresas dedicadas a la confección de prendas de vestir y accesorios.

El día 23 de enero de 2009 la dirección de la empresa notificó a todo el personal la prohibición de utilizar cualquier medio productivo (ordenador, móviles o internet) para asuntos personales no relacionados con la prestación de servicios. La advertencia se hizo después de haberse averiguado (por medios que no se mencionan) que algunos trabajadores estaban utilizando los ordenadores para asuntos propios, concretamente, varios de ellos hacían uso de un chat para comentar temas no relacionados con el trabajo. Días después de haber realizado esa comunicación, la empresa decidió comprobar el efecto que había tenido, monitorizando a dos trabajadoras que presentaban “*un rendimiento y conductas sospechosas*”. Dichos controles revelaron que la trabajadora despedida había visitado, durante el tiempo de trabajo y desobedeciendo las órdenes recibidas, páginas de Internet relativas a venta de artículos de segunda mano, agencias de viajes, páginas de ofertas de empleo, etc. Además, realizó otro tipo de conductas que, aun estando relacionadas con su trabajo, excedían de sus funciones. Dichas conductas consistieron en el escaneo de direcciones de catálogos de proveedores de la empresa Mactradisa S. L., búsqueda de datos de proveedores y productos que posteriormente eran enviados por e-mail a terceras personas e incluso remisión de fotos de la colección actual de manteletas (cales) a otra dirección de e-mail.

La monitorización se realizó instalando un *software* con objeto de captar las pantallas a las que accedía la trabajadora para su posterior visualización.

\* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Trabajo elaborado en el marco del Proyecto “La protección jurídica de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación: Un análisis interdisciplinar” (SEJ-6735), Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, Junta de Andalucía.

La instalación del *software* se hizo después de concluir la jornada y, por tanto, sin contar con la presencia ni conocimiento de la trabajadora. El sistema instalado permitía observar lo que la usuaria veía y la captación de pantallas para su posterior visualización, aunque no facilitaba el acceso a los archivos del ordenador, protegidos por la contraseña de la usuaria. El 13 de febrero de 2009 se procedió a visualizar el proceso de monitorización del ordenador de la demandante, hallándose presente ésta, un delegado sindical (CC.OO) de la empresa codemandada Confecciones Revic, S. A., por ausencia del delegado de personal de Annaligia S. A., y dos trabajadores; todos ellos firmantes, con excepción de la demandante, del acta en que constaba que: desde el día 28 de enero se observa que hay visitas a diferentes páginas webs no relacionadas con la actividad de la empresa (webs de segunda mano, páginas de reserva de billetes, infojobs, etc.). Además de estas cuestiones, la trabajadora ha enviado a su propio correo y al de terceros los diseños de manteletas de 2009, materias de las que se encarga otra trabajadora que, al ser requerida sobre este asunto, manifestó claramente que no la había autorizado para efectuar dichos envíos, destacando que las referidas manteletas constituían el producto más nuevo de la colección y, en consecuencia, el más valioso para la empresa. También se constata la existencia de pantallas que demuestran el envío a terceros de los datos del proveedor de mamparas de duchas y sus precios, en las que figuran clientes de España y otros países, como China; pantallas sobre envío a terceros de datos de proveedores de iluminación y de sanitarios; pantalla sobre envío a terceros de datos del proveedor de muebles de jardín; y, por último, pantallas sobre envío a terceros de imágenes escaneadas de contraportadas de otros proveedores de iluminación con sus datos de contacto.

Ante el despido efectuado, la trabajadora presentó demanda ante la jurisdicción social el 25 de marzo de 2009. La St. de 18 de enero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia declaró la procedencia del despido al entender que la prueba para acreditar la causa se había obtenido de forma lícita, a pesar de que el *software* se instaló sin darlo a conocer expresamente a la trabajadora. Entiende el pronunciamiento que la comunicación se efectuó implícitamente al existir previamente una prohibición absoluta de usar el ordenador para fines ajenos a la actividad laboral y que el mecanismo de control implantado era un sistema poco agresivo que no invadía la intimidad de la trabajadora, toda vez que la contraseña privada impedía el acceso a sus archivos.

La trabajadora presentó recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que, a través de la STSJ de 28 de septiembre de 2010 (AS 2011, 47), lo desestimó. Ante ello, se presenta recurso de casación para unificación de doctrina en base a dos motivos de contradicción: respecto del alcance y la forma del control empresarial

sobre el uso del ordenador por la trabajadora, invocando como sentencia de contraste la dictada por el TSJ Cantabria de 18 enero de 2007 (AS 2001/1030); y en relación con la gravedad de la falta imputada, para el que alega la STSJ Madrid, de 12 de enero de 2010 (AS 2010/1230).

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo (STS 6.1.2011, RJ 2011\7699) admite el recurso de casación y declara que el despido producido no ha lesionado el derecho a la intimidad de la trabajadora puesto que existía una prohibición específica de utilizar los medios de la empresa (teléfono, correo e internet) para uso personal por parte de los trabajadores. Existiendo una prohibición de este tenor, la utilización con esa finalidad no puede quedar protegida y amparada por el ejercicio del derecho a la intimidad.

### **ÍNDICE:**

1. LA DOCTRINA SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SENO DE LAS ORGANIZACIONES PRODUCTIVAS
2. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA COMO GARANTE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL SUPUESTO CONCRETO
4. CONCLUSIONES

Los estudios realizados sobre la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de las organizaciones productivas son ya muy numerosos; sin embargo, no dejan de plantearse supuestos conflictivos, supuestos que debieran obtener una respuesta algo más elaborada que la ofrecida por la sentencia analizada. La solución dada en este pronunciamiento sorprende especialmente, primero, porque existe en nuestro entorno jurídico más inmediato sólidas doctrinas jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad tanto a nivel nacional, con las aportaciones realizadas por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), como a nivel internacional, con las importantes contribuciones realizadas por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante, TEDH); y segundo, porque la propia STS de 6 octubre 2011 (RJ 2011\7699) constituye un ruptura con la que venía siendo la doctrina sostenida por el propio TS, circunstancia que motiva un voto particular al que se adhieren cuatro magistrados. Analizaremos estas construcciones en los siguientes apartados para poder determinar en último lugar cuáles son las grandes divergencias que aparecen en el supuesto examinado.

## **1. LA DOCTRINA SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SENO DE LAS ORGANIZACIONES PRODUCTIVAS**

Hace ya más de 30 años que el Tribunal Constitucional asumió el papel de garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, desde sus primeras incursiones en el ámbito de las relaciones laborales, la cuestión de la vigencia

de los derechos fundamentales en el seno de las organizaciones productivas ha sido una constante en su encomiable labor. La asunción de esta importante responsabilidad desde sus primeras sentencias (recordemos que algunas de ellas fueron la STC 11/1981, de 11 de abril, sobre el derecho de huelga y la STC 38/1981, de 23 de noviembre, sobre el derecho de libertad sindical) ha provocado que, a día de hoy, exista una importante y consolidada doctrina constitucional que reconoce la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado y, más concretamente, en el ámbito de la relación de trabajo.

Podríamos decir, con objeto de no ampliar en exceso esta parte de la aportación, que, en cuanto al sistema de tutela, el TC diferencia entre derechos fundamentales específicos (derecho de huelga, negociación y sindicación) y derechos fundamentales inespecíficos (derecho a la igualdad y no discriminación, derecho al honor, a la libertad de expresión, a la propia imagen, a la intimidad, etc.)<sup>1</sup>. Respecto de todos en general se ha dicho, a modo de declaración que, sin duda, ha pasado a la posteridad que *“la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano [...] Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de Empresa, que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”*<sup>2</sup>.

No obstante, ello no significa que los derechos de los ciudadanos trabajadores prevalezcan sobre los poderes empresariales en todos los supuestos de confrontación; muy al contrario, el Tribunal acepta una vigencia relativa y condicionada de forma que cederán ante los intereses empresariales cuando estos estén justificados y siempre que la injerencia en el derecho fundamental se produzca respetando el principio de proporcionalidad<sup>3</sup>. El principio, que encauza jurídicamente las exigencias a la justificación de la medida empresarial, se concreta en que la *“medida empresarial sea susceptible de conseguir*

<sup>1</sup> La doctrina diferencia, en virtud del posible ámbito de ejercicio, entre derechos constitucionales específicamente laborales, cuyos titulares son los trabajadores, empresarios o sus representantes como sujetos de la relación laboral, ámbito propio y exclusivo de su ejercicio, y derechos constitucionales laborales inespecíficos, que además de otros titulares y otros ámbitos de ejercicio pueden ser ejercitados por los trabajadores y empresarios en el ámbito de la relación laboral, por lo que adquieren una dimensión laboral sobrevenida (Palomeque López, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1991, págs. 23 y ss.).

<sup>2</sup> STC 88/1985, de 19 de julio (F. J. 2º).

<sup>3</sup> Sobre este principio y su aplicación en el ámbito laboral, Carrizosa Prieto, E., “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, *REDT*, núm. 123, 2004, págs. 471 y ss.

*el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea necesaria para conseguir dicho objetivo en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”<sup>4</sup>.*

Esta doctrina se aplica a la generalidad de los derechos fundamentales inespecíficos cuando tienen que desenvolverse en el ámbito de las relaciones laborales, también al derecho a la intimidad. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el derecho a la intimidad se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE. El derecho a la intimidad implica, de acuerdo con la doctrina constitucional, *“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario (según las pautas de nuestra cultura), para mantener una calidad mínima de la vida humana”*<sup>5</sup>. De hecho, la facultad más importante de ese derecho, como núcleo central de la personalidad, es la de excluir a los demás, es decir, la abstención de injerencias por parte de terceros, *“tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”*<sup>6</sup>. Siendo así, el derecho a la intimidad, con el contenido que hemos descrito, y al igual que sucede con el resto de derechos fundamentales, también rige en el seno de las organizaciones productivas, de forma que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que la restricción que aquel haya de experimentar sea necesaria para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho<sup>7</sup>.

La aplicación de esta doctrina a supuestos concretos ha permitido considerar que la instalación de micrófonos en las zonas de caja y ruleta francesa realizadas en un casino constituye una medida vulneradora del derecho a la intimidad de los trabajadores en cuanto es adecuada pero no indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino [STC 98/2000, de 10 de abril (F. J. 6º-9º)]; que la instalación por parte del empresario de un circuito de televisión cerrado, con objeto de controlar la realización de la prestación de servicios por un determinado trabajador, no vulnera el derecho fundamental a la intimidad y a la propia imagen [STC 186/2000, de 10 de julio (F. J. 6º y 7º)]; y que la existencia de un fichero automatizado donde figuran los diagnósticos

<sup>4</sup> SSTC 66/1995, de 8 de mayo (F. J. 6º y 7º); 55/1996, de 28 de marzo. (F. J. 8º y 9º).

<sup>5</sup> SSTC 186/2000, de 10 de julio (F. J. 5º); 197/1991, de 17 de octubre (F. J. 3º); 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 2º).

<sup>6</sup> STC 186/2000, de 10 de Julio (F. J. 5º).

<sup>7</sup> SSTC 98/2000, de 10 de abril (F. J. 5º y 6º); 186/2000, de 10 de Julio (F. J. 5º).

por enfermedad que ocasionan la incapacidad temporal de los trabajadores sin que conste el consentimiento de estos vulnera su derecho a la intimidad y a la libertad informática por no constituir “una medida idónea, necesaria y proporcionada para conseguir la consecución de un fin legítimo”, en el supuesto, el control del absentismo laboral [STC 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 5º)].

No existen, en cambio, pronunciamientos en los que se hayan analizado expresamente hechos similares a los que nos planteamos aquí. Sólo la STC 281/2005, de 7 de noviembre, analiza la legitimidad de la conducta empresarial consistente en impedir el ejercicio del derecho a transmitir noticias de interés sindical a una organización de esta naturaleza, mediante la utilización del sistema de correo electrónico implantado en la empresa. Obviamente, el problema que se plantea no es el mismo que en el supuesto examinado, puesto que aquí se trata de determinar si la utilización de este sistema, una vez instalado por la empresa, constituye un cauce efectivo para ejercitar la acción sindical y, significativamente, una de sus facultades esenciales, la libertad de información sindical, de forma que la falta de reconocimiento o la obstrucción empresarial constituya una lesión de los derechos de sindicación.

