

GUÍA JURÍDICO SINDICAL

Manual de interpretación
de la normativa laboral
para la actuación sindical

CGT

GUÍA JURÍDICO SINDICAL

Manual de interpretación
de la normativa laboral
para la actuación sindical



Coordinación:

Secretariado Permanente del Comité Confederal de la CGT

Producción:

Secretaría Jurídica y de Formación

Redacción:

Escuela Confederal de Formación «Eladio Villanueva» Gabinete Jurídico Confederal de la CGT

Diseño cubierta:

Laura Merino

C/ Sagunto, 15, 1º — 28010 MADRID
Teléfonos: 902 19 33 98 — 91 447 05 72
Fax: 91 445 31 32
e-mail: spcc.cgt@cgt.es

cgt.org.es
www.in-formacioncgt.info

Agradecemos la colaboración del:
Gabinete de Estudios de la CGT

Producción gráfica: pardetres.net
D.L.: M-36016-2017
ISBN: 978-84-697-8895-0

Índice

INTRODUCCIÓN	23
I ACTUACIÓN DEL SINDICATO EN LA EMPRESA	29
1. Representación unitaria	29
1.1. Los/as Delegados/as de Personal	30
1.2. Comités de Empresa	32
1.2.1. Constitución	32
1.2.2. Número de miembros	33
1.2.3. Atribución de resultados	33
1.2.4. Duración de mandato	33
1.2.5. Sucesión de empresas	34
1.2.6. Revocación	35
1.2.7. Cobertura de Vacantes	38
1.2.8. Derechos y Competencias del Comité de Empresa	38
1.2.9. Funcionamiento	42
1.2.10. Comisiones de Trabajo	43
1.2.11. Reuniones del Comité	46
1.2.12. Toma de decisiones	46
1.2.13. Actas	46
1.3. El Comité Intercentros	47
1.4. Garantías de los Representantes de los Trabajadores/as	50
1.5. Cambio de adscripción sindical	54
1.6. Comités de Empresa Europeos	55
2. Representación sindical	61
2.1. La Sección Sindical	61
2.2. Derechos de las Secciones Sindicales	62
2.2.1. Derechos reconocidos a los sindicatos con suficiente representatividad	62
2.2.2. Derechos reconocidos a las secciones sindicales que no ostenten suficiente representatividad	66
2.3. Los delegados/as de sector	66
3. Otros derechos del sindicato y de los representantes de los trabajadores/as	67
3.1. Derecho a la libre expresión	67
3.2. Crédito Horario	69
3.3. Tablón	74
3.4. Local	74
3.5. Derecho de vigilancia y control de normas de Seguridad Social, laborales y de seguridad e higiene	76

3.6. Derecho a la gestión de obras sociales.....	77
3.7. Elecciones Sindicales.....	77
3.8. Derecho de Huelga	77
3.9. Derecho de Reunión y Manifestación.....	78
3.10. Asambleas	79
3.11. Derechos de Información	80
3.12. Derecho de Participación	82
II NEGOCIACIÓN COLECTIVA	83
1. Estructura y articulación de la Negociación Colectiva: situando el debate, ¿centralización o descentralización?.....	84
2. El nuevo modelo que surge de la Ley 3/2012	87
1. Prioridad del convenio colectivo de Empresa y/o grupos de empresas	87
2. Descuelgue Salarial y del resto de condiciones de trabajo:.....	88
3. Descuelgue Salarial y del resto de condiciones de trabajo (descuelgue convencional):.....	88
4. Ámbito temporal y vigencia convenios (ultractividad).....	89
1. ¿Qué entendemos por negociación colectiva?	93
1.1. Características y señas de identidad de la negociación colectiva	94
1.2. Algunos marcos político-sociales en los cuales se ha movido la negociación colectiva	95
1.3. Cambios recientes en la estructura y Cobertura de los Convenios colectivos... ..	95
2. Definición, naturaleza y contenido de los convenios colectivos	96
2.1. Contenido del Convenio Colectivo	97
2.1.1. Cláusulas Normativas y Obligacionales	98
2.2. Aplicación e interpretación de los Convenios Colectivos.....	100
2.3. Tramitación, algunos aspectos procedimentales y validez de los Convenios Colectivos	101
2.4. Entrada en vigor	103
3. Legitimación para negociar.....	103
3.1. Comisión negociadora	105
3.2. Especial referencia a los Convenios Colectivos de grupo de empresas	107
3.3. Especial referencia a los Convenios de franja o de grupo de trabajadores/as	108
3.4. Acuerdos marco.....	109
3.5. Acuerdos sobre materias concretas	110
3.6. Acuerdos de empresa.....	110
3.6.1. Cuestiones Generales	110
3.6.2. Materias objeto de regulación.....	111
3.6.3. Distinción de los acuerdos de empresa y los convenios colectivos irregulares	114
3.6.4. Legitimación negocial	114
4. Concurrencia de convenios colectivos	114
4.1. Generalidad.....	114



4.2. Concurrencia en casos de sucesión de empresas	115
5. La comisión paritaria.....	115
6. Denuncia del convenio colectivo	118
7. Los convenios colectivos extraestatutarios (eficacia limitada).....	119
8. Impugnación del convenio colectivo	120
8.1. Impugnación de Convenio no registrado	121
8.2. Legitimación para impugnar.....	121
8.3. Cuestiones procesales	121
III RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO	125
1. CONTRATO DE TRABAJO	125
1.1. Introducción	126
1.2. Concepto de contrato de trabajo.....	128
1.3. Supuestos que no tienen consideración de relación laboral.....	129
1.4. Relaciones laborales de carácter especial	130
1.4.1. Capacidad para contratar	130
1.5. Forma del contrato	132
1.6. Duración del contrato de trabajo	132
1.7. Modalidades de contratos de trabajo.....	133
1.7.1. El Contrato Indefinido.....	133
1.7.1.1. Contrato indefinido	133
1.7.1.2. Contrato para el Fomento de la Contratación Indefinida.....	135
1.7.1.3. Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores	137
1.7.2. Contrato de duración determinada.....	137
1.7.2.1. El Contrato por obra o servicio determinado (artículo 15.1.a del ET)	138
1.7.2.2. Contrato eventual por circunstancias de la producción (artículo 15 ET).....	140
1.7.2.3. Contrato de Interinidad (artículo 15.1.c ET).....	141
1.7.3. Contratos Formativos	142
1.7.3.1. Contrato de trabajo en prácticas. 142	
1.7.3.2. Contrato de trabajo para la formación y aprendizaje	143
1.7.4. Contrato a tiempo parcial	146
1.7.4.1. Horas complementarias.....	146
1.7.5. Contrato de Relevo. 147	
1.7.6. Contrato de Trabajo Fijo Discontinuo (regulado en el artículo 15.8 del ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001).....	148
1.8. Conversión de contratos temporales por vía del artículo 15.5 ET	149
1.9. Negociación colectiva en materia de contratación	150
2. Salario	151
2.1. Naturaleza y definición de las percepciones económicas del trabajador/a.....	153
2.2. Estructura salarial	154

2.2.1. Estructura del Salario	154
2.2.2. Complementos	155
2.2.3. Las Stock-options	156
2.2.4. Salario en Especie	156
2.3. Retribución de las horas extras	157
2.4. Gratificaciones extraordinarias	158
2.5. Retribuciones extrasalariales	158
2.6. Otras prestaciones no salariales	159
2.7. Límites a la fijación del salario	159
2.7.1. El Salario Mínimo Interprofesional (SMI) e indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM)	160
2.7.2. El principio de igualdad y no discriminación	161
2.7.2.1. La doble escala salarial	163
2.7.2.2. Diferencias por razón de género	164
2.7.2.3. La condición salarial más beneficiosa	165
2.8. El principio de compensación y absorción	166
2.9. Cláusulas de revisión salarial	166
2.10. Pago del salario	167
2.11. Anticipos	167
2.12. Consecuencias derivadas del impago o retraso en el abono del salario	168
2.12.1. Infracciones del empresario relativas al Salario	168
2.12.2. El impago del Salario como causa de extinción del contrato de trabajo	169
2.13. Protección y garantías del salario	169
2.13.1. Privilegios del Salario	169
2.13.2. Inembargabilidad del Salario	171
2.14. El fondo de garantía salarial (FOGASA)	172
2.14.1. ¿Qué es el FOGASA?	172
2.14.2. Percepciones salariales e indemnizaciones cubiertas por el FOGASA	172
2.14.3. Financiación del FOGASA	175
2.14.4. Tramitación de expedientes ante el FOGASA	175
2.14.5. Plazo para solicitar el pago por el FOGASA	176
Retenciones e ingresos a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas	177
2.15. Liquidación, saldo y finiquito	178
3. Tiempo de trabajo. Jornada de trabajo	180
3.1. Concepto de jornada	181
3.1.1. Jornada Ordinaria. Ámbito de aplicación y duración	181
3.1.2. Distribución del tiempo de trabajo	182
3.1.3. Descanso entre jornadas	183
3.1.4. Descansos semanales, fiestas y permisos	183
3.2. Calendario laboral	184
3.3. Cómputo del tiempo de trabajo	185
3.4. Trabajo nocturno	185
3.5. Trabajo a turnos	186

3.6. Ritmo del trabajo y salud del trabajador/a (principio general de adaptación del trabajo a la persona)	188
3.7. Prolongación de jornada. Horas extraordinarias	188
3.8. Jornadas especiales	189
3.8.1. Ampliaciones de jornada	190
3.8.2. Limitaciones y reducciones de jornadas	197
3.8.2.1. Trabajos Expuestos a Riesgos Ambientales	197
3.8.2.2. Trabajos en cámaras frigoríficas y de congelación.....	198
3.8.2.3. Trabajos en el interior de las Minas.....	198
3.8.2.4. Trabajos en Construcción y Obras Públicas.....	199
3.8.2.5. Cuidado de menor en guardia legal o familiar	199
4. Vacaciones, permisos y licencias	201
4.1. Vacaciones.....	201
4.1.1. Disfrute de las Vacaciones y período de incapacidad temporal	202
4.1.2. Retribución.....	204
4.1.3. Reclamación Jurisdiccional:.....	205
4.1.4. Relaciones Laborales de Carácter Especial	206
4.2. Permisos y licencias.....	207
5. Faltas y sanciones	211
5.1. Poder disciplinario del empresario	211
5.1.1. Cuestiones Generales	211
5.1.2. Principios del derecho sancionador del empresario	211
5.2. Faltas laborales.....	212
5.3. Sanciones laborales	213
5.3.1. Cuestiones Generales	213
5.3.2. Prohibición de ciertas sanciones.....	213
5.3.3. Prescripción de sanciones.....	213
5.4. Procedimiento sancionador	214
5.5. Garantías de los representantes de los trabajadores/as	214
5.6. Proceso de impugnación de sanciones.....	215
5.7. Negociación Colectiva.....	215
6. Extinción del contrato de trabajo	217
6.1. Causas de extinción.....	217
6.1.1. Por mutuo acuerdo entre trabajador/a y empresario.....	218
6.1.2. Por las causas consignadas válidamente en el contrato.....	219
6.1.3. Expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.....	220
6.1.4. Por dimisión del trabajador/a.....	221
6.1.5. Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador/a.....	222
6.1.5.1. Por muerte del trabajador/a, como causa de extinción de la relación laboral.....	222
6.1.5.2. La declaración de una incapacidad permanente	223
6.1.6. Por Jubilación del trabajador/a.....	224

6.1.7. Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, y extinción de la personalidad jurídica de la empresa	224
6.1.8. Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo	225
6.1.9. Los Despidos colectivos.....	225
6.1.10. Resolución del contrato por voluntad del trabajador/a, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario	231
6.1.11. Despido individual	232
6.1.11.1. Despido Disciplinario	233
6.1.11.2. Prescripción de las infracciones de los trabajadores/as	236
6.1.11.3. Forma y efectos del despido disciplinario	236
6.1.12. Por causas objetivas que legalmente puedan suponer la extinción de la relación laboral	238
6.1.12.1. Ineptitud del trabajador/a	239
6.1.12.2. Falta de adaptación del trabajador/a a las modificaciones técnicas	239
6.1.12.3. Amortización de puestos de trabajo	239
6.1.12.4. Absentismo laboral.....	240
6.1.12.5. Insuficiencia de consignación presupuestaria para la ejecución de planes y programas públicos.....	241
6.1.12.6. Forma y efectos de la extinción del contrato por causas objetivas.	241
6.1.12.7. ¿Qué hacer en caso de despido?	242
7. Suspensión del contrato de trabajo y excedencias	243
7.1. Suspensión del contrato de trabajo.....	243
7.1.1. Causas de suspensión (Art. 45.1 E.T)	245
7.1.1.1. Mutuo acuerdo de las partes (artículo 45.1.a del ET)	245
7.1.1.2. Causas consignadas en el contrato (artículo 45.1.b del ET)	246
7.1.1.3. Incapacidad Temporal (artículo 45.1.c ET y art. 128 y 131 bis de la LGSS).....	246
7.1.1.4. Maternidad, Paternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora, riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, y adopción o acogimiento	248
7.1.1.5. Privación de libertad del trabajador/a, mientras no exista sentencia condenatoria (artículo 45.1.g del ET)	251
7.1.1.6. Suspensión del contrato de trabajo por Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción (ETOP). Art. 47 E.T, Art. 16 y siguientes del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.....	252
7.1.1.7. Reducción de Jornada por causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción. Artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores y R.D. 1483/2012.....	257
7.1.1.8. Fuerza Mayor (arts. 45.1 i), 47.3 y 51.7 del E.T). Artículos 31 a 33 del R.D. 1483/2012	257
7.1.1.9. Otras causas legales de suspensión del contrato de trabajo.....	258

7.2. Excedencias: Artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores	258
7.2.1. Excedencia Forzosa.....	258
7.2.1.1. Excedencia por desempeño de cargo público.....	259
7.2.1.2. Excedencia por el ejercicio de funciones sindicales. Artículos 46.4; 48.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1.b) de la LOLS	260
7.2.1.3. Excedencia por cuidado de hijos	260
7.2.1.4. Excedencia para el cuidado de un familiar.....	262
7.2.2. Excedencia Voluntaria (artículos 46.2 y 46.5 del ET)	263
8. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 del E.T.)	266
8.1. Concepto	266
8.2. Delimitación del ámbito de aplicación del art. 41 del Estatuto.....	267
8.3. Causas de justificación de la modificación sustancial	269
8.4. Materias susceptibles de modificación	269
8.4.1. Jornada de Trabajo	270
8.4.2. Horario de Trabajo.....	270
8.4.3. Régimen de Trabajo a Turnos.....	271
8.4.4. Sistema de remuneración	272
8.4.5. Sistema de Trabajo y Rendimiento	272
8.4.6. Modificación de funciones que exceden de lo permitido por el art. 39 del E.T.	273
8.4.7. Modificación de condiciones más beneficiosas consistentes en mejoras o beneficios sociales	273
8.5. Procedimiento y efectos.....	274
8.5.1. Modificaciones de carácter individual	274
8.5.2. Modificaciones de carácter colectivo	274
8.6. Impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.....	275
8.7. Descuelgue de convenio y modificación sustancial de las condiciones de trabajo ...	277
9. Movilidad geográfica	278
9.1. Traslados	278
9.1.1. Traslado Colectivo.....	279
9.1.1.1. Cuestiones Generales.....	279
9.1.1.2. Período de Consultas.....	280
9.1.1.3. Impugnación del traslado colectivo	282
9.1.2. Traslado Individual.....	282
9.1.2.1. Impugnación del traslado.....	284
9.2. Desplazamientos.....	285
9.3. Negociación colectiva.....	286
9.4. Movilidad funcional.....	286
9.4.1. Movilidad Ordinaria	286
9.4.2. Movilidad Funcional por iniciativa del empresario/a fuera del Grupo Profesional (Ius Variandi11).....	288
9.4.3. Exigencias comunes a la Movilidad Ordinaria y al Ius Variandi	288
9.4.4. Procedimiento de consolidación Profesional (Art. 39.2 ET).....	289
9.4.5. Impugnación de la orden de movilidad funcional	290

IV ETT, CONTRATAS, SUBCONTRATAS, CESIÓN ILÍCITA DE TRABAJADORES/AS	291
1. Introducción	291
2. ETT (empresas de trabajo temporal)	292
2.1. Cuestiones Generales.....	294
2.2. Irregularidades más habituales.....	295
3. Contratas y subcontratas	296
4. Sucesión de empresas	298
4.1. Cuestiones Generales.....	298
4.1.1. Transmisión de empresas como elemento precarizador de las relaciones laborales	299
4.2. Responsabilidad en casos de sucesión de empresas	301
4.3. Condiciones colectivas y norma colectiva de aplicación	301
4.4. Concretos derechos afectados por la sucesión de empresas.....	301
4.5. Representación de los trabajadores/as	302
5. Cesión ilícita de trabajadores/as.....	303
5.1. La cesión ilícita de trabajadores/as.....	303
5.1.1. Elementos indiciarios de la cesión ilegal de trabajadores/as	304
5.2. La relación con otras empresas (contratistas) que ejecutan directamente obras o servicios precisos, encomendados por las empresas principales.....	305
5.3. Consecuencias de la cesión ilícita. 307	
V MATERNIDAD Y PATERNIDAD	311
1. Introducción	311
2. Ámbito normativo. Principio de igualdad de trato	312
3. Reducción de jornada y permisos	314
3.1. Derechos en cuanto al tiempo de trabajo.....	314
3.1.1. Reducción de jornada por lactancia	314
3.1.2. Reducción de jornada en caso de hospitalización de neonatos.....	315
3.1.3. Guarda legal	315
3.1.4. Permisos para asistir a exámenes médicos prenatales o para realizar técnicas de preparación al parto.....	316
3.1.5. Requisitos comunes para el ejercicio de los permisos anteriores	316
3.2. Suspensiones del contrato de trabajo.....	316
3.2.1. Excedencia por cuidado de hijos/as	316
3.2.2. Descanso por maternidad o parto	317
3.3. Prestaciones de la Seguridad Social	319
3.3.1. Asistencia sanitaria	319
3.3.2. Subsidio por maternidad.....	320
3.3.3. Prestación por paternidad.....	320

3.3.4. Subsidio por riesgo durante el embarazo (Art. 48.5 ET, LGSS 106.4 y 135, RD 295/2009, Art. 22 al 30)	322
3.4. Actuación y Denuncia.....	323
3.5. Negociación colectiva.....	324
4. Prevención de riesgos laborales de la mujer embarazada y lactante.....	325
4.1. Medidas de evaluación y prevención de riesgos laborales	326
4.1.1. Evaluación de riesgos	326
4.1.2. Cambio de puesto de trabajo.....	327
4.2. Prevención de riesgos laborales de la mujer embarazada y lactante y negociación colectiva	327
5. Despido. Decisiones extintivas.....	328
VI SALUD LABORAL.....	331
1. Introducción.	331
2. Distribución de competencias en materia laboral y de salud laboral entre el estado y las CCAA.....	335
2.1. Competencias del estado.	335
2.2. Competencias de la CCAA.....	335
3. Organismos competentes nacionales y autonómicos	336
3.1. Organismos nacionales	336
3.1.1. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, INSHT	336
3.1.2. Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.....	337
3.1.3. Autoridades Sanitarias.....	337
3.2. Organismos Autonómicos	338
4. Régimen jurídico.....	340
4.1. Ámbito de aplicación	341
4.2. Normativa de aplicación	342
5. Principios de la acción preventiva y especialidades preventivas.....	346
5.1. Principios de la acción preventiva	346
5.2. Especialidades preventivas	347
6. Plan de prevención de riesgos laborales	349
6.1. Evaluación de riesgos laborales	350
6.1.1. Procedimiento de la evaluación de riesgos laborales.	352
6.2. Planificación de la actividad preventiva	354
7. Derechos y deberes relativos a la salud laboral.....	355
7.1. Art. 14 LPRL derecho a la salud del trabajador/a y deber de protección del empresario.....	355
7.2. Derechos del trabajador/a: información, consulta, participación y formación	356
7.2.1. Derecho de información.....	356
7.2.2. Consulta a los trabajadores/as y participación.....	356
7.2.3. Derecho a la formación	357
7.3. Obligaciones del empresario y del trabajador/a.....	358

7.3.1. Obligaciones del empresario	358
7.3.2. Obligaciones de los trabajadores/as	361
7.3.2. Obligaciones de fabricantes, importadores y suministradores	361
8. Delegados/as de prevención y comités de seguridad y salud.....	362
8.1. Introducción	362
8.2. Delegados/as de prevención	
8.3. Competencias y facultades de los delegados/as de prevención.....	363
8.4. Garantías de los Delegados/as de Prevención	364
8.5. Comité de Seguridad y Salud.....	365
8.5.1. Competencias y facultades del comité de Seguridad y Salud.....	365
9. Modalidades de los Servicios de Prevención y Recursos Preventivos	366
9.1. Modalidades de los Servicios de Prevención.....	366
9.1.1. Por el propio empresario	366
9.1.2. Designación de trabajadores/as	367
9.1.3. Servicio de prevención propio y mancomunado.....	367
9.1.4. Servicios de prevención Ajenos.....	368
9.2. Recursos preventivos.....	369
9.2.1. Presencia de los recursos preventivos	369
9.2.2. Modalidades de recursos preventivos	370
10. Las auditorías o evaluaciones externas de los sistemas de prevención.....	371
11. Negociación colectiva y salud laboral.....	372
12. La salud laboral en contratatas y subcontratatas.....	373
13. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social	374
14. Técnicos de prevención habilitados en las CCAA	375
14.1. Funciones	375
14.2. Competencias.....	376
14.3. Facultades:.....	376
15. Drogodependencias	377
VII ACOSO MORAL EN EL TRABAJO.....	381

1. Introducción.	382
1.1. Concepto de acoso moral en el trabajo	382
1.2. Tipos de acoso.....	383
1.3. Delimitación con figuras afines.....	384
2. Ámbito normativo.....	384
2.1. Derecho europeo	384
2.2. Derecho español.....	385
2.2.1. Derechos fundamentales.....	385
2.2.2. Derecho laboral y penal.	385
3. Vías de actuación.....	386



3.1. Vías de actuación en el ámbito de la empresa.....	386
3.2. Actuación fuera del ámbito de la empresa.....	387
3.3. Especial referencia a la jurisdicción contencioso-administrativa. Trabajadores/as de la administración pública	388
4. Acoso moral en el trabajo y actuación sindical	388
5. Acoso moral en el trabajo y negociación colectiva.....	389
VIII CONFLICTOS COLECTIVOS, HUELGA Y CIERRE PATRONAL.....	391
1. Conflictos colectivos y sus fórmulas de solución	394
1.1. Medios extrajudiciales	394
1.1.1. Conciliación.....	395
1.1.2. Mediación.....	396
1.1.3. Arbitraje	396
1.1.4. El ASAC-V	397
1.1.4.1. Procedimientos derivados del ASAC. Mediación y Arbitraje.....	399
1.1.5. Intervención de la Autoridad Laboral.....	403
1.2. Medios judiciales.....	404
1.2.1. Legitimación	406
1.2.2. Trámites	407
2. El derecho de huelga.....	408
2.1. Introducción	408
2.2. El derecho de huelga, sus límites y su protección.....	409
2.2.1. Titulares del derecho de huelga.....	409
2.2.2. Ejercicio y límites del derecho de huelga.....	410
2.2.3. Protección del derecho de huelga	410
2.2.4. ¿Quiénes pueden convocar huelga?.....	411
2.3. El preaviso. Comunicación formal de la jornada de huelga.....	412
2.4. El comité de huelga	413
2.5. Publicidad sobre la huelga.....	414
2.6. Los Piquetes	414
2.7. Servicios mínimos.....	416
2.8. Servicios de seguridad y mantenimiento.....	419
2.9. Adhesión a la huelga	419
2.10. Posibles actuaciones del empresario ante la huelga.....	419
2.11. Contrato, salario y huelga	420
2.12. Mecanismos de denuncia.....	421
2.13. Fin de la huelga	421
2.14. Actuación ante situaciones de conflicto durante la huelga.....	422
3. Cierre patronal	425
3.1. Introducción	425
3.2. Duración	427
3.3. Procedimiento	428

3.4. Cierre patronal, contrato y salario.....	428
3.5. Actuaciones del sindicato ante el cierre patronal	428
IX LA INSPECCIÓN DE TRABAJO. INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL.....	429
1. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social.....	429
1.1. Introducción	429
1.2. La Función Inspectora	430
1.3. Extensión material de la acción de la ITSS.....	432
2. Organización del sistema de ITSS	432
2.1. Estructura territorial de la ITSS.....	432
2.2. Otros Órganos.....	433
2.3. Funcionarios de la Inspección	434
2.4. Organismos colaboradores con la ITSS.....	436
3. Actuación de la ITSS.....	436
3.1. Origen de actuaciones	436
3.2. Modalidades de actuación.....	437
3.3. Duración de las actuaciones	439
3.4. Obstrucción a la labor inspectora	439
4. Acta de la inspección de trabajo.....	440
4.1. Otros resultados de la Actuación Inspectora	441
4.1.1. Los trabajadores/as ante la ITSS	443
4.1.2. La Denuncia ante la ITSS.....	443
4.2. Actuación indebida de los ITSS, así como de los Subinspectores de Empleo (artículos 12 de la LITSS y 11 del RD138/2000)	444
5. Procedimiento sancionador	445
6. Infracciones y sanciones en el orden social	447
X DELITOS CONTRA TRABAJADORES/AS	459
1. Introducción	459
2. Delitos contra la seguridad social.....	459
3. Delitos contra los derechos de los trabajadores/as	460
4. Delitos contra la vida, salud o integridad física de los trabajadores/as	462
5. Sujetos responsables: delitos contra los trabajadores/as	464
XI ALGUNAS DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	469
1. Introducción el sistema de seguridad social.	469
2. La organización de la Seguridad Social.....	470
3. Financiación de la seguridad social, las cotizaciones	471

4. Las prestaciones de la seguridad social.....	473
4.1. Introducción	473
4.2. Incapacidad temporal.....	475
4.2.1. Tipos y requisitos de la incapacidad temporal.....	475
4.2.2. Ámbitos y entidades de la IT.....	476
4.2.3. Cuantía y duración de la incapacidad temporal.....	477
4.2.4. Informes complementarios y de control	478
4.2.5. Declaración médica de alta en los procesos de IT.	479
4.2.6. Propuestas de altas médicas formuladas por las mutuas en los procesos derivados de contingencias comunes	479
4.2.7. Determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal	480
4.2.8. Procedimiento para la revisión de las declaraciones de altas médicas expedidas por las Mutuas en procesos de IT derivados de contingencias profesionales dentro de los 365 días.....	481
4.2.9. Seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de incapacidad temporal.....	482
4.2.10. Requerimientos a las personas trabajadoras para reconocimiento médico	483
4.2.10.1. Incapacidad temporal y desempleo.....	484
4.3. Riesgo durante el embarazo	485
4.4. Lactancia natural	485
4.5. Maternidad.....	486
4.6. Paternidad.....	487
4.7. Prestación por seguro escolar.....	488
4.8. Jubilación.....	489
4.8.1. Contributiva	489
4.8.1.1. Supuestos	491
4.9. Incapacidad permanente	493
4.9.1. Incapacidad Permanente Parcial	494
4.9.2. Incapacidad Permanente Total.....	494
4.9.3. Incapacidad Permanente Absoluta	495
4.9.4. Gran Invalidez.....	495
4.9.5. Invalidez no contributiva	496
4.10. Prestación por desempleo	496
4.10.1. Introducción.....	496
4.10.2. Prestación por desempleo contributiva	496
4.10.3. Prestación por desempleo no contributiva. Subsidio por desempleo.....	500
4.10.3.1. Trabajadores/as que han agotado la prestación contributiva por desempleo y tienen responsabilidades familiares	501
4.10.3.2. Trabajadores/as mayores de 45 años que han agotado la prestación por desempleo y no tuvieran responsabilidades familiares	501
4.10.3.3. Trabajadores/as emigrantes retornados	502

4.10.3.4. Trabajadores/as que, al producirse la situación legal de desempleo, no han cubierto el período mínimo de cotización para acceder a una prestación contributiva.....	502
4.10.3.5. Liberados de prisión.....	503
4.10.3.6. Trabajadores/as que sean declarados plenamente capaces o inválidos parciales como consecuencia de expediente de revisión por mejoría de una situación de gran invalidez, invalidez permanente absoluta o total para la profesión habitual	503
4.10.3.7. Subsidio por desempleo para trabajadores/as mayores de 55 años (antes 52 años).....	504

XII DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL..... 505

1. Concepto de discriminación.....	505
2. Discriminación por razón de género.....	506
2.1. Sindicalismo y perspectiva de género.....	506
2.2. Ámbito normativo.....	507
2.2.1. Declaraciones internacionales	507
2.2.2. Directivas europeas	507
2.2.3. Derecho español	508
2.2.3.1. Prohibición constitucional	508
2.2.3.2. Derecho laboral. Derecho del trabajador/a a no sufrir discriminación	508
2.2.3.3. Código Penal.....	509
2.2.3.4. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.....	509
2.3. Manifestaciones de discriminación por razón de género en el ámbito laboral	509
2.3.1. Acceso al empleo.....	510
2.3.1.1. Negociación colectiva y acceso al empleo.....	510
2.3.2. Temporalidad y contratación	511
2.3.2.1. Temporalidad y negociación colectiva	511
2.3.3. Promoción y formación profesional	511
2.3.3.1. Promoción y negociación colectiva	511
2.3.4. Discriminación salarial	512
2.3.4.1. Discriminación salarial y negociación colectiva	513
2.3.5. Salud laboral.....	513
2.3.5.1. Salud laboral y negociación colectiva	514
2.4. Denuncia y actuación sindical.....	514
2.4.1. Autoridad laboral. Inspección de trabajo.....	514
2.4.2. Procedimiento tutela de derechos fundamentales	515
2.4.3. Jurisdicción penal	515
2.5. Discriminación por razón de género y actuación sindical.....	515
2.6. Acoso sexual en el centro de trabajo.....	516

2.6.1. Concepto.....	516
2.6.2. Tipos de acoso sexual.....	516
2.6.3. Ámbito normativo.....	517
2.6.4. Acoso sexual y Acción sindical.....	519
2.6.5. Vías de actuación.....	520
2.6.5.1. Vías de actuación en el ámbito de la empresa.....	520
2.6.5.2. Actuación fuera del ámbito de la empresa.....	521
2.6.6. Acoso Sexual y Negociación Colectiva.....	521
3. Discriminación por razón de edad legislación aplicable:.....	522
3.1. Introducción.....	522
3.2. Ámbito normativo.....	523
3.3. Actuación ante situaciones de discriminación por razones de edad.....	524
3.3.1. Acudir a las comisiones competentes.....	524
3.3.2. Denuncia ante la Inspección de trabajo.....	524
3.3.3. Procedimiento tutela de derechos fundamentales.....	525
3.4. Discriminación por razón de edad y acción sindical.....	525
3.5. Discriminación por razón de edad y actuación sindical.....	525
4. Discriminación por razón de orientación sexual.....	525
4.1. Introducción.....	525
4.2. Principios de no discriminación por razón de orientación sexual.....	526
4.3. Principales manifestaciones de la discriminación laboral hacia homosexuales.....	528
4.4. Orientación sexual y actuación sindical.....	528
4.5. Discriminación por razón de orientación sexual y negociación colectiva.....	529
5. Discriminación por razón de identidad de género (transexuales).....	529
5.1. Introducción.....	529
5.2. Principios de no discriminación basada en la transexualidad.....	530
5.3. Principales manifestaciones de la discriminación laboral hacia transexuales.....	531
5.3.1. Acceso al empleo.....	531
5.3.2. Acoso laboral durante la fase de reasignación de género.....	532
5.3.3. Decisiones extintivas.....	532
5.4. Vías de actuación.....	532
5.5. Transexualidad y negociación colectiva.....	533
6. Discriminación por razón de discapacidad.....	533
6.1. Discapacidad. Concepto y caracteres.....	533
6.2. Discapacidad y empleo.....	533
6.3. Marco legal.....	534
6.3.1. Declaraciones internacionales.....	534
6.3.2. Derecho comunitario.....	535
6.3.3. Derecho español.....	535
6.4. Formas de empleo para personas con discapacidad reguladas en el derecho español.....	536
6.4.1. Centros Especiales de Empleo.....	536
6.4.2. Sistema ordinario de trabajo.....	537
6.4.2.1. Cuota de reserva.....	537

6.4.2.2. Medidas alternativas de la obligación de reserva.....	537
6.4.2.3. Infracciones y sanciones	538
6.4.3. Discapacidad y Jubilación.....	538
6.5. Discapacidad y negociación colectiva	538
XIII BREVE COMENTARIO SOBRE EL PROCEDIMIENTO LABORAL.....	541
1. Introducción	541
2. Intentos de solución preprocesal.	542
2.1. Arbitraje.....	542
2.2. Conciliación previa a la vía judicial (Artículos 63-68 LRJS)	543
2.2.1. Concepto y ámbito.....	543
2.2.2. Órganos de conciliación	543
2.2.3. Ámbito. Intento de conciliación obligatorio	543
2.3. Reclamación administrativa previa (Artículo 69 LRJS).....	544
2.3.1. Concepto.....	544
3. EL Proceso Ordinario	544
4. Los Procesos Especiales	544
XIV EL CONCURSO DE ACREEDORES. ASPECTOS RELEVANTES PARA LAS RELACIONES LABORALES	549
1. Introducción	549
1.1. Concepto de Concurso de Acreedores. 551	
1.2. Conceptos básicos en materia concursal.....	550
1.3. ¿Dónde se regula el concurso de acreedores?	550
1.4. ¿Cuándo puede promoverse un concurso?	551
1.5. ¿Quién puede promover el concurso?	551
1.6. ¿Cómo se solicita un concurso?.....	551
1.7. ¿Qué deudas se cobran y en qué orden?.....	552
2. Tratamiento de las deudas laborales	554
3. Ejemplo de cobro de las deudas laborales en el marco de la liquidación de un concurso	557
4. El despido colectivo, la suspensión de contratos de trabajo y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el marco del concurso de acreedores	559
4.1. Legitimación y momento de la solicitud.....	560
4.2. Contenido de la solicitud y documentos	560
4.3. Comunicación y periodo de consultas.....	560
4.4. Finalización del procedimiento	561
4.5. Peculiaridades de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo e instituciones análogas en el marco de un concurso.....	562
4.6. Carácter colectivo de las extinciones contractuales, las suspensiones y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.....	562



5. La continuidad de la actividad tras el inicio del concurso	563
6. Los incidentes concursales	563
7. Demás materias laborales.....	564
8. El caso de las ETT y su garantía financiera	564
9. Fases y procedimiento del concurso	565
9.1. Sección Primera (Iniciación).....	565
9.2. Sección Segunda (La administración concursal).....	565
9.3. Sección Tercera (Determinación de la masa activa)	566
9.4. Sección Cuarta (Determinación de la masa pasiva)	566
9.5. Sección Quinta (El convenio y la liquidación)	566
9.6. Sección sexta (calificación del concurso)	567
10. Algunas cuestiones prácticas del procedimiento concursal.....	567
11. Algunas actuaciones posibles de los trabajadores/as en el marco de un concurso	568
12. El papel del FOGASA.....	569
XV MUTUAS E INCAPACIDAD TEMPORAL	571
1. Concepto de accidente de trabajo	571
1.1. ¿Qué es un accidente de trabajo?.....	572
1.2. La presunción del accidente de trabajo.....	572
1.3. Exclusiones al concepto de accidente de trabajo	572
2. Las mutuas colaboradoras con la seguridad social	573
2.1. Ley de Mutuas	573
2.2. Ámbito de las Mutuas.	573
2.3. Características de las mutuas y evolución en la ampliación de sus funciones.....	575
2.4. Constitución de las mutuas	576
2.5. Capacidad de obrar.....	578
2.6. Repartición de las operaciones	576
2.7. La Labor del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.....	576
2.8. Colaboración en las distintas contingencias.....	576
2.9. Gestión de las prestaciones económicas.....	577
2.10. Pagos de las prestaciones.....	577
2.11. Actuaciones sanitarias de urgencia de las mutuas.....	578
2.12. ¿En qué casos se producen las altas médicas?	578
2.13. Responsabilidad.....	578
XVI DERECHOS MEDIOAMBIENTALES DE LOS TRABAJADORES/AS	579
1. Introducción	579
2. Destrucción ambiental del actual modelo productivo	580
3. Derechos medioambientales de las/os trabajadoras/es	581

3.1. Ejercicio de las competencias y facultades reconocidas a los/as representantes de los trabajadores/as en el estatuto de los trabajadores y en la ley de riesgos laborales.....	583
3.1.1. El Estatuto de Trabajadores no establece un derecho explícito pero haciendo una interpretación amplia de alguna de las competencias de los representantes de los trabajadores previstos en el artículo 64, resulta:.....	583
3.1.2. La ley de prevención de riesgos laborales	587
3.2. Inclusión de cláusulas de contenido ambiental en los convenios colectivos y acuerdos de empresa, a través de la negociación colectiva	588
4. Acción sindical medioambiental	590
5. Cambio climático: del protocolo de Kioto (1997) al acuerdo de París (2015)	590
6. Los tratados internacionales de libre comercio: el TTIP.....	594
7. Conclusiones	595
XVII ANEXOS	597
ANEXO I Reglamento del Comité de Empresa	597
ANEXO II Comunicación al empresario de la constitución de la sección sindical y de la designación del/los delegado/s sindical/es	601
ANEXO III Comunicación a la empresa del nombramiento de delegado/s sindical/es	603
ANEXO IV Modelo de convocatoria de manifestación.....	604
ANEXO V Modelo de convocatoria de asamblea por los representantes de los trabajadores/as	605
ANEXO VI Modelo de acta de reunión de los trabajadores/as para convocar asamblea	607
ANEXO VII Modelo de denuncia del convenio colectivo	608
ANEXO VIII Modelo oficial de prestaciones al FOGASA.....	609
ANEXO IX Modelo de nómina	613
ANEXO X Modelo sencillo de escrito de iniciación de conflicto colectivo ante la autoridad laboral	615
ANEXO XI Modelo de acta del acuerdo adoptado por los trabajadores/as de someter a votación la huelga	617
ANEXO XII Modelo de acta de votación de los trabajadores/as sobre la convocatoria de huelga.....	618
ANEXO XIII Modelo de acta de acuerdo de convocatoria de huelga adoptado por los representantes de los trabajadores/as.....	619
ANEXO XIV Modelo de preaviso de huelga.....	620
ANEXO XV Modelo básico de denuncia ante la ITSS a la inspección de trabajo y de la seguridad social.....	622

INTRODUCCIÓN

La primera versión de la Guía Jurídico Sindical, publicada por la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO en 2004, tuvo una muy buena acogida entre las personas militantes de nuestra organización, que la vieron como un instrumento útil para su acción sindical.