El Tribunal considera que no resulta compatible con la efectividad del derecho de libertad sindical negar el acceso a los instrumentos de transmisión de información que existen en la empresa si la negativa constituye una mera resistencia que no encuentra justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas legalmente al empresario<sup>8</sup>. No obstante, se reconocen una serie de exigencias o límites materiales dirigidos a proteger intereses empresariales, tales como que la comunicación sindical no perturbe la actividad normal de la empresa, que el uso sindical de la herramienta se armonice con la consecución del objetivo empresarial que originó su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última en caso de conflicto, y, por último, que su utilización no conlleve gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes<sup>9</sup>.

A pesar de las divergencias, las consideraciones realizadas son completamente aplicables al supuesto que nos ocupa, aunque con toda probabilidad los resultados de esta aplicación conduzcan a resultados distintos. Efectivamente, partiendo de estas argumentaciones se podría considerar lícita la prohibición dirigida a los trabajadores para usar estas herramientas con fines personales y esa licitud se debe basar precisamente en razones productivas amparadas por el art. 38 CE. Ahora bien, ello conlleva considerar que la prohibición constituye en sí misma una injerencia en el derecho a la intimidad de los trabajadores,

<sup>8</sup> STC 281/2005, de 7 de noviembre (F. J. 7º).

<sup>9</sup> STC 281/2005, de 7 de noviembre, (F. J. 8º).

derecho que no deja de existir porque el instrumento a través del que se ejercita o se hace realidad sea de titularidad empresarial, y esta circunstancia hay que dejarla muy clara para enjuiciar correctamente el enfoque que hace el pronunciamiento examinado.

Algo más concreta es la doctrina del TEDH, que, además de haber analizado en innumerables ocasiones el derecho a la intimidad, lo ha hecho precisamente en el contexto que nos estamos planteando, esto es, en torno al control efectuado por el empresario para conocer el uso que los trabajadores dan al teléfono, equipos informáticos o correo electrónico. A estos efectos, el pronunciamiento más importante en la materia se contiene en la STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23). En el caso Copland el Tribunal analiza los controles empresariales efectuados a una trabajadora respecto del uso del teléfono, la navegación en Internet y del correo electrónico con objeto de constatar si los utiliza con fines privados. Concretamente, y en los que hace a la navegación por Internet, los controles arbitrados consistieron en el análisis de las páginas webs visitadas, la fecha, hora y duración de las visitas. Por lo que respecta al correo electrónico, el control se efectuó constatando los destinatarios de los mensajes y las horas en que se enviaban. Por último, el uso del teléfono se controló examinando la factura telefónica donde se especificaban las llamadas entrantes y salientes, los números de teléfono a los que se llamaba y la duración de estas llamadas.

El TEDH considera que, a pesar de la diferencia entre vida privada y profesional, las llamadas telefónicas que proceden del ámbito laboral también forman parte del concepto “vida privada” y “correspondencia” que contempla el art. 8.1 del CEDH<sup>10</sup>. Siendo así, razona el Tribunal, también debe asignarse esa naturaleza a los correos electrónicos que provienen del lugar de trabajo y a la información que deriva del uso personal de internet, carácter privado que prevalece en todos los casos al no haber sido advertida la trabajadora de que

<sup>10</sup> STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland contra Reino Unido (TEDH\2007\23), párr. 41; STEDH de 25 de junio de 1997. Caso Halford contra Reino Unido (TEDH\1997\37), párrs. 42 y ss. El art. 8 CEDH establece en su primer apartado: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”. El segundo apartado se centra en las condiciones en que se han de efectuar las limitaciones: “*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”.

se la iba a controlar<sup>11</sup>. Es importante constatar que el TEDH no excluye que el seguimiento en el lugar de trabajo del uso que hace el trabajador del teléfono, del correo electrónico e internet pueda considerarse necesario y, por tanto, lícito en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo<sup>12</sup>; mas, a pesar de ello, considera que, en el supuesto examinado, la recogida y almacenamiento de información personal de la demandante (sin su consentimiento) relativa a llamadas telefónicas, correos electrónicos y navegación por Internet constituye una injerencia en el derecho reconocido en el art. 8 CEDH.

Una consideración distinta merecería la cuestión si dicha intervención estuviera garantizada a través de una ley, donde se contemplaran expresamente, de forma clara, los distintos supuestos en que se pueden producir estas injerencias y la finalidad que se persigue con cada uno de ellos. Sólo así, a juicio del Tribunal, los ciudadanos pueden conocer las circunstancias y condiciones de la limitación, sin que pueda darse por válida una alegación genérica para que distintos poderes, públicos o privados, adopten las medidas necesarias y oportunas para efectuar el mencionado control<sup>13</sup>.

Una vez clarificada la doctrina general en la materia, es necesario, antes de centrarse en el pronunciamiento del Tribunal Supremo, examinar el marco normativo que rige esta cuestión. A ello dedicaremos el siguiente apartado.

## **2. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA COMO GARANTE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES**

En la normativa específica, esto es, en el ET, no existe demasiada concreción sobre la regulación de los derechos de los trabajadores, al menos no más allá del genérico reconocimiento que efectúa el art. 4.2 e) ET. El precepto en cuestión sostiene que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho *“al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”*. Ciertamente existen otros preceptos a tener en cuenta, sobre todo aquellos que regulan las facultades

<sup>11</sup> STEDH de 3 de abril de 2007, párrs. 41 y 42. Consideraciones parecidas ha efectuado en algunas ocasiones el TC al considerar que *“por lo que se refiere a los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona, sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar”* [STS 202/1999, de 8 de noviembre (F. J. 2º)].

<sup>12</sup> STEDH de 3 de abril de 2007, párr. 48.

<sup>13</sup> STEDH de 3 de abril de 2007, párrs. 45-47.

empresariales que integran el poder de dirección empresarial. Sustancialmente se trata de los arts. 18 y 20 del ET; ambos se consideran vulnerados y como tal se alegan por la parte actora en la sentencia analizada. El primero de ellos se refiere a la inviolabilidad de la persona del trabajador y el segundo al poder de dirección y control de la actividad laboral. Puesto que se ocupan de desarrollar las facultades empresariales, en principio, deberían contener el conjunto de garantías necesarias para preservar los derechos de los trabajadores, así como un elenco de conductas que, a modo de habilitación, pueda adoptar el empresario para preservar los intereses productivos tutelables; no obstante, como veremos en seguida, ambos preceptos son parcos en su regulación, aunque en distinta medida y con distintas consecuencias.

El art. 18 ET que, como ya hemos anunciado, se ocupa de la inviolabilidad de la persona del trabajador, exige para el registro personal de los trabajadores y de sus pertenencias la justificación de la medida<sup>14</sup>. Es la propia norma la que advierte que la finalidad ha de ser la protección del patrimonio empresarial o de los propios compañeros, ubicando el conflicto en un plano de confrontación constitucional: de un lado, los derechos a la integridad física y psíquica del trabajador, el derecho a la intimidad y cualesquiera otro se vea afectado; y, de otro, el derecho a la propiedad privada del empresario y del resto de trabajadores (art. 18 CE y art. 33 CE). Como exigencias fundamentales, el precepto se refiere al registro como medida limitadora que ha de ser necesaria para la protección del bien jurídico protegido (principio de necesidad) y que el registro respete al máximo la dignidad e intimidad de los trabajadores (principio de proporcionalidad en sentido estricto, con lo que ello supone para el respeto al contenido esencial del derecho afectado). Todo ello implica que el art. 18 ET fija las bases necesarias para aplicar un consistente y complejo conjunto de garantías (se podría decir que la regulación exige la aplicación del principio de proporcionalidad) al ejercicio empresarial del poder de registro con la única finalidad de preservar el derecho fundamental en juego, que bien puede ser el derecho a la integridad física y moral, bien el derecho a la intimidad o cuales-

<sup>14</sup> Art. 18 ET: “Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”. Un análisis más detenido del precepto en Durán López, F., “Inviolabilidad de la persona del trabajador”, VV. AA., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Edersa, Madrid, 1983, pág. 536; Goñi Sei, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 161 y ss.; Martínez Fons, D., *El poder de control del empresario en la relación laboral*, CES, Madrid, 2002, págs. 275 y ss.

quiera otro que se pudiera ver afectado<sup>15</sup>. Además de los requisitos mencionados se exigen otras garantías: que el registro se realice en el centro y en horario de trabajo y, a ser posible, con la presencia, como testigo, de un representante de los trabajadores o un compañero de trabajo.

A diferencia de la facultad de registro, la regulación que concierne al control de la prestación de trabajo es menos garantista con los derechos del trabajador. Dos previsiones concretas contiene el art. 20 ET sobre este aspecto. La primera de ellas se refiere al control general de la actividad laboral, respecto de la que se establece que *“el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”* (art. 20.3 ET). La segunda, mucho más específica, se refiere a los controles efectuados sobre la salud de los trabajadores. Respeto de estos se habilita al empresario para *“verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”* (art. 20.4 ET).

Dejando la margen la segunda previsión, que no va ser objeto de examen específico por razones obvias, la única limitación que establece la regulación es la de guardar, tanto en el momento de la adopción como en la aplicación de las medidas, *el respeto debido a la dignidad del trabajador*, dejando, en apariencia, una absoluta libertad al empresario en la elección de los medios para desarrollar las actividades de control. La redacción no contempla los numerosos instrumentos que pueden utilizarse actualmente en la empresa con esa finalidad y el alto grado de lesividad que pueden originar, especialmente respecto del derecho a la intimidad<sup>16</sup>. Sin embargo, esta cláusula genérica, es-

<sup>15</sup> Normalmente se alega vulneración del derecho a la integridad física y moral, pero también existen casos en los que el derecho vulnerado es la intimidad. La jurisprudencia del TS aplica el principio de proporcionalidad en estos supuestos. El ejemplo más ilustrativo lo constituye la STC 11 de junio de 1990 (RJ 1990/5049), que enjuicia, como posible medida vulneradora del derecho a la intimidad, la conducta empresarial consistente en el registro del coche de un trabajador con el pretexto de haberse sustraído bienes en la empresa. El TS considera que *“la empresa arbitra una modalidad de pesquisa que se revela como la única posible en orden a la averiguación de los hechos y la que, a su vez, se practica en términos carentes de violencia alguna, subjetiva u objetiva, y con la adecuada garantía para el trabajador empleado”* (F. J. 4º y 6º).

<sup>16</sup> VV. AA, *“Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y comunicación”*, *RL*, núm. 12, 2003; Ramos Luján, H. V., *“La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”*, *RL*, núm. 17, 2003.

tablecida a modo de límite, puede acoger fácilmente las exigencias que hemos predicado de las facultades de registro, es decir, la protección de intereses protegidos constitucionalmente, la adecuación del concreto mecanismo de control para obtener la finalidad perseguida, la indispensabilidad del mecanismo, por no existir otros mecanismos alternativos igual de eficaces pero menos lesivos para el derecho fundamental y, por último la proporcionalidad en sentido estricto<sup>17</sup>. De hecho, el conjunto de garantías que derivan del art. 18 ET debe ser aplicado también cuando lo que se ejercita es el poder de controlar la efectiva realización de la actividad laboral en cuanto los derechos afectados por esas medidas de control van a ser los mismos o de naturaleza muy similar a los que eventualmente pudieran resultar lesionados con el ejercicio de aquellas otras facultades<sup>18</sup>.