Las modificaciones jurídicas aparecidas en los ámbitos laboral y social desde la publicación de la primera versión de esta Guía, que ha supuesto una desregulación de nuestro modelo de relaciones laborales, hacían necesaria una revisión y actualización del texto; una necesidad que se ha hecho aún más perentoria tras las medidas adoptadas por los distintos gobiernos desde el 2010, destinadas a favorecer a los causantes de la crisis a costa de las personas trabajadoras.

La Ley 27/2009 de medidas urgentes para el empleo, el Real Decreto-ley 8/2010 de medidas extraordinarias para reducir el déficit público, la Reforma Laboral impuesta en junio como Real Decreto-ley 10/2010 y acordada posteriormente en el Congreso como Ley 35/2010, la Ley 27/2011, la Ley 3/2012 de Reforma Laboral y la Ley 23/2013 de reforma de las pensiones, son todas medidas que aprovechan circunstancias para asestar un nuevo golpe a las personas trabajadoras, dando un nuevo impulso a la destrucción de derechos sociales y laborales.

La vorágine legislativa desde el 2008, inicio de su gran estafa, ha contribuido a atrasar algo más la aparición de esta esperada obra colectiva, que por fin puede ver la luz gracias al esfuerzo de numerosas personas y, sobre todo, del Gabinete Jurídico Confederal, que ha puesto su esfuerzo y su ilusión en este trabajo.

Es necesario expresar además el reconocimiento a los entes de CGT que con su apoyo y aportación han contribuido a la confección no sólo de esta Guía, sino de cuantos instrumentos (Guías, Boletines, Informes, Análisis) ha elaborado el Gabinete Jurídico, y que han permitido además dar un impulso definitivo a la formación, que se ha convertido en un importante soporte de la acción sindical de la Confederación.

Frente a quienes han claudicado en la lucha contra la injusticia social impuesta por el capital, asumiendo no sólo su discurso, sino también sus reglas y sus objetivos, la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO mantiene su voluntad de impulsar la consecución de un mundo más justo y con derechos frente a la precariedad y la explotación.

Confiamos en que esta Guía Jurídico Sindical siga siendo útil a la militancia y continúe conformando una herramienta práctica en su actividad sindical.

LAS REFORMAS LABORALES

<p>1976 — Ley de Relaciones Laborales: artículo 35, los trabajadores deciden readmisión o indemnización, en despidos sin causa.</p>	<p>En 1977 por medio de un Decreto Ley se suspende el artículo 35 de la Ley de Relaciones Laborales, otorgando la potestad ante los despidos sin causa, a los empresarios.</p>
<p>1977 — Pactos de la Moncloa: Moderación Salarial (congelación) y políticas de redistribución del gasto público.</p>	<p>Se sientan las bases de una modernización de las relaciones laborales basada en dos pilares: flexibilidad laboral, moderación salarial y libertad empresarial sobre la mano de obra.</p>
<p>1978 — Constitución Española: se organiza la sociedad desde la economía de mercado (artículo 38 CE: libertad de empresa), la democracia formal (el mayor grado de libertad es el votar cada cuatro años) y la inserción en la economía globalizada (Unión Europea).</p>	<p>Desaparece la posibilidad de ruptura de organizar lo social y lo laboral desde bases democráticas.</p> <p>Los Sindicatos pasan a constituirse como piezas esenciales de la economía (instituciones reguladoras del conflicto capital — trabajo).</p>
<p>1979 — se aprueba el Acuerdo Básico Interconfederal y en enero de 1980 el Acuerdo Marco Interconfederal. Se sientan las bases del Estatuto de los Trabajadores.</p>	<p>Ambos acuerdos contienen los elementos de reducción salarial y predominio en la negociación contractual, por medio de los convenios colectivos, de los Sindicatos <i>mayoritarios</i>.</p>
<p>1980 — Estatuto de los Trabajadores: abre la vía de extensión de la temporalidad. Los Empresarios pasan a controlar tanto la organización del trabajo (condiciones de trabajo), como ven reforzada su posición para los despidos. La congelación salarial es normativizada en la negociación colectiva.</p>	<p>Se puede considerar la primera reforma laboral global. Flexibiliza el mercado de trabajo y se refuerza el poder de las gerencias empresariales en el proceso de trabajo. Se pierde el control sindical sobre el proceso productivo de la organización del trabajo. La distancia salarial, profundiza la división interna entre trabajadores estables y precarizados.</p>
<p>1980 — Ley Básica de Empleo: Reduce las prestaciones.</p> <p>1981 — Acuerdo Nacional de Empleo (ANE): Se aceptan incrementos salariales por debajo de la inflación con el compromiso de creación de empleo.</p>	<p>Ante el problema del paro se comienza a utilizar a determinados colectivos como jóvenes, mujeres,... etc... Como coartada de la flexibilización del mercado de trabajo para quebrar cualquier estabilidad y seguridad del mercado.</p>
<p>1983 — Acuerdo Interconfederal (AI). RD 2317/1983, por el cual se regulan los contratos en prácticas, de aprendizaje, y el contrato a tiempo parcial.</p> <p>1984 — Acuerdo Económico y Social (AES).</p> <p>1984 — Reforma del Estatuto de los Trabajadores: se autorizan hasta 14 formas de contratación temporal.</p>	<p>Instalación y desarrollo de la estrategia empresarial basada en la descentralización de la producción y el cambio en las estructuras de la plantillas. Consecuencias: <u>fragmentación del mercado de trabajo</u>, desestructuración de la clase obrera e inicio del enfrentamiento entre víctimas y, generando diferentes efectos tales como la reducción de costes de trabajo, la externalización de los costes sociales, la adecuación de una plantilla flexible adaptable a las fluctuaciones de la demanda productiva, facilitar el incremento de la productividad y generando una estratificación jurídica de los trabajadores.</p>



<p>Desde 1980 hasta 1986: Leyes de Reconversión Industrial y RD de reestructuración de Sectores industriales como: naval, forja metal, electrodomésticos, altos hornos, etc.</p>	<p>Se destruyen más de 2.700.000 empleos estables y se reorganizan los mercados de producción, existiendo un traslado de cientos de miles de trabajadores al sector de servicios y hacia las prejubilaciones.</p>
<p>1986 — Entrada del Estado español en la Comunidad Económica Europea (CEE).</p> <p>La competitividad pasa a ser el valor supremo en la Organización de las relaciones sociales.</p>	<p>El Estado Español se inscribe en una economía mundo donde fundamentalmente su población activa debe ser ocupada en el sector servicios.</p> <p>Reestructuración del campo, con migraciones internas y organizar este sector con criterios de «agrobussines».</p>
<p>Ley 22/1992 de 30 de Julio y Ley 22/1993 sobre Desempleo.</p>	<p>Progresiva eliminación de la protección por desempleo. Se endurecen los requisitos para su acceso y se reducen las prestaciones en cuantía y en tiempo.</p>
<p>Ley 11/1994, de 19 de Mayo Reforma del Estatuto de los Trabajadores.</p> <p>Ley 14/1994, de 1 de Junio, que legaliza las Empresas de Trabajo Temporal.</p> <p>Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales.</p>	<p>Se produce un repliegue de la intervención estatal tanto a nivel cuantitativo haciendo desaparecer diferentes normas reglamentarias como cualitativamente al eliminar la imperatividad de numerosos aspectos de la regulación salarial, que ahora sí, podían ser empeorados según la relación de fuerzas entre trabajadores y empresarios. (Condiciones de trabajo sustanciales: jornada, turnos, sistemas de remuneración, etc.). Modificación de los sistemas de retribución y el descuelgue salarial.</p> <p>Abordar la Salud Laboral (Prevención de Riesgos Laborales) como gestores o «técnicos en salud» desligando la salud laboral de la organización del trabajo que se entrega al empresariado.</p>
<p>1996 — Ley de Racionalización de Pensiones. (Pacto de Toledo)</p>	<p>Se endurecen las condiciones para la accesibilidad a una pensión pública; se reducen las cuantías al alargar la Base Reguladora y se abre el mercado de los Planes Privados de Pensiones.</p>
<p>Reforma Laboral del año 1997.</p>	<p>Se instauro un nuevo contrato de fomento de empleo. Se abarata el despido. Se fija una nueva causa para despidos individuales y colectivos: por razones de competitividad (Artículo 54.c).</p>
<p>Ley 39/1999, de 5 de Noviembre, Ley de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras.</p> <p>Reforma de la Ley de las ETT. (Ley 11/99 de ETT)</p>	<p>Presuntamente concilia los trabajos asalariados y la vida familiar. Es falsa dicha conciliación, lo que se esconde es una carga —nuevamente— en los trabajos de reproducción para las mujeres. No aparecen, por tanto, los trabajos no salarizados, ligados a las tareas de cuidados y que permiten no sólo la reproducción del trabajo y su mantenimiento sino incluso el soporte para las diferentes luchas.</p>

Ley 12/2001 de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.	<p>Creación de los contratos de inserción; se amplían los sujetos destinatarios del contrato de formación; la ampliación de los supuestos de contratos cuyo de despido será indemnizado por 33 días por cada año trabajado y con un límite de 24 mensualidades; la reforma de la regulación de los contratos de trabajo fijos-discontinuos, del art. 15.8 del E.T. pasando los fijos discontinuos no sujetos a llamamiento a formar parte de la calificación de trabajadores a tiempo parcial periódico.</p> <p>Se consolida el «decretazo»: los empresarios despiden, reconocen el despido como improcedente y consignan la cantidad.</p>
Reforma Laboral 2006: RDL 5/2006 de 9 de junio para la mejora del crecimiento y del empleo y posterior Ley 43/2006 de 29 de diciembre. Ley 40/2007 de Reforma de las Pensiones	<p>Se subvencionan o reducen las cotizaciones empresariales a diferentes conceptos.</p> <p>Se incrementan determinadas cuantías a percibir del FOGASA por parte de los trabajadores.</p> <p>Los empresarios se garantizan una disponibilidad de mano de obra suficiente, barata, subvencionada.</p> <p>No se aborda el grave problema de las contrata y subcontrata, ni los fenómenos de la externalización y la descentralización productiva.</p> <p>Se reducen las prestaciones en la pensión final, al pasar el período de cálculo de 15 años con días cuota, a 15 años con días reales.</p> <p>Se fomenta la permanencia en el trabajo más allá de los 65 años y se endurecen los requisitos en la jubilación anticipada.</p> <p>Se dificulta la accesibilidad a la Pensión por Incapacidad modificando los periodos necesarios de cotización.</p> <p>Se modifica la jubilación parcial, siendo uno de los elementos más regresivos de la Ley</p>
Ley 35/2010 de Reforma del Mercado de Trabajo. Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, febrero de 2011 RDL 7/2011 de Reforma de la Negociación Colectiva. Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales.	<p>No solo refuerza sino que legaliza la desregulación casi total de los derechos laborales, tanto los individuales, como sobre todo, los colectivos de la clase trabajadora</p>
Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.	<p>Constituye la esencia de la desregulación laboral, al abordar y exigir a las partes negociadoras, la flexibilidad impuesta unilateralmente por el Empresario en las condiciones de trabajo, en la moderación del precio del trabajo, a la vez que da la posibilidad de desligarse el empresario de las obligaciones salariales y condiciones de trabajo (existiendo causa) que se hayan fijado por convenio.</p>

«El modelo de relaciones laborales del estado español, está enfermo de neoliberalismo y ausente de derechos fundamentales»

En todas las crisis económicas —y políticas— del capitalismo habidas en este estado, con origen en el año 1977, con los Pactos de la Moncloa, la del 83/84, la del 93/95, la del 2000/2001 y, ahora en la «gran crisis o su gran estafa desde el 2007», los distintos gobiernos del bipartidismo, conjuntamente con las burguesías nacionalistas, han resuelto la salida a las mismas, con intervenciones directas en el corazón de las relaciones salariales (derechos laborales) y en el bolsillo de las personas trabajadoras (rentas salariales).

Políticas laborales que, emanadas del poder legislativo y pactadas en lo esencial por los agentes sociales (empresarios y sindicatos CC.OO y UGT), han venido sosteniendo ideológicamente que «*la rigidez o rigideces en los mercados laborales (tanto privados como públicos), es decir, la regulación de los derechos laborales como derechos mínimos o derecho necesario, estrangulan el mercado laboral, haciendo imposible cualquier solución flexible, abocando al empresariado a la destrucción de cientos de miles de puestos de trabajo (empleos) en situaciones de contracción, recesión de la economía y, con mayor virulencia, en situaciones de crisis, impidiendo el crecimiento de la economía y, por lo tanto el bienestar social.*»

El anterior argumento (ideológico) ha venido repitiéndose en todas y cada una de las Reformas laborales, desde el gran pacto social del 77, y es lo que ha presidido la voladura de unas relaciones laborales e industriales, basadas en un equilibrio entre el capital y el trabajo, hasta situar el modelo social (toda relación salarial es una relación social), como un modelo precario, inseguro y de imposible proyecto de futuro para una vida digna de la mayoría social, las personas asalariadas.

La reforma del PSOE en el 84/85, se cargó el contrato estable y fijo, como el único contrato ordinario en el derecho laboral. Se crearon hasta 14 modalidades de contratos temporales y se terminó con la relación estable entre la persona asalariada y su empleo.

La reforma del PSOE en el 94, liberaliza las condiciones de trabajo en jornada, horario, sistemas retributivos, turno, etc. Y los ERE, dotándoles a los empresarios de toda autoridad para modificar de manera unilateral las condiciones de trabajo. La Administración (el estado) es una mera espectadora en los ERE y se introduce la *flexibilidad como norma de organización del trabajo.*

Las distintas reformas a partir de los 90 (el reino de España ya forma parte de la modernidad, desde el 86 estamos en la CEE), liberalizan hasta tal punto los mercados laborales que los sistemas de organización del trabajo pasan a tener un eje sobre el cual gira todo el modelo: *la descentralización productiva, los sistemas de trabajo donde las contratas y subcontratas, apalancan el modelo precario, inseguro y vulnerable del mismo, y la libertad absoluta del capital pasa a constituir el único principio de la vida.*

La liberalización de los mercados de bienes y servicios, de la energía, de las telecomunicaciones, de los transportes, las finanzas, así como la desregulación laboral y el desmantelamiento y entrega al mercado privado de los denominados servicios públicos, recorre toda la época de finales del siglo XX y los 17 años que llevamos del siglo XXI, siendo la UE quien determina y fija las reglas de las políticas económicas, fiscales y sociales.

El 2011, para el Estado español marca un punto de inflexión, al originarse un golpe de muerte al estado social y de derecho, con la Reforma del art.135, que pulveriza las bases de la sociabilidad, descohesionando la misma, empobreciéndola y precarizándola, aumentando exponencialmente la desigualdad social. Se ha instaurado un régimen de injusticia social.

La arquitectura de la impunidad, construida por los tecnócratas del poder de Europa (gobiernos, consejo, comisión, BCE) y los «lobbys» de las grandes corporaciones y el poder financiero, ha permitido que cuando el sistema «ha reventado» por insostenible social y ecológicamente, los gobiernos del mundo en vez de actuar contra las causas que ha originado esta «barbarie», cam-

biando de verdad y radicalmente el modelo de producción, de distribución y de consumo y hacer sostenible la vida digna en el planeta, vuelven a echar «más madera a esta hoguera de las vanidades» y asalariados, pensionistas, migrantes, jóvenes y mujeres, somos sacrificadas en el altar del «sacrosanto mercado».

Los cambios legislativos, las reformas laborales, representan la legalidad aplicada con mano de hierro sobre las clases asalariadas y la ***flexibilidad ha inspirado toda la legislación laboral desde hace ya más de 33 años.***

Nos encontramos con un marco de relaciones laborales enfermo de neoliberalismo: inseguro para las personas trabajadoras, a la vez que ha disuelto el carácter colectivo del conflicto, individualizando las relaciones laborales y tratando de sustraer la naturaleza social y colectiva de las relaciones salariales.

Se ha alcanzado la homogenización a la baja de las condiciones de trabajo, en torno al criterio de flexibilidad y se ha posibilitado la reestructuración salvaje que el empresariado ha llevado y está llevando a cabo en todos los sectores de actividad, sin límites institucionales y sin resistencia sindical.

Esta Guía pretende ser un medio, una herramienta, para revertir el actual estado de desestructuración en que se encuentra sumida la clase obrera y volver a generar conflicto para aumentar en contrapoder.

I

ACTUACIÓN DEL SINDICATO EN LA EMPRESA

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 2/15 de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores, en especial su Título II, artículos 61 a 81.

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Ley 10/2011 de 19 de mayo que modifica la ley 10/1997, de 24 de abril, por la que se regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, por el que se reforma la normativa de relaciones de trabajo.

Directivas 94/45/CE y 97/74/CE.

Convenio 135 de la OIT y Recomendación 143 de la OIT.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, conforme última actualización ley 30/2015 de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Ley 31/2006, de Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas sobre implicación de los Trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas.

Ley 3/2007, de Igualdad, artículos 45, 47, 62, 64 y 73.

LA REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA

Los trabajadores tienen derecho de información, consulta y participación en la empresa a través de la representación unitaria y/o de la representación sindical.

Se entiende por **representación unitaria**, la representación del conjunto de los trabajadores/as en la empresa, con independencia de su afiliación sindical. Esta representación, tiene atribuidas legalmente las funciones de velar por la tutela de los derechos e intereses del conjunto de trabajadores/as en un determinado ámbito (centro de trabajo y empresa), de acuerdo con los derechos, garantías y competencias que la ley les otorga.

La **representación sindical** supone la estructura que crean los trabajadores/as en el seno de la empresa mediante la creación de la sección sindical.

1. REPRESENTACIÓN UNITARIA

La representación unitaria se determina a través de un sistema electoral establecido al efecto en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en los artículos 61 y siguientes del

ET. Los órganos objeto de elección son los Delegados/as de Personal y los Comités de Empresa¹. Tendremos delegados/as de personal o Comité de Empresa en función del número de trabajadores/as que haya en la empresa. De esta forma a partir de 50 trabajadores/as se formará un Comité de Empresa y menos de 50 trabajadores/as la representación estará ostentada por Delegados/as de Personal.

Al margen de opiniones o estrategias, las elecciones sindicales presentan una doble vertiente normativa: por un lado, sirven para elegir a los/as representantes de los trabajadores/as en el Centro de Trabajo y en la empresa; y por otro, constatan oficialmente la representatividad de las organizaciones sindicales.

Pese a la denominación de elecciones «sindicales», se trata de elecciones a Órganos de Representación de los trabajadores/as.

Como hemos hecho referencia, la representación unitaria se elige mediante un proceso electoral diseñado en el ET, y esta representación se divide entre Delegados/as de Personal o Comités de Empresa, tal y como establece el artículo 66 del ET y de conformidad con la siguiente escala:

Cuadro nº 1

Nº de trabajadores/as en la empresa:	Nº de representantes de los trabajadores/as:
De 6 a 30 trabajadores/as	1 Delegado/a de Personal.
De 31 a 49 trabajadores/as	3 Delegados/as de Personal.
De 50 a 100 trabajadores/as	5 miembros en el Comité de Empresa.
De 101 a 250 trabajadores/as	9 miembros en el Comité de Empresa.
De 251 a 500 trabajadores/as	13 miembros en el Comité de Empresa.
De 501 a 750 trabajadores/as	17 miembros en el Comité de Empresa.
De 751 a 1000 trabajadores/as	21 miembros en el Comité de Empresa.
De 1001 trabajadores/as	2 miembros en el Comité de Empresa por cada 1000 trabajadores/as o fracción, hasta un máximo de 75 miembros en Comité de Empresa.

Las facultades, funciones y derechos de los Representantes de los Trabajadores/as son objeto de desarrollo a lo largo de la presente Guía.

1.1. Los/as Delegados/as de Personal

Son órganos unipersonales, que ejercen su labor de representación de los trabajadores/as en las empresas o centros de trabajo de menos de 50 y más de 10 trabajadores/as. Representan a todos los trabajadores/as en el Centro de Trabajo. En las empresas o centros de trabajo que cuenten entre 6 y 10 trabajadores/as también podrá haber un Delegado/a de Personal, si así lo deciden los trabajadores/as en asamblea al efecto. La jurisprudencia ha matizado esto último y

¹ No obstante, en este punto nos remitimos a la «Guía Práctica de Elecciones Sindicales», editada por el Secretariado Permanente de CGT, y recuérdese que los órganos de representación de los trabajadores/as funcionarios/as en las distintas Administraciones Públicas, son los «Delegados/as de Personal» y las llamadas «Juntas de Personal» (Vease el artículo 39 del Estatuto Básico del Empleado Público).



los sindicatos mayoritarios podrán promover elecciones en empresas y centros de trabajo de entre 6 y 10 trabajadores/as siempre que estos no manifiesten ser contrarios a este procedimiento (si la participación en la votación es mayoritaria, tanto Laudos como sentencias entiende que convalidaría la ausencia de acuerdo, aunque se recomienda éste para evitar problemas de impugnación).

Así, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/2004, de 8 de marzo de 2004, establece que para elegir un delegado de personal en empresas entre seis y diez trabajadores/as se requerirá acuerdo de los trabajadores, siendo dicho acuerdo requisito imprescindible para la eficacia del proceso electoral. Ahora bien, el TC en la sentencia antes mencionada y el TSJ Valencia en su sentencia 3087/2004, de 8 de noviembre de 2004, han señalado que las organizaciones sindicales más representativas están legitimadas para promover elecciones en empresas de 6 a 10 trabajadores/as, pero se exigirá siempre la decisión mayoritaria de los trabajadores/as a efectos de celebrar las elecciones, decisión que podrá producirse bien antes de la promoción de elecciones por parte de los sindicatos, bien después con la constitución de la mesa electoral. A su vez dicha decisión mayoritaria, reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional referida, no está sujeta a formalidades específicas pudiendo ser expresa o tácita, destacando como supuesto de decisión tácita el de la participación de la mayoría de los trabajadores en la votación.

Tal y como vemos en la tabla anterior, en aquellas empresas de entre 31 a 49 trabajadores/as, se eligen tres representantes; éstos han de ejercer sus funciones y representación de forma mancomunada, es decir, conjuntamente y de mutuo acuerdo, y tienen las mismas competencias establecidas para los Comités de Empresa (artículo 62.2 del ET), y que se estudian en el apartado 1.2.8 de este Capítulo. Esto no contradice que el delegado/a de personal de forma individual represente el conjunto de intereses de los trabajadores/as de la plantilla.

- Respecto a la actuación mancomunada, en el caso de existir tres Delegados/as de Personal, en nuestra opinión, esta actuación significa que la toma de decisiones se debe hacer por mayoría, y no por unanimidad (entre otras, STSJ de Galicia, de 7 de marzo de 1998).
- Asimismo, los Delegados/as de Personal deben observar las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros de Comités de Empresa, tal y como establece el artículo 65 del ET.
- La duración del mandato de los Delegados/as de Personal será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta que no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones, tal y como establece el artículo 67.3 del ET.

En caso de producirse vacantes, según determina el artículo 67.4 del ET, éstas se cubrirán automáticamente por el trabajador/a que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos. El sustituto/a lo será por el tiempo que reste del mandato.

Las sustituciones, revocaciones (la revocación esta estudiada en el punto 1.2.6 de este capítulo), dimisiones y extinciones del mandato se comunicarán a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral y al empresario, publicándose, asimismo, en el tablón de anuncios (artículo 67.5 del ET). En caso de vacante que no se pueda cubrir se celebrarían elecciones parciales para cubrir dicho puesto.

- Las garantías de los Delegados/as de Personal son las mismas que las establecidas para los miembros de los Comités de Empresa, y están recogidas en el artículo 68 del ET, así como en lo regulado tanto por la LOLS y el Convenio nº 135 de la

OIT, además de en la Recomendación nº 143, remitiéndonos a lo escrito en relación con las garantías de los miembros de Comités de Empresa que se desarrolla en el apartado 1.4 de este Capítulo.

1.2. Comités de Empresa

Se regula en el artículo 63 del ET. El Comité de Empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores/as en la empresa o Centro de Trabajo para la defensa de sus intereses; adopta sus decisiones por mayoría de votos de sus integrantes.

En el Reglamento de Funcionamiento del Comité de Empresa se pueden fijar diferentes requerimientos de cualificación de mayorías para determinadas cuestiones, como por ejemplo, decisiones sobre convocatoria, desconvocatoria, inicio o finalización de la medida de huelga, la aceptación de regulaciones de empleo, los pactos sobre movilidad geográfica, etc., tal y cómo veremos más adelante.

1.2.1. Constitución

Los Comités de Empresa se constituyen en cada Centro de Trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores/as; sin embargo, podemos establecer una serie de excepciones, también recogidas en el artículo 63 del ET.

Así, en la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo, cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores/as pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un Comité de Empresa Conjunto².

Cuando unos centros de trabajo de una misma empresa tengan 50 trabajadores/as, y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán Comités de Empresa propios, y con todos los segundos se constituirá un sólo Comité Conjunto.

Ejemplo: La empresa Y, S.A. tiene varios centros en una misma provincia y en provincias limítrofes de acuerdo con el siguiente número de trabajadores/as:

- Centro 1: tiene 100 trabajadores/as. En este centro se elegirá un Comité de empresa de 5 miembros.
- Centro 2: con 500 trabajadores/as, aquí se elegirá un Comité de empresa de 13 miembros.
- Centro 3, tiene 25 trabajadores/as. Este centro debería de elegirse 1 delegado/a de personal, pero al estar próximo a otros centros de la misma empresa podrán agruparse los trabajadores/as.
- Centro 4, tiene 40 trabajadores/as. Este centro debería de elegirse 3 delegado/as de personal, pero al estar próximo a otros centros de la misma empresa podrán agruparse los trabajadores/as.

La unión de los centros 3 y 4 de la empresa Y, S.A. hace que para estos dos centros se elija un Comité de Empresa de 5 miembros para sus trabajadores/as.

² El Tribunal Supremo ha rechazado que los centros con menos de 6 trabajadores puedan agruparse con otros centros a efectos de constituir un comité conjunto (TS 11/02/2015).

1.2.2. Número de miembros

El número de miembros del Comité de Empresa se establece de acuerdo a la tabla expuesta en el punto anterior. La composición del Comité es proporcional al número de representantes elegidos por cada una de las candidaturas presentadas a las elecciones a representantes de los trabajadores/as, tal y como establece el artículo 66 del ET. En cuanto a los pormenores de estos aspectos, nos remitimos a la Guía de Elecciones Sindicales editada por el Secretariado Permanente de CGT.

El número máximo de miembros del Comité de Empresa que el artículo 66 del ET fija en 75, puede ser aumentado mediante pacto entre los representantes de los trabajadores/as y la empresa, tal y como establece, entre otras, la STS de 9 de diciembre de 1992.

1.2.3. Atribución de resultados

Debemos puntualizar que, tal y como establece el artículo 12, apartados 3 y 4, del Reglamento de Elecciones Sindicales (en adelante RES), precepto que regula la atribución de resultados en las elecciones sindicales, el cambio de afiliación del representante de los trabajadores/as que se produzca durante la vigencia del mandato no implica la modificación de los porcentajes ni de los resultados electorales. Sin embargo, cuando un sindicato se integra o fusiona en otro, extinguiendo su personalidad jurídica, subrogándose aquel en todos los derechos y obligaciones de los integrados sus resultados electorales (y por lo tanto el porcentaje de representatividad que le corresponda) son atribuidos al sindicato en el que se integra. Pero esta afirmación que recoge el RES ha sido restringida por la jurisprudencia, entre otras en la STS de 14 de mayo de 2002, de tal forma que esta atribución de los resultados electorales de un sindicato en otro sólo se produce si la integración o fusión se produce durante el proceso electoral. En cuanto al contenido de la integración o fusión de un sindicato habrá que estar a las condiciones que pacten ambos sindicatos y que influirá en otro tipo de derechos como los que otorga la LOLS y que estudiaremos más adelante. Asimismo, la propia LOLS establece que en los Estatutos del sindicato se regulará las condiciones de la fusión (véase artículo 4.2.d de la LOLS). Pero si podemos afirmar que lo más habitual es que el sindicato que permanece se subroga en los derechos y obligaciones del sindicato que desaparece.

Por último, cuando una organización sindical se desvincule de otra de ámbito superior o inferior se vincularán todos los resultados electorales anteriores a los de la federación o confederación a la que se haya afiliado (art. 12.5 del RES introducido por (RD 416/2015).

1.2.4. Duración de mandato

La duración del mandato es de cuatro años, tal y como establece el artículo 67.3 del ET. Mientras no se produzca una nueva promoción de elecciones a representantes de los trabajadores/as, los anteriormente elegidos/as se mantienen en sus funciones y en el ejercicio de sus competencias. Así, llegado el período de conclusión del mandato, si no se han promovido nuevas elecciones, se prorroga automáticamente el mandato. Se entiende que esta prórroga se produce hasta la promoción de nuevas elecciones, pero por el tiempo necesario para dicha promoción (en este sentido, entre otras, la STC de 16 de marzo de 1989). No obstante, en muchas ocasiones esta prórroga del mandato se alarga en el tiempo.

*Aunque se ha mantenido que el traslado de centro de trabajo implica la pérdida de la condición de representante (TSJ Madrid 11/10/06) el Tribunal Supremo establece que esta condición no se pierde con el traslado de dos representantes a un centro de

la misma localidad junto al 25,81% de los trabajadores de la empresa, puesto que se mantiene el mismo cuerpo electoral y, en consecuencia, continúan ostentando la representación hasta que se promuevan y celebren nuevas elecciones sindicales, salvo que se produzca alguno de los supuestos previstos legalmente para extinción (TS 5/12/13).

* Para los trabajadores a distancia la extinción virtual (a efectos administrativos de determinados centros de trabajo, pasando a estar adscritos a otro centro distinto, pero sin que se produzca modificación geográfica,) no implica la extinción del mandato representativo (AN 23/12/15).

** Para el TC no existe vulneración del derecho a la libertad sindical cuando se produce la pérdida de la condición representativa, como consecuencia del cierre del centro de trabajo y del traslado de la actividad a otro centro, sin transmisión de la titularidad a otra unidad productiva de la misma empresa que no cuenta con representación legal constituida (STC 64/2016).*

** Pero si existe un comité de empresa que incluye a los centros de toda la provincia, el delegado de personal cesa al finalizar su mandato y no se pueden convocar elecciones a nuevo delegado (TSJ Madrid 4/3/13).*

** De igual manera tampoco puede usurparse la decisión de un representante electo de los trabajadores de continuar en el centro de trabajo en el que fue elegido mientras este centro funcione (TSJ Asturias 8/3/16).*

1.2.5. Sucesión de empresas

En relación con la sucesión de empresas, debemos hacer referencia a lo establecido en el artículo 44 del ET, que establece en su apartado quinto que: «(...) Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores/as, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad (...)».

Y sirven para reforzar estos argumentos, las Directivas Europeas 77/87, 50/98 y 23/2001, las cuales supeditan la subsistencia de las representaciones a que la empresa, los centros de trabajo o la parte de éstos que es objeto de transmisión, conserve su autonomía³.

Así, la vigencia del mandato representativo se vincula a la subsistencia del centro de trabajo en que los representantes de los trabajadores/as fueron elegidos, de modo que el mero cambio en la titularidad del centro no determina la extinción del mandato de los representantes elegidos en el mismo.

Existen supuestos en los que se pueden convocar Elecciones Sindicales Parciales. Y son:

- Por aumento de la plantilla del centro de trabajo o empresa, con el fin de cubrir los puestos de representantes de los trabajadores/as que nazcan debido a ese aumento de plantilla.

Para cubrir vacantes, bien porque se hayan producido por revocaciones, por fallecimiento o por dimisión, y cuando no haya sido posible cubrir las automáticamente mediante el correspondiente sustituto.

³ Véase, entre otras, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 9 de febrero de 1999.

En cuanto al procedimiento, nos remitimos a la Guía de Elecciones Sindicales editada por CGT.

1.2.6. *Revocación*

Los miembros de Comité de Empresa pueden ser revocados durante su mandato, decisión que ha de nacer de los trabajadores/as que los hayan elegido, en asamblea celebrada a tal efecto, a instancia como mínimo de un tercio de los electores y por mayoría absoluta de los mismos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto (artículo 67.3 del ET). En este aspecto, el TS ha establecido claramente que la facultad de destituir o revocar a los representantes unitarios/as no corresponde ni a los sindicatos ni a los Comités de Empresa, sino que corresponde únicamente a la asamblea de electores compuesta por los trabajadores/as.

- La decisión que al respecto tomen los trabajadores/as en esta asamblea es vinculante, tanto para la empresa como para los representantes de los trabajadores/as.

Hay que ser muy rigurosos en los requisitos para la celebración de la asamblea, pues si no se cumplen esta puede ser impugnada judicialmente y obtenerse la nulidad de la misma y, por ende, de la revocación.

No debemos olvidar reseñar en el Orden del Día de la asamblea la revocación del/la representante de los trabajadores/as en cuestión como punto específico.

De igual forma, tal y como establece el artículo 1.1.c, del RES, los promotores de la asamblea deben comunicar a la autoridad laboral su voluntad de proceder a la revocación de los representantes de los trabajadores/as con una antelación de, al menos, diez días. A su vez, y por aplicación extensiva de lo establecido en el artículo 79 del ET⁴, la convocatoria de la asamblea se le debe comunicar también al empresario, con una antelación mínima de 48 horas.

En esta comunicación a la autoridad laboral, tal y como exige el 1.1.c, segundo párrafo del RES, deben constar el nombre y los apellidos de los promotores de la revocación, su DNI, y la firma de los trabajadores/as que convocan la asamblea que, recordemos, deben ser al menos, un tercio de los electores que hayan elegido a los representantes a revocar.

La asamblea será presidida por los propios miembros del Comité de Empresa, lo que suele ser fuente de múltiples conflictos, y sólo cabe otra presidencia para el caso en que los representantes hayan renunciado a ella.

Tal y como establece, entre otras, la Sentencia del TSJ de Asturias, de 12 de enero de 2001, es nula la revocación realizada mediante asamblea que no ha sido presidida por la representación unitaria de los trabajadores/as, y que no fue notificada con antelación a la empresa ni a la autoridad laboral. Apoyando esta línea jurisprudencial encontramos las sentencias del TSJ de Galicia de 30 de octubre de 2003, la del TSJ de Catalunya de 6 junio de 2003 y la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de mayo de 2001. En ellas se denuncia la vulneración del artículo 1.1 e) del Real Decreto 1844/94 de 9 de septiembre que aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores/as en la empresa, ya que no se comunicó a la Ofici-

⁴ El artículo 79 del ET establece esta obligación en el caso de convocatorias de asambleas.

na de Registro el plazo de 10 días de anterioridad a la celebración de la Asamblea y del artículo 77.1 del ET en su segundo párrafo que establece que las asambleas serán presididas por la representación unitaria de los trabajadores/as sin que se excluyan los supuestos en que los fines de la asamblea sean revocatorios. Es más, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que es requisito para la validez de la asamblea que esta sea presidida por los representantes de los trabajadores/as como señaló en sentencia de 27 de enero de 1987.

* Sin embargo en unificación de doctrina se ha resuelto que esta plazo establecido reglamentariamente es innecesario, como requisito condicionante de la validez de la revocación (TS unificación doctrina 15/6/06) Los trabajadores/as que participen en esta asamblea deben ser los electores, aunque no tienen que ser coincidentes en su totalidad con los trabajadores/as que eligieron a los representantes que van a ser revocados, debiendo siempre cumplir los requisitos de edad y antigüedad en la empresa.

En el caso de que existan dos colegios electorales, parte de la jurisprudencia opina que deberían participar en la asamblea sólo los trabajadores/as del colegio electoral en el que fue elegido el representante a revocar. Pero otras Sentencias, entre otras la STSJ de Madrid, de 12 de marzo de 2002, estima que en la asamblea deben participar la totalidad de los trabajadores/as de la empresa o centro de trabajo, que tengan la condición de electores, sin tomar en cuenta su pertenencia a uno y otro colegio electoral. La revocación debe ser hecha por los trabajadores/as que hayan elegido al representante que sean pertenecientes al colegio electoral de técnicos y administrativos o al de especialistas y no cualificados. Esto se matiza con que los trabajadores/as representados pueden democráticamente revocar a sus representantes, aunque en ese momento la plantilla no tenga la misma composición, tal y como se pronunció la sentencia de 29 de junio de 2004 del TSJ de Aragón. Eso si el resultado se obtiene computando la totalidad de votos del colegio electoral como señala la nombrada STSJ de Madrid, de 12 de marzo de 2002. Por trabajadores/as que hayan elegido a los representantes tenemos que entender al colegio electoral de los trabajadores/as que existan en la empresa en el momento de la revocación según la STSJ de Madrid de 3 de julio de 2006. Finalmente, la STS de 27/12/11 aclara que la revocación ha de ser hecha por los pertenecientes al mismo colegio electoral y no por toda la plantilla.

Esta revocación no puede efectuarse durante la negociación de un Convenio Colectivo⁵. Si planteada la revocación de un representante de los trabajadores/as fracasa, no se puede volver a plantear su revocación hasta pasados seis meses desde el intento⁶.

⁵ Hay que señalar que algunas Sentencias han limitado en lo que aquí nos ocupa el concepto «negociación», excluyendo como tal la mera denuncia del convenio (en este sentido, la Sentencia del TSJ Murcia, de 25 de mayo de 1999). Esta interpretación restrictiva del concepto de «negociación», la avalan también diversas resoluciones, entre ellas la Sentencia del TSJ de Galicia de 31 de enero de 2002, donde se establece que la «negociación» debe entenderse de manera restrictiva, pues de lo contrario bastaría con crear una apariencia de negociación del convenio para blindar a los representantes de los trabajadores/as durante los cuatro años de su mandato, dejando sin efecto por tanto la figura de la revocación.

⁶ Si judicialmente se declara nula la revocación anterior, y por tanto se tiene por no realizada, tampoco computa a los efectos del plazo de seis meses para replantearse (Sentencia del TCT de 7 de febrero 1985). La convocatoria de una asamblea que fue suspendida (que no anulada) durante la tramitación de un convenio y reanudada después pero antes del transcurso de los seis meses se considera válida ya que lo que prohíbe la norma es la revocación mientras se tramita el convenio. Los requisitos para la constitución de la Asamblea ya

- Según establece el artículo 67.5 del ET, una vez efectuada la revocación del representante de los trabajadores/as, ésta debe comunicarse a la autoridad laboral y al empresario, además de publicarse en el tablón de anuncios.

Cuadro nº 2

Ante la tesitura de tener que revocar a un/una representante de los trabajadores/as vamos, de modo esquemático, a sintetizar los pasos a dar:

1. Están legitimados/as para promover la revocación de un/a representante unitario de los trabajadores/as, los propios trabajadores/as que le eligieron. Eso sí, la promoción de la revocación debe venir de al menos, de 1/3 de los trabajadores/as que eligieron al representante/s a revocar.
2. Deberán los promotores en primer lugar, comunicar su intención a la autoridad laboral (artículo 1.1.c del RES), con una antelación mínima de diez días, aunque el TS haya admitido que no es requisito sustancial que determine la nulidad, adjuntando a la comunicación a la autoridad laboral los nombres, apellidos, DNI y firmas de los trabajadores/as que promueven la revocación, que recordemos deberán ser, al menos, un 1/3 de los trabajadores/as que eligieron al representante/s a revocar.
3. En la convocatoria de la asamblea se debe recoger claramente el objetivo de revocar a un/una/os/as representante/s de los trabajadores/as, y concretar qué representantes van a ser sometidos a la confianza de la asamblea.
4. También se debe comunicar al empresario la convocatoria de la asamblea en la que se va a decidir sobre la revocación, con una antelación mínima de 48 horas (aplicación analógica del artículo 79 del ET).
5. Constituida la asamblea, la presiden los Representantes unitarios (Delegados/as de Personal o Comité de Empresa). Si éstos renunciaran a la presidencia, podrán entonces presidir la asamblea los propios trabajadores/as.
6. Sometida a votación la propuesta (sufragio que debe ser personal, libre, directo y secreto) la revocación sólo será válida si se consigue por mayoría absoluta (la mitad más uno, según la Sentencia del TSJ de Madrid, de 12 de marzo de 2002) de los votos de los electores (no sólo de los que acudan a la asamblea).
7. Aprobada por la asamblea la revocación, debe comunicarse por escrito a la autoridad laboral y a la empresa. *y para que tengan efectos frente a terceros deben cumplirse las exigencias de publicidad (TSJ Cantabria 17/5/95)*

* La revocación no comprende a los suplentes (TSJ Madrid 16/12/15).

Desde CGT queremos llamar la atención ante el peligro de que la empresa utilice la figura de la revocación para incidir e inmiscuirse en la configuración de la representación de los trabajadores/as con el objetivo de destituir a aquellos representantes más combativos.

estaban cumplidos, no es nueva junta sino reanudación de la anterior, y la mayoría absoluta de los trabajadores votaron, una vez pudieron hacerlo, después de cesada la causa de suspensión (TSJ Andalucía 3/11/2011).

**El Tribunal Supremo ha señalado que para reclamar contra la revocación puede seguirse el procedimiento ordinario y no es aplicable el plazo de prescripción de tres días sino el de un año (TS 12/2/98).*

1.2.7. Cobertura de Vacantes

Según establece el artículo 67.4 del ET, en el caso de producirse una vacante, por el motivo que sea, se cubrirá automáticamente. Así, si la vacante se refiere a Delegados/as de Personal, se cubre automáticamente por el trabajador/a que hubiera obtenido un número de votos inmediatamente inferior al último de los delegados/as elegidos. Si se trata de cubrir una vacante en el Comité de Empresa, la vacante se cubre automáticamente por el trabajador/a siguiente en la lista de la candidatura a la que pertenezca el trabajador/a sustituido. El sustituto lo será por el tiempo que reste el mandato.

No le es exigible al sustituto que mantenga, en el momento de cubrir la vacante, la afiliación sindical con la que concurrió en su día a las elecciones sindicales, tal y como establece, entre otras, la Sentencia del TSJ de Asturias de 22 de mayo de 1998. Por lo tanto, es independiente a que mantenga su afiliación sindical o no, en consonancia con el ordenamiento jurídico español que no recoge el mandato imperativo. La lógica de esta regulación es que los representantes, en este caso de los trabajadores/as, representan a la totalidad de los trabajadores/as en plantilla y no al sindicato y a sus afiliados/as, de ahí la frecuencia del cambio de adscripción sindical.

En caso de no existir trabajadores/as para cubrir las vacantes, deberá procederse a la celebración de elecciones sindicales parciales.

1.2.8. Derechos y Competencias del Comité de Empresa

Tal y como establece el artículo 64 del ET, el Comité de Empresa ostenta los siguientes derechos:

- Tiene derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores/as, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma.
- Es importante saber en qué consiste la información y la consulta, pues son dos derechos que han de ser concretados. Así, el propio artículo 64 del ET establece que se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al Comité de Empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se comprende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el Comité de Empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del Comité.
- Es el propio artículo 64 ET en su apartado primero, el que establece que, en el ejercicio de estos derechos, tanto el empresario como el Comité de Empresa, ha de actuar con espíritu de colaboración con la empresa y observar tanto los intereses de los trabajadores/as como los de la empresa.
- Recibir información sobre la evolución del sector económico al que pertenece la empresa.



- Conocer la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción.
- Recibir información sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias (extraordinarias) por los trabajadores/as contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.
- Conocer la información sobre las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.
- También tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres⁷, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo
- Conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a éstos.
- Conocer los modelos de contrato de trabajo escritos que se utilicen en la empresa, así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral.
- Ser informado/a de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves.
- Asimismo, el Comité de Empresa ostenta el derecho a recibir la copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieron lugar.
- El Comité de Empresa tiene derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto.⁸
- Igualmente, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá

⁷ La información sobre el porcentaje de mujeres y de hombres que han recibido gratificación se puede fundamentar en la igualdad de trato (TS 1577/10).

⁸ No se reconoce a los representantes, sean unitarios o sindicales derecho a la información sobre las vacantes existentes en la empresa, sino solo a información sobre las contrataciones previsibles en un determinado periodo de tiempo (TS 1/6/10).

La STS de 21/12/15 sin embargo, reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales a recibir información sobre las bolsas de trabajo en determinadas categorías profesionales y considera que la misma no constituye vulneración de la LOPD.

Por otro lado, se entiende que ha cumplido las exigencias del convenio respecto a información sobre contrataciones externas, al anunciar la convocatoria a través de los medios que considere precisos, incluyendo su difusión en los tablones de anuncios de los centros de trabajo (TS 19/7/10).

derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo⁹.

- El Comité de Empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones:
- Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla.
- Las reducciones de jornada.
- El traslado total o parcial de las instalaciones.
- Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo.

Los representantes de los trabajadores tienen los mismos derechos que los socios, los obligacionistas y los titulares de derechos especiales a ser informados y conocer los documentos relativos a la fusión de sociedades de capital bien a través de la página web de las entidades que se fusionan, bien mediante su examen en el domicilio social en caso de que no dispusieran de página web o mediante la entrega o el envío gratuito de estos documentos. Este derecho no puede ser restringido porque la fusión resultase aprobada en unta universal

Los representantes de los trabajadores de las sociedades mercantiles que participasen en una fusión tienen derecho a ser informados del proyecto y de la documentación que acompañe a la misma, con un mes de antelación a la fecha prevista para celebrar la junta general que haya de aprobar la fusión.

En los supuestos de fusión en los que concurre sucesión de empresas, la exigencia de informar a los representantes de los trabajadores antes de la transmisión y antes de que estos se vean afectados por las condiciones de trabajo por la citada transmisión (art. 44.6.d 9 debe efectuarse al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos. Cuando se pretendan adoptar medidas laborales con motivo de la fusión debe asegurarse el periodo de consultas (art. 44.9) que se cohonesta con el previsto en el ET art. 64.5 d (AN 18/1/2016).

El régimen de los derechos de participación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas se amplía con las disposiciones aplicables sobre estos derechos en las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias.

- Los planes de formación profesional en la empresa.
- La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

Para cumplir la obligación de facilitar información sobre los salarios de cada trabajador a sus representantes, basta con entregar a estos la copia básica de los contratos, sobre todo, si el convenio no ha ampliado en esta materia los derechos establecidos legalmente y si por la representación legal de los trabajadores no se acredita la necesidad de conocer tal dato para el ejercicio de

⁹ No se ha considerado oportuno dar un listado nominativo de los trabajadores afectados por una modificación sustancial con expresión de su categoría profesional y retribución salarial individualizada, aunque si trasladar la documentación relativa a la modificación de la estructura salarial (STJ Aragón 6/5/13). Sin embargo, la STS de 21/12/15 considera implícitamente que no se vulnera la LOPD el acceso a los datos de cuantías retributivas y datos de quienes las perciben.



sus funciones (AN 3/6/2015). En este sentido no vulnera el derecho de libertad sindical poner en su conocimiento los datos relativos a la percepción del complemento de productividad sin especificar la cantidad abonada a cada trabajador siguiendo las instrucciones de la agencia estatal de protección de datos (TSJ Andalucía 5/10/10). * Pueden obtener información detallada y desglosada por años, categorías y conceptos, así como su distribución por sexo, pero no cuantas veces han recibido cada uno de ellos gratificaciones por afectar al derecho de intimidad de los trabajadores ni las razones de la empresa para conceder determinadas gratificaciones, pues no hay base legal para ello (AN 2/11/2010)

La información se deberá facilitar por el empresario al Comité de Empresa (sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso) en un momento, de una manera y con un contenido apropiado, que permitan a los/as representantes de los trabajadores/as proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe.

La consulta deberá realizarse (salvo que expresamente esté establecida otra cosa) en un momento y con un contenido apropiado, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa.

Así, la mencionada consulta debe permitir a los/as representantes de los trabajadores/as, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones.

En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del Comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones.

Los informes que el Comité de Empresa tenga intención de emitir, deberán elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitadas y remitidas las informaciones correspondientes.

La vulneración de los derechos de información y consulta se considera falta grave o muy grave sancionable por la autoridad laboral con multa de 626 a 187.515 euros. Para ello, la Inspección de Trabajo debe incoar expediente administrativo sin perjuicio de las responsabilidades que en otro orden pudieran concurrir. Así, la transgresión de estos derechos viene tipificado en el artículo 7.7. del Real Decreto Legislativo 5/2000. Este tipo de infracciones tiene un plazo de prescripción de 3 años desde que se cometió la infracción.

Entre las consecuencias de la falta de información y de consulta en los despidos colectivos, no solo afecta a las competencias de los representantes, sino que constituye motivo de nulidad de despido. Lo mismo se aplica a las medidas colectivas de modificación de condiciones de trabajo y suspensión de contratos. Si en el marco del periodo de consultas de un despido colectivo la empresa no entrega a los representantes de los trabajadores la contabilidad real del grupo no solo está impidiendo una verdadera negociación sino también incumple con ello la exigencia legal de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo y en consecuencia procede declarar la nulidad del despido colectivo decidido a consecuencia del expediente (TS 18/2/14)

- El Comité de Empresa tendrá también las siguientes competencias:

- 1) Ejercer una labor:

* De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso,

las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.

* De vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 de esta Ley.

* De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

- 2) Participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores/as o de sus familiares.
- 3) Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos.
- 4) Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.
- 5) Informar a sus representados/as en todos los temas y cuestiones señaladas en este artículo, en cuanto directa o indirectamente, tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.

Por último, se posibilita que, respetando lo establecido legal o reglamentariamente, se podrán establecer por Convenio Colectivo especificidades propias sobre información y consulta.

Para la CGT, «colaborar con la dirección de la empresa» significa exigir el respeto por lo pactado en Convenio Colectivo y trabajar constantemente por mejorar las condiciones de trabajo de la plantilla.

La defensa de los derechos medioambientales de los trabajadores que no está recogida expresamente en ninguna normativa puede ser ejercida a través de estos derechos reconocidos a los representantes de los trabajadores. A tal efecto véase el capítulo correspondiente de esta guía.

1.2.9. **Funcionamiento**

Tal y como establece el artículo 66.2 del ET, en el seno del Comité de Empresa se elegirán, de entre sus miembros, un presidente/a y un secretario/a. Además, el Comité debe elaborar su propio reglamento de funcionamiento¹⁰, que no podrá contravenir lo dispuesto en la ley, debiendo remitir copia del mismo a la autoridad laboral, a efectos de registro, así como a la empresa. Es recomendable la adopción de un reglamento, pues evitará comportamientos abusivos y arbitrariedades por parte de las mayorías.

■ VER ANEXO I. (REGLAMENTO DEL COMITÉ DE EMPRESA)

¹⁰ El reglamento puede trascender al Comité redactor permaneciendo para los siguientes. Si se modifica, ha de ser por los trámites y mayorías previstos en el propio Reglamento.



El presidente y secretario, han de ser elegidos de entre los miembros del Comité de Empresa, elección que debe realizarse de acuerdo a lo establecido en el Reglamento correspondiente; en defecto de éste, la elección de presidente y secretario ha de llevarse a cabo por mayoría de los votos de los miembros del Comité de Empresa, pudiendo todos los miembros ser candidatos a cubrir la presidencia y secretaría¹¹.

Las funciones y potestades del Presidente y Secretario, no pueden ir más allá de las que en su caso se determinen en el Reglamento o acuerdo concreto del Comité de Empresa. Por tanto, no podrán arrogarse competencias que no han sido establecidas previamente por el Comité de Empresa.

1.2.10. *Comisiones de Trabajo*

Se pueden crear órganos pluripersonales, tales como Comisiones de Trabajo con diferentes funciones, como jornada, turnos, vacaciones, contratación, etc., para que se gestionen las funciones del órgano de representación en esa área concreta y con la composición numérica que se estime conveniente.

En nuestra opinión, más allá de su composición proporcional, se debe defender que en estas Comisiones estén presentes los representantes de todos los sindicatos que estén representados en los Comités de Empresa, pues la regla de la proporcionalidad, en ocasiones, provoca la exclusión de sindicatos que, sin embargo, sí tienen Delegados/as de Personal o miembros en los Comités de Empresa.

Este breve resumen del debate entre comisiones negociadoras y aplicadoras sirve para aclarar cómo está el asunto en la jurisprudencia:

La Comisión Paritaria es aquella encargada de la administración o gestión del Convenio. Suele estar compuesta por los sindicatos firmantes del Convenio y según la jurisprudencia esto no es discriminatorio, ya que se basa en el previo rechazo a la negociación (Sentencia del TS 28 de enero de 2000).

Dicha Comisión puede asumir cuantas cuestiones le sean atribuidas por el Convenio dentro del respeto a la ley. Sus facultades genéricas suelen ser las de aplicación y ejecución del Convenio Colectivo. Sus funciones son muy variadas, citando a modo de ejemplo: interpretación y aplicación del Convenio, adaptación del mismo a problemas no previstos, precisión de lo pactado, actualización de acuerdo con los índices dispuestos en el Convenio, acometer recopilaciones normativas, etc.

Las Comisiones de Seguimiento tienen unas funciones similares a las de la comisión paritaria. Son fruto de un acuerdo o pacto colectivo. La jurisprudencia acepta la exclusión de los no firmantes (Véanse las Sentencias del TS de 13 de marzo de 2002 y de 19 de octubre de 2004). La Sentencia del TS de 29 de enero 2004 desestimó la lesión del derecho a la libertad sindical por la exclusión de un Sindicato no firmante del Convenio Colectivo de las comisiones de aplicación del mismo.

¹¹ También hay que señalar que es práctica habitual el que la Presidencia corresponda a la candidatura más votada, y la Secretaría a la segunda candidatura más votada en las elecciones a representantes de los trabajadores/as. La tendencia es a construir mayorías estables que permitan el funcionamiento del Comité.

Es importante delimitar la diferencia de este tipo de comisiones respecto de la Comisión Negociadora. La Comisión Negociadora es la única encargada de negociar o de crear nuevas normas, como así estimó las STS de 30 de octubre de 2001.

La Sentencia de 30 de mayo de 2007 del Tribunal Supremo ha dicho que la Comisión Paritaria no puede arrogarse otras funciones que aquellas que expresamente le atribuye el Convenio, y que las atribuciones que convencionalmente se le atribuyan no pueden ser mayores ni distintas de las que la ley le permita.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia considera nulos los preceptos que atribuyan funciones de negociación a la Comisión Paritaria. Más aún cuando va acompañado de la exclusión de un sindicato legitimado para la negociación (en este sentido la Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 5 de abril de 2001, 10 de junio de 2009 y 5 de octubre de 2010).

Sin embargo, la Sentencia del TS 9 de julio de 1999 sí ha aceptado este tipo de funciones cuando se haya recogido esta opción por Convenio, siempre que no se incumpla lo dispuesto en la ley a tal efecto (Sentencia del TS de 4 de junio de 1996) y que no se lesionen los derechos de legitimación establecidos en el artículo 87 ET (Sentencia del TS 24 de mayo de 2001).

En estas distinciones interesa señalar que, como en otros tantos aspectos, una cosa es la teoría y otra es la práctica, y no es fácil deslindar las funciones negociadoras y las meramente aplicativas. El problema es que en la duda, a nuestro entender, los Tribunales optan por el carácter no negociador de las comisiones; así, la misma sentencia de 30 de octubre de 2001 del TS ha señalado que se puede aceptar la negociación cuando se trate de algo excepcional o residual o por ser una actividad necesaria para ejecutar algo suficientemente reglado por el propio convenio.

Podemos destacar, como línea interpretativa, que se debe, independientemente del trabajo técnico que se realice previamente en cualquier comisión, permitir una verdadera negociación en la que deben participar todos los sindicatos legitimados y que no se sustituya esta negociación por la mera ratificación y/o aprobación por la comisión negociadora de lo ya acordado en cualquier previa comisión.

No obstante, según la jurisprudencia, en su composición se debe mantener la proporcionalidad obtenida por las diferentes candidaturas en las elecciones a representantes de los trabajadores/as. Así lo establecen la sentencia del TSJ País Vasco de 11 de enero de 2000 o de 18 de noviembre de 2003, la sentencia del TSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2003 y la sentencia del TSJ de Castilla y León de 20 de julio de 2006.

Esta proporcionalidad podría ser considerada de modo global entre todas las Comisiones creadas y no en cada una de las mismas, lo que facilitaría la participación de los sindicatos con menor representatividad, tal y como mantiene una corriente jurisprudencial de los TSJ, entre ellos el de Galicia en Sentencia de 6 de abril de 2000 o el de Castilla-La Mancha en Sentencia de 9 de febrero de 2000.

De igual forma, la jurisprudencia considera que las Comisiones de Trabajo, técnicas, asesoramiento y consulta, que no ostenten funciones representativas, ni reguladoras, ni decisorias, ni negociadoras, no requieren mantener un «exagerado criterio de proporcionalidad», en aras a la operatividad de dichas comisiones. En este sentido señalar las Sentencias del TSJ de Andalucía de fechas 8 de febrero y 11 de mayo de 2000, Sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de julio de 2001, y Sentencia de TS de fechas 15 de junio de 1998, 14 y 29 de junio 1999.

Y más concretamente la jurisprudencia, entre otras en STS de 8 de abril de 2002 o STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 2002, así como la STC de 5 de mayo de 2000, prosigue diferenciando las Comisiones de Trabajo con capacidad negociadora, de

las Comisiones que son meramente aplicadoras. Y en lo que aquí interesa, en las primeras, según la jurisprudencia, se ha de mantener, respecto de su composición, la proporcionalidad emanada de los órganos de representación unitaria de los trabajadores/as «(...) como consecuencia clara del derecho a la Negociación Colectiva y, más especialmente, de la libertad sindical (...)» (Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 2002, Recurso de Suplicación 393/2002).

El debate entre las comisiones negociadoras y las comisiones aplicativas a la hora de determinar si existe una vulneración del derecho a la libertad sindical la exclusión de las comisiones aplicativas de los sindicatos no firmantes del convenio aducido por los sindicatos mayoritarios contra la CGT para dejar a este sindicato fuera de las comisiones aplicativas y negociar a nuestras espaldas en contra de lo que siempre se ha mantenido por la CGT: que la composición de todas y cada una de las comisiones debe estar conformada por todas las fuerzas sindicales con presencia en la representación unitaria por ser este criterio más respetuoso con la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales (mantenido por alguna sentencia como la del TSJ del País Vasco de 18 de noviembre de 2003) ha sido resuelto en sentido contrario al que mantenemos en STS de 23 de febrero de 2015 , aunque de la misma se pueden extraer algunos puntos a los que agarrarnos a la hora de defender nuestra participación en la mayor parte posible de las comisiones que se formen . La sentencia extrae las siguientes conclusiones: *«Primera: la exclusión de un Sindicato no firmante del Convenio para formar parte de cualquiera de sus comisiones de «administración» es totalmente legítima y no vulnera la libertad sindical en tanto no se acredite que tal diferencia contraría un derecho, o bien se presente desproporcionada o irracional. La situación no varía por el hecho de que el sindicato haya participado activamente en la negociación y finalmente haya rechazado la firma del acuerdo alcanzado. Segunda: son las concretas circunstancias del supuesto (cometido de la comisión, número de miembros integrantes, funcionalidad o disfuncionalidad de una mayor representatividad, etc. las que en su caso— sobre la base del primordial dato de que el Sindicato no haya querido suscribir el Convenio Colectivo— habrán de evidenciar si la exclusión de la organización que se haya negado a firmar pudiera no ofrecer justificación objetiva y razonable. Tercera: no parece congruente que pretenda administrar un pacto quien ni tan siquiera lo ha aceptado, a la par que tampoco puede negarse— por ser doctrina constitucional y reiterado criterio de esta Sala— que la actuación de las comisiones no negociadoras hayan de restringirse... a la mera función de interpretación o administración de la regla establecida en convenio colectivo. Cuarta. A la hora de decidir acerca del carácter negociador o no de una determinada comisión el derecho fundamental de libertad sindical impone que el criterio interpretativo haya de ser necesariamente favorable al ejercicio de aquel derecho. De este modo en los supuestos dudosos ha de resolverse a favor de su consideración negociadora de la que debe hacerse por ello una interpretación extensiva, favoreciendo así el derecho de libertad sindical y la participación del sindicato no suscriptor del convenio en una comisión que presenta visos negociadores»*

La STS 11/11/15 considera que la composición de la comisión paritaria de un convenio colectivo debe responder a la representatividad que ostentaban las partes a la firma del convenio y ello por cuanto entiende que se le conceden competencias que se pueden considerar negociadoras.

1.2.11. Reuniones del Comité

Los Comités de Empresa deben reunirse cada dos meses. Pero ésta es una periodicidad mínima, lo que permite fijar una mayor frecuencia en las reuniones.

También debe reunirse siempre que lo solicite un tercio de sus miembros o un tercio de los trabajadores/as a los que representa (artículo 66 del Estatuto de los Trabajadores). Estas reuniones podemos considerarlas como «extraordinarias».

Respecto a las reuniones del Comité de Empresa, hay que señalar que a efectos de mejor funcionamiento y de evitar ulteriores problemas, se recomienda que las convocatorias, así como el orden del día de las mismas, se notifique a los diferentes miembros del Comité, preferiblemente por escrito con acuse de recibo además de en los tablones de anuncios¹².

A las reuniones del Comité de Empresa también pueden asistir los delegados/as sindicales, con voz, pero sin voto (artículo 10.3.2 de la LOLS, y en el mismo sentido la Sentencia del TSJ Madrid de 11 de octubre de 2000)

Por otro lado, la concreción en el Reglamento del Comité de Empresa de cómo y cuándo se realizan las convocatorias a sus reuniones, deberá evitar actuaciones arbitrarias.

1.2.12. Toma de decisiones

La toma de decisiones del Comité de Empresa debe hacerse por mayoría; pero varias pueden ser las interpretaciones de esta «mayoría» de votos exigida por el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 65.1. Así, ¿se refiere a la mayoría absoluta de todos los miembros del Comité, estén o no presentes?, ¿a la mayoría de aquellos que estén presentes, si son más de la mitad de los integrantes, lo que daría una mayoría relativa?, ¿o quizá a la mayoría sólo de los presentes, independientemente del quórum que se alcance?

En todo caso, deberemos estar a los reglamentos de funcionamiento de los Comités, donde se establezcan las mayorías para cuestiones que tengan una determinada importancia, ya sean decisiones sobre convocatoria, desconvocatoria, inicio o finalización de huelgas, la aceptación de regulaciones de empleo, los pactos sobre movilidad geográfica, etc.

1.2.13. Actas

De cada reunión del Comité se debe levantar un Acta, realizada por el Secretario y firmada por el Presidente, acta que deberá ser aprobada en la siguiente reunión. Es conveniente que sea firmada por todos los participantes de la reunión.

En estas Actas deberán constar lugar, fecha y relación de asistentes. También cada uno de los temas debatidos de acuerdo con el orden del día fijado, las diferentes posturas mantenidas, los acuerdos alcanzados y el resultado de las votaciones en los mismos, así como referencia de todos los escritos o documentos que se aporten en la misma.

¹² Pese a ser un tema complejo, es razonable establecer tal y como sostiene la STSJ Cataluña 20.12.2000, que: «(...) no podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que estén presentes todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría, o con su consentimiento expresa o tácito del debate (...)».

Si no estamos de acuerdo con una decisión adoptada por el Comité, es muy importante hacerlo constar en el Acta de la reunión en cuestión, para posteriores impugnaciones ante la jurisdicción social.

No obstante, nada prevé la normativa laboral al respecto de cómo impugnar los acuerdos emanados de la representación unitaria, pero esto no significa que no se pueda hacer, tanto individual como colectivamente, a través de la fórmula procesal correspondiente. Esto es, si entendemos que un acuerdo del Comité de Empresa vulnera nuestra libertad sindical, pues la fórmula procesal adecuada será el procedimiento de tutela de libertad sindical. En el caso de modificaciones sustanciales colectivas pactadas entre empresa y Comité, si entendemos que son ilegales o arbitrarias, pues tanto colectiva como individualmente, podremos impugnar esa modificación sustancial pactada con el Comité ante la Jurisdicción Laboral.

1.3. El Comité Intercentros

Es un órgano regulado en el artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que establece que sólo por Convenio Colectivo, podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un Comité Intercentros, ya que no es un órgano que deba existir obligatoriamente¹³. Así, se declara la nulidad del convenio suscrito por el comité intercentros dado que no aparecía creado por convenio colectivo, sin que sea equiparable la mera decisión de los distintos comités de empresa (STs 30/11/2016).

También en Convenio Colectivo se pactará su funcionamiento y el número de componentes, con un máximo de trece miembros, que serán designados de entre los componentes de los distintos Comités de Centro. De igual forma, el Convenio Colectivo fijará sus competencias, entre las que pueden estar la negociación colectiva o cualquier otro pacto que afecte a los intereses de los trabajadores/as (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000 y 14 de julio de 2000).

Pueden corresponderle, si lo regula el convenio la facultad para suscribir convenios colectivos o de cualquier otro tipo de pactos que afecten a los intereses generales de los trabajadores (AN 5/9/89, TSJ Tenerife 15/11/01). Si el comité intercentros no asume la negociación del convenio en la designación de representantes de la comisión negociadora debe guardar el principio de proporcionalidad entre las distintas opciones sindicales, aunque admite la exclusión voluntaria de alguna organización (STS 28/6/2016).

El comité Intercentros tiene derecho a recibir anualmente de la empresa una relación de todos los trabajadores que presten servicios en la misma con expresión del grupo, nivel, fecha del último cambio, antigüedad en aquella y en el grupo y nivel, así como de los conceptos económicos correspondientes, desglosados e individualizados (AN 7/6/206).

Respecto al máximo de trece miembros, aunque del Estatuto de los Trabajadores parezca deducirse como un máximo insuperable, existen sentencias, como la Sentencia del TS de 20 de septiembre de 1990, que permiten ampliar este límite de trece miembros, aunque hay otras como la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 9 de abril de 1981

¹³ Evidentemente Convenio Colectivo estatutario, y que cumpla con los requisitos propios, expuestos en el capítulo correspondiente de esta Guía. No es posible que tal cuestión pueda hacerse por pacto extraestatutario o Convenio Colectivo impropio

estableció que es nula la cláusula que por Convenio amplíe el número de miembros del Comité Intercentros.

- Su composición tiene que ser proporcional a los representantes obtenidos en los distintos Comités de Centro¹⁴ y no en virtud de los votos logrados (en este sentido Sentencias del TS de 3 de octubre de 2001 y 9 de julio de 1993 y STS 6-5-2014). Pero se admite que el convenio pueda fijar criterios sobre este punto y se establezca el computo por los votos obtenidos por cada sindicato (STS 26-10-2016) De igual forma, no debe excluirse a los representantes no sindicados; esto es, se deben tener en cuenta las candidaturas de independientes a la hora de establecer la atribución de puestos en el Comité Intercentros.
- En caso de fusión o integración de un sindicato en otro, el artículo 12.4 del Reglamento de Elecciones Sindicales establece que el sindicato que «absorbe» se subroga en todos los derechos, obligaciones y resultados electorales de los «absorbidos», aunque hay que estar al supuesto concreto, pues la jurisprudencia ha restringido esta afirmación, dando validez a esta posibilidad, tan sólo si la fusión o integración de un sindicato en otro se produce durante el proceso electoral (en este sentido, la Sentencia del TS de 14 de mayo de 2002, recurso 1237/2001) o en función del mantenimiento y confederación de uno en otro.
- En los supuestos de Sucesión de Empresa que supongan alteración del número de trabajadores/ as, deberá conformarse un nuevo Comité Intercentros, conforme a la nueva situación de la empresa. Esta es una conclusión lógica de la regulación existente para el Comité Intercentros, pero no se encuentra expresamente en ningún precepto de la legislación laboral.

En principio, la constitución de un nuevo Comité Intercentros no va aparejada de elecciones sindicales porque este es un órgano de 2º grado de representación y las representaciones sindicales se realizan en el centro de trabajo. Por lo tanto, sería conveniente realizar elecciones sindicales si se adhieren centros de trabajo que no gocen de representación sindical.

Entre otras, se manifiestan en este sentido las Sentencias del TS de 9 de julio y 10 de diciembre de 1993 y de 10 de octubre de 1994, además de la Sentencia del TSJ de Galicia de 7 de mayo de 1991. Esta línea jurisprudencial mantiene que el artículo 63.3 del ET, conduce necesariamente a la conclusión de que la distribución de los puestos del Comité Intercentros debe realizarse en proporción a los representantes conseguidos por cada sindicato o candidatura de independientes que participara en el proceso electoral, salvo que el Convenio Colectivo establezca otra cosa. Al constituirse el Comité Intercentros, lo que prima no son los votos obtenidos sino la representación proporcional, calculándose cada lista en función de los representantes elegidos, sin exclusión alguna. Esto tiene la finalidad de constituir la mayor pluralidad, haciendo participar a las minorías en los órganos de representación Intercentros. En consecuencia, se debe tener en

¹⁴ . Como sostiene con claridad la STS de 4.12.2000 «(...)el último párrafo del citado artículo 63 del estatuto de los trabajadores puede ser interpretado tanto en razón de los votos como de los representantes obtenidos en la votación, la jurisprudencia ha seguido esta última interpretación y ello por las razones sistemáticas y de finalidad que, pormenorizadamente se exponen en la sentencia de 9 de julio de 1993».

cuenta a todas las candidaturas para la composición de miembros en el Comité, aunque la organización sindical no alcance el 5% de la representación, sin que quepa confundir o pretender aplicación analógica alguna en relación con los artículos 71.2.b) y 63 del ET, que excluye de tener representación a aquellos miembros del Comité o Delegados/as que no hayan obtenido en el proceso electoral el 5% de los votos de cada colegio (Sentencia del TS de 4 de diciembre de 2000). No obstante, en el reparto numérico, por pura aritmética, la distribución pondrá fuera a los restos menores.

Por tanto, debemos concluir respecto al criterio que debe tenerse en cuenta en la constitución del Comité Intercentros que este es la proporcionalidad con los representantes elegidos en cada lista electoral, sin aceptar pactos ulteriores modificativos de aquella representatividad inicial. En este sentido se manifiesta la Jurisprudencia¹⁵ en Sentencias del TS de fecha 3 de octubre de 2001, recursos 3566 y 3904.

No obstante, al ser el Comité Intercentros una figura convencional, el Convenio Colectivo puede establecer y disponer otra cosa, aunque hay que tener en cuenta que siempre se debe mantener el principio de proporcionalidad

Cuadro nº 3

Supuesto de composición de Comité Intercentros:

Empresa X, S.A., con centros de trabajo en Madrid, Sevilla, Barcelona y Bilbao. En cada uno de esos centros de trabajo no se superan los cien trabajadores/as, por lo que existen los correspondientes Comités de Empresa con cinco miembros.

Por Convenio Colectivo de la Empresa X, S.A., se pacta la constitución de un Comité Intercentros, cuya composición es de trece miembros. Así, tres sindicatos son los representados en los Comités de Empresa de centro. CGT, «Otro1» y «Otro2». Del cómputo global de los miembros de los distintos Comités de Centro, esto es, de un total de 20, CGT tiene 11, «Otro1» 5 y «Otro2» 4. Así, de estos/as miembros de los Comités de Centro que tiene cada sindicato, habrá que sacar proporcionalmente la composición del Comité Intercentros. Por lo tanto, si a 20 miembros en los distintos Comités de Centro, corresponderían 13 miembros en el Comité Intercentros:

- a 11 (CGT), corresponden 7'15;
- a 5 («Otro1»), corresponden 3'25;
- y a 4 («Otro2»), corresponden 2'60.

(recuérdese que nosotros mantenemos que para la constitución proporcional del Comité Intercentros no se deben excluir las candidaturas con menos del 5%).

La distribución de los resultados se hace primero por los enteros, después por los restos, de tal forma que, en una primera adjudicación a CGT, le corresponden 7 de 13, a «Otro1» 3 de 13, y a «Otro2» 2 de 13. Aún nos falta por atribuir un/a miembro del Comité Intercentros más, y lo hacemos por los restos más altos, con lo que el /la miembro

¹⁵ Pese a que está consolidada esta posición jurisprudencial, hay que citar como excepción la Sentencia del TS 7.07.1999, citada en la sentencia de 03.10.2001 (Rec. 3904), cuando refiere «(...)en la que sí se aceptó el cambio de afiliación pero en un supuesto tan excepcional como el de que los representantes elegidos en una candidatura del Sindicato Independiente constituyeron en bloque un nuevo Sindicato, pues en tal caso lo que se hizo fue respetarles la misma representatividad que ya tenían derivada directamente de las elecciones, puesto que lo único que había cambiado es el nombre del Sindicato».

número trece del Comité Intercentros se adjudica a «Otro2», que tiene como resto 0'60, es decir, el más alto de los tres.

El resultado final de la composición del Comité Intercentros en X, S.A. es el siguiente:

De 13 miembros:

- 7 para CGT,
- 3 para «Otro1»,
- y 3 para «Otro2».

Las decisiones dentro del Comité Intercentros deben adoptarse por mayoría.

1.4. Garantías de los Representantes de los Trabajadores/as

Las garantías suponen mecanismos de control y limitación del poder empresarial, destinadas a garantizar la indemnidad de los representantes de los trabajadores/as frente a las posibles decisiones arbitrarias y vengativas de los empresarios.