A pesar de ello, habría que determinar si esta regulación legal es suficientemente precisa para legitimar restricciones en los derechos fundamentales de los trabajadores. Y si tenemos en cuenta la doctrina del TEDH, hemos de concluir que las injerencias en este sentido no pueden plasmarse con la vaguedad que caracteriza a esta regulación estatutaria, al menos no en los términos que se reflejan en el art. 20 ET. Efectivamente, ya hemos mencionado cómo el TEDH estima imprescindible el consentimiento de los trabajadores para considerar lícitas la utilización, instalación y aplicación de mecanismos para controlar el uso de las herramientas informáticas; sin embargo, la cuestión es distinta si la intervención se garantiza a través de una ley, donde se contemplen expresamente los supuestos en que se pueden producir estas injerencias y la finalidad que se persigue con cada uno de ellas. Teniendo en cuenta que para eliminar el requisito de la comunicación expresa a los ciudadanos sería necesario una regulación normativa clara y expresa capaz de dar a conocer tanto las circunstancias como las condiciones de la limitación, no son suficientes, considera el TEDH, habilitaciones genéricas que permitan adoptar las medidas que se consideren necesarias para efectuar el mencionado control<sup>19</sup>.

A estos efectos, no se puede considerar suficientemente precisa la regulación que se recoge en el art. 20 ET, puesto que la única exigencia es que las facultades de control se ejerciten dentro del debido respecto a la dignidad

<sup>17</sup> Martínez Randulfe, F., "Derecho a la intimidad y relaciones laborales: Aproximaciones", en VV. AA., *Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo*, Comares, Granada, 1998, págs. 57 y ss., señala que la legitimidad de cualquier medida en este sentido requiere el conocimiento previo por parte de los trabajadores y el establecimiento de garantías *ex post*.

<sup>18</sup> Con anterioridad, el TS había enjuiciado la utilización por el empresario de detectives privados para controlar el efectivo cumplimiento de la actividad laboral, que, al tenerse que ejercitar fuera de los locales de la empresa, se considera una medida imprescindible para no dejar vacío de contenido el poder de dirección empresarial [STS 19 de julio de 1989 (1989/5878), (F. J. 2º y 3º)].

<sup>19</sup> STEDH de 3 de abril de 2007, párrs. 45-47.

del trabajador (art. 20.3 ET). Ni siquiera se aclara cuándo una medida de este tipo lesiona la dignidad del trabajador. En este sentido, quizá la legislación específica pueda arrojar luz sobre el asunto con el concepto de intromisiones ilegítimas. Las intromisiones en el ámbito del derecho a la intimidad serán ilegítimas, tal como especifica en el art. 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, cuando, sin contar con el consentimiento del titular, supongan “*el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas*” y “*la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción*”. Dicha regulación es coherente con el art. 2.2 de la misma disposición, que claramente establece que no se apreciarán intromisiones ilegítimas cuando estuvieren expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

La consideración de todo lo expuesto debe llevarnos a las siguientes conclusiones. En primer lugar, que el derecho a la intimidad constituye una esfera privada y familiar que no solo despliega sus efectos en las relaciones personales sino también en el ámbito de las relaciones profesionales. En segundo lugar, que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar puede desarrollarse por cualquier medio de difusión privado y, mientras no se nos comunique otra cosa, seguir manteniendo ese carácter. En tercer lugar, que la legislación ordinaria puede permitir y de hecho permite intromisiones en el derecho a la intimidad que no deben calificarse *per se* de ilegítimas. En cuarto lugar, que en el ámbito laboral el ET permite intromisiones en el derecho a la intimidad de los trabajadores y que dichas intromisiones pueden consistir en controlar el uso que se les da a los medios o útiles de trabajo que facilita el empresario (ordenadores, teléfonos, Internet) para evitar que su uso personal perjudique la producción. En quinto lugar, que, en cuanto limitación al derecho a la intimidad, la adopción de estas medidas debe respetar, en todo caso, el principio de proporcionalidad con objeto de evitar la lesión del contenido esencial del derecho a la intimidad y todas aquellas garantías que establece la legislación y la jurisprudencia, significativamente la comunicación expresa de su instalación al conjunto de los trabajadores o al trabajador afectado, dependiendo de si es una medida genérica o particularizada.

Veamos a continuación cual ha sido la doctrina seguida por el TS en la STS de 6 octubre 2011 (RJ 2011/7699).

### **3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL SUPUESTO CONCRETO**

Como veremos a continuación, no podemos decir que el TS haya aplicado y asumido por completo la doctrina del TC y del TEDH, al menos no en el pronunciamiento que estamos analizando. A estos efectos, es necesario recordar que la recurrente alegaba dos motivos de casación. El primero de ellos se centraba en el alcance y la forma en que se deben articular los controles empresariales sobre el uso del ordenador por parte de los trabajadores [STSJ Cantabria, de 18 de enero de 2007 (AS 2007/1030)]; y el segundo, sobre la gravedad de la falta imputada a la trabajadora [STSJ Madrid, de 12 de enero de 2010 (AS 2010/1230)]. El TS rechaza la existencia de contraste con este último pronunciamiento al ser completamente diversos los supuestos enjuiciados. Así, en la sentencia recurrida la trabajadora había remitido fotos de manteletas de la temporada en curso muy valiosas para la empresa y sin estar autorizada a ello, habiéndose acreditado que se dedicaba 100 minutos diarios a realizar actividades ajenas a su trabajo. Sin embargo, en la sentencia de contraste ni se especifica el tiempo de navegación, ni se concreta el contenido de las visitas realizadas, imputándose al trabajador, no una conducta de desobediencia, sino haber puesto en peligro el buen funcionamiento de la red interna.

Como consecuencia de este rechazo, el TS se centra en analizar el primer motivo de casación, esto es, el alcance y la forma en que se deben articular los controles empresariales sobre el uso del ordenador por parte de los trabajadores. En este sentido, hay que tener en cuenta que la trabajadora considera que el control utilizado se ha aplicado “*al margen de los límites constitucionalmente establecidos*” y “*en contravención de lo recogido en el art. 18 ET*”, siendo necesario que “*la empresa emplee medidas que supongan una menor injerencia en la privacidad*”. Todo ello supone, a juicio de la parte actora, la vulneración de la normativa estatal y comunitaria que regula el control empresarial sobre los medios electrónicos y la jurisprudencia aplicable. Ante todas estas alegaciones, y muy especialmente atendiendo a la falta de alegación de la omisión de comunicación avisando de que se iba a instalar el “software” de monitorización, el Tribunal se centra en analizar el exceso que supone la utilización del programa espía y del incumplimiento de las garantías del art. 18 ET.

El análisis de la cuestión suscitada, no se enfoca aplicando el art. 18 ET (Inviolabilidad de la persona del trabajador), sino desde la perspectiva del art. 20 ET, esto es, el precepto que reconoce las facultades empresariales de control y vigilancia de la actividad laboral<sup>20</sup>. El planteamiento se hace partiendo de que el ordenador es un medio de producción cuyo titular es el empresario y no el trabajador, por lo que difícilmente se puede lesionar derechos fundamentales de este último. A estos efectos, lo importante es, por tanto, el modo en que debe cumplir el trabajador con sus obligaciones laborales, aspecto que se determina

<sup>20</sup> STS, Sala de lo Social, de 6 octubre 2011, F. J. 4º (RJ 2011\7699).

en el art. 20 ET, concretamente en su apartado segundo, dónde reconoce el deber genérico de diligencia y colaboración: *“el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres”*.

Para comprobar que efectivamente se cumplen y la forma en que se cumplen estas obligaciones laborales, el mismo precepto reconoce al empresario facultades de vigilancia y control de la actividad laboral de forma que, en virtud de la regulación legal, éste podrá *“adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”*.

Partiendo del marco normativo, argumenta el Tribunal, el dato fundamental para resolver el supuesto es que existe una instrucción empresarial sobre la utilización del ordenador en la empresa. Dicha instrucción, que fue notificada a la trabajadora, prohibía la utilización del ordenador para usos distintos a los profesionales, y siendo así, la cuestión que se plantea, de conformidad con la argumentación del Tribunal, es *“si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales”*. Y la respuesta, a juicio del Tribunal, parece estar bien clara: si no existe el derecho a utilizar el ordenador para fines personales, no existe tampoco el derecho a utilizarlo de forma que se respete el derecho a la intimidad o el derecho al secreto en las telecomunicaciones, y ello porque si el uso que se hace es ilícito *“no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo”*. Tratándose del uso de los medios informáticos de la empresa por parte de los trabajadores, estima el Tribunal, no puede existir conflicto de derechos cuando existe una prohibición de utilizarlos para satisfacer intereses personales y esa prohibición es válida. La utilización en estas circunstancias de los ordenadores de la empresa constituye *“la utilización de un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad [...], pues quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos personales y que tiene ex lege facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad”*<sup>21</sup>.

El problema está en que en este caso no se había comunicado ni advertido a la trabajadora que se iba a instalar en sus PC programas de control y

<sup>21</sup> STS, Sala de lo Social, de 6 octubre 2011, F. J. 4º (RJ 2011/7699).

de seguimiento, circunstancia a la que, una y otra vez, quita importancia el Tribunal. Así, para empezar, considera que esa comunicación no era necesaria puesto que la prohibición de utilizar estos mecanismos para uso personal conlleva, implícitamente, la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador; en consecuencia, existiendo la prohibición, no era necesario comunicar la instalación del programa. Y precisamente es esta circunstancia la que aleja el supuesto que nos ocupa de aquel otro con el se compara. Efectivamente, a juicio del Tribunal, la gran diferencia del supuesto que examinamos con aquel que se discute en la STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514) es precisamente que, en este último, no existió ni prohibición de uso personal del ordenador ni advertencia de control, lo que permitía que los trabajadores conservaran una expectativa de confidencialidad al realizar un uso personal de estos medios, expectativa que debió ser respetada. Y aunque reconoce que la mencionada sentencia exige expresa y claramente de la empresa que esta establezca previamente las reglas de uso de los medios informáticos e informe a los trabajadores de la instalación de mecanismos de control y de los medios empleados para este fin, termina considerando que son simples reflexiones en las que realizan razonamientos *obiter dicta* y en el marco de la buena fe o de la legalidad ordinaria, por lo que no deben considerarse requisitos imprescindibles para la correcta garantía del derecho fundamental a la intimidad, sino como obligaciones complementarias de transparencia.

Como corolario, concluye el TS, lo decisivo a efectos de considerar la vulneración del derecho fundamental a la intimidad, es que “la tolerancia” de la empresa es la que crea “una expectativa de confidencialidad” y, por ende, la posibilidad de un exceso en el control llevado a cabo por el empleador que vulnere el derecho fundamental de la intimidad del trabajador. Si hay prohibición de uso personal, razona el Tribunal, deja de haber tolerancia y ya no existirá esa expectativa, con independencia de la información que la empresa haya podido proporcionar sobre el control y su alcance, “control que, por otra parte, es inherente a la propia prestación de trabajo y a los medios que para ello se utilicen, y así está previsto legalmente”.

#### 4. CONCLUSIONES

La construcción efectuada por el TS en el pronunciamiento examinado no acoge la doctrina sobre el derecho a la intimidad elaborada por instancias jurisprudenciales nacionales e internacionales. Tanto el TC, como el TEDH y el propio TS, en los distintos pronunciamientos sobre esta materia, han partido de una concepción amplia del derecho a la intimidad que la concibe como un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás,

ámbito que requiere de una eficaz protección en el seno de las organizaciones empresariales, especialmente cuando este derecho entra en colisión con cualquiera de las facultades que integran el poder de dirección empresarial.

La confrontación entre el derecho a la intimidad de los trabajadores y las facultades de vigilancia y control de la actividad laboral se ha manifestado especialmente problemática en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación implantadas en la empresa (teléfono, correo electrónico, Internet, etc.), sobre todo porque constituyen un cauce habitual para canalizar información de carácter profesional, pero, sin duda, también de carácter eminentemente personal y privado. Ante estas circunstancias, la jurisprudencia ha considerado que, aun procediendo del ámbito laboral, las llamadas telefónicas y los e-mails quedan protegidos por el derecho a la intimidad, puesto que a través de su control y análisis se puede acceder a detalles e informaciones de vida íntima personal y familiar del trabajador. La misma naturaleza y consideraciones se deben efectuar respecto de la información que deriva del uso personal de Internet. Esto no significa que el empresario no pueda controlar el uso que se da a estas herramientas, y que en virtud de este uso imponga sanciones disciplinarias, incluido el despido, sino que a la hora de efectuar estos controles debe evitar injerencias injustificadas en el contenido del derecho a la intimidad, circunstancia que se garantiza respetando el principio de proporcionalidad y poniendo en conocimiento del trabajador que dicho control se va a efectuar.