El artículo 68 del ET establece una serie de garantías para los miembros del Comité de Empresa, así como para los Delegados/as de Personal, y ello sin perjuicio de su ampliación a través de los Convenios Colectivos. También hay que tener en cuenta la regulación establecida en el Convenio n° 135 de la OIT, sobre protección y facilidades a los representantes de los trabajadores/as en las empresas, además del contenido de la Recomendación n° 143 de la OIT.

Según el artículo 68 del ET, los miembros del Comité de Empresa y los Delegados/as de Personal, como representantes legales de los trabajadores/as, tienen las siguientes garantías:

- Apertura de expediente contradictorio, en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, expediente en el que serán oídos, aparte del interesado, el Comité de Empresa o restantes Delegados/as de Personal¹⁶.

En este expediente se debe dar audiencia al interesado, al Comité de Empresa o a los restantes Delegados/as de Personal (si son varios los Delegados/as, debe otorgarse audiencia a cada uno de ellos, tal y como establecieron las Sentencias del TS de 9 y 28 de febrero de 1989 y 25 de enero de 1990).

Un supuesto complejo es cuando se incoa expediente contradictorio a la totalidad de los miembros del Comité de Empresa. En este caso, la jurisprudencia ha entendido que ha de haber comunicación individual de la apertura del expediente a cada uno de ellos (Sentencia del TS de 15 de diciembre de 1982).

La audiencia al Comité debe constar de modo expreso en el expediente, así como la solicitud del preceptivo informe a los representantes.

Esta garantía se aplica siempre, independientemente de cuál sea la causa alegada por la empresa para la sanción o despido (Sentencias del TS de 7 de diciembre de 1982 y 18 de febrero de 1997).

El expediente contradictorio tiene como función, según el TS, hacer saber con claridad a quién se pretende sancionar, los hechos y faltas que se le imputan, dando al trabajador/a afectado audiencia y otorgándole la posibilidad de defenderse en el propio expediente (en este sentido, Sentencia del TS de 30 septiembre de 1982).

El ET no regula los principios que rigen el expediente ni su procedimiento. Así, se ha entendido que requiere la realización de las pruebas solicitadas por el interesado, salvo que se de-

¹⁶ Garantía que también ha sido entendida aplicable a los representantes electos que no han tomado posesión y a los candidatos proclamados para la elección, así SSTS 15.03.1993 y 19.06.1989.



niegue motivadamente su práctica (en este sentido, Sentencia del TS 13 de noviembre de 1984 y 18 de julio de 1989).

Así, hay que destacar que las Sentencias del TS de fechas 26 de marzo de 1991, 15 de abril de 1994 y 28 de febrero de 1995, como caracteres de todo expediente contradictorio al establecer sus requisitos de forma negativa, puesto que señalan que «(...) no llegó a tramitarse un *verdadero expediente: ni se nombró un instructor; ni existe intervención alguna de los representantes de los trabajadores, ni se llevó a cabo una auténtica actividad probatoria*(...)».

El Expediente contradictorio concluye con una resolución que acuerda su sobreseimiento o la imposición de la sanción correspondiente, resolución que evidentemente es recurrible ante la jurisdicción social.

La no incoación del expediente o su tramitación defectuosa conlleva la declaración judicial de improcedencia del despido o sanción del representante de los trabajadores/as.

* El incumplimiento de las formalidades previstas en el convenio para la tramitación del expediente contradictorio en el caso de despido de un representante de los trabajadores, implica la calificación de improcedencia del mismo puesto que la falta de nombramiento de secretario e instructor imparciales, tal y como establece el convenio, supone que la empresa se ha autoatribuido tales funciones privando al expediente de su contenido (TS unif. Doctrina 25/9/12).

- Prioridad de permanencia en el empleo, respecto de los demás trabajadores/as, en los supuestos de despidos colectivos, amortización de puestos de trabajo, suspensión o extinción de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tal y como fijan los artículos 51.7, 52.c y 68 b ET.

La prioridad de permanencia en la empresa en los casos de suspensiones y extinciones de contratos por las causas objetivas, solo es efectiva durante la vigencia del mandato, y no se extiende durante el año siguiente al cese en el cargo (TS 16/9/13 y 16/9/14) sin perjuicio de que pueda ser un indicio de discriminación la selección del antiguo representante.

La misma prioridad tienen los representantes de los trabajadores/as, en los supuestos de movilidad geográfica, tal y como establece el artículo 40.5 del ET. Por el contrario, esta garantía de permanencia no está recogida en el ET para los supuestos de movilidad funcional, excluyéndola también la jurisprudencia, tal y como establece, entre otras, la Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de marzo de 1998.

Prohibición de discriminación de los representantes de los trabajadores/as en su promoción económica y profesional por razón del desempeño de su representación de los trabajadores/as. No obstante, hay que destacar¹⁷ que también habrá que entender esta protección en el sentido contrario; esto es que la promoción no sea utilizada para perjudicar sus funciones representativas, más aún cuando es un derecho del trabajador/a que puede o no ser aceptado.

- No ser despedido/a ni sancionado/a durante el ejercicio de su mandato, ni dentro del año siguiente, salvo en caso de que se dejase de ser representante de los trabajadores/as por revocación o dimisión, y siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador/a en el ejercicio de su representación.

¹⁷ Idea extraída de Albiol Montesinos, I., «Derecho Sindical», citado en la bibliografía, en sus páginas 228 y 229.

Esto no supone que el representante no pueda ser despedido o sancionado, que lo podrá ser, pero nunca por el ejercicio de sus funciones de representante de los trabajadores/as, respondiendo sólo por aquellas conductas que vulneran sus obligaciones contractuales, y que sean ajenas a sus funciones representativas.

Los problemas prácticos se plantean en el momento de probar de si existe o no motivo de sanción, y si en consecuencia se debe entender que la medida empresarial tiene como base la represalia al representante de los trabajadores/as por la realización de sus funciones como tal.

- Expresar con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, de forma colegiada si se trata del Comité de Empresa, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa.
- Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, de forma personal cada uno de los/as miembros del Comité de Empresa o Delegados/as de Personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación. Este crédito horario se establece de acuerdo con la escala que sigue:

Cuadro nº 4

Trabajadores/as por centro de trabajo:	Horas retribuidas por cada Delegado/a de Personal o miembro del Comité de Empresa:
Hasta 100 trabajadores/as	15 horas mensuales
De 101 a 250 trabajadores/as	20 horas mensuales.
De 251 a 500 trabajadores/as	30 horas mensuales.
De 501 a 750 trabajadores/as	35 horas mensuales.
De 751 trabajadores/as en adelante	40 horas mensuales.

Debemos tener en cuenta que la [STS 23-03-2015](#) (Rc 49/14), con voto particular, **reconoce a los delegados sindicales el crédito horario reconocido legalmente de 15 horas mensual durante los 11 meses de actividad laboral, sin que se extienda a las vacaciones** [lo que comporta las 155 horas reconocidas y no las 180 reclamadas]. El crédito horario que corresponde a los Delegados sindicales, ex art. 10.3 LOLS, ofrece las mismas características que el propio de los representantes unitarios lo que supone que también ostenta la naturaleza de permiso retribuido. La regulación estatutaria y la naturaleza jurídica del permiso imponen el mismo como exención retribuida del trabajo. El uso del crédito horario sindical justifica el derecho a permiso retribuido para el trabajador que ejercita tal función (art. 37.3 ET) por lo 14 que solo cabe reconocer permiso retribuido cuando existe efectiva actividad laboral y, por tanto, se rechaza que sea posible su utilización mientras el trabajador se halla disfrutando de sus vacaciones anuales. Esto es, el crédito horario está indefectiblemente ligado a la actividad laboral, pues en términos lógicos el «permiso» [crédito horario] no es concebible sino como exención al cumplimiento de una obligación previa [actividad laboral]. Asimismo, se halla establecido con carácter «mensual» pero en relación con el periodo de actividad desempeñada, lo que consiguientemente lleva al disfrute del derecho tan sólo en los once meses de trabajo, rechazando que el derecho al crédito «mensual» de 15 horas se ostenta durante todos los meses de año [así las 180 horas reclamadas], incluido el mes de vacaciones. En el mismo sentido se ha pronunciado la [STS 95/2017](#) de 1 de febrero frente a la de la AN que reconocía el crédito horario incluido el mes de vacaciones como condición más beneficiosa y que rechaza el TS considerando que no concurre la voluntad ni unilateral ni consen-

suada de las partes sino la errónea creencia de que así lo establecía la normativa vigente. Esta sentencia se ha recurrido por la CGT en amparo ante el Tribunal Constitucional.

CGT considera que el crédito horario no puede considerarse como hace el TS un derecho individual de representación sindical sino un derecho colectivo que alcanza al número de horas de las que el sindicato puede disponer para desempeñar sus funciones. Esta conclusión deviene además la más lógica en relación con el hecho de que el número de horas sindicales se establezca en función del número de los trabajadores con independencia del número de horas de trabajo mensual ni a la duración de la jornada, por lo que tampoco debería estar entonces en función de los meses trabajados, excluyendo el de vacaciones como mantiene el TS, salvo que se cierre totalmente el centro de trabajo durante el mes de vacaciones

A través del Convenio Colectivo, se puede pactar la acumulación de horas de los distintos miembros del Comité de Empresa o de los Delegados/as de Personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo sin perder su salario. También se puede pactar la ampliación de este crédito horario.

- Otra garantía, pero derivada del artículo 56.4 del ET¹⁸, es que corresponde a los representantes de los trabajadores/as el derecho de opción en los despidos improcedentes.

Corresponde además al representante despedido/a ese derecho de opción con independencia del tipo de contrato que lo vincule con el empleador, tal y como se estableció en Sentencia del TS de 14 de octubre de 1997.

Protección de los Candidatos/as Electorales

Las garantías vistas en cuanto a opción en caso de despido, expediente contradictorio y permanencia en el empleo, alcanzan también a quienes se presentan como candidatos/as a las correspondientes elecciones, tal y como se estableció la Sentencia del TC de 23 de noviembre de 1981 y la más reciente STS de 2 de diciembre del 2005. En este sentido también se encuentra amparada la protección de los candidatos/as frente al poder disciplinario por su condición, en el ya mencionado artículo 17 del ET, así como en el artículo 5 del Convenio 158 de la OIT. Pero debemos puntualizar que las garantías vistas se extienden a los candidatos/as, mientras dura el proceso electoral. Esto es, si celebradas las elecciones el candidato/a no es elegido/a representante de los trabajadores/as, ya no le protegen estas garantías.

Además, la declaración de nulidad de un despido de un trabajador/a efectuado para evitar que se presentara como candidato en las elecciones, debe anular las elecciones celebradas, y de las que fue excluido, para que el despido, pese a su declaración de nulidad, no alcance su objetivo; en este sentido STC 44/2001, de 12 de febrero.

Este derecho se extiende al trabajador despedido cuando, iniciado el proceso electoral, la empresa conoce que va presentarse como candidato, siempre que luego resulte elegido (TS unificación de doctrina (28/12/2010) así como al presentado o proclamado como candidato electoral (TS 25/6/12)

¹⁸ Véase todo lo relacionado con la extinción del contrato de trabajo por motivos disciplinarios en esta guía.

No está protegido por la garantía de opción quien presenta su candidatura a elecciones sindicales tras un despido que se declara improcedente, si además la empresa desconocía su intención de presentarse (TS 25/6/12)

La STS 18/2/2016 la Sala confirma la sentencia recurrida que desestimó el recurso de la empresa frente a la declaración de improcedencia del despido de la actora con derecho de ésta a optar entre la indemnización y readmisión, al entender que en la fecha del despido aquella era representante de los trabajadores por la sustitución automática que resulta del art. 67.4 del ET y que a pesar de que no se comunicó formalmente al empresario el acceso a tal condición se considera como hecho probado que el empresario tenía pleno conocimiento antes del despido de la actora que había pasado a ser miembro del Comité de Empresa

El TS ha defendido su aplicación a quienes ocupan la posición de suplentes de aquellos representantes titulares, dado que concurrirían en los suplentes las razones que justifican la concesión de garantías a los representantes (en este sentido, la STS 13 de mayo de 1988). Los suplentes de las candidaturas, una vez finalizado el proceso electoral dejan de estar protegidos/as por dicha garantía, aunque hay que insistir en que no pueden ser sancionados como represalia por su participación en dicho proceso.

Para quienes son representantes electos/as, pero aún no han tomado posesión del cargo, hay que entender que se encuentran protegidos/as por la misma garantía, aunque en ese momento aún no son representantes de los trabajadores/as por no haber tomado posesión y ya han dejado de ser candidatos.

Es nulo cualquier acto empresarial en el que se observasen indicios discriminatorios por razón de su cargo representativo¹⁹.

1.5. Cambio de adscripción sindical

Modificación de resultados electorales. En el artículo 12.3 del RES, se establece que el cambio de afiliación del representante de los trabajadores/as producido durante la vigencia del mandato no implicará la modificación de la atribución de resultados electorales.

Este posicionamiento lo sostienen también las SSTSJ de La Rioja de fecha 15 de noviembre de 1994, del País Vasco de 2 de febrero de 1.993, de Cataluña de 16 de febrero de 1994 y de Baleares 30 de junio de 2000, así como la doctrina legal contenida en las STS de 17 de octubre de 1994, 21 de octubre 1997 y 22 de septiembre de 1999, y el contenido del Auto del TC de 1 de julio de 1998.

Sustitución de los representantes de los trabajadores/as. No obstante lo anterior, algunas sentencias han entendido acorde a Derecho, cláusulas en Convenios Colectivos que prevean la pérdida de la condición de representante de los trabajadores/as en el caso de cambio de adscripción sindical (STS de 26 de diciembre de 1989 y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias aplica esta doctrina en sentencia de 31 de mayo de 2006). También algunas Sentencias, entre ellas la del TSJ de Navarra de 13 de octubre de 1992, que reconoce la validez de un documento previo a la elección sindical, donde el entonces candidato/a y después representante, renuncia

¹⁹ Los supuestos serán múltiples, no ascender en el escalafón como el resto de compañeros, no recibir emolumentos que perciben trabajadores/as en su misma situación, etc.

a su condición como tal, en el caso de cambio de adscripción sindical. La citada sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1989 no deja lugar a dudas al señalar:

«al fundarse la relación de representación en el «intuitu personae», es admisible que por la voluntad colectiva de los empresarios y trabajadores integrantes del sector que el Convenio regula, se establezca como causa de extinción del mandato la alteración sobrevinida de una circunstancia personal especialmente relevante del representante, determinante de su elección, como lo es la pérdida de la adscripción al sindicato que lo presentó.»

Integración entre sindicatos. Por el contrario, como en anteriores puntos se explica, según el artículo 12.4 del RES, sí hay modificación de resultados en el caso de la integración o fusión de un sindicato en otro. Son necesarios varios requisitos:

- 1) que los absorbidos pierdan la personalidad jurídica;
- 2) que el sindicato que absorbe a otro se subroga en sus derechos y obligaciones;
- 3) y como exige la jurisprudencia, entre otras la STS de 14 de mayo de 2002, que esa fusión o integración se produzca durante el proceso de elecciones sindicales.

Así, si se cumplen estos requisitos, los resultados electorales del sindicato que se integra en otro, se atribuyen a éste.

La fusión o integración entre sindicatos está recogido expresamente en el artículo 4.2 de la ley Orgánica de Libertad Sindical. Habrá que estar a lo que los estatutos de los sindicatos recojan para estas modificaciones. Es posible que los estatutos de los sindicatos que se fusionan hayan de ser modificados. Si se puede afirmar que el sindicato que acepta la fusión del otro en su seno, hace suyo los votos que hubiera obtenido el sindicato que desaparece.

La disolución de un sindicato puede venir impuesta interna o externamente:

- Internamente es cuando así lo deciden sus afiliados en asamblea extraordinaria por mayoría cualificada (3/4 o 4/5 como regla general) o cuando la Confederación ejerce su derecho a desfederar a federaciones o uniones de nivel inferior, en el caso de los sindicatos que tienen este tipo de estructuras como puede ser la CGT.
- La disolución de un sindicato a nivel externo siempre ha de ser por mandato judicial y nunca como el fruto de una decisión administrativa anterior.

Los efectos de la desvinculación de una organización sindical respecto de otra bien sea de ámbito superior o inferior se regulan en el apartado 5 del artículo 12 del RES introducido por el RD 416/2015, en el sentido de vincular todos los resultados electorales anteriores a los de la federación o confederación a la que se haya afiliado.

1.6. Comités de Empresa Europeos²⁰

En nuestro ordenamiento jurídico, este órgano de representación nace a través de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores/as en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, modificada posteriormente por la

²⁰ Se recomienda la lectura del Boletín Informativo Jurídico Sindical N° 26 de la Confederación General del Trabajo, de fecha 25.09.1997

Ley 44/1999, de 29 de noviembre y el RD 5/2000. La ley 10/1997, traspone al Derecho interno la Directiva 94/95/CE, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores/as en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Los derechos de información y consulta únicamente alcanzan a las cuestiones transnacionales entendiéndose por tales las que afectan al conjunto de la empresa o grupos de empresas de dimensiones comunitarias o al menos a dos empresas o centros de trabajo de la empresa o del grupo situadas en dos estados miembros diferentes

En supuestos de fusión transfronteriza de empresas debe tenerse en cuenta la Directiva 2005/56/CE, de 26 octubre, que si bien no altera los derechos de los trabajadores/as en lo relativo a la constitución de los Comités de empresa europeos, que seguirán organizándose de acuerdo con aquella Directiva, sí afecta a los derechos de participación de los trabajadores/as en cuanto se regularán por la normas relativas a la participación de los trabajadores/as vigentes en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social. No obstante, si la legislación nacional de este Estado miembro no prevé el mismo nivel de participación que el aplicado en las correspondientes sociedades que se fusionan —también en los comités del órgano de control con poderes decisorios—, o no prevé la misma facultad para ejercer derechos a trabajadores/as de sociedades resultantes de la fusión transfronteriza, tal participación, así como su implicación en la definición de los derechos correspondientes, serán reguladas por los Estados miembros, *mutatis mutandis* teniendo en cuenta lo dispuesto en el ART.14 de la Directiva 2005/56/CE.

- En relación con las presentes normas y la constitución del Comité de Empresa Europeo, se considera Empresa de dimensión comunitaria, la que reúna los siguientes requisitos:
 - Emplear a 1.000 o más trabajadores/as en el conjunto de los estados miembros.
 - Emplear, al menos, en dos estados miembros, a 150 trabajadores/as en cada uno.
- A su vez, son Grupo de Empresas de Dimensión Comunitaria, los que reúnan los siguientes requisitos:
 - Emplear, al menos, 1000 trabajadores/as en el conjunto de estados miembros.
 - Que el grupo comprenda, al menos, dos empresas en estados miembros diferentes.
 - Que una empresa emplee como mínimo 150 trabajadores/as en un estado miembro, y otra empresa emplee como mínimo a un grupo de 150 trabajadores/as en otro estado miembro.

Para calcular el número de trabajadores de los centros de trabajo y empresas se tiene en cuenta el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, durante los dos años anteriores a la fecha del inicio del procedimiento de negociación de acuerdo con las siguientes reglas:

- los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a dos años se computan como trabajadores fijos de plantilla
- los contratados por termino de hasta dos años se computan según el número de días trabajados en el periodo de dos años anteriores a la fecha de inicio del procedimiento de negociación. Cada 400 días trabajados o fracción se computan como un trabajador más. Cuando el cociente que resulte de dividir por 400 el número de días trabajados en el citado periodo de dos años sea superior al número de trabajadores que se computan deben tenerse en cuenta como máximo el total de dichos trabajadores. A los efectos del



cómputo de esos 400 días trabajados deben contabilizarse tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales

Hay que destacar que la Ley 10/1997 contiene dos tipos de disposiciones: las del Título I, «aplicables a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria con dirección central en España», y las del Título II, «aplicables a los centros de trabajo y empresas situados en España de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria».

El procedimiento de negociación para la constitución de un Comité de Empresa Europeo o el procedimiento alternativo de información y consulta, se iniciará por la dirección central a iniciativa propia, o previa petición escrita de un mínimo de 100 trabajadores/as, o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo o empresas de la empresa o grupo, situados en Estados miembros diferentes. La dirección sólo puede negarse al inicio de las negociaciones por causas tasadas.

La responsabilidad en la constitución de un comité de empresa europeo corresponde a la empresa, siendo la dirección central de esta la que debe iniciar la negociación para la constitución del mismo (STS 7/6/2016).

Iniciado el procedimiento, la dirección central de la empresa o grupo, se dirigirá a su dirección en los Estados miembros, a fin de que pongan en marcha, de acuerdo con las legislaciones nacionales, los procedimientos de elección o designación de los miembros de la Comisión Negociadora.

La comisión negociadora estará compuesta por miembros elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria, de manera que para cada Estado miembro exista un miembro por cada grupo de trabajadores empleados en ese Estado miembro que suponga el 10 por ciento del número de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros, o una fracción de dicho porcentaje

La comisión negociadora informará de su composición a la dirección central de la empresa o grupo. Una vez llevado a cabo lo anterior, la dirección central y la comisión negociadora informarán a las direcciones locales, así como a las organizaciones europeas de trabajadores y empresarios competentes, de la composición de la propia comisión negociadora y del inicio de las negociaciones.

Los gastos ocasionados por la elección de miembros de la comisión negociadora serán sufragados por la dirección central de la empresa o grupo.

La función de la Comisión Negociadora es, evidentemente, negociar con la dirección central la constitución de uno o varios Comités de Empresa Europeos, o el establecimiento de uno o varios procedimientos alternativos de información y consulta de los trabajadores/as.

La Comisión Negociadora podrá decidir no iniciar o incluso anular las negociaciones con la dirección central, lo que requiere una mayoría de dos tercios, poniendo con ello fin al procedimiento. Producida esta circunstancia, no se podrá iniciar un nuevo proceso de negociación hasta que transcurran dos años desde que se suspendió o paralizó la negociación.

La Comisión Negociadora adopta sus acuerdos por mayoría.

La comisión negociadora tendrá derecho a reunirse antes y después de cada reunión con la dirección central, sin la presencia de ésta, y con los medios necesarios para su comunicación.

La comisión negociadora podrá pedir que le asistan en su tarea expertos de su elección, entre los que podrán figurar representantes de organizaciones de trabajadores competentes y reconocidas a nivel comunitario. Estos expertos, sean o no representantes de organizaciones de traba-

jadadores competentes, podrán asistir, con carácter consultivo, a las reuniones de negociación a solicitud de la comisión negociadora.

El contenido del Acuerdo entre la dirección central y la Comisión Negociadora, se basa en el principio de autonomía de las partes, y deberá contener al menos:

- Identificación de las partes.
- Determinación de los Centros de trabajo afectados.
- Composición del Comité, número de miembros, distribución y duración de su mandato.
- Atribuciones del Comité. el procedimiento de información y consulta al mismo, así como las modalidades de articulación entre la información y la consulta al comité de empresa europeo y a los órganos nacionales de representación de los trabajadores
- Lugar, periodicidad y duración de las reuniones del Comité.
- Recursos materiales y financieros asignados.
- Duración del acuerdo y condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación.
- En su caso, la composición, las modalidades de designación, las atribuciones y las modalidades de reunión del comité restringido constituido dentro del comité de empresa europeo.

Si se acuerda el establecimiento de uno o más procedimientos de información y consulta a los trabajadores/as, el acuerdo deberá prever las distintas modalidades por las que los representantes de los trabajadores/as tendrán derecho a reunirse para deliberar acerca de la información que se les comunique. No obstante, se prevén una serie de disposiciones subsidiarias para el supuesto en que las partes se remitan directamente a éstas, o con carácter genérico, a la legislación de aplicación. Así, son aplicables estas disposiciones subsidiarias reguladas en los artículos 15 a 19 de la Ley 10/1997, en los siguientes supuestos, contenidos en su artículo 15:

- Si así lo decide la Dirección Central y la Comisión negociadora.
- Si la Dirección central rechaza la apertura de negociaciones en un plazo de 6 meses a partir de la presentación de la petición.
- Si transcurren 3 años desde el inicio del procedimiento sin que se alcance acuerdo por las partes.

En estos supuestos se constituirá un Comité de Empresa Europeo compuesto por los representantes elegidos en los Estados miembros de acuerdo con las legislaciones o prácticas nacionales. Son, por tanto, elegibles, los trabajadores/as que ostenten la condición de Delegados/as de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado/a Sindical.

La composición es igual que la que antes se ha expuesto para la Comisión Negociadora y la designación se hace por acuerdo de las representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal o por acuerdo mayoritario de los mismos.

En relación con la forma de realizar la designación, se ha cuestionado si la representatividad de los delegados en el comité de empresa europeo ha de computarse en atención al número de representantes legales en los comités de empresa españoles según acuerdo mayoritario o por el contrario según el número de trabajadores a los que proporcionalmente representa cada uno de dichos miembros de los comités de empresa. *El TS acepta el criterio basado en el acuerdo de la mayoría de los representantes elegidos, y sin tomar en consideración el número de trabajado-*

res representados por casa uno de los miembros de los comités de empresa (TS 7/6/2016) por lo que no exige que se siga la proporcionalidad con el resultado de las elecciones correspondientes a representantes unitarios en la empresa (TS 16/12/09). No son aplicables por tanto las reglas de proporcionalidad para la negociación colectiva de los distintos comités

Las **competencias del Comité de Empresa Europeo**. Éste tiene derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o, al menos, en las que afecte a dos centros de trabajo o empresas del grupo situados en Estados miembros diferentes.

Para empresas o grupos cuya dirección central no esté situada en un Estado miembro, la competencia del Comité de Empresa Europeo comprenderá aquellas cuestiones que afecten a todos los centros de trabajo o empresas del grupo situados en los Estados miembros, o al menos, a dos centros o empresas situados en Estados miembros diferentes.

A efectos de lo anterior, se tiene derecho a mantener al menos una reunión anual con la Dirección Central, que será convocada con antelación mínima de un mes, y acompañando un informe sobre la evolución y perspectivas de las actividades de la empresa o grupo de dimensión comunitaria. En esta reunión se tratarán las cuestiones de estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, nuevos métodos de trabajo y producción, traslados de producción, fusiones, reducción del tamaño, cierre de empresas, centros de trabajo o partes importantes de éstos y despidos colectivos.

Además de esta reunión anual existe el derecho a reunirse, a petición propia, salvo que por motivo de plazos pueda incorporarse su contenido al de la reunión anual sin poner en peligro la efectividad de la consulta, con la Dirección Central, o con cualquier otro nivel de dirección de la empresa o grupo más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias, al objeto de recibir la citada información y ser consultado sobre ella.

También se tiene derecho a ser informado con la debida antelación de las circunstancias excepcionales que afecten considerablemente²¹ a los intereses de los trabajadores/as, y especialmente, en los casos de traslados de empresas, cierres de centros de trabajo de empresas o despidos colectivos, tal y como establece el artículo 18.3 de la Ley 10/1997.

Las reuniones de información y consulta se efectuarán con la antelación necesaria para que el criterio del Comité pueda ser tenido en cuenta a la hora de adoptar o ejecutar las decisiones.

El Comité de Empresa Europeo podrá emitir un dictamen al finalizar la reunión o en un plazo máximo de siete días.

Respecto al funcionamiento en las reuniones, se establece que la Dirección Central y Comité de Empresa Europeo decidirán de común acuerdo las reglas precisas sobre la presidencia de sus reuniones conjuntas. En defecto de pacto, deberán consignar en el acta de la primera reunión que celebren los procedimientos a emplear para moderar las sesiones.

Las actas de las reuniones entre la Dirección y el Comité de Empresa Europeo serán firmadas por un representante en nombre de cada una de las partes.

En el artículo 19 de la Ley 10/1997 se establece el régimen de funcionamiento del Comité de Empresa Europeo. Así, adoptará sus acuerdos por mayoría de sus miembros, elaborará su propio reglamento interno de funcionamiento y podrá elegir en su seno un presidente.

²¹ Entendemos que corresponde siempre este interés «considerable» dentro de las funciones propias de las representaciones de los trabajadores/as en tanto en cuanto tenga relación con la empresa o grupo y, en consecuencia, con los trabajadores/as. Ver Capítulo de Derechos de Información

- Si el número de miembros del Comité de Empresa Europeo fuera superior a doce, deberá elegir en su seno un Comité Restringido compuesto por tres miembros. Este comité restringido será el encargado de recibir la información y de celebrar las reuniones, tanto las anuales como las adicionales. No obstante, en las reuniones en que participe el Comité Restringido tendrán derecho a participar igualmente aquellos miembros del Comité de Empresa Europeo de centros o empresas directamente afectados por las medidas de que se trate.

El Comité Restringido deberá informar periódicamente de sus actuaciones y del resultado de las reuniones en que participe al Comité de Empresa Europeo.

Tanto el Comité de Empresa Europeo como el Comité Restringido, ampliado en su caso con los miembros de centros o empresas europeos directamente afectados, tienen derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deban celebrar con la Dirección Central, sin la presencia de ésta.

Ambos, restringido y ordinario, podrán estar asistidos por expertos de su elección.

Los miembros de la Comisión Negociadora, Comité de Empresa Europeo y representantes de los trabajadores/as en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta gozan, en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y garantías similares a las previstas para los representantes de los trabajadores/as a nivel nacional en el país en el que prestan sus servicios, según legislación y prácticas nacionales (ver capítulo correspondiente de esta misma Guía).

Cabe reseñar una excepción en lo que se refiere al crédito horario, ya que los representantes de los trabajadores/as miembros de la Comisión Negociadora y/o del Comité de Empresa Europeo, tienen derecho a los permisos retribuidos necesarios para la asistencia a reuniones en la dirección central y a las de carácter previo y, con independencia de esto, tienen derecho a un crédito de 60 horas anuales retribuidas por el ejercicio de sus funciones y adicionales a las que puedan disponer en su condición de representantes nacionales.

En las reuniones del Comité de Empresa Europeo y en las que éste celebre con la Dirección Central podrán participar, con voz, pero sin voto, representantes elegidos por los trabajadores/as de Estados no miembros donde la empresa o grupo tengan centros de trabajo o empresas, cuando así lo decidan de común acuerdo la Dirección Central y el Comité de Empresa Europeo.

Hay que destacar que el Tribunal Supremo ha sostenido que como las funciones son informativas y no negociadoras, su composición no debe hacerse conforme a criterios de proporcionalidad, siendo válida la designación de sus miembros por acuerdo mayoritario de la mayoría de la representación social sin respetar la referida participación, en sentencias de fechas 22.12.2008 y 16.12.2009 (criterio más que cuestionable, pero de momento asentado en los referidos pronunciamientos).

2. REPRESENTACIÓN SINDICAL

2.1. La Sección Sindical

Esta otra vertiente de la representación de los trabajadores/as, y que supone la organización del Sindicato dentro de la empresa, se realiza a través de las Secciones Sindicales y de los Delegados/as Sindicales. La cualidad más destacada de las Secciones Sindicales, es que son estructuras que pertenecen al conjunto de las personas afiliadas a un sindicato en el ámbito de una empresa o centro de trabajo.

Podrán constituir Secciones Sindicales los trabajadores y trabajadoras afiliadas a un Sindicato, tenga éste o no Delegados/as de Personal o representación en los Comités de Empresa (aunque los derechos y garantías de unos y otros son diferentes)²².

Las Secciones Sindicales son el segundo canal de representación que, además de la representación unitaria de los trabajadores/as, existe en la empresa.

Las Secciones Sindicales tienen una doble naturaleza: por un lado, son instancias internas organizativas que se encuadran en el Sindicato; mientras que por otro lado ostentan la representación de sus afiliados ante el empleador.

Los titulares para su constitución son los trabajadores/as afiliados a un Sindicato (artículo 8.1 LOLS), que son quienes pueden crearlas, de acuerdo con lo establecido en los estatutos del Sindicato. Esta característica hace que sean los afiliados/as los que eligen al representante de su sindicato para la defensa de sus derechos e intereses ante el empleador, esto es, al Delegado/a Sindical. Todo ello, sin perjuicio de que los sindicatos, federaciones o confederaciones promuevan la formación de las secciones sindicales de conformidad con lo que establezcan sus Estatutos. Es importante también atender a la regulación interna de las organizaciones sindicales para ver que establecen sobre los representantes sindicales. En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1996.

Las secciones sindicales se pueden constituir tanto en el centro de trabajo como en la empresa aun cuando ésta tenga más de un centro. Por lo tanto, esta es una decisión que compete al propio sindicato, por lo que actuará en función de su estrategia, eligiendo por una opción u otra en función de lo que establezca sus propios estatutos. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de junio de 1992, 15 de julio de 1996.

Como decimos, pueden constituir la Sección Sindical los trabajadores/as afiliados a un Sindicato en el ámbito de una empresa o centro de trabajo (alternativamente, no cumulativamente, salvo que se establezca lo contrario mediante acuerdo o convenio colectivo). La fórmula para la constitución no requiere mayores formalidades. Se le remite al empresario a al departamento en cuestión de la empresa la comunicación de la constitución de la Sección Sindical, que podría ser de la manera que sigue:

²² No se exige requisito alguno en relación con la representatividad, pudiendo considerarse nulas las previsiones de un Convenio Colectivo que contuviesen exigencias de representatividad o afiliación para constituir Sección Sindical, tal y como establece la STSJ Madrid, de 15 octubre de 1990.

VER ANEXO II. (COMUNICACIÓN AL EMPRESARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SECCIÓN SINDICAL Y DE LA DESIGNACIÓN DEL/LOS DELEGADO/A/S SINDICAL/ES)

2.2. Derechos de las Secciones Sindicales

El artículo 8 de la LOLS reconoce el derecho que ostentan todos los trabajadores/as afiliados a un sindicato para constituir secciones sindicales, celebrar reuniones previa notificación al empresario, recaudar cuotas o distribuir y recibir información de su sindicato.

Lo que ocurre es que la citada ley otorga más derechos a aquellos sindicatos que gozan de suficiente representatividad en la empresa respecto de aquellos otros que no la alcanzan, de ahí el motivo de la subdivisión que a continuación establecemos.

2.2.1. Derechos reconocidos a los sindicatos con suficiente representatividad

Para obtener este nivel se requiere ser sindicato más representativo (10% en el cómputo total de las elecciones sindicales) o tener un representante en el Comité de Empresa o en la Junta de Personal.

Naturalmente, las Secciones Sindicales que reúnan alguno de los requisitos anteriormente puestos, tendrán los derechos mencionados en el punto anterior (derecho a constituirse, derecho a recaudar cuotas, derecho de información...) y además:

- Según el artículo 8.2 de la LOLS, las Secciones Sindicales pertenecientes a los sindicatos más representativos y a los sindicatos que tengan algún Delegado/a de Personal, o algún representante en los Comités de Empresa o en los órganos de representación unitaria constituidos en las Administraciones Públicas (Juntas y Delegados/as de Personal) tienen derecho a un tablón, a un local adecuado, así como a la Negociación Colectiva. Debemos puntualizar estos derechos:
 - El tablón de anuncios debe estar situado en el centro de trabajo y en un lugar accesible para los trabajadores/as. No obstante, existen algunas sentencias restrictivas de este derecho en el sentido de interpretar válido un tablón de anuncios común a todas ellas, siempre que cuente con las divisiones específicas necesarias, entendiendo que el mínimo legal con carácter necesario es un singular y único tablón de anuncios (SSTS 15 de febrero de 1995 y 19 de diciembre de 1996).

La empresa no tiene facultad alguna para decidir qué información establecen los sindicatos en el tablón de anuncios, pues supondría una injerencia de la empresa en el derecho de los trabajadores/as a obtener información sindical (en este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana de 3 de abril de 1991).

- El derecho de la Sección Sindical a local adecuado para desarrollar sus actividades, sólo es exigible en empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores/as.
- La STS 12/3/2016 considera que el cómputo de los 250 trabajadores ha de ser el del centro de trabajo y no el de la totalidad de la empresa

No es válida la alegación del empresario, para no facilitar el local, de que no tiene dotación presupuestaria ni espacio para ubicarlo (en este sentido, la STSJ Canarias 30 de septiembre de 1993).

- El derecho a la Negociación Colectiva de las Secciones Sindicales, se reconoce en el artículo 87.1 del ET, que establece la legitimidad de las Secciones Sindicales para negociar convenios colectivos de ámbito empresarial.
- En cuanto a los Delegados/as Sindicales, son elegidos por y entre los afiliados/as al sindicato en la empresa o en el centro de trabajo, no siendo lícito que la designación sea efectuada directamente por el Sindicato, tal y como estableció, entre otras, la STCT de 10 de septiembre de 1987. La empresa tampoco puede intervenir en el procedimiento de elección del delegado/a según la sentencia del TSJ de Canarias de 30 de enero de 1996. Tampoco puede nombrarlo directamente el secretario general del sindicato, tal y como falló la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996.

Eso sí, los estatutos del sindicato podrán establecer el procedimiento para el nombramiento del delegado/a sindical, la duración de su mandato o las causas de su cese.

La función básica de los delegados/as sindicales es la de representar a las secciones sindicales en la empresa o centro de trabajo, por lo que su designación está condicionada a que se forme la propia sección sindical.

La ley solo regula esta figura para aquellas secciones sindicales que reúnan ciertos requisitos así, para adquirir la condición de delegado/a sindical es necesario que la empresa o en su caso el centro de trabajo, tenga más de 250 trabajadores/as y que el sindicato tenga representación en el Comité de Empresa.

- Los delegados/as sindicales se eligen por y entre los trabajadores de la Sección Sindical. En caso de que el empresario reconozca las garantías y facultades del delegado/a sindical sin que este reúna los requisitos establecidos por la ley, la posterior denegación de dichas garantías no supone vulneración del derecho a la libertad sindical según ha establecido la jurisprudencia, salvo que responda a causa antisindical por discriminación u otra causa lesiva de un derecho fundamental. Sirvan como ejemplo las sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 2000 o de 13 de noviembre de 2000.
- En el artículo 10.2 de la LOLS se establece, a falta de acuerdo entre los representantes de los trabajadores/as y el empresario, el número de Delegados/as Sindicales por cada Sección Sindical de los sindicatos que, al menos, hayan obtenido un 10% de los votos en la elección a Comité de Empresa o al órgano de representación en las Administraciones Públicas. Así:

Cuadro nº 5

Número de trabajadores/as en la empresa:	Número de Delegados/as Sindicales por cada Sección Sindical con, al menos, un 10% de los votos a representantes de los trabajadores/as.
De 250 a 750 trabajadores/as	1
De 751 a 2.000 trabajadores/as	2
De 2.001 a 5.000 trabajadores/as	3
De 5.001 en adelante	4

Las Secciones Sindicales de aquellos sindicatos que no hayan obtenido el 10% de los votos²³ y que cuenten al menos con el 5% de los votos, tal y como exige el artículo 71 del Estatuto de los Trabajadores, estarán representados por un solo Delegado/a Sindical.

Este número de Delegados/as Sindicales²⁴ establecido en la escala anterior tiene carácter de mínimo, pudiendo mejorarse, nunca empeorarse, mediante acuerdo o a través de la Negociación Colectiva.

Se entiende que corresponde tomar en consideración el número de trabajadores/as necesario en el momento en que el sindicato adquirió la representación (STSJ Cataluña 26 de febrero de 1990).

- Son competencias y facultades de los Delegados/as Sindicales (de las Secciones con presencia en los Comités o con Delegados/as de Personal), que no sean a la vez Delegados/as de Personal o miembros del Comité de Empresa:
 - Asistir a las reuniones de los Delegados/as de Personal y del Comité de Empresa.
 - Tienen también derecho a asistir a las reuniones de los órganos correspondientes en materia de seguridad e higiene, y de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas. Esta asistencia será con voz, pero sin derecho a voto, y para cualquier tipo de reuniones, sea cual fuere la materia que se trate (artículo 10.3 de la LOLS). Según la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2001 a las reuniones del Comité Intercentros no podrá acudir el delegado/a sindical salvo pacto en contrario.
 - A ser oídos por la empresa con carácter previo a la adopción de medidas de carácter colectivo (artículo 10.3.3 de la LOLS).
 - A ser oídos previamente a la adopción de sanciones y despidos a sus afiliados (artículo 10.3.3 de la LOLS).
 - A la interposición de procedimientos de conflicto colectivo y de impugnación de convenios colectivos (artículo 153 y 163 de la LRJS respectivamente).
 - A la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del Comité de Empresa o Delegados/as de Personal (ver punto 1.1.2.e de este Capítulo).
 - Derecho a crédito de horas, en el caso de que no sean miembros del Comité de Empresa o Delegados/as de Personal, y en el mismo régimen que los representantes unitarios (ver punto 1.1.4 de este Capítulo). No obstante, la escala de horas debe acomodarse al mínimo exigido por la LOLS para disponer de Delegados/as Sindicales, esto es, que la empresa cuente con un mínimo de 250 trabajadores/as.

²³ En relación con el 10% de los votos se entiende referida a votos válidos, excluidos, en consecuencia, los votos nulos, y tomando como referencia los votos blancos, STSJ País Vasco 16.11.1992

²⁴ Tanto en relación con el número, como en relación a las garantías, lo establecido en la LOLS tiene carácter de mínimo, pudiendo mejorarse mediante el Convenio Colectivo, tal y como reconocen las SSTS 20 de julio de 2000 y 29 octubre de 2002.



Como el mínimo de trabajadores/as en la empresa para la existencia de Delegados/ as Sindicales con derechos específicos es de 250, el mínimo de horas debe ser de veinte, que son las que establece el artículo 68 del ET a los representantes unitarios en los centros de hasta 250 trabajadores/as, aumentando el número de horas en relación con la escala establecida en el artículo 68 del ET.

Recordar a su vez, que existe la posibilidad de pactar a través de Convenio Colectivo el incremento del crédito horario, así como la acumulación de horas de los distintos miembros del Comité de Empresa y de los Delegados/as de Personal con las horas de los Delegados/as Sindicales. Sin este pacto en Convenio o acuerdo, no es posible acumular las horas de los Delegados/as Sindicales con las horas de los Delegados/as de Personal o miembros del Comité de Empresa, pues entiende la jurisprudencia que son créditos horarios de distinta naturaleza y diferente finalidad.

- Permisos retribuidos para la negociación colectiva, tal y como establece el artículo 6.2 de la LOLS. Así, los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos, tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que le sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociador, siempre que la empresa esté afectada por la negociación colectiva en cuestión.
- Libertad de expresión relativa a las materias concernientes a sus funciones, pudiendo publicar comunicados, informes, etc, así como distribuir publicaciones o propaganda en la empresa, sin perturbar el trabajo y comunicándolo a la empresa.

Los derechos de los Delegados/as Sindicales pueden ser aumentados por la Negociación Colectiva, pero nunca pueden ser restringidos por dicha vía los derechos reconocidos en la LOLS, tal y como determinan, entre otras, la STSJ Madrid 28 de mayo de 1999 y la de la Audiencia Nacional de 5 de octubre de 1989.

- Las Secciones Sindicales tienen la obligación de comunicar la designación de Delegado/a Sindical a la empresa, no pudiendo negarse ésta a su reconocimiento²⁵. Esta información que el empresario recibe, dota al Delegado/a de «carácter de persona con impronta sindical», y facilita posteriormente la solicitud del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a la empresa.

Esta comunicación que debe hacerse al empresario no requiere de ningún formalismo adicional. Basta con una comunicación como la que sigue:

²⁵ No obstante, no tiene ninguna relevancia jurídica que el empresario reconozca o no a sección sindical que no tenga derecho legal a delegado/a, STC 10.05.1989. Hay que decir que el empresario no tiene nada que reconocer, pero sí darse por enterado a los efectos de derechos reconocidos. Así, si el delegado/a no es por derechos LOLS también debe darse a conocer al empresario, a efectos de la actividad sindical, por decisión e interés de la propia Sección sindical.

VER ANEXO III. (COMUNICACIÓN A LA EMPRESA DEL NOMBRAMIENTO DE DELEGADOS/AS SINDICALES)

- Los Delegados/as Sindicales, gozan de las mismas garantías que las que la ley atribuye a los representantes unitarios (ver apartado 1.4 del presente Capítulo). Y ello en virtud del artículo 10.3 de la LOLS, en relación al artículo 68 del ET. Así, corresponde a los representantes sindicales en la empresa la protección establecida para los representantes de los trabajadores/as en la empresa.

Hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha conectado las garantías de los representantes sindicales con el derecho de libertad sindical, formando parte de su contenido esencial (STC 23 de noviembre de 1981).

2.2.2. Derechos reconocidos a las secciones sindicales que no ostenten suficiente representatividad

- El artículo 8 de la LOLS, establece las facultades de todas las Secciones Sindicales, que son: Recaudar cuotas, celebrar reuniones, distribuir información sindical y a recibir la información del sindicato, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. La vulneración de estos derechos por parte del empresario, constituiría una infracción laboral grave, tal y como establece el artículo 7.9 de la LISOS.

La STS 20/5/12 considera que no es obligatorio dar al sindicato una dirección de mail en la red de la empresa si no ostenta la condición de más representativo.

- Las Secciones Sindicales de los sindicatos que no tengan presencia en los Comités de Empresa o no tengan Delegados/as de Personal (llamados por parte de la doctrina «delegados internos»), podrán nombrar representantes o portavoces en ejercicio de su libertad sindical, y tienen reconocidas sólo las facultades y protecciones relativas al desarrollo de este derecho, tal como la libertad de expresión, publicación y distribución de propaganda e información de su sindicato. Esta línea la ha defendido el Tribunal Constitucional en la sentencia 84/1989 de 19 de mayo, la 173/1992 de 29 de octubre y la 292/1993 de 18 de octubre.

Los delegados/as que quedan fuera de la LOLS realizan las funciones de portavoces de la sección sindical y actúan como instancias organizativas internas en ejercicio de la libertad interna de autoorganización del sindicato (véase la sentencia del TC 84/1989).

2.3. Los delegados/as de sector

El delegado/a de sector no es una figura que esté expresamente regulada en la legislación laboral. Nada impide que sean cargos nombrados por los sindicatos según el procedimiento que se establezca en sus estatutos. Es importante señalar que en algunos Convenios Colectivos se recoge esta figura.

3. OTROS DERECHOS DEL SINDICATO Y DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES/AS

3.1. Derecho a la libre expresión

- a) El ejercicio de la libertad de expresión, amparado por el artículo 20 de la CE se concibe también, al igual que la asamblea, como un modo de información y de relación entre los representantes de los trabajadores/as y los propios trabajadores/as.

En relación con este derecho, debemos hacer referencia a que ampara, el derecho de acceso de los representantes de los trabajadores/as a los centros de trabajo, aplicando analógicamente el artículo 9 LOLS, que lo establece para los representantes sindicales. Así se establece en este sentido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de mayo de 1993.

En el artículo 68.d del ET se establece el derecho a expresar con libertad sus opiniones, colegiadamente, si se trata del Comité, en las materias concernientes a la esfera de su representación.

Pese a que el artículo establece «colegiadamente», no se puede entender que la expresión sólo sea posible por el órgano como tal y no por los miembros que lo integran.

- b) El derecho a la libertad de expresión no es ilimitado. El derecho fundamental al honor y a la intimidad establecido en el artículo 18 de la CE, así como la dignidad, la buena fe y la inexistencia de ánimo de dañar y perjudicar a la empresa actúan como límites de esta libertad de expresión

La STS sala civil 3615/16 de 20 de julio resuelve la colisión del derecho al honor con la libertad de expresión y sindical en contexto de conflicto laboral en una residencia pública de ancianos a resultas de la colocación de pasquines con nombre y fotografías de un directivo y con juicios de valor sobre su actuación en el sentido de entender que se vulneraba el derecho al honor de éste frente al derecho a la libertad de expresión sindical.

Los representantes de los trabajadores/as deben cuidar el modo en que emiten sus opiniones. Para ello se les exige un deber de veracidad en la emisión de sus informaciones. Ello no se debe confundir con una eficacia absoluta a la hora de verter estas opiniones si no que se debe ser lo más diligente y cuidadoso posible en el ejercicio de este derecho evitando cualquier tipo de lenguaje innecesariamente ofensivo, así como informaciones falsas.

Este derecho ampara a los representantes de los trabajadores/as, en relación al artículo 20 de la CE en concordancia con el artículo 68. d) ET, alcanzando tanto a la expresión de los representantes de los trabajadores/as con éstos dentro de la empresa, como hacia la empresa, además de en la esfera externa hacia el exterior. En consecuencia, hay que tener en cuenta la menor restricción en las limitaciones a la libertad de expresión; al poder suscitarse un mayor encono con la empresa, así como ejercer una función de defensa de los intereses colectivos de todos los trabajadores/as.

Pese a que alguna sentencia defendió en su día una mayor exigencia a los representantes de los trabajadores/as en sus expresiones, por poder prevalerse de su condición de representante de los trabajadores/as (en este sentido, la STS de 3 de diciembre de 1983), existe otra tendencia, que entendemos es más correcta y prevalece a día de hoy, en sentido contrario, al entender que no se puede exigir un distinto grado de cumplimiento en relación a los demás trabajadores/as respecto de los representantes, sin incurrir en una discriminación injustificada, «(...) *dado que las garan-*

tías de que gozan tienden a proteger su independencia y libertad en el ejercicio de sus funciones representativas y no derivan de una mayor exigencia de responsabilidad en el cumplimiento de los deberes derivados del contrato de trabajo(...)». (En este sentido, las SSTs de 21 de diciembre de 1984 y 14 de mayo de 1990); y en el mismo sentido, al considerar que la gravedad de las expresiones verbales y los posibles excesos, se atenúa y disminuye al realizarse en un contexto de malestar colectivo y actuando aún más como representantes de los trabajadores/as, no persiguiéndose un objetivo personal ni expresando opiniones a título personal, (así, las SSTs de 13 de julio de 1988 y 27 de marzo de 1990).

Aunque se trata de un tema sometido a cada caso concreto, debiendo analizarse el contexto, el uso social, la relevancia de las expresiones, su publicidad, etc..., podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1988 que distingue entre expresiones verbales incorrectas, con destinatarios indeterminados, que por ser manifestación de disgusto no constituye una ofensa justificativa del despido, al no existir ánimo de injuriar o de atacar el honor o la imagen de una persona.

- c) Derecho a la publicación. Se puede destacar como derecho independiente, o incluido dentro del derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de publicación y de distribución, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa. La comunicación a la empresa se refiere al hecho de la distribución de la misma, y en modo alguno a su contenido, y está ligada a la exigencia de no perturbación del normal desenvolvimiento del trabajo.
- d) Internet y correo electrónico. El derecho al uso de Internet y del correo electrónico no se encuentra en ninguna norma legal y se considera como una derivación del derecho a la información.

El Tribunal Supremo estima que dentro del ejercicio de este derecho no cabe la utilización del correo electrónico para distribuir información sindical desde el puesto de trabajo. Dicha restricción la extendió para la representación unitaria dentro de la empresa. En este sentido, el Tribunal Supremo dictaminó la no utilización de los medios de la empresa para estas funciones, por medio de su sentencia de fecha 26 de noviembre de 2001, que, sin embargo, fue anulada por el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 7 de noviembre de 2005 que estableció una interpretación más garantista (281/2005). Por ello, posteriormente se ha venido aplicando dicha doctrina constitucional, pudiendo citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 23 de marzo de 2006 que estimó que si la empresa tiene la instalación apropiada el Comité de Empresa tiene derecho a usar Internet.

Dicha STSJ de Castilla y León resumiendo y aplicando la doctrina constitucional ha establecido unos criterios que entendemos pueden ser de claridad:

El empresario, en suma, tiene la obligación de mantener al sindicato el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para el que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso. Debiendo entenderse además que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos.

Los límites para el uso de dichos medios de comunicación serán:

- La comunicación no podrá perturbar la marcha de la empresa.
- No podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo.
- No podrá ocasionar gravámenes adicionales al empleador incrementando costes.



Dichos criterios, han conllevado que no se otorguen los referidos derechos según las circunstancias particulares de cada empresa citando entre otras las STSJ Comunidad Valenciana 15.02.2007 y STSJ País Vasco 03.06.2008.

Sin embargo, las secciones sindicales si tienen recogido este derecho. El Tribunal Supremo considera en la sentencia de 27 de marzo de 2008 que lesiona el derecho a la libertad sindical el no permitir por parte de la empresa el no acceder al correo electrónico en igualdad de condiciones respecto a los demás sindicatos.

Sobre la utilización del correo electrónico a través del servidor de la empresa, pesa sobre el empresario el deber de mantener al sindicato en el uso pacífico de los instrumentos adecuados para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y las reglas de uso. (STC 7-11-2005).

La STC de 15-11-2004 estimó nulo el despido de un delegado/a sindical por publicar anuncios en prensa o enviar comunicados y anuncios de movilizaciones a clientes de empresa ya que estas acciones se integran dentro de la actividad sindical.

No obstante, debemos estar al caso concreto, a la ponderación concreta de expresiones, el análisis entre los derechos fundamentales protegidos, la significación extrajudicial de los términos, las obligaciones contractuales laborales y a si se ha dañado o no a la empresa, sin poder establecer aquí un prontuario sobre términos, intenciones o situaciones.

3.2. Crédito Horario

Así, el artículo 68.e) del ET, para el ejercicio de sus funciones representativas, reconoce a los miembros del Comité de Empresa y Delegados/as de Personal un número mínimo de horas mensuales retribuidas, en función del número de trabajadores/as del centro de trabajo.

El crédito horario se acciona mediante aviso previo al empresario. El Estatuto de los Trabajadores no establece la obligación de justificar, aunque hay empresas en que concurren circunstancias excepcionales y es recomendable consultar al abogado. El preaviso tiene la finalidad de que el empresario pueda sustituir al trabajador/a para asegurar el normal funcionamiento de la empresa y basta con que se avise con un tiempo razonable.

La escala establecida en el artículo 68 del ET es:

Cuadro nº 6

Trabajadores/as por centro de trabajo:	Horas retribuidas por cada Delegado/a de Personal o miembro del Comité de Empresa:
Hasta 100 trabajadores/as	15 horas mensuales
De 101 a 250 trabajadores/as	20 horas mensuales
De 251 a 500 trabajadores/as	30 horas mensuales
De 501 a 750 trabajadores/as	35 horas mensuales
De 751 trabajadores/as en adelante	40 horas mensuales

Se considera este crédito horario como una garantía para poder realizar las funciones de representación.

El crédito horario es un mínimo legal que puede ampliarse mediante la Negociación Colectiva. Además, si por acuerdo escrito (mediante acuerdo extraestatutario -en este sentido la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 2 de noviembre de 1988-) o por práctica pacíficamente aceptada a lo largo del tiempo en la empresa, se ha ampliado el crédito horario por encima del mínimo legal, la empresa no podrá reducirlo unilateralmente; así se recoge en las SSTCT de 27 de enero de 1978 y 10 enero de 1983. (Un ejemplo que recoge esta mejora es el III Convenio Colectivo Estatal de Residencias Privadas de Personas Mayores y de Servicio de Ayuda a Domicilio de 7 de julio de 2003.)

Como particularidad surge el problema del supuesto en el que no existe coincidencia entre el ejercicio de las funciones representativas y el tiempo de trabajo. El TS ha asumido con carácter general la doctrina que ya venía del TCT, que entiende, con base en la naturaleza de estos permisos retribuidos como ausencias, únicamente cuando coincida con la jornada de trabajo (STS de 18 de marzo de 1986), no considerando jornada laboral las funciones de representación realizadas fuera de esta.

No obstante, esta doctrina viene haciéndose más flexible, para permitir que el representante de los trabajadores/as no se encuentre doblando jornadas entre su propia jornada laboral y las funciones de representación²⁶.

También se ha admitido este supuesto, cuando se trate de empresas con diferentes turnos de trabajo y el comité de empresa esté constituido por trabajadores/as de un solo turno.

En esta línea de permitir que no sea necesaria la coincidencia entre la jornada de trabajo del representante con la del tiempo de trabajo en la empresa podemos citar las SSTS de 3 de julio de 1989 y 20 de mayo de 1992.

Se genera el crédito horario si las actividades se desarrollan fuera de la jornada del representante, pero en horario de trabajo de los representados (STSJ Andalucía de 13 de enero de 1998).

El número de horas debe ajustarse proporcionalmente a las modificaciones de la plantilla, aunque por Convenio Colectivo se puede ampliar el crédito horario sindical (STCT de 27 de abril de 1988).

El crédito horario se concede a los representantes a título individual.

También se permite el pacto en Convenio Colectivo (artículo 68.e del ET) sobre la acumulación de horas de unos representantes en otros, hasta llegar a la total relevación del trabajo (liberación²⁷) de alguno de los representantes de los trabajadores/as, manteniendo el cedente su labor y funciones representativas, sin rebasar el máximo legal.

La organización de las horas sindicales es libre.

²⁶ . Así, la STSJ La Rioja de 27 de julio de 2000 los permite para supuestos en que el representante tenga asignado un horario o turno nocturno (STCT de 10 de marzo de 1987, STS de 18 de marzo de 1986) que no coincida con las de realización de las funciones sindicales. Extendiendo fuera de la jornada del representante de los trabajadores/as, también se posicionan las STSJ de Galicia de 22 de abril de 1994 y 16 octubre de 1997, la SSTSJ País Vasco de 28 marzo de 1996, y La Rioja de 18 de marzo de 1997.

²⁷ La retribución del liberado ha de ser la que le correspondería a él en caso de haber trabajado, y en modo alguno la que correspondería al representante del que se han utilizado las horas para su acumulación en quien se ha liberado STSJ Extremadura 18.11.1994, STSJ Castilla — León 10.01.1995.

Se permite el trasvase de horas entre representantes, en caso de ausencias por permisos, vacaciones u otras causas, incluida la situación de incapacidad temporal, siempre que no rebase la acumulación el máximo total permitido (STCT de 15 de marzo de 1989).

En caso de sustitución de un representante por otro, el nuevo tiene derecho a disponer de un crédito de horas completo, con independencia de las que hubiera utilizado igualmente el anterior.

La retribución debe ser equivalente a lo que se percibiría si estuviera trabajando, siendo un concepto que comprende más allá del salario, incluyendo todos los conceptos retributivos que se cobrarían de haber realizado la contraprestación laboral²⁸.

Es lo que se denomina como «principio de omniequivalencia retributiva». Así, se ha admitido que corresponde la percepción del complemento de puesto de trabajo, plus de turnicidad, complemento de puntualidad, las comisiones, primas o incentivos calculado como promedio, plus de turnicidad, complementos personales, plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad. (Véase la Sentencia de 24 de septiembre de 2007).

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 2005 defiende que la retribución del representante debe equipararse a la remuneración ordinaria, no sufriendo menoscabo alguno por el desarrollo de su actividad sindical. La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 2005 estima que la actividad sindical se ha de desarrollar: «sin pérdida de salario».

En cuanto a las percepciones extrasalariales, también se comprende el plus de transporte si el representante se desplaza al centro de trabajo y el plus de compensación por distancia.

Lo único que no se percibe son las horas extraordinarias, dado que sólo se remuneran las efectivamente realizadas y en general aquellas prestaciones que requieren una prestación efectiva para su retribución, como señala la sentencia del TSJ de Cantabria de 27 de enero de 1993, aunque hay convenios donde se recoge el pago de las horas extraordinarias.

El crédito de horas es mensual, no estando prevista su acumulación para meses posteriores en caso de no agotarse las horas en un mes, aunque esto no significa renunciar a las horas para los meses siguientes.

Existen sentencias que mantienen que una reducción importante en la jornada mensual, supone que el crédito horario deba reducirse proporcionalmente (en este sentido las SSTCT de 25 de octubre de 1982, y 20 de febrero de 1987), defendiéndose desde esta Guía otra interpretación, la del mantenimiento del crédito horario sin minoración alguna (en defensa de esta interpretación podemos invocar la STC 27.09.1985 y la STSJ Andalucía 15.02.2007), dado que la escala mensual del crédito horario está establecida en función del número de trabajadores/as del centro de trabajo, sin atender a la duración de la jornada, y realizado al objeto de cumplir con las funciones representativas. En esta línea, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias estimó que el número de horas sindicales es independiente del número de horas de trabajo mensual del representante, ya sea un trabajador/a a contrato parcial, ya tenga jornada reducida en un mes concreto por cualquier circunstancia, etc. En cualquier caso, conviene remarcar que esta jurisprudencia no está asentada. Entendemos, no obstante, que si el número de horas sindicales se

²⁸ Se tiene derecho también a los emolumentos a que tuviese derecho el trabajador en activo, con independencia de que previamente no le hubiera correspondido, así STSJ Galicia 06.11.1992

fija en función del número de los trabajadores y con independencia del número de horas de trabajo mensual, y de la duración de la jornada, las horas tampoco deberían estar en función de los meses trabajados, excluyendo el de vacaciones como ha mantenido el TS en sentencia 23/3/2015 respecto al crédito horario, salvo que se cierre totalmente el centro de trabajo durante el mes de vacaciones.

No cabe reducir el número del crédito de horas retribuidas al representante de los trabajadores/as en función de su propia jornada, dado que la fundamentación es como se exponía anteriormente la defensa y representación de los intereses colectivos (STCT 27.01.1988). El empresario tampoco puede sustituir un día asignado al representante para realizar sus labores sindicales por otro que estaba asignado como día libre (Sentencia del Tribunal Superior de Asturias de 24 de enero de 2003 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de junio de 2001).

Es conveniente referirnos de nuevo al denominado como principio de omniequivalencia retributiva, citando la importante sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2008 (En el mismo sentido STSC Canarias 10.12.2008 y STSJ Madrid 16.09.2009). La sentencia del TS anulaba el fallo del TSJ de Santa Cruz de Tenerife, que negaba el derecho de los representantes de los trabajadores/as a percibir la cantidad que venían recibiendo, en concepto de productividad, los trabajadores/as de la misma categoría. Esta cantidad no se abonaba cuando los representantes de los trabajadores/as ejercían el crédito horario. Pues bien, el Tribunal Supremo declara el derecho de los representantes de los trabajadores/as a percibir el citado complemento en virtud de las siguientes razones:

- Establece que la no percepción del complemento va en contra del principio de indemnidad retributiva, ya que estos trabajadores/as tienen derecho a percibir este concepto retributivo cuando hacen uso del crédito horario lo mismo que si realmente hubieran asistido en esa ocasión al trabajo. De lo contrario, resultarían penalizados por el ejercicio de su cargo representativo. Únicamente no percibirían este plus cuando se encontrarán de baja por enfermedad.
- Señala que dentro del derecho a la libertad sindical está el derecho del trabajador/a a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica por razón de su actividad o afiliación sindical.

Existe, en relación con el uso del crédito horario retribuido por los representantes de los trabajadores/as, una presunción «*juris tantum*» (mientras no se pruebe lo contrario) de buen uso en el empleo y agotamiento del crédito horario; así las SSTS de 21 de enero y 14 de junio de 1991.

Esto supone que el mal uso del crédito de horas deberá probarse por quien lo alega, debiendo además ser interpretado de modo restrictivo el control por parte de la empresa sobre el representante de los trabajadores/as, negándose la validez de las pruebas obtenidas por la empresa con desconocimiento del derecho reconocido de no ser sometido a vigilancia singular, pues supondría una traba o limitación a su derecho de libre actividad o libre ejercicio del cargo, siendo esto contrario al artículo 2.2.d de la LOLS (SSTS de 29 de octubre y 5 de diciembre de 1989, y 10 de febrero y 28 de junio de 1990 o la STSJ Castilla— La Mancha de 09.07.2009), dado que el modo habitual de control por la empresa es acudir a agencias de detectives privados para que realicen seguimientos e informes.

El representante de los trabajadores/as no puede ser controlado por la empresa en el contenido de sus actividades, pues ello afectaría a su indispensable independencia y libertad en el ejercicio de las mismas (SSTS de 15 de noviembre de 1986, 20 de abril de 1988 y 27 de junio de 1989).

La presunción del uso correcto de las horas no es destruida por la prueba de permanencia durante el tiempo del crédito horario en establecimientos públicos o en su domicilio par-

titular, y sí mediante la prueba de que el trabajador/a empleó tales horas en su propio interés, debiendo, en consecuencia, basarse la prueba que destruya la presunción en la realización de actividades manifiestamente incompatibles con el desarrollo de las funciones sindicales. Interpretación en consonancia con lo establecido en el párrafo 11 de la Recomendación 143 de la OIT: «(...) a fin de que los representantes de los trabajadores puedan desempeñar eficazmente sus funciones, deberían *disfrutar del tiempo libre necesario para asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales (...)*».

Si se permite el establecimiento de un sistema de control horario que recoja las ausencias sindicales sin que sea una vulneración de la libertad sindical según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 2005.

Se suele requerir además para que el comportamiento se considere abusivo, que los hechos sean habituales, hechos reiterativos constitutivos de una sola conducta transgresora (SSTS de 5 de junio de 1990 y de 14 de noviembre de 1992 o STSJ Extremadura 15.10.2009).

El crédito horario que se ha comentado es distinto del necesario para la Negociación Colectiva. Así lo establece el artículo 9.2 de la LOLS para los representantes sindicales, y aunque nada dice el ET para los representantes sindicales de los trabajadores/as, así lo ha considerado la jurisprudencia, al decir que aunque el crédito horario del artículo 68.e del ET pueda ser aplicable a funciones de representación, se refiere a las que surgen a lo largo del año, y no a las concretas y específicas para participar de una Comisión Negociadora de un Convenio Colectivo. En este sentido, las STCT 15 de julio de 1986, STS de 2 de octubre de 1989, y STSJ Cantabria de 27 de abril de 1993.

Tampoco se computan en dicho crédito las horas empleadas en reuniones a las cuales nos convoca la propia empresa.

Hay que destacar²⁹, que los representantes de los trabajadores/as deben ser sustituidos en la prestación efectiva de sus servicios, pues en caso contrario dicho trabajo sería realizado por el resto de trabajadores/as, sobrecargándolos, y pudiendo provocar un rechazo al ejercicio de las funciones representativas. Por este motivo, la sistemática actitud del empresario de no sustituir a los representantes de los trabajadores/as podría configurar un atentado al derecho de libertad sindical; así la STSJ Canarias de 19 de febrero de 1993. Esto, no obstante, es más un objetivo al que tender que una realidad.

Supone una infracción laboral grave la trasgresión de este derecho y es sancionable por la autoridad laboral con una multa de 626 a 6.250 euros.

Debemos recordar en las presentes líneas la constante exigencia que tenemos los compañeros y compañeras de CGT en la utilización de las horas sindicales para la defensa de los intereses de trabajadores y trabajadoras como una cuestión de primer orden, remitiéndonos a los Acuerdos de CGT sobre ética en la utilización de las horas sindicales.

²⁹ Idea tomada de Albiol Montesinos, I., Derecho Sindical.

3.3. Tablón

El artículo 81 del ET establece para las empresas o centros de trabajo, que éstas pondrán a disposición de los Delegados/as de Personal o del Comité de empresa uno o varios tableros de anuncios.

El tablón es un derecho de los representantes, debiendo fijarse la existencia de uno o varios, no siendo aplicable lo establecido en el propio artículo 81 del ET, en relación con las posibilidades de la empresa, al decir «(...) *siempre que sus características lo permitan (...)*», y que está referido al local, regulado en el mismo artículo.

Para las Secciones Sindicales persiste el único requisito de que la empresa o centro de trabajo cuente con al menos 250 trabajadores/as, tal y como establece el artículo 8.2 de la LOLS.

Las posibles discrepancias que deben ser resueltas por la autoridad laboral previo informe de la Inspección de Trabajo, se refieren al uso de los locales, también regulados en el artículo 81 ET.

La publicación de opiniones en el tablón no va a perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, no requiriendo en ningún caso la comunicación a la empresa, ni pudiendo ejercer ésta ningún tipo de censura previa o posterior, debiendo ser los juzgados los que aprecien si se ha excedido con su uso produciéndose una intromisión en cualquier otro derecho. Debe defenderse, en consecuencia, que no puede retirar o impedir la colocación de ningún comunicado. La jurisprudencia mayoritaria entiende que se podrá informar sobre cualquier cuestión que sea del interés de los trabajadores/as.

Hay que poner en relación el ejercicio del tablón con el derecho a la libertad de expresión antes expuesto en esta Guía, derecho que es el que se ejerce al colocar comunicados en el mismo.

La STC 308/2000, sorprendentemente, niega la vulneración de la libertad sindical por la circunstancia de que el empresario inserte un comunicado en el tablón, con independencia de su reproche vía administrativa o en el procedimiento que corresponda. En cuanto a la utilización de los tableros como medio para difundir nuestras informaciones, la CGT recomienda un lenguaje ajustado a las luchas, objetivos y al diálogo abierto con el conjunto de los trabajadores/as.

Cuando un sindicato únicamente posee la representación en uno solo de los múltiples centros de trabajo de la empresa, sin que ningún centro de trabajo tenga más de 250 trabajadores, tiene derecho a la constitución de su sección sindical en el ámbito de implantación electoral y al tablón de anuncios, pero no puede proceder al nombramiento de delegado sindical ni tiene derecho al uso de un local (TS 2/3/2016).

3.4. Local

Tanto el artículo 81 del ET como el Convenio 135 de la Organización Internacional del Trabajo de 1971, establecen el derecho a un «local adecuado» en las empresas o centros de trabajo, siempre que sus características lo permitan, para ponerlo a disposición de los Delegados/as de Personal o del Comité de empresa, espacio en el que se puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores/as.

Este derecho se extiende a la representación legal de los trabajadores/as de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa.

Por su parte, según el artículo 8.2 de la LOLS, las secciones sindicales que cuenten con representación en el Comité de Empresa o en las Juntas de Personal de la Administración Pública, o cuenten con delegados/as de personal, tendrán derecho a un local adecuado en aquellos centros de trabajo o empresa que cuenten con más de 250 trabajadores/as, sin perjuicio de lo que establezca el Convenio Colectivo.

Cuando se impide el uso del local de manera injustificada, se produce una vulneración de la libertad sindical, STS 15/2/2012

La regulación no establece qué debemos entender por «local adecuado», pero éste debe tener un espacio suficiente, las condiciones básicas de habitabilidad y contar con un mínimo de medios y enseres para que pueda cumplir con la finalidad prevista (STCT de 15 de marzo de 1984).

Debe comprender los medios necesarios para tal función, y desde CGT debemos de tratar de que se dote de verdaderos medios si bien, en general, tanto órganos judiciales como la Inspección de Trabajo son ciertamente flexibles en relación con estas necesidades. Entre los elementos que consideramos necesarios se encuentran: mobiliario, archivador, fichero, ordenador, fotocopiadora, fax, conexión a internet o similares que pudiera tener la empresa, y corriendo ésta con los gastos que generase.

Este local es para uso exclusivo del Comité de Empresa o de los Delegados/as de Personal, ya que no se expresa en el artículo que lo regula que se trate de una mera puesta a disposición para un momento concreto, o para una actividad determinada, sino para ejercer las labores de representación, defensa y comunicación con los trabajadores/as, con carácter indefinido y continuado en el seno de la empresa, como por ejemplo la obligación estatutaria de reunirse del Comité de Empresa cada dos meses; y en este sentido señalar la STS de 6 de abril de 1988.

Hay que incidir en la distinción entre el local de la representación sindical y del local de la representación unitaria de los trabajadores/as.

Se entendía que el local debía ser exclusivo para el Comité de Empresa por razones lógicas de seguridad e independencia, lo que excluiría ser compartido con la Sección Sindical (STS de 6 de abril de 1986); pero esta postura jurisprudencial ha sido modificada, entendiéndose que la relación entre los artículos 81 del ET y 8.2 de la LOLS no excluyen la utilización compartida por una y otra representación, pudiendo desarrollarse eficazmente la labor de una y otra en el mismo local (STS de 24 de septiembre de 1996 y STSJ Extremadura de 13 de mayo de 1997).

No obstante, esta utilización compartida entendemos que debe producirse si el local en cuestión es adecuado al uso compartido; y así lo establece la STSJ Madrid 16 de marzo de 1992, que establece la imposibilidad de compartir el local por el Comité de Empresa y las distintas Secciones Sindicales, al provocar este uso compartido un grave impedimento a la actividad sindical y carecer de una plena disponibilidad del local. La STSJ Castilla y León de 18 de diciembre de 1992, permite dicho uso compartido, pero lo limita a que no se acredite la existencia de grave dificultad o imposibilidad material.

El derecho a local³⁰ no está configurado a nivel de empresa, sino al centro de trabajo, que es la unidad productiva que condiciona la necesidad de existencia de representación.

No es un derecho absoluto, sino condicionado a las características del centro de trabajo. Hay que partir de la existencia de local, quedando como supuesto muy excepcional el hecho de que las características no lo permitan.

³⁰ Idea tomada de Albiol Montesinos, I., Derecho Sindical.

Respecto al uso del local, debe tenerse en cuenta que va a estar en relación con el marco temporal en que se desarrolle la actividad productiva, aunque si se tiene acceso separado al mismo, su uso será indistinto e independiente a la actividad de la empresa.

Se ha permitido la localización del local fuera del centro de trabajo, posicionándose en este sentido la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 21 de julio de 1988.

Las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo, tal y como establece el artículo 81 del ET, en su segundo párrafo.

3.5. Derecho de vigilancia y control de normas de Seguridad Social, laborales y de seguridad e higiene

En el artículo 64.7.a, 1 y 2 del ET se establece, como labor de los representantes unitarios, la vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes en materias laborales, seguridad social y empleo, así como el resto de pactos, condiciones y usos de empresa en vigor; pudiendo formular las acciones legales oportunas ante el empresario, y los organismos y órganos jurisdiccionales competentes.

En su apartado 2 se establece la labor de vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa.

La STS 24-2-2016, (Rc 79/15), se pronuncia sobre el derecho a la información de los delegados de prevención, en interpretación de los art 18, 23 y 36 LPRL. La remisión al art. 23, que regula la documentación que el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral, supone que el derecho de información de los delegados de prevención tiene la misma extensión que la potestad informativa de la propia autoridad laboral en este ámbito

Se reconoce así mismo en el mismo artículo, la capacidad y legitimación procesal de los representantes de los trabajadores/as en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, siendo en definitiva asuntos de su competencia los conflictos planteados con carácter colectivo, aunque también podrán intervenir en incumplimientos del empresario sobre trabajadores/as individuales³¹ o sobre grupos de éstos.