No es esta la posición que adopta la sentencia examinada, que claramente toma una postura distinta, apartándose con ello de pronunciamientos anteriores. En cuanto medios destinados a realizar la prestación de trabajo y de titularidad exclusivamente empresarial, el empresario puede prohibir lícitamente su uso para fines personales y, puesto que no ha lugar a su uso para esos fines, los controles efectuados por el empresario no pueden vulnerar el derecho a la intimidad. En otras palabras, si no se pueden usar estos mecanismos con fines personales no ha lugar a alegar, y tampoco a lesionar, el derecho a la intimidad. Ello implica que, en última instancia, es el empresario el que decide si rige o no el derecho a la intimidad de los trabajadores cuando utilizan dichas mecanismos en el seno de las organizaciones productivas, puesto que pueden o no existir expectativas en este sentido dependiendo de que haya o no una prohibición empresarial, lo que no casa en absoluto con la doctrina del TC ni del TEDH, ni con la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de organizaciones productivas, que es lo que esta doctrina pretende sostener.

En consecuencia, el pronunciamiento examinado no estima la lesión del derecho porque no lo considera vigente en dicho ámbito. La existencia de una prohibición empresarial en este sentido delimita el contenido del derecho fundamental de forma que no puede hacerse efectivo a través de mecanismo empresariales ni durante el tiempo de de trabajo. En contraposición, una aplica-

ción escrupulosa de la doctrina sobre los límites de los derechos fundamentales debería haber desembocado en la nulidad del despido por lesivo del derecho mencionado, puesto que los controles articulados para comprobar el uso del ordenador, del correo y de Internet, instalados sin conocimiento de la trabajadora, fueron de tal calibre que revelaron datos personales y familiares pertenecientes al ámbito privado y, por tanto, protegido por el art. 18 CE.



**EL REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO  
DE LAS CUOTAS DEL RETA: INCIDENCIA EN LOS  
APLAZAMIENTOS CONCEDIDOS CON ANTERIORIDAD  
AL HECHO CAUSANTE**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011*

MARIA JOSÉ CERVILLA GARZÓN\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La parte actora tenía reconocido un aplazamiento de cotizaciones debidas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Posteriormente solicita el derecho a cobrar la pensión de jubilación, siendo reconocido por el INSS con la advertencia de que, si incumplía parte de los plazos pendientes o las condiciones de aplazamiento, dejaría de ser considerado al corriente en el pago de las cuotas y se procedería a la suspensión del abono de la pensión reconocida. El actor deja de abonar los plazos pendientes de pago y, por ello, la TGSS suspende el abono de la pensión hasta que el actor salda la deuda pendiente, reanudándose el pago con fecha de efectos del primer día del mes siguiente a aquél en que se procedió el ingreso de los plazos pendientes.

El actor no está conforme, pues entiende que esta causa de suspensión del pago de la pensión no está contemplada en la Ley y, por lo tanto, no puede ser sancionado con la pérdida de ninguna mensualidad. Presenta demanda contra el INSS y la TGSS ante el Juzgado de Lo Social que estima su pretensión en sentencia de 29 de enero de 2010. Dicha sentencia es recurrida en suplicación y es desestimado el recurso por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, en sentencia de 19 de mayo de 2010.

**RESUMEN:** La problemática que se plantea en este supuesto de hecho gira en torno al efecto que producen las cotizaciones, sobre las cuales se ha solicitado un aplazamiento de pago, en el cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas exigido a los trabajadores del RETA para poder acceder a sus prestaciones de Seguridad Social. Cuando el aplazamiento ha sido reco-

\* Doctora en derecho. Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz.

nocido con anterioridad a la concurrencia del hecho causante de las prestaciones, existe un vacío normativo para determinar las consecuencias derivadas del impago de los plazos pendientes de pago una vez que ya se está procediendo al abono de la prestación correspondiente. En relación al supuesto que se expone, el INSS interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, aportando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede Valladolid, de 26 de mayo de 2003.

El Tribunal Supremo admite a trámite el Recurso y resuelve en contra del INSS, entendiendo que no es legal la suspensión del pago de la pensión a pesar de que no se esté cumpliendo con los pagos fraccionados. Se incluye un Voto Particular en sentido contrario.

### **INDICE:**

1. EL REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS CUOTAS COMO DETERMINANTE DEL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INCLUIDOS EN EL RETA
2. RÉGIMEN LEGAL SOBRE LA POSIBLE SOLICITUD DE UN APLAZAMIENTO EN EL PAGO DE LAS CUOTAS DEBIDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL
3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS EFECTOS DEL IMPAGO DE CUOTAS DE PAGO FRACCIONADO EN EL DERECHO AL COBRO DE LAS PRESTACIONES DE LOS AUTÓNOMOS DEL RETA

## **1. EL REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS CUOTAS COMO DETERMINANTE DEL ACCESO A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INCLUIDOS EN EL RETA**

Nuestro Sistema de Seguridad Social sigue aún manteniendo una estructura diversificada, en la cual los trabajadores asalariados y los autónomos quedan incluidos en Regímenes diferentes de Seguridad Social. Si atendemos al contenido del Estatuto del Trabajo Autónomo, la tendencia “pro futuro” parece ser que tal estructura seguirá existiendo, en particular por lo que se refiere a el mantenimiento de dos Regímenes diferentes de Seguridad Social en el cual quedarán incluidos, por una parte, los trabajadores autónomos y, por otra, los trabajadores asalariados<sup>1</sup>. El actual Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA) es el que se ha convertido en la referencia principal en la protección de los trabajadores por cuenta propia, toda vez que los

<sup>1</sup> Aprobado por Ley 20/2007, de 11 de julio. Según su art. 23: “La protección de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se instrumentará a través de un único Régimen, que se denominará Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”. Sobre el particular, por todos Piñeyro De La Fuente, A.J “La protección social del trabajador autónomo: ámbito y cotización”, en AA.VV “El Estatuto del Trabajo Autónomo” (dir. Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Re, F.), Lex Nova, Madrid 2008.

autónomos del antiguo Régimen Especial Agrario ya se han integrado en él<sup>2</sup> y sólo quedan en Régimen diferente los autónomos del sector marítimo, todavía parcialmente incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

Para que éste Régimen de Seguridad Social siga manteniendo entidad, como tal, es necesario que en el contenido de su acción protectora persistan diferencias respecto a lo previsto para los trabajadores integrados en el RGSS<sup>3</sup>. En el proceso de continua igualación de sus prestaciones conforme a las reconocidas a los trabajadores asalariados, que se inicia en el RETA a partir de la firma del conocido “Pacto de Toledo”<sup>4</sup> y se confirma, como tendencia legislativa, en el Estatuto del Trabajo Autónomo<sup>5</sup>, uno de los elementos del Régimen que, probablemente, nunca va a ser modificado, es el relativo a los requisitos exigidos a sus trabajadores para poder acceder al cobro de las prestaciones. En concreto, en un análisis de los principales requisitos que son exigidos por el RETA, el que mantiene una mayor peculiaridad frente a los establecidos para los trabajadores asalariados es el relativo a la necesidad de que se encuentren al corriente en el pago de sus cotizaciones en el momento del hecho causante de la prestación. Los autónomos son responsables del ingreso de sus cotizaciones<sup>6</sup> y, dado que no pueden trasladar dicha responsabilidad a ningún tercero<sup>7</sup>, parece claro que siempre se les va a exigir una actitud diligente en el ingreso de sus cuotas. El Sistema no podría ser financieramente viable si asume el pago de prestaciones respecto de las cuales no está garantizado el ingreso de las cuotas que las financian. Se erige, pues, este requisito, como uno de los elementos que serán inmutables en la protección social de los trabajadores por cuenta propia

<sup>2</sup> Ley 18/2007, de 4 de julio.

<sup>3</sup> Es el aspecto que da sentido a los Regímenes distintos según el art. 11 LGSS, pues cualquier otro como afiliación, cotización, gestión o recaudación implican la creación de Sistemas Especiales.

<sup>4</sup> “Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deben acometerse”, aprobado el 6 de abril de 1995 en el Pleno del Congreso de los Diputados. La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, inicia el proceso de acercamiento al RGSS reconociendo el grado de incapacidad permanente total cualificada a los autónomos del REA y REM.

<sup>5</sup> Art. 26.5 “La acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger...en prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social”.

<sup>6</sup> Art. 43.1 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Cotización y art. 12.1 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

<sup>7</sup> Desdentado Bonete, A. y Tejerina Alonso, J.I. “La acción protectora del régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos”, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 213, indican que el desplazamiento de responsabilidad es para el propio trabajador autónomo. Vid. sobre el particular Cervilla Garzón, M.J. “La acción protectora de los trabajadores autónomos en el Sistema Español de Seguridad Social”, Mergablum, 2008, pag. 365 y ss.

incluidos en el RETA, aun cuando su extensión sea cada vez más cercana a la dispensada para los trabajadores asalariados.

Según los artículos 28.2 y 57.2 del Decreto regulador del RETA (en adelante DRETA) y de su Orden de desarrollo<sup>8</sup>, respectivamente, este requisito se configura de la siguiente forma: “Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones..., que las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitará ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este Régimen no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad Gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si el interesado, atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un 20 por 100, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas”.

A la vista está que el cumplimiento de este requisito está dotado de un régimen jurídico complejo, cuya finalidad es la de flexibilizar las posibilidades que los autónomos puedan tener al acreditar su concurrencia. De esta forma, en caso de no estar al corriente en el pago en el momento del hecho causante de la prestación, los autónomos no se vean inmediatamente privados de su derecho a acceder a la misma.

La primera matización que debemos hacer sobre el alcance de este requisito es la relacionada con las concretas prestaciones de Seguridad Social que, estando incluidas en la cobertura del RETA, se van a ver afectadas por su exigencia. Según la normativa propia del RETA, está incluidas todas las prestaciones salvo el auxilio por defunción y la prestación por incapacidad temporal<sup>9</sup>. Posteriormente, con el desarrollo normativo de algunas prestaciones y la regulación de otras nuevas el requisito se hizo extensivo a través de sus

<sup>8</sup> Decreto 2530/1970, de 20 de agosto y Orden de 24 de septiembre de 1970.

<sup>9</sup> Que no estaba inicialmente incluida en su acción protectora, y por ello no la menciona el precepto, pero a la que se le hacía igualmente extensivo el requisito por aplicación de la doctrina jurisprudencial, vid. Cervilla Garzón, M.J. “La acción protectora...”, ob.cit, pag. 372.

normas particulares<sup>10</sup>. Finalmente, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en Materia de Seguridad Social, introduce una nueva disposición adicional trigésimo novena en la Ley General de Seguridad Social, en virtud de la cual este requisito se universaliza<sup>11</sup> para todas las prestaciones causadas por sujetos que sean responsables del ingreso de sus cotizaciones (sea o no autónomo, en caso de serlo, sea cual sea su Régimen de encuadramiento, y para cualquier prestación de carácter contributivo, ya sea de origen común o profesional).

La segunda matización está relacionada con los mecanismos de flexibilización que el precepto introduce, a la hora de entender cumplido este requisito. Las premisas fundamentales para desencadenar estos mecanismos son las siguientes:

a) Que, a la fecha del hecho causante, el trabajador autónomo no se encuentre al corriente en el pago de sus cotizaciones o, lo que es lo mismo, que tenga deudas por cuotas impagadas con la Tesorería General de la Seguridad Social.

b) Que se trate de cuotas “exigibles”, por lo que, si ha prescrito la acción para exigir su ingreso<sup>12</sup>, el trabajador será considerado al corriente en el pago.

b) Que tenga cubierto el periodo mínimo de cotización exigido. Lógicamente, si el periodo mínimo de cotización no está cubierto y éste es un requisito del hecho causante<sup>13</sup>, haya o no haya cuotas pendientes de pago el derecho a la prestación nunca se va a reconocer.