Están legitimados los órganos de representación unitaria para la participación en conflictos colectivos, siempre que exista correspondencia entre el ámbito de actuación de la representación y el del conflicto (SSTS de 11 de abril y 19 de diciembre de 1994). Hay que recordar que el Comité actúa por mayorías y los Delegados/as de Personal mancomunadamente, tanto para la interposición de acciones judiciales como para su legitimación pasiva. Las secciones sindicales cuyo ámbito de implantación coincida con el del conflicto también podrán promover conflictos colectivos, así como los delegados/as sindicales.

Entre las cuestiones objeto de la vigilancia y control, se encuentran la movilidad funcional (artículo 39 del ET), debiendo analizar la existencia de las necesidades imprescindibles y la idoneidad de la medida para la actividad productiva, el mantenimiento de las retribuciones y demás derechos del trabajador/a; también la audiencia en los expedientes disciplinarios, considerado éste como deber y derecho de información, comunicación que debe hacerse después de su imposición, pero inmediatamente después, y antes de que caduque la acción para reclamar, siendo la omisión de esta obligación una falta grave, tal y como establece el artículo 6.7 de la LISOS.

La vigilancia de las condiciones de seguridad y salud, que si bien corresponde a los Comités de Seguridad y Salud en el Trabajo, es asumida por la representación unitaria en el caso de

³¹ No obstante, sobre este concreto aspecto hay sentencias que mantienen la exclusión de las cuestiones que afecten a derechos individuales, STSJ Madrid 24.05.1990, STSJ Andalucía 26.04.1994.

que no existieran dichos Comités. La negociación, control y acuerdo en supuestos de traslados colectivos, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo y Expedientes de Regulación de Empleo son otras de las materias a vigilar. (Ver capítulos de la Guía sobre estas cuestiones)

3.6. Derecho a la gestión de obras sociales

En el artículo 64.7.b del ET se establece la posibilidad de participar, como se determine por Convenio Colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores/as o de sus familiares.

La redacción de este precepto es compleja, al dejar conceptos sin una configuración legal, tales como «gestión» u «obras sociales», adicionando además a los familiares que no se sabe sin serán objetos de dichas obras sociales, o si además se ven representados por los representantes de los trabajadores/as familiares.

Dentro de estas obras sociales podemos entender incluidas fundaciones, asociaciones con fines culturales, deportivos, de realización de planes vacacionales, de sistemas de economatos, etc.

Se deberá analizar en cada caso concreto de qué obra social estamos tratando, y atender a lo que en el supuesto específico regule la norma colectiva, tal y como establece el propio artículo 64.7.b del ET.

3.7. Elecciones Sindicales³²

Los procesos electorales a órganos de representación de los trabajadores/as están regulados en el ET, así como en el RD 1844/1994, que aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores/as en la empresa.

Pueden promover las elecciones sindicales, las organizaciones sindicales más representativas, el conjunto de los trabajadores/as de la circunscripción electoral y los sindicatos con una implantación del 10% en la empresa, pero no los órganos de representación unitaria.

Las elecciones sindicales son el proceso mediante el cual se elige a los órganos de representación unitaria de los trabajadores/as.

3.8. Derecho de Huelga

Uno de los ámbitos más importantes de incidencia del sindicato en la empresa, es la Huelga, derecho reconocido a los trabajadores/as para la defensa de sus intereses.

Es un derecho fundamental reconocido por la Constitución española en su artículo 28.2, y para su regulación continúan vigentes determinados preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, por el que se reforma la normativa de Relaciones de Trabajo.

La Huelga consiste en cesar en la realización del trabajo, con carácter temporal, colectivo y concertado, pudiendo afectar a una empresa, varias, un sector o a nivel general en el caso de una Huelga General.

La concreta explicación de la Huelga como conflicto laboral se regula en el apartado correspondiente de esta Guía (Capítulo 8). En lo que ahora se refiere, vamos a analizar la participación de los representantes de los trabajadores/as y los Delegados/as Sindicales en la misma.

³² Para una información más detallada y completa sobre elecciones sindicales ver las guías que sobre esta materia edita CGT

La Huelga es un derecho de los trabajadores/as, aunque su ejercicio es de carácter colectivo, y como tal acción colectiva corresponde tanto a los trabajadores/as como a sus representantes y a las organizaciones sindicales (STC, 08 de abril de 1981).

La Huelga la pueden convocar los representantes unitarios en la empresa o centro de trabajo (Delegados/as y miembros de Comités de Empresa), tanto para el centro de trabajo como para la empresa o en un nivel inferior, así como las secciones sindicales de la CGT, con implantación en el ámbito laboral de la Huelga y la propia CGT para huelgas de sector, de rama, de industria o generales.

El acuerdo de Huelga debe ser tomado en reunión conjunta de dichos representantes, por decisión mayoritaria de los mismos, levantándose acta, que deben firmar los asistentes.

Este derecho se desarrolla posteriormente en el Capítulo destinado a conflictos colectivos, así como se acompaña modelo de convocatoria de huelga

3.9. Derecho de Reunión y Manifestación

En este primer apartado exponemos el derecho de reunión y manifestación en lo que puede afectar a la labor sindical el hecho de realizar concentraciones o manifestaciones en la vía pública en determinados conflictos laborales.

El ejercicio del concreto derecho de reunión, podemos concretarlo en la concentración y la manifestación.

El derecho de reunión está regulado en el artículo 21 de la Constitución Española, y en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio.

Se entiende como concentración por la legislación al efecto, la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas, con finalidad determinada. Es un derecho fundamental, que no requiere autorización previa sino mera comunicación por escrito a la autoridad gubernativa (Delegación de Gobierno o Subdelegación de Gobierno).

Esta comunicación, tanto de la reunión como de la manifestación, se debe realizar con un plazo de antelación de diez días naturales como mínimo, y treinta como máximo, salvo cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia, caso en el que podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas (artículo 8 de la LO 9/1983).

En el escrito de comunicación se hará constar nombre, apellidos, domicilio y documento oficial de identificación del organizador u organizadores o de su representante en el caso de personas jurídicas, consignando también su denominación, naturaleza y domicilio de éstas. También deberá hacerse constar lugar, fecha, hora y duración prevista de la misma, el objeto de la misma, el itinerario proyectado³³ y las medidas de seguridad previstas.

La autoridad gubernativa puede prohibir la manifestación o reunión cuando considere que existen razones fundadas de que pueda alterarse el orden público, con peligro para personas o bienes. En este caso hay que recurrir dicha prohibición ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para impugnar o declarar la inexistencia de razones fundadas, para lo que se debe contactar con el abogado/a de la CGT.

También, la autoridad competente, puede proponer con razones fundadas que lo justifiquen, la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación (artículo 10

³³ Se recomienda incluir tres itinerarios, el propuesto y dos alternativos, al objeto de la posible negativa del itinerario previsto, en mayor medida en las ciudades grandes, dadas las restrictivas interpretaciones jurisprudenciales que han limitado los recorridos en las principales vías (en este sentido STSJ Madrid, de fecha 08.02.2002) o incluso respecto de concentraciones reiterativas por considerarlas abuso de derecho (doce convocatorias en el plazo de dos meses, STSJ Madrid de fecha 27.09.2002).

de la LO 9/1983) que deberá ser motivada y notificada antes de las 72 horas desde su comunicación. Cuando no aceptemos dichas modificaciones propuestas también se podrá interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de cuarenta y ocho horas, con lo que debe ser inmediata la comunicación con el abogado/a de la CGT.

VER ANEXO IV. (MODELO DE CONVOCATORIA DE MANIFESTACIÓN)

3.10. Asambleas

El derecho fundamental de reunión también tiene sus repercusiones en el ámbito laboral. Así, se pueden realizar reuniones en la empresa o centro de trabajo, estando regulado en los artículos 4.1.f) y 77 y siguientes del ET y en el artículo 8.1.b de la LOLS.

Se puede ejercer tanto para asambleas del conjunto de los trabajadores/as, como para asambleas de los miembros de Secciones Sindicales.

La asamblea puede ser convocada por los Delegados/as de Personal, el Comité de Empresa o centro de trabajo, o por un número de trabajadores/as no inferior al 33% de la plantilla (artículo 77 del ET).

Igualmente, tienen derecho los sindicatos en el curso del procedimiento electoral para elegir representantes de los trabajadores/as a convocar asamblea.

La convocatoria se debe comunicar con un plazo mínimo de cuarenta y ocho horas de antelación al empresario, debiendo éste acusar recibo de la convocatoria (artículo 79 del ET). En ésta se debe hacer figurar el orden del día, así como los nombres de las personas no pertenecientes a la empresa que vayan a asistir a la asamblea.

El lugar de celebración de la asamblea será el centro de trabajo, si las condiciones del mismo lo permiten. El empresario debe facilitar el centro de trabajo para la celebración de la asamblea, tal y como ordena el artículo 78.2 del ET, salvo en supuestos de:

- No cumplir las disposiciones del estatuto de los trabajadores/as.
- Hubiesen transcurrido menos de dos meses desde la última asamblea celebrada (no afecta a las asambleas informativas sobre Convenios Colectivos que les sean de aplicación)³⁴.
- Cierre legal de la empresa.
- Si aún no se hubiese resarcido o afianzado el resarcimiento por los daños producidos en alteraciones ocurridas en alguna reunión anterior.

La asamblea se celebrará fuera de las horas de trabajo salvo, acuerdo con el empresario o regulación específica en el Convenio Colectivo.

La presidencia recaerá en el Comité de Empresa o Delegados/as de Personal mancomunadamente, en todo caso.

VER ANEXO V. (MODELO DE CONVOCATORIA DE ASAMBLEA POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES/AS)

VER ANEXO VI. (MODELO DE ACTA DE REUNIÓN DE LOS TRABAJADORES/AS PARA CONVOCAR ASAMBLEA)

³⁴ Tampoco se debe entender aplicable esta limitación de periodicidad respecto de las asambleas con motivo de huelgas, dada la imposibilidad de convocar una nueva asamblea hasta transcurridos dos meses, más aún cuando dicha asamblea puede convocar dicha huelga, en este sentido, Albiol Montesinos I., Derecho Sindical, pág. 289.

3.11. Derechos de Información³⁵

Se reconocen para los órganos de representación de los trabajadores/as diferentes derechos de información, que tradicionalmente han sido divididos en *dos grandes grupos*: *los derechos de información* «pasivos» en los que los titulares del derecho de información reciben la información; y *los derechos informativos* «activos», en los cuales además de la recepción de la información, se elaboran por parte de los distintos órganos de representación informes sobre la concreta información recibida y sobre la materia en cuestión.

En el artículo 64.1.1 del ET se establece el derecho del Comité de Empresa, como competencia de éste, a recibir información³⁶, al menos trimestralmente, sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa, así como acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, de la realización de horas complementarias por los trabajadores/as contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.

Destacar de nuevo, según establece el artículo 64.4 del ET en su último párrafo, el derecho a recibir la copia básica de los contratos³⁷ que deban celebrarse por escrito (excepto los altos cargos, que sólo se notificarán), así como las prórrogas de los contratos referidos y las denuncias de los mismos.

Deben celebrarse en todo caso por escrito los siguientes contratos:

- los contratos de prácticas
- los contratos para la formación y el aprendizaje
- los contratos a tiempo parcial
- los fijos-discontinuos
- los de relevo
- los contratos para la realización de una obra o servicio determinado
- los de los trabajadores que trabajen a distancia
- los contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero
- los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas

³⁵ Destacar la existencia de la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores/as en la Comunidad Europea, si bien hay que decir que en lo que a la situación española se refiere, no supone avance de los derechos de información y consulta de los representantes legales de los trabajadores/as. A modo de ejemplo, indicar que mientras nuestra legislación prevé la existencia de representantes legales en empresas con plantillas de 6 trabajadores/as mientras la Directiva lo establece para centros a partir de 20 trabajadores/as

³⁶ Los derechos de información también corresponden a los delegados/as sindicales, tal y como se establece en el artículo 10 de la LOLS.

³⁷ En relación con las condiciones aplicables al contrato, y con fundamento en la Directiva 91/533/CEE, se impone al empresario la obligación de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato y que según el artículo 8.5 ET, se dará por escrito. Los datos que se consideran esenciales son la identidad de las partes, el lugar de trabajo, la sede de la empresa o domicilio social, la categoría o grupo profesional, la fecha de comienzo, la duración prevista si es contrato temporal, la duración y modalidad de las vacaciones, los plazos de preaviso para el caso de una posible extinción de la relación laboral, la retribución base y conceptos que la conforman, la jornada, el convenio de aplicación o la normativa reguladora.

En el artículo 64.4.a del ET, se establece el derecho de los representantes a conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, de los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que éstos. Dentro de esta información se debe entender incluida la propuesta de aplicación de resultados, así como el informe sobre la gestión.

La entrega de información debe complementarse, en caso de ser preciso, con las reuniones necesarias que permitan conocer la documentación que se facilita y obtener todo tipo de explicaciones adicionales (STCT de 5 de junio de 1986).

Deben ser informados también, al menos trimestralmente, de las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilizan, tal y como establecen los 64.2.d y 19.4 del ET.

No se vulnera el derecho a la intimidad, con el derecho de los representantes a obtener información sobre las cotizaciones individuales o por categoría de los trabajadores/as, y los resguardos de los mismos (documentos conocidos como «TCs», aunque debemos tener en cuenta que han sido modificados los mismos con submodelos), tal y como lo establecen las SSTSJ de Navarra de 22 de febrero de 1995, de 23 de octubre de 1996 y la STSJ de Madrid de 8 de febrero de 1996 las SSAN 19.10.2009 y 02.11.2010.

Se tiene derecho a ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves (artículo 64.4.c del ET).

Se debe informar también por parte de la empresa usuaria de las empresas de trabajo temporal, sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de su utilización, dentro de los 10 días siguientes a la celebración.

Son derechos, establecidos en el artículo 64.5 del ET y funciones de información de carácter consultivo o «activo», en los que corresponde elaborar y emitir informe preceptivamente en el plazo de quince días, por parte del Comité o Delegados/as de Personal, y con carácter previo a la adopción de las siguientes medidas:

- Reestructuración de plantillas, ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla.
- Reducción de jornada.
- Traslado total o parcial de las instalaciones.
- Planes de formación profesional de la empresa.
- Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo.
- Estudio de tiempos, establecimiento de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo.
- Emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo.

El artículo 64.3, del ET establece que el Comité de Empresa tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo.

Las empresas deben informar también a la representación de los trabajadores/as, de la presentación del cese voluntario de colaborar en la gestión de la Seguridad Social, según las Órdenes Ministeriales de 25 de noviembre de 1966 y de 18 de enero 1995, pudiendo emitir el órgano de representación informe al respecto, que deberá acompañarse cuando se presente la petición de renuncia voluntaria.

La información que se entregue por la empresa no puede quedar en una documentación que cumpla un mero formalismo, sin responder a las necesidades reales e impidiendo su utilidad para el desempeño de sus competencias.

Hay que señalar que los miembros del Comité de Empresa, y éste en su conjunto, observarán deber de sigilo profesional³⁸ (artículo 65.2 del ET), aun después de dejar de pertenecer al Comité de Empresa, por la información que conozcan por sus funciones representativas.

No obstante, pese a que el artículo 65 del ET establece que se debe guardar sigilo en todas aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado, no puede entenderse que con la mera declaración por la empresa de tal carácter, y de modo unilateral, pueda anular la libertad de expresión de los representantes de los trabajadores/as, así como el derecho de información de los órganos representativos, siendo necesario que lo reservado de la información lo sea desde un plano objetivo (no vale utilizar criterios abusivos de secreto, extensivos a materias que no tienen relevancia alguna), tal y como sostiene la STS de 13 de diciembre de 1989.

En todo caso, ningún documento entregado por la empresa al Comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla, ni podrá usarse para distintos fines de los que motivaron su entrega (artículo 65.3 del ET). Del mismo modo se establece el deber de sigilo profesional para los Delegados/as de Personal que se establecen para los miembros de los Comités de Empresa (artículo 62.2 del ET).

No obstante, en lo anteriormente expuesto debe tenerse en cuenta que la vulneración del deber de sigilo puede generar un despido disciplinario.

Este deber de sigilo debe ser modulado, o así defendemos que debe entenderse, en relación con el artículo 64.7.e del ET, que regula la información a sus representados en todos los temas o cuestiones que tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.

3.12. Derecho de Participación

Este derecho está regulado en el artículo 4.1.g del ET, y tiene que ver con la posibilidad de «cogestión y control obrero de la producción», pero que en la práctica ha de estar pactada, dado que la actual regulación, contenida básicamente en el artículo 64 del ET, tan sólo recoge derechos de información (en ambas direcciones como hemos visto) en sus apartados 1 a 6, de control en el apartado 7.a, y de participación y colaboración en los apartados 7.a, 7.b y 7.c³⁹.

³⁸ Se ha establecido por algunas sentencias una especie de relación proporcional entre el deber de sigilo y el deber de información, debiendo ampliarse y realizar una interpretación no restrictiva del derecho de información al estar salvaguardada dicha información por el deber de sigilo, STSJ País Vasco 15.04.1992.

³⁹ En este sentido se manifiesta la STSJ Cataluña de fecha 06.03.01 en relación con la asistencia a reuniones de trabajo de miembros del Comité de Empresa considerando probado el carácter de trabajo de dichas reuniones.

II NEGOCIACIÓN COLECTIVA

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Constitución española de 1978, artículos 28 y 37.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en especial su Título III, artículos 82 a 92.

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, artículos 161 a 164.

Ley de Igualdad 3/2007.

Ley 43/2006, de 29 diciembre, de mejora de crecimiento y del empleo, artículo 12.

Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. (Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980. BOE de 26/06/1980)

INTRODUCCIÓN

La Negociación Colectiva, es un instrumento de reparto de poder. Dicho de otra forma, el sindicato debe asumir una posición de contrapoder respecto al empresariado, bien privado, bien público.

Una mirada rápida de la Negociación Colectiva, ahora que se ha reformado, debe comprender desde el año 80 (Estatuto de los Trabajadores) hasta los tiempos de la flexibilidad y la competitividad, siglo XXI, y al menos, tenemos que ver de forma crítica si el «poder obrero» ha aumentado o, por el contrario, sus reivindicaciones, medidas en términos de intereses: rentas salariales, tiempo de trabajo, mayor o menores cuotas de igualdad, destierro de discriminaciones, cualificaciones, salud..., han ido decreciendo y disminuyendo.

También debemos contemplar si esas reivindicaciones obreras han sido capaces de ordenar el entramado contractual, desde los derechos, es decir, desde los valores democráticos y obreros, como la democracia directa (asambleas), poder de decisión de las personas asalariadas y la autonomía obrera.

La posición objetiva del «sujeto sindicato» en nuestro sistema de relaciones laborales, y más específicamente en el papel que la carta Magna otorga a la Negociación Colectiva¹ y, en consecuencia, a sus representantes —sindicatos—, considera un derecho fundamental la misma, al igual que la libertad sindical, luego es un papel **esencial y fundamental**.

Asistimos al cuestionamiento del papel de la negociación colectiva y de la legitimación de los sujetos intervinientes, cuestionamiento que obedece a distintos factores. Unos, endógenos: per-

¹ Constitución Española 1978, artículo 37.1 «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y las empresas, así como la fuerza vinculante de los convenios»

versión de los objetivos y fines en base a componendas y esquemas de colaboración, y otros, exógenos: la concertación social y las políticas de consenso que hacen desaparecer en la práctica el conflicto, comportándose los sindicatos como agentes sociales, funcionales a la economía o, lo que es lo mismo, al beneficio empresarial, construyendo una determinada cultura, cada vez más alejada de una ética de justicia social y sin poner en cuestión el sistema capitalista, o sus lógicas en cada coyuntura social e histórica.

La contradicción entre el deber ser (sujeto de contrapoder) y el ser (funcionales a la economía y a la tasa de ganancia del capital), pervierte el doble objetivo permanente en la negociación colectiva: la mejora de las condiciones de trabajo y el reparto de poder.

La negociación colectiva ha mutado su papel destacado ligada a la acción sindical, es decir, al conflicto, hasta convertir su papel en «*un amplio favor legislativo*» donde el poder económico (y el político) entienden que el convenio colectivo en un sentido amplio es «*un instrumento de gobernabilidad...preferible al legislativo*» (U.Romagnoli 2008). Desde la desregulación laboral de la década de los 90 (abandono legislativo de los derechos necesarios), el empresariado entiende que la «autonomía de las partes», les permite introducir mayores cuotas de flexibilización de las condiciones de trabajo y, por lo tanto, de la organización del trabajo, adaptando la mano de obra en función de sus intereses.

Esta retirada —estratégica— de la norma legal (derechos mínimos, derecho necesario, en salario, tiempo de trabajo, complementos salariales, cualificaciones, etc...), instaaura el convenio como «*instrumento de gobernabilidad*», y los sindicatos se transforman en disciplinadores de la mano de obra, permitiendo el actual estado de cosas: la precarización integral de las condiciones de trabajo y la «dictadura contractual»² del empresario, siendo su cara contraria, la pérdida de poder obrero o la ausencia de contrapoder.

Primeros cambios serios en la Negociación Colectiva

1. ESTRUCTURA Y ARTICULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: SITUANDO EL DEBATE, ¿CENTRALIZACIÓN O DESCENTRALIZACIÓN?

El sistema de negociación colectiva (*legitimación para negociar*) constituido en el Título III del ET del 80, es una traslación del Acuerdo Básico Interconfederal de 10 de junio de 1979 (ABI/79) y el Acuerdo Marco Interconfederal de 5 de enero de 1980 (AMI/80), suscritos *exclusivamente por la CEOE y la UGT*. El legislador hace una opción política determinada e instaaura un sistema de relaciones laborales basado en un modelo **centralizado y selectivo de representaciones profesionales** (Martín Valverde). Es decir, de origen se consolida lo que ya anunciaba el AMI/1980... «*sólo es posible pactar con quien representa a la mayoría y esté en condiciones de hacer cumplir lo pactado en las distintas unidades de producción afectadas por el Convenio respectivo*»:

La democracia directa o lo decidido por Asambleas o Consultas directas (referéndums), carecen de fuerza legitimadora, en primer lugar y, en segundo lugar, se constituye el **papel disciplinador** del sindicato, sólo tiene capacidad de negociar y legitimidad para ello, quien... «*esté en condiciones de hacer cumplir lo pactado*...»

² Perez Rey

Este sistema se asienta en tres **principios** básicos:

- *La naturaleza normativa de los convenios colectivos*, lo que significa que las condiciones colectivas pactadas obligan automáticamente a los contratos individuales.
- La eficacia general de los convenios.
- La ultractividad o prórroga automática del contenido normativo de los convenios.

Principios que la Reforma Laboral de 1994, modifica en la regulación de la negociación colectiva, abriendo la posibilidad de «derogar» algunos de estos principios. Así, se abre la posibilidad de cargarse la «*ultractividad de los convenios*», pues se aumenta la competencia de los convenios colectivos y permite modificar regulaciones legales: periodo de prueba, duración de los contratos para la formación o eventuales y el límite para la jornada diaria. Y en línea con la necesidades «*flesibilizadoras*» de los empresarios, éstos consiguen que a través del mecanismo de negociación colectiva, materias *esenciales* anteriormente reguladas por Ley (derecho necesario), se desregularizan y la autonomía de las partes puede «negociar» la estructura salarial, la remuneración del tiempo extra-jornada (horas extras), la clasificación profesional, la distribución irregular de la jornada de trabajo en cómputo anual, la movilidad funcional y geográfica de los trabajadores y el plus de antigüedad.

El campo competencial de la negociación colectiva, se abre a los nuevos sistemas de gestión de la mano de obra, a la desregularización de los derechos laborales y a gestionar el trabajo como un coste variable³.

Se favorece la descentralización de la negociación colectiva y así, convenios de empresa, pueden ser modificados por convenios de ámbito superior en determinadas condiciones, a excepción de aquellas materias que fija el artículo 84 del ET, que en concreto son el período de prueba, las modalidades de contratación con excepción de los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en seguridad e higiene y la movilidad geográfica.

Se abre, así mismo, la posibilidad de regular las *cláusulas de «inaplicación o descuelgue salarial»*, lo que supone exceptuar en la práctica en materia salarial la eficacia general de los convenios colectivos.

Los convenios colectivos, introducen la contratación temporal, como la manera «normal y habitual» del trabajo y la aceptación sindical del trabajo como «*coste variable*».

Citamos al Magistrado Parada

A partir de la reforma laboral de 1994 se produjo una modificación en el uso de la contratación temporal. El contrato temporal se vino a utilizar también para dar cobertura a la contratación «a llamada» o «justo a tiempo», formalizando contratos de muy corta duración para que la empresa pague únicamente las horas trabajadas y se eviten tiempos muertos. La contratación temporal no solamente se usa para abaratar el coste de un posible despido, sino también y de forma muy importante para reducir costes laborales y ajustar la plantilla a las necesidades productivas de cada semana o incluso de cada día. Las cifras son llamativas: en 1993, antes de la reforma laboral de 1994, el número de contratos temporales que se registraron fue de 4.432.547, mientras que en 1996 pasó a ser de 8.273.175, esto es, casi se había multiplicado por dos. Si tenemos en cuenta el número de trabajadores temporales en el mercado de trabajo

³ El empresario considera que sólo pagará aquel trabajo necesario, cuando lo requiera sus necesidades productivas y por el tiempo necesario que requiera la producción y realización de sus productos. Es decir, el trabajo es mercancía pura.

en enero de 1996 (3.195.900) y lo comparamos con el número total de contratos registrados durante ese año (8.273.175), nos encontramos con que, como promedio, por cada trabajador temporal se hicieron 2,58 contratos en ese año. En 2006 el número de contratados temporales en el mes de enero era de 5.295.900 y en ese año se hicieron 16.349.527 contratos, por lo que el promedio de contratos pasó a ser de 3,08 por cada trabajador y año. Como vemos la tendencia ha sido a la disminución del tiempo de duración de los contratos temporales, conforme se extienden estas técnicas de gestión del trabajo «just in time». En contraste, el número de contratos realizados al año por cada trabajador fijo fue de 0,057 en 1996 (6.227.900 trabajadores y 354.372 contratos) y de 0,20 en 2006 (10.593.000 trabajadores y 2.177.245 contratos). Es llamativo que ese índice entre los trabajadores fijos se ha multiplicado por cuatro en esos diez años, lo que revela que también en los contratos fijos se ha incrementado la rotación de contratos, lo que merecería un estudio detallado, puesto que es indicativo de una mayor precariedad.

El año 1997, con los dos importantes acuerdos (Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo —AIEE— y el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva —AINC—, sienta las bases socio-laborales del nuevo marco en el cual se va a ordenar los mercados de trabajo. Esta Reforma alcanza un consenso total entre los actores sociales y políticos, gobierno, empresarios y sindicatos. Consenso sobre el diagnóstico y consenso sobre las medidas a adoptar.

La Reforma de 1997 incide directamente en dos factores —productividad y competitividad— y se adoptan medidas para estimular la contratación indefinida, surgiendo un modelo distinto de gestión de las capacidades de la mano de obra (la utilización por parte del capital de las capacidades que l@s trabajador@s alquilan cuando entran, permanecen y salen de los mercados de trabajo), con un doble objetivo: por una parte posibilitar un cambio en la competitividad de las empresas (introducirse en los mercados de demanda de alto valor añadido) y, por otra, asegurar un nivel de demanda doméstica que garantice niveles de crecimiento económico rentables para la inversión del capital.

La Reforma Laboral de 2010, Ley 35/2010, en lo referente a la negociación colectiva, se centra en la facilidad normativa para el empresario, para modificar condiciones de trabajo contractualmente acordadas: movilidad funcional y geográfica, jornada de trabajo, distribución irregular del tiempo de trabajo y horario, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración, sistemas de trabajo y rendimiento, dotando del mismo procedimiento modificativo que en los despidos por causas económicas, técnicas y productivas, impulsando de esta manera la flexibilidad interna en la gestión de la mano de obra. Flexibilidad unilateral y no cogestionada.

Modificación Sustancial de Condiciones de Trabajo (MSCT) en la Ley 35/2010 de Reforma del Mercado de Trabajo y RDL 7/2011 de Reforma Negociación Colectiva.

Tanto la Ley, como el RDL, cierran el círculo de la flexibilidad como modelo de gestión empresarial, otorgando de esta manera una disponibilidad cuasi absoluta al empresario para imponer condiciones de trabajo diferentes a las pactadas en los convenios.

Se facilita los descuelgues empresariales del convenio, cláusulas de inaplicabilidad salarial, permitiendo que en aquellas empresas donde no exista Representación de los Trabajadores, estos puedan delegar en una comisión elegida «ad hoc» entre los sindicatos más representativos del sector y también aparece la figura del arbitraje —siempre que así lo acuerden las partes— en la resolución del conflicto, teniendo su decisión la misma eficacia que lo pactado en un convenio colectivo.



Especial mención requieren la MSCT y su articulación legal tanto en la Ley como en el RDL. El primer lugar tenemos que hablar de **las causas**. La Ley 35/2010 ha mantenido las mismas causas, económicas, técnicas, organizativas o de producción, que ya venían tasadas, pero por el contrario, ha ampliado su utilización o disponibilidad de justificación empresarial en tanto en cuanto, dichas causas concurrirán *«no sólo cuando las medidas propuestas mejoren la situación actual de la empresa, sino también las perspectivas de la misma, así como cuando contribuyan a prevenir una evolución negativa de la empresa»* (Ferran Camas Roda — *catedrático de derecho del trabajo y de seguridad social de la Universidad de Granada*).

2. EL NUEVO MODELO QUE SURGE DE LA LEY 3/2012

El nuevo modelo de NC, solamente tiene un objetivo: favorecer la flexibilidad de la mano de obra al empresario.

La NC es una norma de carácter constitucional, que garantiza derechos esenciales de los trabajadores y trabajadoras, el derecho al trabajo y el derecho a una remuneración suficiente (art.35). La norma suprema (art.37) dota a los convenios colectivos de fuerza vinculante. Lo que hace que los convenios colectivos sean NORMA JURIDICA, su fuerza nace del poder que ostentan los legisladores de la norma suprema.

LA REFORMA DE LA NEGOCIACION COLECTIVA

El legislador⁴, es decir el poder político dominante, considera que la NC ha sido un obstáculo que ha impedido la flexibilidad interna, pero como su fuerza es normativa y no puede anularla (art.37 CE), la convierte en un mero instrumento a través o por medio de dar preferencia aplicativa y normativa (por ahora) a unos instrumentos sobre otros y así, establece la pérdida de eficacia y la pérdida de la ultractividad.

El modelo permite al empresario inaplicar el convenio colectivo, inaplicar las condiciones de trabajo e individualizar el contrato colectivo.

1. PRIORIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA Y/O GRUPOS DE EMPRESAS

Prioridad aplicativa respecto a cualquier otro convenio, en las siguientes materias:

- Cuantía salario base y complementos salariales
- Abono o compensación horas extras y retribución específica del trabajo a turnos.
- Horario y distribución tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y planificación anual vacaciones.
- Adaptación ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional.
- Adaptación modalidades de contratación.
- Medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

⁴ RDL 3/2012 y Ley 3/2012

2. DESCUELGUE SALARIAL Y DEL RESTO DE CONDICIONES DE TRABAJO:

Art.82.3 ET... «Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

3. DESCUELGUE SALARIAL Y DEL RESTO DE CONDICIONES DE TRABAJO (DESCUELGUE CONVENCIONAL):

¿Qué se entiende por concurrencia de causas económicas?

«...Cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales... existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas... se entenderá que la disminución es persistente si se producen durante DOS trimestres...»

¿Qué procedimiento se sigue?

Artículo 41.4 ET:

- Acuerdo: presunción causas, alcance y notificación.
- No acuerdo: solución extrajudicial... posible arbitraje...
- Laudo

CONVENIOS Y FLEXIBILIDAD INTERNA: MODIFICACION SUSTANCIAL CONDICIONES DE TRABAJO

¿En qué materias?

- Jornada de trabajo
- Horario y distribución del tiempo de trabajo
- Régimen de trabajo a turnos
- Sistema de remuneración y cuantía salarial
- Sistema de trabajo y rendimiento
- Funciones si exceden límites movilidad funcional



¿Por qué CAUSAS?

Económicas, técnicas, organizativas o de producción...«relacionadas con la competitividad, productividad, organización técnica o del trabajo y contrataciones referidas a la actividad empresarial».

Procedimiento MSCT:

- En Individuales: de 30 a 15 días de preaviso.
- En Medidas Colectivas sin acuerdo: finalizado el período de consultas sin acuerdo, el empresario notifica a los afectados/as y en 7 días tiene efectividad.
- Impugnación: Colectiva e Individual.
- Posibilidad de extinción del contrato: 20 días por año con un máximo de 9 mensualidades.

4. ÁMBITO TEMPORAL Y VIGENCIA CONVENIOS (ULTRACTIVIDAD)

La ley ha dado una nueva redacción al art.86.3, modificando de manera sustancial el régimen jurídico de la prórroga o ultraactividad del convenio y así establece:

«3. La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

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

Se articula un nuevo sistema con un propósito doble, primero que durante todo el periodo de negociación, en su totalidad no se mantenga la vigencia del antiguo convenio más allá de un año

y, segundo, la incorporación de mecanismos orientados a solventar conflictos que surjan durante el proceso de negociación, mandando a las partes a acudir a sistemas de arbitraje para solucionar las discrepancias, es decir, desactivar el conflicto social a través o por medio de debilitar a una parte, la fuerza de trabajo.

La vigencia: una vez denunciado la vigencia se producirá en los términos que haya establecido el propio convenio colectivo (art.86.3 ET). Por lo tanto son las partes las que vienen obligadas a determinar en qué circunstancias se mantiene o no la vigencia del c.c.

El vigente art.86.3 dispone que solamente en defecto de pacto en contrario **el convenio perderá su vigencia una vez haya transcurrido 1 año desde la denuncia**, sin haberse logrado un nuevo convenio.

¿Qué sucede con los convenios denunciados antes de la entrada en vigor de la reforma de 2012?

Entendemos —según sostienen juristas con fundamentación— que, *«La soberanía en el gobierno de la ultraactividad se atribuye desde la ley 11/1994, al convenio colectivo, con capacidad —mediante pacto en contrario— para disponer, antes de 2012 de la ultraactividad que hasta la entrada en vigor del nuevo convenio le reconocía el art. 86 ET, y después de esta fecha de la ultraactividad de 1 año que recoge la Ley 3/2012. Luego hemos de llegar a la conclusión de que...»* la primacía en este campo de la negociación colectiva, mantenida desde 1994, hace que el pacto en contrario prevalezca sobre la decadencia del convenio prevista en el art.86 ET y en la disposición transitoria 4ª de la Ley 3/2012 para los convenios denunciados antes de la entrada en vigor de la reforma».

Es decir prevalece la ultraactividad de los mismos, si así lo establecieron las partes (pacto en contrario)⁵, pues existe un pacto en contrario, que permite que una parte del contenido de los convenios (todo lo normativo), se mantiene vigente pese a su denuncia y falta de acuerdo o laudo arbitral; vigencia que se mantendría tácita año tras año.

¿Qué les será de aplicación a los convenios suscritos con posterioridad o denunciados con posterioridad a febrero 2012?

La norma es clara, el convenio de ámbito superior si le hubiere. Así dice el art. 86.3 que transcurrido 1 año de la denuncia del convenio sin que se hubiera acordado otro nuevo o dictado un laudo arbitral, aquel perderá vigencia y se aplicará, «si lo hubiere», el de ámbito superior.

El problema que nos enfrentamos es que sucede cuando no existe convenio de ámbito superior.

Hasta estos momentos ya existe jurisprudencia **al respecto STS de 22 de diciembre de 2014, que viene a resolver en parte, el problema de vacío regulador provocado por un convenio que pierde su vigencia sin ser sustituido por ningún otro y la STS de 17 de marzo de 2015, que ha venido a admitir la plena vigencia de los pactos en materia de ultraactividad contenidos en convenios suscritos con anterioridad a las normas legales reformadoras de 2012.** Lo cual hace decaer todo un claro planteamiento desde la patronal y sus juristas (abogados), a la vez que una corriente nada despreciable de la judicatura, que teorizaban que en ausencia de convenio superior el trabajador/a queda a «puro Estatuto de los Trabajadores», es decir aplicación directa de la ley, con serias repercusiones en determinadas materias: salarios (salario mínimo), jornada (40 horas), amén de en el resto de materias quedar al albur del empresario, al cual se le ha otorgado la disponibilidad unilateral de regular las re-

⁵ Por ejemplo en el convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, se recoge que **«denunciado el presente convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales y se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio»**

laciones laborales en condiciones inferiores a las establecidas por el convenio denunciado y que ha expirado.

Dos o tres líneas de interpretación en favor de los trabajadores:

- a) De no haber c.c. de ámbito superior aplicable, y para evitar lagunas normativas se podría sostener con coherencia el mantenimiento del convenio denunciado, siguiendo la teoría de que la «norma estatal mantuvo la aplicación, salvo pacto en contrario, del grueso del convenio (cláusulas normativas), para **«impedir vacíos de regulación...evitando así una regresión de derechos y, con ella, un incremento de la conflictividad»**⁶.