Toda vez que concurren esas circunstancias, el precepto ofrece dos posibilidades para que el solicitante no pierda el derecho a la prestación:

a) Previa invitación de la Entidad Gestora, se pueden ingresar las cuotas debidas en un plazo improrrogable de treinta días naturales, en cuyo caso se entenderá que el solicitante está al corriente en el pago si más consecuencias.

b) Se pueden ingresar las cuotas pendientes en un plazo de tiempo superior, en cuyo caso sí que se contempla una penalización económica para el solicitante, distinta según si la prestación solicitada es una prestación económica temporal o una pensión. En el caso de las prestaciones económicas temporales, se concederá la prestación con una cuantía reducida en un 20%. En el caso de las pensiones, se concederán con efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se produjo el ingreso de las cuotas debidas. Es decir, en este último caso, se produce la pérdida económica consiste en perder

<sup>10</sup> Por citar algún ejemplo, art. 4.1 e) Ley 32/2010, de 6 de agosto, por la que se regula la prestación por cese de actividad, , art. 41.2 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo.

<sup>11</sup> Según diversos autores, ahora es una “norma común”, Desdentado Bonete, A. y Tejerina Alonso, J.L. “La acción protectora del régimen especial...”, ob.cit., pag. 212 y Barrios Baudor, G. (coord), “Tratado del trabajo autónomo”, Aranzadi, Pamplona 2009, pag. 400.

<sup>12</sup> Art. 21.1 b) LGSS, prescribe la acción a los cuatro años.

<sup>13</sup> Art. 124.4 LGSS

las mensualidades de pensión que van desde la fecha del hecho causante hasta el mes en que se ingresen las cuotas.

Queda, por lo tanto, de manifiesto, que este precepto se circunscribe a situaciones en las cuales el solicitante de una prestación tiene deudas por impago de cuotas a la fecha en que se produce el hecho causante. No se plantea la posibilidad de que un beneficiario de una prestación de seguridad social pueda no estar al corriente con posterioridad al reconocimiento del derecho a la misma y cuando ya está en vigor su derecho al cobro. Esto puede suceder, y es la problemática sobre la que versa la sentencia comentada, cuando el trabajador tiene reconocido un aplazamiento en el pago de las deudas por cuotas, con anterioridad a la fecha del hecho causante.

En el supuesto que se plantea en la sentencia comentada del Tribunal Supremo, la situación que se ha producido es la siguiente:

- El demandado solicitó una pensión de jubilación respecto de la cual ninguna duda existe en cuanto a la exigencia de este requisito, particularmente importante cuando se trata, precisamente, de solicitar el cobro de pensiones al Sistema de Seguridad Social.
- Para esta pensión es exigible tener cubierto un periodo mínimo de cotización.
- El demandado, aun cuando tenía deudas pendientes por impago de cuotas a la fecha del hecho causante de la pensión, tiene reconocido el derecho a la misma puesto que concurre una circunstancia particular: tenía reconocido un aplazamiento en el pago de las cuotas con anterioridad a la fecha del hecho causante.
- El problema de impago de cuotas se produce con posterioridad al inicio del cobro de la pensión de jubilación, puesto que el trabajador incumple los pagos aplazados. Esta situación no se contempla en el supuesto de hecho que contempla el art. 28.2 DRETA, como así pone de manifiesto el propio Tribunal Supremo en la sentencia comentada<sup>14</sup>, y son fundamentalmente dos las cuestiones jurídicas que deben resolverse. Por una parte, si es posible suspender o extinguir el derecho al cobro de la pensión de jubilación por esta causa o si, en caso contrario, el pensionista debería seguir cobrando su pensión sin interrupción. Por otra parte, en caso de suspensión del derecho al cobro, si se aplican o no las consecuencias del art. 28.2 DRETA, es decir, si se impondría al trabajador la penalización correspondiente a las pensiones (el impago de las mensualidades devengadas desde el mes en que se dejaron de pagar los pagos aplazados hasta el primer día del mes siguiente a aquel en que se procedió al ingreso de dichos pagos).

<sup>14</sup> Fto. Jco. Segundo.

## 2. RÉGIMEN LEGAL SOBRE LA POSIBLE SOLICITUD DE UN APLAZAMIENTO EN EL PAGO DE LAS CUOTAS DEBIDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL

El ordenamiento jurídico que regula nuestro sistema de seguridad social tiene prevista la posibilidad de permitir al sujeto que tenga deudas económicas con él, relativas a determinados conceptos, la solicitud de efectuar su pago en un momento posterior al legalmente previsto. Se trata, en definitiva, de otorgar flexibilidad en el pago, previa solicitud del sujeto responsable, cuando éste no tiene liquidez suficiente para afrontar la deuda. La doctrina distingue entre la solicitud de un pago íntegro en momento posterior o de abonar la deuda en diversos pagos y de forma más dilatada en el tiempo, en cuyo caso nos encontramos ante un fraccionamiento del pago<sup>15</sup>.

La cuestión suscitada por la sentencia que comentamos tiene como punto de partida la circunstancia de que un trabajador autónomo ha solicitado un aplazamiento en el pago de las cuotas a la Seguridad Social en su modalidad de “fraccionamiento”, puesto que el pago de la deuda se fracciona en varios meses. Por ello, entendemos que debemos hacer una referencia al marco jurídico que ampara dicha posibilidad. La normativa básica que sustenta los aplazamientos la encontramos en el art. 20 de la Ley General de Seguridad Social y en el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación<sup>16</sup>. Dicho art. 20 se encuentra dentro del Título Primero, relativo a las normas generales del Sistema de Seguridad social y, por lo tanto, es aplicable a todos los Regímenes del Sistema, incluido el RETA que es el afectado por la sentencia comentada. Igualmente aplicable les resulta a los autónomos del RETA el contenido del Real Decreto 1415/2004, toda vez que su Disposición Adicional Primera no los excluye de su ámbito de aplicación<sup>17</sup>. En términos generales, el art. 20 Ley General de Seguridad Social establece que, a solicitud del deudor, se pueden conceder aplazamientos en el pago de las deudas que van a suspender el procedimiento recaudatorio. Dicho aplazamiento puede incluir las deudas por cuotas, excluyendo la aportación de los trabajadores (no aplicable este inciso para los trabajadores autónomos,

<sup>15</sup> Vid. Alarcon Caracuel, M.R. (Dir.) “Comentarios a la Ley General de Seguridad Social”, Aranzadi, Pamplona, 2003, pag. 152, y Marquez Prieto, A. “Comentario a la Ley General de Seguridad Social” (Dir. Monereo Perez, J.L y Moreno Vida, M.N), Comares, Granada, 1999, pag. 315.

<sup>16</sup> Arts. 31 a 36. Sobre la recaudación, aunque al amparo de la normativa anterior, vid. Momparler Carrasco, M.A. “La recaudación de los recursos de la Seguridad Social”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2001, pag. 55 y ss.

<sup>17</sup> Titulada “Regímenes especiales excluidos de la aplicación del Reglamento”, sólo menciona a los Regímenes especiales de funcionarios públicos.

pues tienen una aportación única) y las contingencias profesionales<sup>18</sup>. El cumplimiento del aplazamiento deberá asegurarse mediante garantías suficientes, salvo en los supuestos que reglamentariamente se establezcan<sup>19</sup>. En el desarrollo de este precepto por el Real Decreto 1415/2004, se va a matizar que la duración del aplazamiento no puede ser superior a 5 años<sup>20</sup> y los supuestos en los que no será necesaria la constitución de garantías<sup>21</sup>. Estos son los que, con mayor intensidad, van a plantear los problemas derivados del impago de las cuotas aplazadas.

Pero, a efectos de comentar la sentencia que nos ocupa, los aspectos de esta regulación jurídica que más van a afectar a la resolución jurisprudencial van a ser dos. Por una parte, los relativos a los efectos que se dan a las cuotas aplazadas en cuanto a si tienen eficacia para entender que un sujeto está al corriente en el pago, aun cuando no se hayan abonado en su totalidad en la fecha del hecho causante. Por otra parte, la determinación de los efectos que pueda tener el impago de los pagos aplazados.

El primer aspecto planteado está especificado en los términos siguientes. Según el Real Decreto 1415/2004: “La concesión del aplazamiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en este Reglamento y en la resolución que lo conceda, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas...a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, la exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social causadas durante aquél, la contratación administrativa y a cualquier otro efecto previsto por la Ley”<sup>22</sup>. Podría plantearse alguna duda en relación a sus efectos para el reconocimiento del derecho a prestaciones, puesto que no se menciona directamente por el precepto. Pero tal duda queda solventada en la Orden de 25 de mayo de 2005, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de dicho Real Decreto<sup>23</sup>, en cuyo contenido se especifica, literalmente, que los sujetos responsables con aplazamientos concedidos se considerarán al corriente de sus obligaciones para el reconocimiento de prestaciones, siempre que el aplazamiento hubiere sido concedido con anterioridad al hecho causante de la prestación<sup>24</sup>. Como ésta es,

<sup>18</sup> Art. 20.2. Como indica y Marquez Prieto, A. “Comentario a la Ley General de Seguridad Social”, ob.cit., pag. 316, esta prohibición no tiene ninguna explicación, más aún en el caso de los autónomos que cubren sus propias contingencias (en el caso del Régimen General, quizás se deba a que es una cuota que asume íntegramente el empresario y que afecta a sus trabajadores).

<sup>19</sup> Art. 20.4.

<sup>20</sup> Art. 31.2.

<sup>21</sup> Art. 33.4, básicamente: cuando el solicitante sea una Administración Pública o Entidad de Derecho Público vinculada a alguna Administración; cuando el total de la deuda aplazada no llegue a las cuantías especificadas; cuando se trate de deudas por prestaciones indebidamente percibidas, si el sujeto responsable mantiene su condición de pensionista; cuando concurren causas de carácter extraordinario apreciadas por el Secretario de Estado de Seguridad Social

<sup>22</sup> Art. 31.3.

<sup>23</sup> Orden TAS/2005, de 25 de mayo, art. 17.

<sup>24</sup> Art. 17.1.

precisamente, la situación en la que se encontraba el demandado en la sentencia comentada, lógicamente se le reconoce el derecho a cobrar la pensión de jubilación, aun cuando todavía no había finalizado el pago de los plazos concertados. Si el aplazamiento se solicita con posterioridad a la concurrencia del hecho causante, claramente este precepto no es aplicable y no puede entenderse cumplido el requisito de estar al corriente en el pago.

Por lo que respecta al segundo aspecto planteado, según el Real Decreto 1415/2004, se debe considerar incumplido el aplazamiento en el momento en el que el beneficiario deje de mantenerse al corriente en el pago, con posterioridad a la concesión<sup>25</sup>. En este caso, dicho Real Decreto prevé que “se proseguirá, sin más trámite, el procedimiento de apremio que se hubiera iniciado antes de la concesión”<sup>26</sup>. En relación a los trabajadores por cuenta propia prevé, expresamente, que la falta de ingreso de las cuotas dará lugar a que se dicte providencia de apremio<sup>27</sup>. Por lo tanto, a falta de ninguna precisión más, la normativa de referencia no introduce ningún tipo de sanción que pueda afectar al mantenimiento del cobro de cualquier prestación que ya haya sido reconocida, aun cuando se dejen de abonar los plazos pendientes. Lo único que se prevé es la reapertura de la vía de apremio para exigir el pago.

En conexión con lo anteriormente expuesto, la Orden de 25 de mayo de 2005 sí puede generar más dudas al respecto. Se dice en ella que la consideración de estar al corriente de las obligaciones se produce “en tanto no se produzca el incumplimiento a que se refiere el artículo 36 del Reglamento General de recaudación de la Seguridad Social”. Entendemos que hay dos posibles interpretaciones de este inciso:

a) Que el legislador sólo se esté remitiendo al concepto de incumplimiento que en dicho precepto se introduce en su apartado 2. Si es así, se deja una puerta abierta a la consideración de que, cuando se produzca el incumplimiento, el beneficiario no será tenido al corriente en el pago de las cuotas. Pero, si ésta hubiese sido la intención del legislador, también tendría que haber precisado sus consecuencias jurídicas (extinción del derecho a la prestación, remisión al art. 28.2 DRETA...), y no dejar este vacío normativo.

b) Que el legislador esté remitiendo a la totalidad del contenido del art. 36 del Reglamento, en cuyo caso, y puesto que en su apartado 1 no se menciona como consecuencia la suspensión del pago de la prestación ni ninguna otra, el cobro debe mantenerse.

Queda, pues, a expensas de la interpretación jurisprudencial la determinación de las consecuencias jurídicas de esta situación, y es sobre la que resuelve el Tribunal Supremo en los términos que procedemos a comentar.

<sup>25</sup> Art. 36.2. En los mismos términos, art. 20.7 Ley General de Seguridad Social.

<sup>26</sup> Art. 36.1. En los mismos términos, art. 20.6 Ley General de Seguridad Social.

<sup>27</sup> Art. 85.1 b).

### 3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS EFECTOS DEL IMPAGO DE CUOTAS DE PAGO FRACCIONADO EN EL DERECHO AL COBRO DE LAS PRESTACIONES DE LOS AUTÓNOMOS DEL RETA

En las resoluciones de los Tribunales se puede diferenciar, con claridad, entre la doctrina aplicable cuando el aplazamiento solicitado es anterior al hecho causante y cuando es posterior.

Si el aplazamiento se ha producido con posterioridad al hecho causante las consecuencias jurídicas van a ser muy diferentes, puesto que, como ya hemos puesto de manifiesto, no es aplicable el régimen jurídico del art. 17.1 Orden de 25 de mayo de 2005 en cuanto a poder considerar a solicitante de la prestación al corriente en el pago de las cuotas<sup>28</sup>. Sin embargo, hasta el año 2002, a partir del cual se dictan varias sentencias del Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina, no existía una doctrina firme acerca de los efectos que tiene el aplazamiento concedido en el inicio del cobro de las prestaciones. Así, por una parte, algunos Tribunales entendían que la concesión del aplazamiento ya suponía cumplir con el requisito de estar al corriente y, por lo tanto, daba derecho al reconocimiento del derecho a las prestaciones<sup>29</sup>. Por otra parte, otras sentencias (las más mayoritarias) interpretaban que la concesión de aplazamiento no convalida la necesidad de estar al corriente en el pago y, por lo tanto, el reconocimiento del derecho a las prestaciones no debe producirse hasta que se hayan abonado todos los plazos pendientes de pago<sup>30</sup>.

La doctrina del Tribunal Supremo verifica esta segunda interpretación jurisprudencial sobre la base de que el art. 28.2 DRETA “no ofrece otra salida que el pago efectivo”<sup>31</sup>. Según el Tribunal, las opciones que da el precepto son que “o bien se abone lo adeudado en los treinta días siguientes al requerimiento en cuyo caso tal abono equivale al cumplimiento de aquella condición de <hallarse al corriente> y por ello se retrotrae al abono de la pensión a la fecha inicial de efectos económicos de la misma, o bien que se abonen las cuotas debidas en cualquier momento posterior con la consecuencia, en este

<sup>28</sup> En este sentido, “Desdentado Bonete, A. y Tejerina Alonso, J.L. “La acción protectora del régimen especial...”, *ob.cit.*, pag. 215, Barrios Baudor, G. (coord), “Tratado del trabajo autónomo”, *ob.cit.*, pag. 402, Lopez Gandia, J.L y Toscani Gimenez, D. “El régimen profesional y de seguridad social de los trabajadores autónomos”, *El Derecho*, Madrid 2010, pag.138 y Cervilla Garzón, M.J “Eficacia de cuotas en el derecho a prestaciones de los trabajadores autónomos”, *Temas Laborales*, num. 84, pag. 108.

<sup>29</sup> Por todas, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 9 de noviembre de 2000 (Ar: 92337) y del Tribunal Superior de Galicia de 9 de enero de 1999 (Ar: 6477) y de 10 de octubre de 2000 (Ar: 3369).

<sup>30</sup> Por todas, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de septiembre de 1998 (Ar: 3931) y de 20 de octubre de 1997 (Ar: 3722). Vid. referencias jurisprudenciales en Cervilla Garzón, M.J “La acción protectora de los trabajadores...”, *ob.cit.*, pags. 379 y 380.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2004 (Ar:4365).

caso...se prevé el pago de las pensiones desde que se hizo aquel ingreso de lo adeudado<sup>32</sup>. Dicha doctrina ha sido matizada por el propio Tribunal aclarando que, para poder aplicar estas consecuencias jurídicas, la Entidad Gestora debe haber cumplido con la prevista invitación al pago del sujeto deudor, pues en caso contrario se le tendrá al corriente en el pago<sup>33</sup>.

Tal interpretación<sup>34</sup> va a producir importantes consecuencias en la solicitud de prestaciones económicas de carácter temporal puesto que, si los plazos acordados son superiores a la duración máxima de la prestación, finalmente el trabajador nunca podrá acceder al cobro de la misma. Además, con esta interpretación del citado precepto no puede producirse, en estos casos, la situación a la que se refiere la sentencia que comentamos: al no reconocerse al derecho a la prestación hasta el abono final de todos los plazos, no cabe planteamiento alguno sobre las consecuencias que pueda tener el impago de alguno de ellos sobre prestaciones ya reconocidas.

La sentencia que nos ocupa resuelve la situación de un trabajador del RETA cuya solicitud y reconocimiento de un fraccionamiento en el pago de sus cuotas se ha producido con anterioridad al hecho causante de la misma, en este caso una pensión de jubilación. Ya hemos comentado que el ordenamiento jurídico no deja lugar a dudas en cuanto a que, en estos casos, los solicitantes de prestaciones son considerados al corriente en el pago, aun cuando a la fecha del hecho causante existan plazos pendientes de pago. Así lo afirman, reiteradamente, las resoluciones de los Tribunales<sup>35</sup>, entendiéndose que tal regla es aplicable si a la fecha del hecho causante los pagos aplazados están abonados<sup>36</sup>, e incluso si el periodo de carencia exigido no está cubierto con las cuotas efectivamente ingresadas<sup>37</sup>. Lo que es interpretable son los efectos jurídicos que pueda tener el impago de los plazos acordados una vez que ya se ha iniciado el cobro de una prestación, en el caso que nos ocupa una pensión de jubilación.

En la situación comentada, el INSS reconoció el derecho a cobrar la pensión de jubilación pero introduciendo, como cautela, que “cualquier incumplimiento por su parte de los plazos o de las condiciones del aplazamiento

<sup>32</sup> Sentencia arriba citada, fto. jco. tercero.

<sup>33</sup> Sentencia de 22 de septiembre de 2009 (Ar: 5654).

<sup>34</sup> Reiterada en sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 (Ar: 10644), 24 de septiembre de 2003 (Ar: 7002), 4 de mayo de 2004 (Ar: 4101) y 26 de junio de 2003 (Ar: 4852). También por los Tribunales Superiores de Justicia, por todas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de noviembre de 2004 (Ar: 16066).

<sup>35</sup> Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002 (Ar: 2474) y de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, de 9 de abril de 1999 (Ar: 5956), y Valladolid de 11 de junio de 1998 (Ar: 3149).

<sup>36</sup> Si hay impagos anteriores a la fecha del hecho causante no se está al corriente, vid. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 22 de marzo de 2000 (Ar: 2063).

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 (Ar: 10644).

significaría dejar de considerarle al corriente en el pago de las cuotas y, por lo tanto, la suspensión inmediata de la pensión reconocida”. Por lo tanto, para este organismo el efecto inmediato es la suspensión del pago.

Las sentencias contradictorias, sobre las cuales se centra el recurso que comentamos, aportan las siguientes interpretaciones:

- El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León<sup>38</sup> entiende que la suspensión del pago de la pensión de jubilación no puede producirse, puesto que ésta circunstancia no está prevista en la Ley como suspensiva del derecho. Algún Tribunal había negado, asimismo, la posibilidad de suspender el cobro, pero en base a que no se había producido invitación al pago de la Entidad Gestora<sup>39</sup>.
- El mismo Tribunal, en sentencias anteriores<sup>40</sup>, había resuelto en otros términos pues razonaba que el incumplimiento de los plazos ponía al beneficiario en situación de no estar al corriente en el pago y, por lo tanto, se podía suspender el pago de la pensión hasta que estuviere de nuevo al corriente.

El Tribunal Supremo, que falla en contra del INSS y a favor del demandado, determina que el impago de los plazos acordados no puede tener como consecuencia la suspensión del pago de la pensión de jubilación y, por lo tanto, no pueden ser aplicables los mecanismos de invitación al pago previstos en el art. 28.2 DRETA dado que el derecho a la prestación en ningún caso se va a perder. Esto supone la aplicación de una doctrina radicalmente contraria a la establecida para las solicitudes posteriores al hecho causante: si en un caso la concesión de un aplazamiento ya garantiza que no se pierde el derecho a pensión, en otro dicho aplazamiento no tiene ningún efecto sobre los requisitos exigidos para el acceso a las prestaciones. Particularmente en relación a la pensión de jubilación, respecto de la cual el beneficiario puede elegir el momento de su solicitud desde que reúna los requisitos del hecho causante, nos parece que esta diferencia de trato no tiene ningún sentido. De hecho, aunque la normativa es clara en el caso de la solicitud de aplazamientos posteriores al hecho causante, el propio Tribunal manifiesta en algunas de sus sentencias que, en cierta forma, la solución legal prevista no le parece proporcionada, pero que debe imponerse para una correcta aplicación del principio de legalidad<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2010 (Ar: 228979).

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de septiembre de 2005 (Ar: 2972).

<sup>40</sup> Sentencias de 26 de mayo de 2003 (Ar: 172475) y de 14 de enero de 2002 (Ar: 572). En este sentido, Lopez Gandia, J.L y Toscani Gimenez, D. “El régimen profesional”...ob.cit., pag. 138 y ss.

<sup>41</sup> En sentencia de 7 de mayo de 2004 (Ar: 4365), establece que una solución menos rígida tendría base lógica porque “sólo se concede el aplazamiento cuando el interesado ha aportado avales y garantías suficientes para la efectividad del cobro” (fto.jco. segundo). En sentencia de 22 de septiembre de 2009 (Ar: 5654), establece que “se puede recurrir a otro medio de cobro, entre ellos el descuento de la propia prestación” (fto.jco. tercero).

Los principales argumentos jurídicos esgrimidos por el Tribunal, algunos rebatidos en un Voto Particular, son cuatro<sup>42</sup>. Por una parte, se establece que el incumplimiento en los pagos no puede implicar que, retroactivamente, se deje de estar al corriente en el pago, cuando ese requisito ya se había dado por cumplido. Según el Tribunal, ello podría afectar incluso a beneficiarios ajenos al incumplimiento de esta responsabilidad, como es el caso de los Regímenes que incluyen trabajadores por cuenta ajena. Esta argumentación entendemos que no es válida en el supuesto de hecho que se contempla, puesto que a los trabajadores asalariados no se les va a exigir, como requisito del hecho causante, el estar al corriente en el pago. Este sólo es aplicable a los autónomos.