En defensa de las condiciones convencionales nos encontramos con cuatro grandes bloques de argumentos:

- 1) El principio de la protección de la confianza legítima, que enlaza con el principio constitucional de seguridad jurídica (9.3 CE).
 - 2) La prohibición de enriquecimiento injusto (art. 1.4 CC).
 - 3) El respeto a principios de proporcionalidad y justo equilibrio de las prestaciones recíprocas.
 - 4) El respeto a la dignidad profesional, pero también personal del trabajador (art.4.2.e ET y 10.1 CE), que son incompatibles con una degradación generalizada de condiciones al nivel mínimo legal.
- b) La solución más extensa debe pasar por considerar que transcurrido el año de ultraactividad sin convenio de ámbito superior aplicable, se produciría **la incorporación tácita de las condiciones de trabajo reguladas en el convenio a los contratos de trabajo de los incluidos en su ámbito de aplicación** — con exclusión o no de los trabajadores/as de nuevo ingreso⁷-, según STS de 22 de diciembre de 2014.

Esta solución que los Tribunales aplican, no hace sino paliar en un primer momento, el «tsunami» que arrasará las condiciones colectivas de trabajo, pues desde el mismo instante que las condiciones colectivas dejan de serlo y pasan a incorporarse al contrato individual, se pierde la naturaleza vinculante, es decir la fuerza normativa y muta dicha naturaleza en contractual, y el empresario no tiene sino que acudir a la vía del 41 ET para volver a arrasar condiciones y derechos.

- Los convenios se pueden revisar durante la vigencia (art.86.1 ET).
- Ultra actividad: máximo 1 año, luego decae y posibilidad de aplicación convenio superior.
- En los convenios denunciados, el límite de 1 año comienza el 08.07.12.

⁶ Alfonso Mellado «Reforma y retos...» claramente se apuesta por la *opción constitucional de garantizar la fuerza vinculante de los convenios (37.1 CE) y por la opción legal de atribuir eficacia general a los convenios negociados al amparo del ET (82.3 ET)*.

⁷ Esto aún no ha sido resuelto por el TS y tendremos que esperar a Sentencia del TS para saber a que atenernos.

Algunos ejemplos de articulación en materia de vigencia y ultraactividad:

AMBITO TEMPORAL:

1. Genérica y directa:

«El Convenio entra en vigor el 1 de enero de 2012, extendiéndose su vigencia hasta el 31 de diciembre de xxxx, salvo en aquellas materias en las cuales se pacte específicamente una vigencia diferente.

El Convenio se prorrogará por el mismo periodo de vigencia mientras no sea sustituido por otro y, en este sentido, las partes se comprometen a iniciar la negociación del mismo con tres meses con anticipación al vencimiento».

Cláusulas suscritas en distintos convenios colectivos, bien de empresas, bien de sector:

a) RENFE:

CLÁUSULA 2ª: ÁMBITO TEMPORAL

El presente Convenio Colectivo tendrá una duración de 4 años, iniciando su vigencia el 1 de enero de 2011 y finalizando la misma el 31 de diciembre de 2014, con la posibilidad de prórroga hasta el 31 de diciembre de 2015 por acuerdo entre las partes.

Dentro de los tres meses anteriores a la finalización del presente convenio o, en su caso, de la ampliación de su vigencia, ambas partes podrán formular denuncia del mismo, en caso contrario se prorrogará de año en año.

Denunciado el convenio colectivo, las partes podrán acordar, en el seno de la Comisión Paritaria, el contenido normativo que mantendrá su vigencia por el tiempo que se pacte. No obstante para facilitar el proceso de negociación, si una de las partes así lo solicitara, se ampliará la vigencia del contenido normativo en once meses sobre lo establecido en el párrafo cuarto del apartado 3º del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores.

b) «XIV CC general de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad»; «VII CC nacional de Colegios Mayores Universitarios»; «VII CC de Autobares Spain, SAU»; «CC de Citius Outsourcing Enterprise, SL»; «CC estatal para las Industrias extractivas, del vidrio, cerámicas y las del comercio exclusivista de los mismos materiales»; «VI CC de ámbito estatal de las Administraciones de Lotería»; «XIII CC de ámbito estatal para los Centros de Educación Universitaria e Investigación»:

«El convenio continuará en vigor hasta su sustitución por el nuevo convenio o por el laudo arbitral a que se llegara en su caso»

CONCLUSIONES SOBRE NEGOCIACION COLECTIVA:

Se destruye la capacidad normativa de los convenios, pues las condiciones colectivas pactadas, pueden ser eliminadas (descuelgue) y/o modificadas unilateralmente por el empresario, en base a la «descausalización» llevada a efecto por el legislador.



Desnaturaliza la eficacia general del convenio, pues abre la vía para la individualización de las condiciones del contrato, a la vez que «fulmina» la ultraactividad de los convenios, los cuales tendrán una eficacia máxima de un año, salvo pacto en contrario.

Es decir los tres principios básicos de la Negociación colectiva, la naturaleza normativa de los convenios colectivos, la eficacia general de los convenios y la ultraactividad o prórroga automática del contenido normativo de los convenios, se encuentran eliminados de facto.

Negociar en Crisis-Estafa, ¿es posible?, ¿existen reglas o solo discrecionalidad? ¿Cómo afecta a la acción sindical?

La nueva gobernanza económica (UE) y la negociación colectiva:

La normas emanadas de la UE, bien pacto de estabilidad fiscal⁸, norma central que obliga a todos los estados de la UE a ajustar sus políticas presupuestarias y fiscales al déficit y deuda fijados por la CE, bien directivas europeas, bien Carta Social Europea, no dejan de estar bajo el imperio del poder económico-financiero privado, «*el cual tiene capacidad de producción de normas*».

Es decir, nos encontramos en una cada vez más estricta funcionalización de la actividad política de la U€ y de los Estados miembros a la **garantía de la centralidad del mercado**.

Reglas existen y éstas son supra-nacionales e impuestas por el poder económico financiero y funcionalizadas por la U€:

- Descentralización de la Negociación Colectiva.
- Inaplicación (descuelgues) de los convenios.
- Devaluación masiva de salarios.
- Límites a la vigencia del convenio.

Estas reglas son contrarias a la Carta Social Europea y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 16 de diciembre de 1966 y aprobado por el Estado español el 27 de abril de 1977.

El Derecho de Huelga seriamente amenazado por la producción normativa de la U€, donde este viene a ser considerado un derecho fundamental de menor rango que la libertad de mercado y la libre competencia. Doctrina sobre casos Viking, Laval, etc.

1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

la Negociación Colectiva es una de las fases de las relaciones laborales; es la fase de negociación frente a la de conflicto.

Otra concepción es aquella que concibe la Negociación Colectiva como un proceso de autorregulación de las relaciones laborales con carácter público, fundamentado en la autonomía de las partes intervinientes.

En cualquiera de las dos concepciones siempre nos encontramos un nexo de unión: negociación y conflictividad están fuertemente interrelacionados como las dos caras de una misma realidad.

⁸ Pacto de Estabilidad y Crecimiento (Tratado de Amsterdam 1997), el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MEDE) y el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera. Boletín Sindical 143

Analizadas las relaciones laborales desde una perspectiva histórica podemos destacar tres aspectos:

- Nos encontramos en un debate sobre el rendimiento en el trabajo y las condiciones en que éste se desarrolla: jornada, tiempo de trabajo, tiempo de vida, condiciones medioambientales, promociones, pensiones. Etc., que no es otra cosa que discutir y acordar sobre el rendimiento de la fuerza de trabajo, es decir, sobre la forma en la que dicha fuerza de trabajo se convierte en trabajo.
- Se discute y se acuerda acerca de la redistribución de los beneficios que provienen de la combinación del rendimiento del trabajo y del capital, así, cuando discutimos las condiciones y volumen de empleo, los tipos de contrato, la organización del trabajo, la limitación del poder de la gerencia, no estamos sino desarrollando la relación capital-trabajo, tratando de disminuir la subalternidad del trabajo respecto al capital.
- En la negociación colectiva no sólo se discute sobre las relaciones laborales. Las imposiciones del mercado laboral organizan y determinan la vida social, subordinando las necesidades humanas a sus objetivos de acumulación de capital. De este modo, en la negociación colectiva se discute el poder de las empresas para imponer unas relaciones laborales que impiden a las/os asalariadas/os atender a sus necesidades y a las de las personas que dependen de ellas/os.⁹

1.1. Características y señas de identidad de la negociación colectiva

Los caracteres propios de la Negociación Colectiva son:

- Su naturaleza que, aun a riesgo de parecer redundante, debemos resaltar que es colectiva.
- Es una negociación laboral, que difiere de la concertación, cuyo marco transcurre al ámbito laboral en sentido estricto, ya que ésta puede abarcar inclusive las políticas económicas y sociales y otros aspectos de la reproducción de la sociedad como tal (Pactos de la Moncloa, los Acuerdos Interconfederales, etc.).
- Los contenidos de la Negociación Colectiva pueden ser y son muy diversos.
- Los actores que intervienen en la Negociación Colectiva son sociales: sindicatos, Comités o Delegados/as de Personal (representación unitaria de los y las trabajadoras), grupos organizados de , comisiones representativas... El capital está representado por las gerencias (RR.HH., Departamento de Personal, RR.II.), las direcciones de las correspondientes empresas y las organizaciones empresariales.
- La estructura jurídica: el Convenio Colectivo, el cual a su vez puede ser de ámbito empresarial o supraempresarial, sectorial, estatal autonómico o provincial, según su ámbito territorial.

⁹ En el caso de la jornada laboral, priorizar los beneficios empresariales supone, en muchos casos, una organización del tiempo que impide, por ejemplo, cuidar de forma adecuada de las personas dependientes (menores, personas ancianas, discapacitadas, enfermas...).



1.2. Algunos marcos político-sociales en los cuales se ha movido la negociación colectiva

La negociación de Convenios durante el período de concertación social tuvo unos claros resultados: congelación salarial e incremento de la productividad, que a su vez posibilitó la competitividad de las empresas (menores costes, menos empleo).

Entre el año 78 (Pactos de la Moncloa) y el 86, el poder adquisitivo de los salarios pactados en Convenio disminuyó en un 7,3%; el coste real para las empresas de los salarios pactados disminuyó un 6,8%; el coste laboral unitario real de la economía española disminuyó en ese periodo en un 11,9%, con el consiguiente efecto redistributivo a favor de los excedentes empresariales. El poder adquisitivo de la ganancia por persona disminuyó un 10% desde 1980 a 1986; el porcentaje de la remuneración de los asalariados en la distribución del PIB, descendía del 54,2% en promedio para el periodo 72-80, hasta el 49,9% en 1986. El paro en todo este periodo no dejó de crecer, así como la pérdida de fuerza sindical.

La Negociación Colectiva en este periodo relativamente reciente (abarcaría desde la segunda mitad de los setenta, donde se fija el modelo «democrático» de relaciones laborales en España, hasta la finalización de la etapa de concertación social, (año 87), ha estado fuertemente condicionada por dos factores políticos: la crisis económica y la concertación social.

En el último periodo de diez años de duras reformas laborales para los , el mercado laboral español ha sufrido una gravísima transformación, explicado sobre todo por la ilegalidad empresarial y la falta de respuesta sindical, así como por las sucesivas reformas laborales, para encontrarnos en la actualidad en que el modelo de relaciones laborales «democrático» está quebrado.

La precarización y la segmentación han tenido y tienen influencia directa sobre la negociación de los Convenios. En unos casos, porque condiciona el empleo a todo lo demás (contratos de inserción laboral, dobles escalas salariales, tratamientos discriminatorios, etc.); en otros, porque los logros no tienen extensión al resto de (la empresarización de los convenios y la individualización)

1.3. Cambios recientes en la estructura y Cobertura de los Convenios colectivos

El número absoluto de afectados por Convenios disminuye (sobre el número total de ocupados para el año 2008, que es de 11.968.148, la cobertura alcanzaba alrededor del 70%), al mismo tiempo que aumentan paulatinamente desde 1984 el número de Convenios de empresa. En el año 2016 esta tendencia se mantiene: durante este año se firmaron 1365 Convenios Colectivos, de los cuales, 1035 fueron de empresa. ¿Por qué? Una de las razones debemos buscarla en la disminución significativa de las plantillas en las empresas grandes. El volumen general de en empresas superiores a los 250 ha disminuido y sigue disminuyendo.

La precariedad laboral y la realidad de las pequeñas empresas, siguen cuestionando la posibilidad de avances sustantivos en cuanto a la cobertura real. Por otro lado, se ha ido empobreciendo el proceso negociador y sus resultados por la vía de transportar a los Convenios Colectivos contenidos ya regulados en otras esferas.

En cuanto a los contenidos, desde las reformas laborales del 94 y 97, se producen cambios cualitativos en cuanto a la estructura salarial y las dobles escalas salariales. En el primer caso (la estructura), los cambios han sido mediante la disminución de la parte fija y el incremento de la parte variable, ligada ésta a parámetros como la productividad, la incentiación o el pago por objetivos. Y con relación a la doble escala salarial, se llega a salarios distintos para trabajos iguales: salario inferior para nuevos contratos, salario inferior para los que pasan a fijos con

relación a los más antiguos y estables, siendo actos discriminatorios y existiendo sentencias contrarias de los tribunales, como explicamos en esta Guía.

Se ha incidido en la movilidad geográfica y funcional: si en 1994 sólo un 8,9% de los Convenios recogía dicha cláusula, lo que apenas afectaba a 664.000 trabajadores/as, en 1996 era recogida por el 21,6% de ellos, afectando a 1.579.000 trabajadores/as. Esta tendencia se agrava con los datos publicados para el año 2016 donde los convenios que recogen estas dos cláusulas se elevan a 37,90%.

La jornada laboral se flexibiliza dramáticamente, en beneficio de la disponibilidad de la mano de obra por parte de la gerencia y en detrimento del tiempo de vida del trabajador/a. La aparición de normas como la Ley para la Conciliación de la vida laboral y familiar, apenas reformulada por la Reforma Laboral de 2012 (Ley 3/2012), no son más que una cortina de humo para ocultar que las exigencias del mercado laboral son irreconciliables con una organización del tiempo social en función de las necesidades humanas.

2. DEFINICIÓN, NATURALEZA Y CONTENIDO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

el Convenio Colectivo es un pacto, de carácter contractual, concertado entre representantes de los trabajadores/as y los empresarios.

Las partes firmantes de los Convenios Colectivos dependerán del ámbito de la negociación. Pero genéricamente, podemos establecer que siempre negocian de un lado la parte empresarial, y de otra la parte social.

Según sea definido de una u otra manera, el Convenio Colectivo regula las relaciones entre empresa, grupo de empresas, o agrupación empresarial de un sector, y los trabajadores/as, lo que coincide con lo establecido en el artículo 2.1 de la Recomendación 91 de la OIT de 1951: «(...) *Todo acuerdo escrito relativo a condiciones de trabajo y de empleo celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones representativas de trabajadores/as, o en ausencia de tales organizaciones representantes de los trabajadores/as interesados debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con su legislación nacional (...)*».

Los Convenios Colectivos están amparados constitucionalmente en el artículo 37 de la Constitución Española, que también reconoce la fuerza vinculante de los mismos. Este artículo 37 de la CE también establece el derecho a la Negociación Colectiva entre los representantes de los trabajadores/as y los empresarios.

Pese a que el derecho a la Negociación Colectiva no es un derecho fundamental por sí mismo, y por lo tanto a primera vista no cabría para su protección el Recurso de Amparo ante el TC, es parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, que sí es un derecho fundamental. De esta manera, si la libertad sindical se puede proteger mediante el Recurso de Amparo ante el TC, la vulneración del derecho a la Negociación Colectiva también, como parte esencial que es de la libertad sindical (STC 26 de junio de 1993).



El Convenio se considera fuente de Derecho en sentido propio, con la misma fuerza imperativa que los preceptos legislativos (en este sentido, la STS de 9 de diciembre de 1983 y la STCT de 11 de abril de 1985). Eso sí, el Convenio Colectivo se encuentra subordinado a las normas de superior rango, en virtud del principio de jerarquía normativa como expresión del imperio de la ley y debiendo ser respetados los derechos fundamentales, con especial mención al principio de igualdad que proscribiera cualquier tipo de discriminación, como señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia 177/1993.

El Convenio Colectivo prevalece sobre la autonomía de la voluntad individual, como señaló la sentencia del Tribunal Constitucional 105/1992, pudiendo ser modificado de común acuerdo entre las partes y sin que se vulneren las normas imperativas ni el legítimo derecho de terceros. (Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 21-02-00, RJ 2052).

2.1. Contenido del Convenio Colectivo

Los Convenios Colectivos tienen un contenido mínimo, que viene establecido en el artículo 85 del ET y que ha sido modificado por la Reforma Laboral de 2012, reduciendo el papel de la comisión paritaria. Este contenido mínimo es:

- Determinación de las partes que lo conciertan.
- Ámbito personal, funcional, territorial y temporal.
- Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo.
- Forma y condiciones de denuncia del Convenio, así como plazo de preaviso para dicha denuncia.
- Designación de una Comisión Paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha Comisión.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad introduce el deber de la negociación colectiva para establecer medidas de acción positiva destinadas a favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre hombres y mujeres. Para ello, se establecen medidas como la elaboración y aplicación de los Planes de Igualdad, medidas específicas para prevenir el acoso sexual, favorecer el acceso a las profesiones, adaptación de la duración y distribución de la jornada, la acumulación del permiso de lactancia y la suspensión del contrato por paternidad previa comunicación al empresario. La ley 35/2010 que reforma el mercado de trabajo modifica el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en su apartado 3, que la negociación colectiva fijará criterios y procedimientos que busquen una presencia equilibrada de hombres y mujeres mediante contratos formativos, así como la conversión de contratos formativos en indefinidos.

En lo referente al Plan de Igualdad, se articulará la negociación en empresas que tengan más de 250 trabajadores/as de la siguiente forma:

- En los convenios colectivos de ámbito empresarial el deber de negociar se realizará en el ámbito de dichos convenios.

- En los Convenios Colectivos de ámbito superior a empresa el deber de negociar se realizará en la empresa en los términos que previamente hubiera designado los citados Convenios Colectivos.

La reforma laboral operada por el Real Decreto-ley 3/2012 (ahora Ley 3/2012) introduce cambios en el contenido de los Convenios Colectivos: las comisiones paritarias pierden protagonismo y sus funciones quedan a expensas de lo que estipulen para ellas los Convenios Colectivos mediante la negociación colectiva.

Esta misma disposición legal modifica el contenido del artículo 86.3 ET estableciendo la obligación de que los Convenios Colectivos, una vez concluida la duración pactada de los mismos, se acuda a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico para solventar los desacuerdos en la negociación de los nuevos convenios, los cuales incluirán soluciones arbitrales, que serán obligatorias salvo que los acuerdos mencionados establezcan la voluntariedad de la vía arbitral.

2.1.1. Cláusulas Normativas y Obligatoriales

No existe definición legal de cada una de ellas, así que han sido las resoluciones judiciales las que han configurado los conceptos de Cláusulas Normativas y Obligatoriales.¹⁰

Así, mientras las cláusulas normativas se proyectan sobre los trabajadores/as y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo, las obligatorias vinculan a los firmantes que las suscribieron.

- Las cláusulas normativas están dirigidas a los sujetos obligados por el Convenio, y regulan las relaciones entre los trabajadores/as y empresarios, comprendiendo la regulación del régimen económico, las regulaciones laborales, la jornada, el descanso, las vacaciones, las cuestiones de empleo, de productividad, de rendimiento, las garantías de los representantes de los trabajadores/as, los mecanismos de participación en la gestión por los trabajadores/as, las mejoras de derechos sindicales, la política de reestructuración organizativo empresarial o las cuestiones de seguridad social y previsión social complementaria. Cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2006, que establece que las reglas sobre condiciones de trabajo son cláusulas normativas, y también los procesos de promoción interna para cubrir vacantes, según la sentencia de 26 de abril de 2007 del Tribunal Supremo. Destacamos igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015, que establece que las cláusulas normativas siguen vigentes cuando el convenio colectivo contiene una cláusula de ultraactividad y pese a que haya sido suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012 y denunciado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, ya que entiende el Tribunal Supremo que la Ley 3/2012 no impone la nulidad

¹⁰ Así, por su claridad expositiva, y porque plasma la visión jurisprudencial en torno a estas cláusulas, citamos diferentes fragmentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de octubre de 1997. En la misma se establece: «(...) lo incierto y oscilante en la delimitación entre cláusulas normativas y obligatorias, tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia, pues en ambos campos se cruzan las soluciones adoptadas»; y prosigue más tarde: «(...) la gran amplitud con que se desenvuelven las que tienen contenido normativo, pues obedecen a la gran amplitud que se contiene en el artículo 85.1 del Estatuto, al disponer que «los Convenios podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y asistencia, y en general cuantas obras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores/as y sus organizaciones representativas con el empresario (...)».



sobrevenida de tales cláusulas. Es importante añadir la doctrina del mismo Tribunal en cuanto a la incorporación de las cláusulas normativas, pues una vez finalizado el plazo de ultraactividad sin que exista convenio de ámbito superior aplicable, se siguen aplicando las condiciones del convenio ya caducado no ya como cláusulas normativas, sino como incorporadas a los contratos desde el comienzo de la relación laboral, a aquellos trabajadores/as que tuvieran contrato vigente en el momento de la pérdida de vigencia normativa del convenio. (STS de 18 de mayo de 2016).

- A su vez, las cláusulas obligacionales se dirigen a las partes negociadoras del Convenio, y están destinadas a garantizar la eficacia del Convenio Colectivo, imponiendo derechos y obligaciones a las partes. Se considera que tienen este carácter obligacional, las que regulan la paz laboral, así como las que obligan a acudir a órganos de solución de conflictos.

El incumplimiento de las cláusulas normativas supone una infracción laboral constitutiva de sanción administrativa (RDLeg 5/2000 artículo 5 modificado por la ley 44/2007 disposición final).

Es importante señalar que cuando concurren circunstancias excepcionales que hagan imposible cumplir con lo pactado, y teniendo en cuenta lo difícil que es mantener las condiciones en equilibrio entre el empresario y los trabajadores/as, y la necesidad de determinar si una cláusula es normativa u obligacional, es preciso seguir alguno de los siguientes cauces jurídicos:

- Trámites de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, si es que existe alguna causa objetiva suficiente (artículo 41 ET).
- Pedir la revisión del Convenio.
- Reclamar judicialmente la inaplicación de la obligación contraída.

Lo anteriormente expuesto, es doctrina extraída de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2007.

Debemos recordar que los Convenios Colectivos pueden mejorar la regulación establecida en las distintas normas, pero nunca empeorarlas o reducir derechos contenidos en éstas.

Por su importancia fundamental debemos insistir y resaltar los siguientes aspectos:

La necesidad de difundir las experiencias de negociación (negociación y movilización) desarrolladas por la CGT como método para enriquecer a las Secciones Sindicales y anular las posibles diferencias existentes (fundamentalmente en experiencia).

La necesidad de coordinar ACCIONES COMUNES ante procesos negociadores con PROBLEMAS y CONTENIDOS comunes, unificando los esfuerzos en una misma dirección de entes diferentes.

La necesidad de garantizar la transparencia efectiva del contenido de la negociación desde CGT. La necesidad de realizar un balance anual de la actuación negociadora de la CGT en las distintas empresas, así como análisis de los contenidos de los acuerdos, pactos y convenios suscritos por CGT.

La necesidad de que las diferentes secciones sindicales, al final de cada proceso de negociación, elaboren un informe sobre actuación, estrategia y contenidos, haciéndolo llegar a los responsables de coordinación sindical.

Hay que intentar dotar al Sindicato de un equipo técnico estable de asesoría para la negociación. Igualmente se pueden editar y distribuir nuestros programas reivindi-

cativos más allá de donde estamos ya implantados, a la vez que buscamos canales de interlocución para hacernos oír entre los trabajadores/as; siendo los propios procesos de negociación totalmente adecuados para este trabajo, ya que de manera indirecta podemos empezar a incidir en ellos. No podemos desperdiciar las oportunidades de difundir nuestras alternativas.

Desgraciadamente a los trabajadores/as nunca nos han regalado ningún derecho; por esta razón la MOVILIZACIÓN ha sido siempre imprescindible para mejorar nuestro nivel de vida y nuestras condiciones de trabajo. La MOVILIZACIÓN, con sus reglas y mecanismos resulta por lo tanto un instrumento imprescindible, por lo que una vez determinada su enorme importancia en el desarrollo de la Acción Sindical (y en los procesos de negociación), es imprescindible manejar el concepto de movilización a niveles internos (Asambleas de Afiliados/as), como externos (Asambleas de trabajadores/as) sin ningún asomo de frivolidad.

La movilización acaba siendo imprescindible para la consecución de los objetivos de los trabajadores/as.

No se debe desgastar ni el concepto de movilización, ni las personas que la sustentan. Hay que realizar convocatorias preparadas, entendidas, argumentadas, oportunas, y no más duras y costosas de lo que se está dispuesto o se puede asumir.

Siempre nos dotaremos de objetivos creíbles, a partir de un debate amplio y sostenido. La información y la participación son la mejor garantía para el éxito de la movilización.

Hay que medir bien los objetivos máximos y mínimos y las acciones convocadas (no se puede intentar matar moscas a cañonazos, ni esperar que los problemas se solucionen por aburrimiento o buena voluntad).

En muchas ocasiones puede ser necesario convocar o movilizar en solitario para mantener la coherencia del Sindicato o la claridad de un posicionamiento sindical desde las decisiones adoptadas por las asambleas de afiliados/as. La movilización debe intentar mantener siempre abierta la posibilidad de conseguir una salida negociada que satisfaga nuestras exigencias.

Es mejor un acuerdo que un fracaso, pero siempre lo mejor es tener las «manos limpias» para no darse por vencido y seguir actuando.

Debemos tener en cuenta que cuando se habla de movilización nos referimos a cualquiera de las posibilidades de actuación movilizadora: concentraciones, manifestaciones, ocupaciones... aunque lógicamente cuanto mayor coste tiene la convocatoria (huelgas), mayor es la responsabilidad y la necesidad de medir nuestras actuaciones.

No debemos tampoco olvidar las posibilidades que como Organización amplia tenemos de unificar, de sumar fuerzas, de enfocar la conflictividad hacia el conjunto social, de buscar el respaldo de la Opinión Pública...

2.2. Aplicación e interpretación de los Convenios Colectivos

El artículo 91 del ET establece que corresponde a la jurisdicción social el conocimiento y solución de los conflictos de aplicación e interpretación del Convenio Colectivo.

El objetivo de la interpretación del Convenio Colectivo es averiguar la voluntad real de las partes para fijar el alcance y contenido de lo pactado y determinar las obligaciones asumidas por cada una de ellas, tal y como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1999.



No obstante, los Convenios Colectivos, los Acuerdos Marco y los Acuerdos para Materias Concretas pueden establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de su aplicación e interpretación.

Los criterios para la interpretación de los Convenios Colectivos son los establecidos para los contratos y para las normas¹¹, tal y como establece, entre otras, las SSTS de 6 y 13 de abril de 1992 y 1 julio de 1994, de 10 de julio de 2001 y la de 19 de enero de 1998.

Más adelante veremos cómo la Reforma Laboral de 2012 ha modificado el papel de la Comisión paritaria en sus funciones, entre las que se encuentra la aplicación e interpretación de los Convenios Colectivos.

2.3. Tramitación, algunos aspectos procedimentales y validez de los Convenios Colectivos

Los artículos 89 y 90 del ET regulan la tramitación y validez de los Convenios Colectivos.

- En el apartado primero del artículo 89 del ET, se establece el deber de negociar de la parte que recibe la oferta de negociación, aunque debe destacarse que en modo alguno debe entenderse que esta obligación se extienda a la necesidad de llegar a acuerdo. Por otra parte, no existe mecanismo alguno que sancione la negativa a negociar.

Ambas partes deben negociar de buena fe.

- La representación de los trabajadores/as o de los empresarios que promueva la negociación lo comunicará a la otra parte por escrito, expresando detalladamente en esta comunicación la legitimación que ostenta, los ámbitos del Convenio y las materias objeto de negociación. De dicha comunicación se enviará copia a la autoridad laboral correspondiente, en función del ámbito territorial del Convenio (artículo 89.1 del ET).
- Existen dos excepciones al deber de negociar:
 - Cuando exista falta de legitimación, bien sea de la parte promotora o por la parte receptora de la oferta;
 - O cuando la oferta de negociación se dirija a modificar un Convenio en vigor.
- En el supuesto que se produzca violencia o intimidación sobre las cosas o personal, quedará suspendida de inmediato la negociación hasta que estas situaciones desaparezcan.
- En el plazo máximo de un mes a partir de la comunicación, debe constituirse la Comisión Negociadora. La parte receptora debe responder a la propuesta de negociación, y ambas partes podrán establecer un calendario o plan de negociación (artículo 89.2 del ET).
- En cualquier momento de las deliberaciones las partes podrán acordar la intervención de un mediador designado por ellas (artículo 89.4 del ET).

¹¹ Estos criterios interpretativos, según establece el Código Civil son: el lógico, gramatical, teleológico, sistemático e histórico

- Una vez cerrada la negociación, el texto debe ser presentado ante la autoridad laboral competente a los efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen (artículo 90.2 del ET).
- Los Convenios Colectivos han de efectuarse por escrito, pues si no serían nulos (así lo establece el artículo 90.1 del ET).

La documentación que debe presentar la Comisión Negociadora a la autoridad laboral comprende, como mínimo:

- Su escrito (o de su presidente) presentando el Convenio y solicitando su registro y publicación.
- El domicilio a efectos de notificaciones.
- El texto original del Convenio con cuatro copias, todo ello firmado por los componentes de la Comisión Negociadora, además de las actas de las reuniones celebradas, incluyendo las referentes a la constitución de la Comisión y firma del Convenio, así como las correspondientes hojas estadísticas.

- Para que el Convenio Colectivo tenga eficacia normativa, debe ser publicado en el Boletín Oficial correspondiente a su ámbito de aplicación, y así adquirir plena eficacia erga omnes. Tras el cumplimiento de los requisitos formales tiene aplicación imperativa y automática. La autoridad laboral dispondrá su publicación obligatoria y gratuita en el Boletín Oficial correspondiente en el plazo máximo de diez días desde la presentación del Convenio Colectivo en el registro.

La actuación de la autoridad laboral no es una mera cuestión formal. Debe someter a control de legalidad el Convenio que se le presenta previamente a su publicación, tal y como establece el artículo 90.5 del ET. La entrada en vigor de la ley 3/2007 ha añadido un apartado 6 al artículo 90 del ET, que obliga a la autoridad laboral a velar por el principio de igualdad en aquellos Convenios que podrían contener cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, sea ésta directa o indirecta.

Un aspecto importante en cuanto a la validez de los Convenios Colectivos introducido por el Real Decreto-ley 3/2012 ha sido la posibilidad de inaplicación del mismo en materia de jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites que previstos para la movilidad funcional y mejoras voluntarias a la Seguridad Social. El artículo 82.3 ET ha sido reformulado para ampliar los supuestos de descuelgue del Convenio que con la reforma anterior se limitaban al descuelgue salarial. Una vez más asistimos a una reforma laboral que sólo tiene como objetivo abaratar la mano de obra y precarizar las condiciones laborales para favorecer a empresas y empleadores en tiempos de crisis económica, o sencillamente, en tiempos en los que disminuyan sus beneficios. La vigencia del Convenio Colectivo está en peligro una vez que aparezcan «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» y la empresa y los representantes de los trabajadores acuerden el descuelgue. El trámite para alcanzar este acuerdo sigue los pasos del artículo 41.4 ET previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con su pertinente periodo de consultas. No obstante esto no constituye ninguna garantía si la representación legal de los trabajadores no presenta una respuesta combativa ante la propuesta empresarial, y sobre todo, si no existe una organización sólida con los demás trabajadores. El hecho de que el propio Estatuto de los Trabajadores ya prevea la posibilidad de inaplicación del Convenio



Colectivo en todas estas importantes materias, supone de por sí un ataque grave a la lucha laboral y sindical que garantiza, cómo no, a los intereses económicos de las empresas.

2.4. Entrada en vigor

El Convenio Colectivo entra en vigor cuando las partes lo acuerden, pues independientemente de su registro y publicación, en el texto de Convenio se puede pactar la retroactividad de sus efectos económicos.

Cuando un Convenio Colectivo sucede a otro, el nuevo deroga en su integridad al anterior, salvo en los aspectos que expresamente se mantengan (artículo 86.4 del ET). El nuevo Convenio Colectivo puede disponer sobre los derechos reconocidos en el anterior, aplicándose íntegramente lo regulado en el nuevo Convenio. Esto conlleva por tanto, que todas las materias reguladas en el anterior Convenio dejan de tener vigencia.

3. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Se regula en el artículo 87 del ET. La estructura de la legitimación para negociar en nuestro ET, se realiza en función del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo a negociar. Por legitimación se entiende la capacidad para negociar y hay que distinguir entre diferentes tipos de legitimación:

- la inicial que consiste en la capacidad de participar en la negociación;
- la plena que consiste en poder constituir el órgano de negociación (Comisión Negociadora);
- y la decisoria, que consiste en la capacidad de que lo pactado se convierta en Convenio Colectivo estatutario.

El momento en el que ha de tenerse en cuenta la legitimación, es el anterior a la firma del Convenio (así lo establece la STS de fecha 23 de noviembre de 1993). Por lo tanto, los niveles de representatividad que han de tenerse en cuenta son los «(...) existentes en el momento de iniciarse la negociación, pues es en ese momento en el que ha de fijarse la legitimación inicial del artículo 87.2 ET, que otorga el derecho a participar en la Negociación Colectiva formando parte de la comisión negociadora (artículo 87.5 ET). Es, por tanto, el nivel de representatividad existente en ese momento el que debe tenerse en cuenta a efectos del cómputo de las representaciones previsto en el artículo 89.3 ET (...)» (STS 23 de noviembre de 1993).¹²

También hay que indicar que no serán tenidos en cuenta pactos posteriores modificativos de aquella representatividad inicial surgidos de las elecciones sindicales (en este sentido la STS de 21 de octubre de 1997).

Hay que explicar en este momento que cuando se carece de legitimación, no es tanto que no se pueda negociar, como que lo que se negocie no será eficaz frente a toda la plantilla. Así se pactarían convenios de eficacia limitada, herramienta contractual utilizada muchas veces por la empresa para empeorar los derechos de los trabajadores/as con la aquiescencia de sindicatos que se prestan para tal labor.

¹² En este sentido las SSTS de fechas 9 de marzo de 1994, 19 de junio de 1995, 18 de diciembre de 1995 (en esta sentencia para un supuesto de representación empresarial) y 7 de julio de 1997

Con carácter previo debemos comentar brevemente que la Comisión Negociadora está compuesta por aquellos sujetos encargados de negociar el convenio colectivo y se encarga de llevar a cabo dicha negociación. Está compuesta por la parte empresarial designada por la empresa o asociaciones empresariales según su ámbito y, por la parte social, designada entre los legitimados para negociar tal y como se expondrá a continuación en las páginas siguientes (ver punto 2.8 de esta Guía). Está regulada en el artículo 88 ET.

Así, en relación con la legitimación, pueden negociar:

- **Convenios Colectivos de empresa o ámbito inferior:**

- *Del lado de los trabajadores/as:* Comité de Empresa, Delegados/as de personal, o representaciones sindicales si las hubiere (artículo 87.1 del ET)¹³.
 - Si así se recoge en un Convenio Colectivo anterior, también podrá establecerse la competencia para la negociación colectiva del Comité Intercentros¹⁴ (artículo 63.3ET). Dado que en la figura del Comité Intercentros deben establecerse su creación y funciones en una norma colectiva, se podrá, si así se ha pactado en la norma convencional anterior, establecerse la capacidad de negociación colectiva entre sus funciones.
 - Llamamos la atención sobre que el Comité de Empresa es un órgano que actúa colegiadamente; es decir, toma las decisiones de manera colectiva y por mayoría, salvo que en sus reglas de funcionamiento se haya establecido cualquier tipo de normas que exijan mayorías cualificadas para determinados temas (artículo 65.1 del ET).
 - Los Delegados/as de Personal actúan mancomunadamente (artículo 62.2 del ET).
 - Las representaciones sindicales vienen referidas a las Secciones Sindicales de empresa o de centro, siempre que tengan presencia en los órganos de representación unitaria¹⁵.
- *Del lado de las empresas:* Por la representación empresarial están legitimados **el empresario y sus representantes** (artículo 88.1 del ET).

- **Convenios Colectivos de ámbito superior a la empresa:**

- Del lado de los trabajadores/as (artículo 87.2 del ET):
 - Sindicatos más representativos a nivel estatal, así como en sus respectivos ámbitos, los entes sindicales afiliados, federados o confederados a los mismos.¹⁶ Son sindicatos más representativos a nivel estatal los que ostenten el

¹³ En principio, se entiende que corresponde negociar con la primera de las representaciones legitimadas, bien sea sindical o unitaria de los trabajadores/as, pero el criterio central que debe servir para acordar la representación de los trabajadores/as, es la imposibilidad de elegir interlocutor por parte de la empresa.

¹⁴ En este sentido STS 14.10.1993.

¹⁵ Ver sentencias SSTS 17.10.1994, 30.04.1996.