En segundo lugar, el Tribunal entiende que la Orden de 25 de mayo de 2005 remite a la totalidad del contenido del art. 36 del Reglamento General de Recaudación, y, por lo tanto, como comentamos en el epígrafe anterior esto supone que el único efecto del impago es la reanudación del procedimiento de apremio y la ejecución de la garantía, no la suspensión del pago<sup>43</sup>. En palabras del Tribunal, lo contrario supondría una “especie de sanción encubierta”. En este punto es en el que el Voto Particular que lleva la sentencia va a discrepar, pues entiende que la finalidad del Reglamento de Recaudación no es regular el régimen de concesión ni las sanciones de las prestaciones, dando por hecho que, en caso de impago, se ponen en marcha, de nuevo, los mecanismos previstos en el art. 28.2 DRETA. A nuestro juicio, la posibilidad de aplicar en estos casos el art. 28.2 DRETA no es posible atendiendo al principio de legalidad, puesto que dicho precepto claramente se refiere a las situaciones en las cuales las deudas por cuotas se producen en la fecha de la solicitud, no en un momento posterior. Ni tampoco, en relación a la pensión de jubilación, existe ninguna causa de suspensión del pago relacionada con el impago de plazos adeudados por cuotas.

En tercer lugar, se argumenta que, con esta solución, la propia prestación puede servir para atender al cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social. Pero, si este es el fundamento, no nos parece que ésta pueda ser una situación sostenible para el Sistema de Seguridad Social. La consecuencia que, finalmente, esta interpretación produce, es que los sujetos que han solicitado un aplazamiento en el pago de cuotas están en una situación mucho más ventajosa que los que no lo solicitaron puesto que, en el momento en el que dejen de abonar los plazos pendientes, el propio sistema de Seguridad Social se hace cargo de ellos a través del descuento en la prestación correspondiente. Además, debe tenerse en cuenta que esta interpretación va a ser de aplicación, no sólo a las pensiones, sino también a las prestaciones económicas de carácter tem-

<sup>42</sup> Incluidos en su fto. jco. segundo.

<sup>43</sup> Que sí se había aceptado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 26 de mayo de 2003 (Ar: 172475).

poral. En relación a éstas últimas, se pueden plantear la irrazonable situación de que el beneficiario haya podido cobrar la prestación íntegra y, sin embargo, tenga plazos pendientes de pago.

En cuarto lugar, en relación a la cautela que introduce la resolución en la que se reconoce el derecho al cobro de la pensión de jubilación, en cuanto a que su reconocimiento quedaba supeditado al pago de los plazos, señala el Tribunal que no es válido. En este aspecto estamos totalmente conformes con la sentencia, puesto que el INSS no puede, por sí mismo, otorgar unos efectos a los preceptos jurídicos que no se deducen, “a priori”, de su contenido. En definitiva, dicha cautela carecía, por sí misma, de ningún valor jurídico.

Ahora bien, las consecuencias jurídicas que se derivan de esta situación entendemos que no son razonables y deberían legalmente modificarse. Tal y como ya ha apuntado el propio Tribunal Supremo en alguna resolución<sup>44</sup>, en aquellos casos en que se haya garantizado el pago de los aplazamientos “ex” art. 33 del Reglamento General de Recaudación sí que puede entenderse viable el mantenimiento del cobro de las prestaciones si tenemos en cuenta que, en caso de impago, basta con la ejecución de la garantía. Pero en aquellos casos en que dicha garantía no se exige<sup>45</sup>, lo razonable sería aplicar los mecanismos del art. 28.2, suspendiendo el pago de las prestaciones y dando un plazo para el ingreso de los pagos adeudados. Además, a las solicitudes de aplazamiento realizadas con posterioridad a la concurrencia del hecho causante entendemos que debería aplicarse el mismo régimen jurídico. Pero, para ello, debe acometerse una modificación del régimen legal actualmente vigente, tanto en el contenido del art. 28.2 DRETA como en el Reglamento General de Recaudación.

<sup>44</sup> Sentencia de 7 de mayo de 2004 (Ar: 4365).

<sup>45</sup> Art. 33.4 Reglamento General de Recaudación.

---

## Reseña de Legislación



# COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO-MARZO DE 2012

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

*Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos*  
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

## **DECRETO 376/2011, DE 30 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 149/2005, DE 14 DE JUNIO, POR EL QUE SE REGULAN LOS INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN CON CARÁCTER INDEFINIDO (BOJA NÚM. 14, 23 DE ENERO DE 2012).**

El Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido, se modificó mediante la aprobación del Decreto 58/2007, de 6 de marzo, para agrupar en el mismo normativo los incentivos a la contratación indefinida para las personas con discapacidad contratados en centros especiales de empleo o en empresas ordinarias que no poseen esta calificación. Se estableció que el período mínimo de contratación sería de 4 años, sin embargo, por las consecuencias derivadas de la crisis económica se aprueba la disminución de dicho período, que se concreta en 24 meses para consolidar las ayudas, salvo para las ayudas destinadas a la creación de empleo indefinido y transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos en centro especial de empleo que se encuentran contempladas en el artículo 23.1 del Decreto 149/2005, para éstas últimas el período mínimo de duración de los contratos de carácter indefinido será de 1.095 días efectivos de contratación.

Igualmente, se introducen los siguientes cambios en el Decreto 149/2005: se modifica el párrafo d) del artículo 4.1; se adiciona un nuevo apartado 3 al artículo 4, para realizar la observación que en las bonificaciones de las cuotas empresariales de la Seguridad Social se tendrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente; se modifican los párrafos párrafo b) artículo 12.3 y el párrafo b) del artículo 20.2; y, finalmente, se adiciona un nuevo párrafo in fine al artículo 23.1.

**DECRETO 17/2012, DE 7 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA LA ELABORACIÓN DEL INFORME DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO (BOJA NÚM. 36, 22 DE FEBRERO DE 2012).**

Este Decreto elaborado por la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social concreta el contenido del informe de evaluación del impacto de género como instrumento destinado a garantizar la integración del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el desarrollo de las competencias de los poderes públicos de Andalucía. Con la finalidad de adaptar al nuevo marco estatutario la regulación anterior, en concreto del contenido de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas y del Decreto 93/2004, de 9 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación del impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno.

Existe otra razón que hace necesaria la adaptación, derivada de la creación de las Unidades de Igualdad de Género de la Administración de la Junta de Andalucía (tras la aprobación del Decreto 275/2010, de 27 de abril) que no estaban previstas en la normativa anterior, las cuales se incorporan para elaborar los informes de género, con la finalidad de profundizar en la transversalidad y en la coordinación de las actuaciones administrativas.

La entrada en vigor del Decreto 17/2012 conlleva la derogación de la normativa en la que, anteriormente, se recogía este informe, el Decreto 93/2004, de 9 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación del impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno, junto con aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a su contenido.

El art. 2.2 del Decreto 17/2012, precisa que el objetivo perseguido por este documento consiste en recoger toda la información necesaria que fuere necesario para tratar de identificar las desigualdades de género existentes en relación con el objeto de la disposición, así como para realizar los oportunos análisis que se requieren para detectar su impacto en materia de igualdad y proponer posibles medidas que pudieran subsanar las desigualdades, si fuera necesario.

En lo que se refiere al contenido mínimo que deberá constar en el informe, éste se especifica en el art. 5. 1 del Decreto; debiendo de concretarse: a) la <<enumeración de la legislación vigente en materia de igualdad de género, citando expresamente las normas que afectan a la disposición. b) Identificación y análisis del contexto social de partida de mujeres y hombres en relación con la disposición de que se trate, con inclusión de indicadores de género que permitan medir si la igualdad de oportunidades entre ambos sexos será alcanzada a través de las medidas que se pretenden regular en aquella, e incorporando datos desagregados por sexos recogidos preferentemente en estadísticas ofi-

ciales y acotados al objeto de la norma. c) Análisis del impacto potencial que la aprobación de las medidas que se pretenden regular producirá entre las mujeres y hombres a quienes afecten. d) Incorporación de mecanismos y medidas dirigidas a neutralizar los posibles impactos negativos que se detecten sobre las mujeres y los hombres, así como a reducir o eliminar las diferencias encontradas>>. Una vez elaborado el informe por el centro directivo competente, se remitirá al Instituto Andaluz de la Mujer junto con las observaciones de la Unidad de igualdad de género de la Consejería y el proyecto de disposición, antes de proceder a su remisión a la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeros o, en caso de proyectos de disposiciones en las que no sea necesario dicho trámite, antes de su aprobación.

**DECRETO 36/2012, DE 21 DE FEBRERO, POR EL QUE SE FACILITA LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA Y DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SUS AGENCIAS EN LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA, QUE HABRÁN DE CELEBRARSE EL DÍA 25 DE MARZO DE 2012 (BOJA NÚM. 38, 24 DE ENERO DE 2012).**

Se establecen las disposiciones necesarias a resultas de la convocatoria de elecciones al Parlamento de Andalucía por Decreto del Presidente 1/2012, de 30 de enero, con la finalidad de garantizar el derecho a voto de las personas trabajadoras por cuenta ajena y personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias.

**ORDEN DE 14 DE DICIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE DELEGA LA COMPETENCIA QUE SE CITA EN LA PERSONA TITULAR DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA (BOJA NÚM. 4, 9 DE ENERO DE 2012).**

Por razones de agilidad y eficacia administrativa por orden de la Consejería de Empleo se procede a delegar en la persona titular de la Secretaría General Técnica la autorización de los expedientes de modificaciones presupuestarias que corresponden a la persona titular de la Consejería conforme a lo dispuesto en el artículo 46.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, y demás disposiciones de aplicación.

La competencia delegada, de conformidad con lo indicado en el artículo 102.4 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, podrá revocarse por la persona

titular de la Consejería en cualquier momento y deberá publicarse la citada revocación en el BOJA; igualmente la persona titular de la Consejería podrá avocar para sí el conocimiento y resolución de cualquier asunto comprendido en la delegación sin perjuicio de que la delegación subsistirá en tanto no sea revocada o modificada de modo expreso.

**ORDEN DE 16 DE ENERO DE 2012, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS DE LOS PREMIOS ANDALUCÍA SOBRE MIGRACIONES Y SE CONVOCA LA X EDICIÓN (BOJA NÚM. 26, 8 DE FEBRERO DE 2012).**

El plazo de presentación de estos premios finalizó a dos meses después de la publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

**ORDEN DE 16 DE FEBRERO DE 2012, POR LA QUE SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA EMISIÓN DE INFORME SOBRE ESFUERZO DE INTEGRACIÓN DE LA PERSONA EXTRANJERA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 46, 7 DE MARZO DE 2012).**

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, encomendó a las Administraciones Públicas desarrollar factores esenciales para favorecer la integración de las personas extranjeras. Concretamente para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, estableció en su art. 31.7, que tendría que valorarse el esfuerzo de integración de la persona extranjera, lo que se plasmaría mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma en el que plasmara la asistencia de las personas solicitantes de la renovación a cursos formativos.

En este marco se encuadra la Orden de 16 de febrero de 2012, cuyo objeto es regular el procedimiento necesario para la tramitación y emisión del informe sobre esfuerzo de integración de la persona extranjera, a efectos de lograr la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, y dentro del ámbito de aplicación de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Este informe que acredita el esfuerzo integrador realizado por una persona extranjera, de conformidad con lo establecido en el art. 3 de Orden, podrá ser solicitado por aquellas personas que estando empadronadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía cuenten con autorización de residencia temporal inicial o renovada dentro del plazo legal de renovación y tengan

posibilidades de renovar la autorización de residencia temporal a falta de acreditar algún requisito que pueda ser suplido con el informe sobre esfuerzo de integración. Para ello se requiere su participación activa en acciones formativas destinadas a la integración social de las personas extranjeras.

Las acciones formativas deberán responder a los criterios del art. 4 de la Orden, que especifica los criterios que deberán valorarse con carácter prioritario, debiendo de orientarse la formación a ampliar: a) El conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España. b) El conocimiento y respeto de los valores del Estatuto de Autonomía para Andalucía. c) El conocimiento y respeto de los valores de la Unión Europea. d) El conocimiento y respeto de los derechos humanos. e) El conocimiento y respeto de las libertades públicas y la democracia. f) El conocimiento y respeto de la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres. g) Profundizar en el aprendizaje del castellano.

Las solicitudes para obtener el informe, para las que se adjunta formulario oficial en el Anexo, tendrán que presentarse por las personas solicitantes en los Registros administrativos de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo o en su Registro General, sin perjuicio de presentarlas conforme a las vías prevista en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La convocatoria para presentar los formularios estará abierta durante todo el año.

De estimarse que la persona solicitante cumple los requisitos legales, se emitirá un informe positivo sobre el esfuerzo de integración, que deberá de contener los extremos a los que hace referencia el art. 12.2 de la Orden; en caso contrario, se emitirá informe desfavorable. La autoridad competente dispondrá de un plazo máximo de 3 meses para emitir y notificar el informe favorable o desfavorable, computándose dicho plazo a partir del día siguiente a su petición. Si no se emite ninguna resolución expresa, podrán entenderse desestimadas las solicitudes presentas por silencio negativo.

Sobre los beneficiarios de estos informes pesarán las obligaciones concretadas en el art. 13 de la Orden, siendo las siguientes: a) Tendrán la obligación de someterse a la comprobación de los datos y documentos aportados; y, b) Tendrán la obligación de conservar los documentos justificativos que dieron lugar a la presentación y emisión del correspondiente informe, en tanto que éstos puedan ser objeto de acciones de comprobación y de control.

**ORDEN DE 13 DE MARZO DE 2012, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS Y CONVOCATORIA PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA NO COMPETITIVA DESTINADAS A LAS PERSONAS TRABAJADORAS BENEFICIARIAS DE UNA AYUDA SOCIOLABORAL EN VIRTUD DE UN EXPEDIENTE DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, AFECTADAS POR LA SITUACIÓN DE LIQUIDACIÓN DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA APRA LEVEN, N.V. (BOJA NÚM. 53, 16 DE MARZO DE 2012).**

La Consejería de Empleo, a través de la Dirección General de Trabajo, en el marco de las competencias atribuidas por el Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías, y de conformidad con lo establecido en el Decreto 136/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, desarrolla el Programa de acompañamiento sociolaboral en los expedientes de regulación de empleo aprobados en procesos de reestructuración laboral y viabilidad de empresas, como medida de interés social; dentro de este contexto se encuentran las ayudas que se instrumentan a través de las pólizas de la Compañía Aseguradora APRA LEVEN, N.V., las cuales se tramitan como compromisos de gastos plurianuales, para lo que se aprueban las bases reguladoras y se abre la convocatoria para obtener las subvenciones. El plazo de presentación de solicitudes, será de un mes a computar desde la fecha su publicación en el BOJA, es decir hasta el 16.4.2012.

**ORDEN DE 16 DE MARZO DE 2012, POR LA QUE SE MODIFICA LA ORDEN DE 1 DE ABRIL DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS DE LAS AYUDAS SOCIOLABORALES DESTINADAS A TRABAJADORES Y TRABAJADORAS AFECTADAS POR EXPEDIENTES DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS, EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, Y EFECTÚA SU CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2011, Y SE PROCEDE A UNA NUEVA CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2012 (BOJA NÚM. 57, 23 DE MARZO DE 2012).**

La modificación persigue el objetivo de tratar de mejorar la eficacia de las ayudas que están destinada a las personas trabajadoras afectadas por los expedientes de reestructuración de empresas, introduciendo medidas: a) Para agilizar la solicitud y la tramitación de las ayudas. b) Adaptar a la legislación

laboral los criterios del cómputo para determinar el cumplimiento de los requisitos de las personas beneficiarias a los efectos de los periodos de cotización a la Seguridad Social. c) Dar nueva redacción en los plazos de vigencia de la póliza y la cobertura económica de la ayuda sociolaboral. d) Clarificar la graduación de los reintegros cuando se pierde la condición de persona beneficiaria o cualquier otra causa de modificación de la causas que motivan la concesión de la ayuda sociolaboral.

Por último, por la gravedad de la crisis económica también se aprueba una convocatoria pública para año 2012 de ayudas sociolaborales para trabajadores y trabajadoras afectados por expedientes de reestructuración de empresas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a través de: 1.- Ayudas previas a la jubilación ordinaria a las personas trabajadoras que vean extinguido su contrato de trabajo en empresas en reestructuración. 2.- Ayudas extraordinarias para atender casos de necesidad socio-laboral, que permitan facilitar la reestructuración que pudieran conllevar el cese total o parcial de su actividad o contribuyan a mantener el empleo.

El plazo para solicitar las ayudas será de 3 meses ,a computar desde la entrada en vigor de la Orden, es decir, hasta el 23.6.2012.

**RESOLUCIÓN DE 31 DE ENERO DE 2012, DEL INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, POR LA QUE SE APRUEBA EL MODELO DE PROTOCOLO PARA LA PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN EL TRABAJO Y EL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LOS CASOS QUE PUEDAN PRODUCIRSE EN LA EMPRESA (BOJA NÚM. 27, 9 DE FEBRERO DE 2012).**

Esta resolución persigue la siguientes objetivos: a) Adaptar a la normativa varias disposiciones emitidas por órganos europeos, tales como la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo; la Recomendación 92/131/CEE; la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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 la Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; entre otras. b) Poner en práctica el contenido de determinadas normas estatales, en concreto, de la Ley Orgánica 3/2007,

de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. c) Aplicar la normativa y los planes autonómicos, especialmente de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía; y el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía (2010-2013).

En el contexto de todo el marco normativo citado, el Instituto Andaluz de la Mujer ha elaborado un modelo de protocolo destinado a prever el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, que podrá ser adoptado por las empresas que así lo acuerden con sus representantes de los trabajadores. Con la aprobación del protocolo se persigue el objetivo de lograr ambientes de trabajo libres de comportamientos discriminatorios y hostiles.

El modelo de protocolo se reproduce en el Anexo de la Resolución, que básicamente se articula en tres apartados distintos; en primer lugar, se deberán precisar las características del acoso sexual sufrido; en segundo lugar, habrá que concretar secuencia del acoso sexual y/o del acoso por razón de sexo; y finalmente, recoge un documento de formalización, que debidamente completado, tendrá que ser firmado por los representantes de la empresa y de los trabajadores, con la finalidad de realizar el tratamiento de los supuestos de acoso producidos en el seno de cada empresa.

Tras el documento de formulación, en la orden se detallan las cláusulas que deberá de contener el documento, diez en total, de las que se destacan:

a) La cláusula cuarta, que determina el sujeto activo del acoso (jefes/as, compañeros/as e incluso clientes/as, proveedores/as o terceras personas relacionados con la víctima por causa del trabajo); y el sujeto pasivo (cualquier trabajador/a, independientemente del nivel del mismo y de la naturaleza de la relación laboral).

b) La cláusula quinta, que define los tipos de acoso sexual, reduciéndolos en el chantaje sexual y el acoso sexual ambiental.

c) La cláusula novena, que describe el procedimiento de actuación, previendo uno no formal y otro formal, mediante denuncia, siendo puntos esenciales de este procedimiento la confidencialidad de la investigación y la garantía de indemnidad frente a represalias.

d) La cláusula décima, que prevé la adaptación del protocolo cuando una norma legal o convencional de ámbito superior afecte al contenido del protocolo.

**RESOLUCIÓN DE 27 DE ENERO DE 2012, DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE CONVOCA EL «X PREMIO DE INVESTIGACIÓN DEL CES DE ANDALUCÍA » Y SE HACE PÚBLICA LA COMPOSICIÓN DEL JURADO DEL MISMO (BOJA NÚM. 29, 13 DE FEBRERO DE 2012).**

El plazo de presentación de los trabajos al premio habrá finalizado a la fecha de publicación de este comentario, abierto hasta el 15 de marzo de 2012.

**RESOLUCIÓN DE 27 DE FEBRERO DE 2012, DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE DELEGAN EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS PARA EL EMPLEO LAS COMPETENCIAS PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES QUE SE ATRIBUYEN AL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO COMO ENTIDAD GESTORA DEL FONDO PARA EL FOMENTO Y LA PROMOCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO PREVISTO EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA DE LA LEY 12/2010, DE 27 DE DICIEMBRE, DEL PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2011 (BOJA NÚM. 61, 28 DE MARZO DE 2012).**

El Fondo para el Fomento y la Promoción del Trabajo Autónomo pretende facilitar la financiación de las actuaciones realizadas en este sector económico y mediante la resolución aprobada se desarrolla la atribución al Servicio Andaluz de Empleo de la competencia para gestionar el patrimonio y administrar los recursos económicos, en la persona titular de la Dirección General de Calidad de los Servicios para el Empleo.

Las atribuciones que se otorgan a esta persona son las siguientes: a) Verificar que las solicitudes presentadas cumplen los requisitos establecidos en el Convenio entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública y la Consejería de Empleo. b) Verificar la compatibilidad de los proyectos solicitantes de financiación con las políticas de la Consejería de Empleo. c) Supervisar el control y seguimiento de las ayudas concedidas. d) Mantener la integridad patrimonial del Fondo. e) Velar por el cumplimiento de la normativa; f) Llevar la contabilidad en los términos legales. g) Elaborar la documentación económica financiera. h) Remitir mensualmente informe de su actividad a la Consejería competente en materia de Empleo. i) Establecer fórmulas para difundir los programas y actividades del Foro. j) Realizar las actividades necesarias para gestionar el Foro.

Por último, en materia de subvenciones, se han aprobado los siguientes Acuerdos:

1. Acuerdo de 27 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la concesión de subvención mediante convenio de colaboración en materia de Formación Profesional para el Empleo con la Confederación de Empresarios de Andalucía así como el abono de la subvención según lo previsto en el artículo 25.1.c) de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 7, 12 de enero de 2012).
2. Acuerdo de 27 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la concesión de subvención mediante convenio de colaboración en materia de formación profesional para el empleo con la Unión General de Trabajadores de Andalucía, así como el abono de la subvención según los previstos en el artículo 25.1.c) de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 7, 12 de enero de 2012).
3. Acuerdo de 27 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la concesión de subvención mediante convenio de colaboración en materia de formación profesional para el empleo con la Confederación de Empresarios de Andalucía, para el desarrollo de un plan de formación de carácter intersectorial dirigido prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía así como el abono de la subvención según lo previsto en el artículo 25.1.c) de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 7, 12 de enero de 2012).
4. Acuerdo de 27 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la concesión de subvención mediante convenio de colaboración en materia de Formación Profesional para el Empleo con la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía así como el abono de la subvención según lo previsto en el artículo 25.1.c) de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 7, 12 de enero de 2012).
5. Acuerdo de 27 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno por el que se autoriza la concesión de subvención mediante convenio de colaboración en materia de formación profesional para el empleo con la Unión General de Trabajadores de Andalucía, para el desarrollo de planes de formación de carácter sectorial dirigido prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Así como el abono de la subvención según lo

previsto en el artículo 25.1.c) de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 7, 12 de enero de 2012).

6. Acuerdo de 27 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la concesión de subvención mediante convenio de colaboración en materia de formación profesional para el empleo con la Unión General de Trabajadores de Andalucía, para el desarrollo de un plan de formación de carácter intersectorial dirigido prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el abono de la subvención según lo previsto en el artículo 25.1.c) de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 7, 12 de enero de 2012).
7. Acuerdo de 27 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la concesión de subvención mediante convenio de colaboración en materia de Formación Profesional para el Empleo con la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía, para el desarrollo de un plan de formación de carácter intersectorial dirigido prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía así como el abono de la subvención según lo previsto en el artículo 25.1.c) de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 7, 12 de enero de 2012).
8. Acuerdo de 27 de diciembre de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la concesión de subvención mediante convenio de colaboración en materia de Formación Profesional para el Empleo con la Confederación Sindical Comisiones Obreras de Andalucía, para el desarrollo de planes de formación de carácter sectorial dirigido prioritariamente a personas trabajadoras ocupadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el abono de la subvención según lo previsto en el artículo 25.1.c) de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011 (BOJA núm. 7, 12 de enero de 2012).