¹⁶ En relación con esta vinculación establecer que un sindicato que no disponga del 10% de representatividad en un ámbito geográfico o funcional determinado, puede estar legitimado para la Negociación Colectiva, si se encuentra afiliado, federado o confederado a un sindicato más representativo a nivel estatal o de Comunidad



- 10% o más del total de delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de representación de los trabajadores/as en las Administraciones Públicas.
- Sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, y en sus respectivos ámbitos, los entes sindicales afiliados, federados o confederados a estos.
 - Sindicatos que cuenten con un mínimo del 10% de los miembros de Comités de Empresa o Delegados/as de personal en el ámbito geográfico y funcional al que refiera el convenio.
 - Sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma según establece el artículo 7.1 de la LOLS para Convenios de ámbito estatal. Son sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma los que ostenten el 15% o más del total de delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal.
- Del lado de las empresas:
 - Las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del Convenio cuenten con el 10%, de los empresarios, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores/as afectados (artículo 87.3 del ET).
 - Las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos del 15 % (D.A.6ª del ET) de los empresarios y trabajadores/as, para Convenios de ámbito estatal (artículo 87.4 del ET).
 - En cuanto a la negociación en el ámbito de grupo de empresa, aunque a continuación lo veremos de manera detallada, hay que decir que la legislación no prevé nada expresamente. La doctrina judicial entiende que se aplicará el llamado criterio mixto: al banco empresarial se le aplicará el sistema previsto para el convenio de empresa y en el banco social se exigen los requisitos establecidos para los convenios supraempresariales. El criterio exigido a los Convenios supraempresariales consiste en que serán los sindicatos los que negociarán, y no los miembros de la representación unitaria.

3.1. Comisión negociadora

Está compuesta por aquellos sujetos encargados de negociar el convenio colectivo y se encarga de llevar a cabo dicha negociación. Defendemos que en la primera reunión tendente a formar la Comisión Negociadora deben concurrir, para su formación mediante los representantes sindicales, todas las secciones sindicales con representación en los órganos de representación de los trabajadores/as, aun cuando luego, en la posterior designación de los componentes sociales, por sus limitaciones numéricas, no todas puedan contar con algún miembro en el mismo, tal y como sostuvo la STC 137/1991, de 20 de junio, si bien en la práctica los órganos jurisdiccionales no son muy favorables a dicha exigencia siendo limitada su aplicación en la práctica.

La iniciativa para promover la negociación de un convenio colectivo corresponde, en cada unidad de negociación, a cualquiera de las partes con legitimación para negociar dentro de la misma.

Autónoma.

Para accionar la negociación, bastará con comunicárselo a la otra parte. La comunicación ha de ser escrita y expresando los requisitos que establece el artículo 89.1 del ET, es decir:

- La legitimación que ostenta.
- El ámbito de la negociación.
- Las materias a negociar.

De esta comunicación se ha de mandar copia a la autoridad laboral. Después, la parte destinataria de la solicitud está obligada a contestar en el plazo máximo de 1 mes desde su recepción, sin que pueda negarse al inicio de las negociaciones.

En el artículo 87.5 del ET se establece que todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la Comisión Negociadora. La Comisión Negociadora estará compuesta por aquellos sujetos legitimados, según el ámbito de Negociación Colectiva, tal y como se ha expuesto en el punto anterior.

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de Octubre de 2007 estimó, restrictivamente, que el derecho a la negociación no implica el derecho a la convocatoria, sino el derecho a no ser excluido de la misma, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso. En este sentido la sentencia dice:

«(...) el indicado derecho queda suficientemente garantizado cuando en autos quede acreditado que todos los interesados han tenido conocimiento de dicha negociación, lo que constituirá objeto de apreciación en cada caso, puesto que la falta de ese requisito equivaldría a una forma tácita de hacer ineficaz aquel derecho. Siendo esta tercera vía la mantenida por la Sala de instancia y la que esta Sala considera más adecuada a la normativa vigente al respecto. La Comisión Negociadora debe constituirse en el plazo de un mes a partir de la recepción de la comunicación del inicio de las negociaciones. En el acta de constitución han de expresarse los nombres y apellidos de sus componentes, junto con la credencial de la legitimación de cada una de las partes, y dejar constancia de a quien representan.»

La Comisión Negociadora carece de personalidad jurídica. Los acuerdos de la Comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones (artículo 89.3 del ET).

La designación de los componentes corresponde a las partes negociadoras y representarán como mínimo a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal en su caso. El reparto de los miembros se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales y empresariales en el ámbito territorial de la negociación (art.88.2 del ET). La sentencia de 7 de marzo de 2002 del Tribunal Supremo señala que dado que la legislación deja al arbitrio de la voluntad de las partes la composición numérica de la mesa negociadora, y salvo casos de abusivo ejercicio de este derecho o torcido propósito de excluir a un sujeto legitimado, no corresponde a los Tribunales entrar a valorar los acuerdos sobre la misma.

En los Convenios de ámbito empresarial, en la Comisión Negociadora no podrá superarse el número de trece miembros por ninguna de las partes.

En los de ámbito superior, el número de representantes de cada parte no excederá de quince (artículo 88.3 del ET).

La Comisión Negociadora podrá tener un presidente con voz pero sin voto, designado libremente por aquélla. En el supuesto de que se optara por la no elección de presidente, las partes



deberán consignar en el acta de la sesión constitutiva de la Comisión los procedimientos a emplear para moderar las sesiones, debiendo firmar las actas un representante de cada una parte, junto con el secretario (artículo 88.3 del ET).

En cuanto al procedimiento de designación de los componentes de la Comisión, nada regula el ET, por lo que se han alegado diferentes criterios: libertad absoluta del comité para su designación; el criterio proporcional a la mayoría electoral, y el criterio proporcional a la representación en el Comité de Empresa.

La jurisprudencia se ha inclinado por el criterio proporcional, al establecer que la representación en la Comisión Negociadora de un Convenio Colectivo ha de mantener el mismo criterio proporcional que en el seno del Comité de Empresa (ATS 19 de febrero de 1992).

3.2. Especial referencia a los Convenios Colectivos de grupo de empresas

Los Grupos de Empresas carecen de definición normativa, basándose en una serie de rasgos tipológicos que los caracterizan, y que fundamentalmente son la existencia de relación de dependencia, la de una dirección unitaria y la de un interés unitario del grupo en su conjunto.¹⁷

No se trata de un ámbito de carácter empresarial, pero tampoco de una unidad supraempresarial¹⁸ estableciéndose como criterio determinante la «unidad de dirección», que implica una especial cohesión de los intereses en juego, y que conlleva estar ante un ámbito empresarial, aunque en él actúen distintos entes con la condición formal de empresarios. Así, pueden entenderse como tal al grupo de empresas o la empresa de grupo.¹⁹

Sin embargo, el R.D.— ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, introdujo una nueva redacción del artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores, mediante la que se establecía por primera vez una serie de reglas legales sobre los Convenios Colectivos de grupos de empresas. Esta reforma dispone que cuando se trate de convenios para un grupo de empresas o de empresas vinculadas, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la misma que para la negociación de convenios colectivos sectoriales (art.87.1 ET). Esto es, del lado de la representación de los trabajadores quedan excluidos de la negociación aquellos con menos del 10% de representación y las candidaturas independientes.

Del lado empresarial, tiene capacidad inicial para negociar, la representación de tales empresas integrantes de un grupo de ellas o de empresas vinculadas (art.87.3 b).

Sin embargo, para formar parte de la comisión negociadora es necesario que la representación de los trabajadores represente a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, y en caso de la representación empresarial, es necesario que los empresarios ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio (art. 88.2 ET).

¹⁷ Caracterización extraída de Baz Rodríguez, Jesús, *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Ed. Comares, Granada, 2002.

¹⁸ En este sentido, página 28, Desdentado, A., y Valdés, B. *La Negociación Colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo*, Ed. Trotta, 1998, Valladolid

¹⁹ Independientemente de coincidencias o no con las cuestiones aquí expuestas, para este apartado se han tenido en cuenta las valoraciones y análisis establecidas tanto en el libro de Desdentado, A., y Valdés B., así como la Comunicación a la primera Ponencia, realizada por Terradillos Ormaetxea, E., presentada en las XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, publicada en *Cuestiones actuales sobre la Negociación Colectiva*, Ed. MTAS, 2002, Madrid.

La jurisprudencia ha establecido que una asociación integrada por empresas independientes que forman un grupo para la defensa de intereses comunes, está legitimada para negociar el convenio colectivo que será de aplicación a las empresas del grupo (STS 934/2016). La representatividad de dichas asociaciones para negociar el Convenio Colectivo habrá de fijarse en el momento de iniciar la negociación (SAN 218/2015). En cuanto a la representación de los/as trabajadores/as, las legitimaciones exigidas para la negociación colectiva estatutaria de Convenios Colectivos de grupos de empresas deben acreditarse en el momento de la constitución de la comisión negociadora (SAN 45/2017).

En cuanto a la composición de dicha comisión negociadora, la Audiencia Nacional tiene establecido que para computar la representatividad de las secciones intervinientes en el proceso de negociación deben computarse todos y cada uno de los representantes unitarios de las mismas que en el momento de constituirse la comisión negociadora se encuentren en el efectivo desempeño de su cargo, ya sea de forma ordinaria, o en funciones (SAN 45/2017).

3.3. Especial referencia a los Convenios de franja o de grupo de trabajadores/as

Los convenios de «franja» son aquellos aplicables «(...) a un grupo de trabajadores/as caracterizados por pertenecer a un mismo grupo, categoría profesional o puesto de trabajo, por poseer una misma titulación profesional o por pertenecer a una misma sección o departamento (...)»,²⁰

El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva modificó la redacción del artículo 87 ET para introducir normativamente esta figura, denominándolos como «convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico».

Estos convenios respetarán la legitimación correspondiente en función del ámbito de los mismos, bien sea empresarial o supraempresarial. Es decir, si se trata de un convenio franja en un ámbito empresarial será esta la legitimación exigida, mientras que si se trata de un convenio franja o de grupo de trabajadores/as que afecte a trabajadores/as de todo un sector o de varias empresas, corresponderá la legitimación exigida para ámbitos supraempresariales (explicadas anteriormente).

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 dictó que este tipo de convenios no lesiona el principio de igualdad y de no discriminación, ya que se dirige a un colectivo determinado dentro de una empresa. Este tipo de convenios no podrá regular materias propias de una regulación unitaria de toda la plantilla como, por ejemplo, el establecimiento del colegio electoral.

Quiénes han de negociar el convenio franja, como señala la Audiencia Nacional en Sentencia 54/2014, son los representantes sindicales de aquellos a quienes afecta, y a través del trámite electoral que se configura en el artículo 87.1, concretamente en su párrafo cuarto, y el cuerpo electoral, para su elección, deben ser los trabajadores afectados por el convenio franja. Es decir, la negociación corresponde a las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representantes. Continúa esta Sentencia afirmando que el Sindicato ostenta plena legitimidad (formando parte de la comisión negociadora), cuando obtenga una amplia

²⁰ Definición extraída de Albiol Montesinos I., y Sala Franco T., *Derecho Sindical*, 7ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001



presencia en el proceso electoral, esto es, más del 5% de los votos, siguiendo los parámetros establecido en el artículo 71.2 b) del ET, que se aplica con analogía en este procedimiento.

3.4. Acuerdos marco

En los artículos 83.2 y 83.3 del ET se establece la posibilidad de llegar a determinados acuerdos que inciden sobre la marcha y desarrollo de la Negociación Colectiva. Estos pactos actúan como límites a la Negociación Colectiva y se denominan Acuerdos Marco, aunque propiamente no son un Convenio Colectivo en el sentido del artículo 82 del ET. Coloquialmente se les conoce como «Convenios para convenir».

Se establece para los Acuerdos Marco que tendrán el mismo tratamiento que se establece en el ET para los Convenios Colectivos.

Estos acuerdos fijan la estructura de la Negociación Colectiva y las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre Convenios de distinto ámbito, y los principios de complementariedad de las diversas unidades de negociación.

Aunque son distintos de los Acuerdos sobre Materias Concretas que regulan de modo directo determinadas materias, también pueden regular materias concretas, aunque frente a los anteriores, los Acuerdos Marco requieren su posterior recepción en un Convenio Colectivo posterior.

Su unidad de negociación en lo territorial puede alcanzar a todo el Estado, así como en lo funcional pueden referirse al conjunto de relaciones de trabajo o a un sector significativo de las mismas.

Los sujetos negociadores legitimados, son las organizaciones sindicales o asociaciones patronales más representativas de carácter estatal o de Comunidades Autónomas.

Su finalidad es establecer reglas o pautas sobre la estructura de la Negociación Colectiva en el ámbito interprofesional o sectorial en el que se aplican así como sobre el conjunto de los Convenios Colectivos negociados en ámbitos inferiores.

Respecto a sus efectos, obligan a los negociadores firmantes en su ámbito de aplicación, y tal y como anteriormente se enunció, carecen de operatividad automática sobre las relaciones de trabajo individuales comprendidas en su ámbito propio, requiriendo para alcanzar plena eficacia y efectividad jurídica que sus cláusulas se incluyan en los Convenios de su ámbito de aplicación.

Al regular cuestiones genéricas se supone que no son de directa aplicación, aunque en la práctica esto no siempre es así. Sus previsiones son de orden formal y no sustantivo.

La negociación se circunscribe a las siguientes materias:

- Ordenar el sistema de negociación colectiva y definir las unidades de negociación.
- Establecer criterios de complementariedad entre Convenios de distinto ámbito y distribuir contenidos entre unidades de negociación.
- Articular reglas que resuelvan los conflictos de concurrencia.
- Establecer otros mecanismos de coordinación entre Convenios Colectivos de ámbito distinto.

Los Acuerdos Marcos deben ser inscritos en el Boletín Oficial, al igual que el Convenio Colectivo.

En conclusión, la finalidad del Acuerdo Marco es encuadrar la negociación colectiva del sector o sectores comprendidos dentro de unos parámetros, con el objetivo de lograr una uniformidad en los convenios que se negocien a posteriori.

3.5. Acuerdos sobre materias concretas

La finalidad de los acuerdos sobre materias concretas reside en que buscan establecer de un modo directo e inmediato una regulación determinada, mientras que se diferencian del Acuerdo Marco en que éste está encaminado a regular la estructura o el contenido de la negociación colectiva ordinaria.

Los acuerdos sobre materias concretas no abarcan la totalidad de cuestiones de la relación laboral. Aunque sí pueden regular algún aspecto concreto como la jornada de trabajo, la clasificación profesional, etc.

Se reconoce a las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas la posibilidad de negociar acuerdos sobre materias concretas.

Estos acuerdos pueden realizarse por los mismos sujetos negociadores y ámbitos que los Acuerdos Marco.

Los Acuerdos sobre Materias Concretas no requieren la posterior recepción de lo en ellos regulado por un Convenio Colectivo posterior de ámbito más reducido. Tienen la eficacia que se le otorga a un Convenio Colectivo Estatutario a nivel personal y normativo de manera general.

Algunos ejemplos de estos acuerdos sobre materias concretas son los acuerdos nacionales sobre formación continua o el acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos. Un ejemplo histórico de un Acuerdo sobre materias concretas es el de 28 de abril de 1997 sobre cobertura de vacíos de regulación, fruto de la derogación de las ordenanzas laborales.

Los acuerdos sobre materias concretas deben ser inscritos en el Boletín Oficial correspondiente a los Convenios Colectivos.

Es importante apuntar que esta distinción entre acuerdos marco y acuerdos sobre materias concretas es a nivel didáctico o teórico, porque la práctica es mucho más compleja ya que los sujetos con capacidad negociadora realizan acuerdos que contienen elementos de ambos tipos.

3.6. Acuerdos de empresa

3.6.1. Cuestiones Generales

Los acuerdos de empresa son una manifestación del derecho de negociación colectiva en la empresa, pero son diferentes de los convenios colectivos, que contienen una regulación de conjunto sobre diferentes aspectos concretos de la relación laboral (salario, jornada, vacaciones, régimen de trabajo, etc.).

Los Acuerdos de Empresa regulan materias muy concretas sobre salario, jornada, clasificación profesional, organización del trabajo, etc. El Convenio Colectivo se encarga de la ordenación completa de las condiciones de trabajo.

Aunque esta figura ya existía antes, fue la reforma laboral de 1994 la que generalizó y potenció la figura del acuerdo de empresa para regular y resolver materias y situaciones colectivas de las relaciones laborales.

Este instrumento de pacto colectivo está siendo utilizado²¹ en la práctica para llevar a cabo la denominada como desregulación y flexibilización de las relaciones laborales, desarticulando

²¹ En el mismo sentido, numerosas materias que anteriormente se encontraban recogidas en la legislación estatutaria como mínimo imperativo, se dejan tras la reforma al ámbito de la negociación colectiva, pasando de ser mínimos necesarios e imperativos a ser topes máximos en la negociación colectiva.



la imperatividad de los convenios y las normas generales. Es decir, este acuerdo de empresa es un instrumento fijado para que las empresas puedan adaptar en la medida en que lo precisen, las relaciones laborales a cada circunstancia y, que se justifica bajo la presunta participación más directa de los trabajadores/as y sus representantes en las decisiones concretas en la empresa, pero permitiendo la creación de un derecho empresarial a la carta para las gerencias empresariales mientras se reduce el derecho laboral mínimo necesario e imperativo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 ha establecido que los acuerdos de empresa son válidos siempre que limiten su eficacia al ámbito de aplicación de los sujetos que lo promueven y, en su caso, a quienes se adhieran a ellos.

Los acuerdos de empresa no pueden regular condiciones de trabajo o de empleo con proyección de generalidad para todos los trabajadores/as del ámbito funcional correspondiente, ya que la eficacia *erga omnes* (frente a todos) se reserva a los convenios colectivos que cumplan los requisitos del título III del Estatuto de los Trabajadores salvo expreso amparo normativo (en especial tras la reforma de la Ley 35/2010, en materias como modificación sustancial de las condiciones de trabajo u otras).

La legislación laboral no establece una regulación del régimen jurídico sobre los acuerdos de empresa, de modo que su desarrollo transcurre por cauces informales. Tampoco se les exige su publicación en un boletín oficial.

No se les exige que reúnan los requisitos de legitimación del Título III del Estatuto de los Trabajadores, aunque cabe señalar que si reúnen estos requisitos tendrán fuerza vinculante (Véase la sentencia del TSJ de Catalunya de 1-6-1999).

El ET se refiere en 7 materias concretas a los denominados como «*acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores*».

3.6.2. Materias objeto de regulación

Estas materias expresamente reguladas son las siguientes:

Cuadro nº 7

MATERIAS OBJETO DE REGULACIÓN	REGULACIÓN
Sistema de clasificación	Art. 22.1 ET
Régimen de ascensos	Art. 24.1 ET
Modelo de recibo de salarios	Art. 29.1 ET
Fecha de abono de una de las gratificaciones extraordinarias	Art. 31 ET
Distribución irregular de la jornada a lo largo del año	Art. 34.2 ET
Límite de las nueve horas diarias ordinarias de trabajo efectivo	Art. 34.3 ET
Acomodación de la representación de los trabajadores/as a las disminuciones significativas de plantilla	Art. 67.1 ET

Asimismo, debemos indicar otras materias en las cuales se pueden llegar a acuerdos con la misma naturaleza de acuerdos de empresa: en materias concretas tras periodos de consultas o sobre determinadas cuestiones que tienen regulada la posibilidad de negociación entre empresa y representantes de los trabajadores/as. Éstas son:

Cuadro nº 8

MATERIAS OBJETO DE REGULACIÓN	REGULACIÓN
Acuerdo en período de consultas en materia de traslado colectivo.	Art. 40.2 ET
Acuerdo en período de consultas en materia de modificación de condiciones establecidas en convenio.	Art. 41.2 ET
Acuerdo en período de consultas en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.	Art. 41.4 ET
Acuerdo en período de consultas en materia de suspensión del contrato por causa económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.	Art. 47.1 ET
Acuerdo en período de consultas en materia de despido colectivo.	Art. 51.2 ET
Acuerdo en relación con sucesión de empresas, entre cesionario y los representantes de los trabajadores/as, por motivo de las relaciones laborales de los trabajadores/as afectados y adopción de las medidas laborales en relación con sus trabajadores/as.	Art. 44.4 y 9 ET
Acuerdo sobre concreción del tiempo para la reunión de trabajadores/as.	Art. 78.1 ET
Acuerdo sobre la cláusula de descuelgue del convenio	Art. 82.3 ET
Acuerdo sobre limitación del disfrute de los mismos en función de las necesidades del proceso productivo.	Art. 9.1 LOLS
Acuerdo para la ampliación del número de delegados sindicales.	Art. 10.2 LOLS
Acuerdo sobre acumulación del medio día de descanso en el sector del comercio y hostelería.	Art. 6, Real Decreto 1561/1995, sobre Jornadas Especiales de Trabajo.
Acuerdo sobre condiciones de trabajo especiales, tanto en condiciones especiales de aislamiento o lejanía o en jornadas fraccionadas.	Art. 21 y 22.2, Real Decreto 1561/1995, sobre Jornadas Especiales de Trabajo.
Acuerdo para crear el Comité de Empresa Europeo.	Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores/as en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
Acuerdo sobre creación de un Comité Intercentros de Seguridad y Salud.	Art. 38.3 LPRL
Convenios colectivos sobre encargos o reservas de materias puntuales para ser objeto de posteriores acuerdos de empresa.	Convenio Colectivo correspondiente.

De estos acuerdos de empresa podemos señalar en primer lugar su informalidad de procedimiento al no establecer nada el marco legal, y su carácter subsidiario de los convenios colectivos, pues así lo establece el propio ET en los supuestos en los cuales cita dicha posibilidad de acuerdo de empresa.

Son acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, debiendo entenderse incluidos en éstos tanto a los sindicales como a los unitarios.

Para los acuerdos de empresa no existe obligación de publicación oficial, ni de depósito o registro.

El Acuerdo puede ser subsidiario del Convenio Colectivo. La legislación contempla esta posibilidad cuando no exista Convenio o cuando no se haya regulado una materia concreta. Su finalidad es colmar vacíos normativos que han de ser cubiertos por la volun-



tad del legislador, por el Convenio Colectivo o por un concierto entre el empresario y los representantes de los trabajadores. En esta lid se expresan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de 27-09-2001 y 28-06-2002.

Respecto a el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de la movilidad geográfica es de señalar que la reforma laboral aprobada mediante Real Decreto-ley 3/2012 es lesiva para los intereses de los trabajadores/as permitiendo inaplicar lo establecido en convenios colectivos de sector a nivel de empresa para todo tipo de medidas, ya sean individuales o colectivas. Además amplía las condiciones que pueden verse afectada por tales medidas.

Cabe decir lo mismo respecto a la cláusula de descuelgue del Convenio Colectivo. La citada disposición normativa, de medidas urgentes para la reforma el mercado de trabajo, viene a modificar el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores estableciendo la posibilidad de pactar la inaplicación una serie de materias esenciales de la relación laboral, pactadas en convenio previo acuerdo de la empresa y los representantes de los trabajadores/as. Para que esto se produzca, han de concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que la empresa ha de justificar y pactar con la representación de los trabajadores. Sin embargo la letra del Estatuto de los Trabajadores permite ya que la empresa inaplique condiciones básicas que regulan la relación laboral toda vez que sus ingresos hayan disminuido levemente o quiera implantar medidas más competitivas. Y todo ello, entiende la reforma, es un instrumento empresarial que puede aplicarse cuando la situación de la empresa y sus perspectivas económicas pudieran verse dañadas si se aplicara lo pactado en convenio. Si no hay representación legal de los trabajadores/as en la empresa se podrá designar una comisión designada por los trabajadores/as entre los sindicatos representativos en el sector. Si el periodo de consultas que se abra para conseguir un acuerdo, se presumen que concurren las causas justificativas para la inaplicación del régimen salarial solo pudiéndose impugnar por dolo, fraude o abuso de derecho para fraguar los acuerdos. Además, mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico o estatal se deberán establecer los procedimientos para resolver las discrepancias respecto al descuelgue incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante.

También es importante recordar la sentencia del TSJ de Catalunya de 19-06-2008, que establece que un pacto de mejoras económicas, alcanzado en un centro de trabajo por la empresa y los representantes de los trabajadores/as, no se deroga por un Convenio de sector cuando su contenido no coincide exactamente con dicho pacto y en el propio Convenio se establece el respeto a las condiciones más beneficiosas, que tampoco pueden ser absorbidas por acuerdos posteriores.

El acuerdo alcanzado para el descuelgue permite a la empresa inaplicar el mencionado Convenio cuando concurren circunstancias tasadas. La inaplicación del Convenio se ha de ceñir a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social (art. 82.3 ET).

3.6.3. Distinción de los acuerdos de empresa y los convenios colectivos irregulares

Se debe distinguir entre los Acuerdos de empresa y los Convenios Extraestatutarios por ser dos figuras distintas de diferente naturaleza y con elementos diferenciadores. (Los Convenios Colectivos extraestatutarios son tratados en el punto 7 de este capítulo). Mientras el Convenio extraestatutario no está reconocido de modo explícito en el ET, sí que ocurre esto respecto del Acuerdo de empresa.

Las materias que pueden ser objeto del Acuerdo de empresa se encuentran tasadas, y no así las materias a regular por el Convenio extraestatutario o pacto de eficacia limitada. Si bien el Acuerdo de empresa tiene un ámbito empresarial, los Convenios extraestatutarios pueden tener ámbito de aplicación supraempresarial. De hecho, si un acuerdo de empresa no cumpliera con los criterios de legitimación negocial, no sería un Acuerdo de empresa sustitutorio de la negociación colectiva estatutaria, sino un Convenio extraestatutario de eficacia jurídica contractual y eficacia personal sólo aplicable a los firmantes y a los adheridos.

3.6.4. Legitimación negocial

Como consecuencia de su eficacia jurídica normativa y personal general y su carácter subsidiario de los Convenios Colectivos estatutarios, los negociadores deben cumplir los criterios generales de legitimación para la negociación colectiva estatutaria de empresa, expuestos en los párrafos anteriores.

Sólo podrán negociar estos Acuerdos de empresa la representación unitaria de los trabajadores/as, o la representación sindical que cuente con la mayoría de la representatividad.

4. CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

4.1. Generalidad

Según el artículo 84 del ET, un Convenio Colectivo durante su vigencia no puede verse afectado por lo dispuesto en Convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario. No obstante, la reforma de 2012 ha modificado las reglas de concurrencia entre convenios colectivos sectoriales o autonómico y los convenios de empresa, ya que se prioriza la aplicación de éste último sobre el resto en las siguientes materias: cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos, horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa, medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal y aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET.

La voluntad del legislador es palmaria en cuanto a la concurrencia de convenios; el artículo 84.2 establece que «*Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 (acuerdos colectivos y de empresa) no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado*».



Esta reforma continúa la línea de descentralización de la negociación colectiva, dando prioridad a la negociación empresarial para promocionar su adaptabilidad a las exigencias del mercado en materias clave para la competitividad y la productividad empresarial.

Igual tratamiento reciben los convenios colectivos de grupo de empresas o empresas vinculadas.

La jurisprudencia ha ido detallando los casos en los que procede tal prioridad aplicativa. El Tribunal Supremo en Sentencia 773/2016 ha establecido que un convenio colectivo de «grupo» de empresas, pese a su denominación, no tiene prioridad aplicativa respecto a un Convenio Colectivo de ámbito estatal si dicho convenio se negocia exclusivamente con la representación de los trabajadores de un concreto ámbito geográfico y no se pacta con la representación del ámbito geográfico del grupo. Mismo pronunciamiento llevó a cabo el Tribunal Supremo al denegar la prioridad aplicativa a un convenio inferior a la empresa de frente a un convenio colectivo estatal, puesto que aquél sólo era un convenio respecto a un centro de trabajo (STS 404/2017).

La prioridad aplicativa del convenio de empresa (o grupos de empresas, empresas vinculadas) no implica que pueda aplicarse a situaciones anteriores a la reforma del 2011, de medidas para la negociación colectiva, ni tampoco pueda tener consecuencias futuras derivadas de situaciones producidas con anterioridad (STS 18 de febrero de 2015).

4.2. Concurrencia en casos de sucesión de empresas

Un supuesto especial de concurrencia se produce en los casos de sucesión de empresa. Aunque es difícil establecer claramente los efectos de una sucesión de empresas, hay que señalar que el artículo 44 del ET establece que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior; es decir, se mantiene la aplicación del anterior Convenio Colectivo durante su vigencia, y hasta que se pacte un nuevo Convenio Colectivo.

Para el caso en el que la empresa realice nuevas contrataciones, éstas ya no quedarán afectas por la vigencia del Convenio de transmisión, pudiendo existir trabajadores/as regulados por diferentes normas colectivas en la misma empresa, a consecuencia de lo establecido en el artículo 44 del ET.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en Sentencia 2108/2017 ha establecido que en supuestos de sucesión de empresas, el convenio colectivo aplicable se corresponde con el de la empresa cedente, y dicho Convenio Colectivo, aún en fase de ultraactividad, sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Por tanto, la sucesión de empresa operada por la vía del art. 44 ET, no supone la pérdida automática de las condiciones de trabajo existentes en la empresa cedente, de acuerdo con el principio de continuidad de la relación de trabajo que acoge el precepto. Pero dicho principio, continúa la Sentencia, no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, pues ello supondría condenar al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores. Quiere esto decir que por vía de convenio colectivo posterior al cambio de titularidad de la empresa, se puede proceder a tal regulación homogénea de condiciones de trabajo, de modo que en el futuro los trabajadores habrán de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulen la relación laboral con el nuevo empleador.

En el caso de que el Convenio Colectivo finalice su vigencia, seguirán siendo aplicables las cláusulas normativas hasta que se pacte una nueva norma de carácter colectivo.

5. LA COMISIÓN PARITARIA

Con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012, en los Convenios Colectivos se debía establecer una Comisión que administrara el Convenio Colectivo, es decir, la resolución de conflictos interpretativos, el establecimiento de la necesidad de acudir a la misma ante conflictos colectivos como cuestión preprocesal, la vigilancia de su cumplimiento, la resolución de dudas en cuanto a redacción y aplicación o interpretación de lo que los firmantes, etc.

Estas funciones sin embargo han experimentado un cambio sustancial con la reforma operada mediante Real Decreto-ley 3/2012, pues ésta ha alterado el contenido mínimo que deben recoger los Convenios Colectivos. La nueva redacción del artículo 85.3 ET ya no establece un listado de funciones amplio de la Comisión Paritaria, sino que por el contrario, se limita a este texto a establecer tan solo este contenido mínimo: *«Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83»*. Por tanto, las anteriores funciones que ostentaba la Comisión Paritaria antes de la reforma desaparecen en su mayoría con ésta, quedando reducidas a la aplicación de las cláusulas que prevean procedimientos de mediación y arbitraje para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios y la interpretación y aplicación del convenio en supuestos de conflictos colectivos antes de acudir a la vía judicial.

La composición de la Comisión Paritaria está determinada por la representatividad ostentada en el momento de la firma del convenio, como bien señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015.

No obstante, la posición de este sindicato es que la gestión y administración del convenio, en realidad, supone la gestión de los problemas y cuestiones tanto laborales como sindicales que se producen en su ámbito de aplicación (empresa, sector, etc.) lo que debería conllevar que participasen en las mismas todas las organizaciones sindicales con presencia en dicho ámbito y que representen los intereses de trabajadores y trabajadoras en relación con la aplicación de la norma convencional.

Los problemas surgen en torno a determinadas funciones de interpretación, que en realidad consisten en redactar con nuevo contenido, o desarrollar aspectos que están parcialmente regulados en el Convenio Colectivo. En este sentido, la STS de 26 de abril de 1997, en relación con la aplicación del Convenio de RENFE, establece que las «Comisiones Negociadoras» son las que se constituyen para modificar las condiciones de trabajo pactadas para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del Convenio.²²

Se debe establecer una clara diferencia entre lo que es interpretar un determinado aspecto del convenio, su alcance, su aplicación y lo que supone negociar, que es cualquier forma de va-

²² Frente a las comisiones anteriormente descritas, dice la propia sentencia que las comisiones «aplicadoras» o de administración «son las que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del Convenio Colectivo, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados».



riar el contenido, adaptarlo, etc., para el que se debería exigir la presencia de todas las partes negociadoras.

Al respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras, SSTC 9/1986, 39/1986 y 231/1991, giró en torno a dos ideas básicas:

- a) La exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que no ha firmado ni al que se ha adherido, puede constituir lesión del derecho a la libertad sindical en cuanto que suponga una limitación y un desconocimiento del derecho a la negociación colectiva, y ello cuando se trate de comisiones negociadoras, con la función de establecer modificaciones del convenio o nuevas reglas no contenidas en el mismo.
- b) La no suscripción de un convenio colectivo no puede suponer para un sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, en la negociación de cuestiones nuevas, no conectadas ni conectables directamente con dicho acuerdo.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 noviembre de 2015 continuó dicha doctrina indicando que la limitación inconstitucional del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte, que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora. Por tanto, se distinguen entre comisiones negociadoras y comisiones aplicadoras. Son las primeras las que se constituyen para la modificación o creación de reglas nuevas, y son las segundas las que tienen por objeto la aplicación o interpretación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, o la adaptación de alguna de ellas a las peculiares circunstancias de un caso concreto. En aquéllas tiene derecho a integrarse cualquier sindicato que esté legitimado para negociar. La participación en las segundas puede restringirse a los firmantes del acuerdo, sin que tal limitación suponga merma de los derechos de libertad sindical. Los supuestos dudosos han de resolverse en favor de atribuir una cualidad negociadora para no conculcar el derecho fundamental de libertad sindical.

Esta línea es sostenida igualmente por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, el cual argumenta que no existe lesión del derecho fundamental de libertad sindical cuando se excluye a un sindicato no firmante del convenio, de diversas comisiones de trabajo y comisión paritaria siempre y cuando éstas no ejerzan funciones negociadoras (STSJ Asturias 247/2016).

Las funciones de la comisión paritaria por tanto, no pueden ser normativas, y si el Convenio Colectivo la dota de tales capacidades, éstas serán declaradas nulas en caso de impugnación judicial (STS 412/2017).

Es difícil establecer una clara delimitación en relación con la labor interpretadora de la Comisión Paritaria, debiendo estar al caso concreto, sin que haya unas normas taxativas que nos puedan servir, habiendo establecido el Tribunal Supremo que deben basarse en las reglas de interpretación de las normas, así como de los contratos, pero que debe contrastarse en el caso concreto si en realidad se ha excedido lo regulado desarrollando lo pactado o modificándolo.

Es esencial conocer los límites a que se está sometida la Comisión Paritaria para tratar de saber cuándo se extralimita en sus funciones. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 establece que la Comisión Paritaria no puede arrogarse otras funciones que aquellas que expresamente le atribuye el Convenio por el que ha sido creada, y las atribuciones que convencionalmente le sean atribuidas no pueden ser mayores ni distintas a lo que permite la ley.

Sí se pacta la obligatoriedad de la interpretación por parte de la Comisión Paritaria previa al acceso jurisdiccional, ésta no es cuestionable (STC 217/1991). En cambio, si no está pactado expresamente es una exigencia que no se puede imponer.

No es exigible esa obligatoriedad cuando la cláusula que regula la Comisión Paritaria se limita a atribuir con carácter genérico su naturaleza de órgano interpretador, no siendo tampoco preceptivo el trámite, si no se trata de interpretar una norma de un Convenio (en este sentido, la STS de 17 de febrero de 1997) y se va imponiendo jurisprudencialmente que tampoco es obligatorio acudir a la misma cuando el convenio esté vencido, por su carácter obligacional (SAN de 8 de octubre de 2009).

En cuanto a la función preprocesal de la Comisión Paritaria, la Jurisprudencia de la Audiencia Nacional ha establecido que, en caso de que los Convenios Colectivos impongan la obligación de someter las cuestiones contenciosas a la Comisión Paritaria, ésta no se incumple cuando se acude a la vía judicial o administrativa cuando es un requisito de imposible cumplimiento, como por ejemplo, que la Comisión Paritaria no esté constituida (SAN 137/2016).

6. DENUNCIA DEL CONVENIO COLECTIVO

El mismo Convenio debe reflejar el plazo de denuncia, en el cual una de las partes dirigirá escrito a la otra parte y a la autoridad laboral, denunciando el Convenio.²³

Están legitimadas para realizar dicha denuncia aquellos que estén legitimados para acudir a la negociación, es decir, los que tienen legitimación plena para dicho convenio. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1997 estableció que esta facultad corresponde a la parte del convenio entendiendo parte como «no a cada uno de los múltiples posibles sujetos colectivos que tienen derecho a participar en la negociación». Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 21 de mayo de 2002 estableció que la capacidad de proceder a la denuncia del convenio no solo compete a los sujetos negociadores del mismo sino a todos los que reúnan los requisitos de legitimación plena.

De todas formas, habrá de llevarse a término la denuncia tal y como recoja el propio convenio que recogerá la forma y las condiciones de la denuncia y el plazo necesario para ello, tal y como establece el artículo 85.3 del ET.

Las partes negociadoras del Convenio establecerán su vigencia temporal y, salvo pacto en contrario, se prorrogará de año en año si no se realiza la denuncia expresa antes mencionada (artículo 86.3 del ET).

Denunciado un convenio y hasta que no se logre el acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio, que decaerán a partir de su denuncia. No obstante, las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen (artículo reformado por el R.D-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva).

²³ Los Convenios Colectivos suelen fijar un término para la denuncia del convenio, que suelen contener cláusulas que requieren la denuncia en los dos o tres meses anteriores a la finalización de la vigencia del Convenio Colectivo. Esto supone que si finaliza la vigencia de un Convenio Colectivo el día 31 de diciembre de 2017, se debería denunciar según la cláusula, antes del 30 de septiembre o el 31 de octubre.



Hay varias cuestiones a resaltar, expuestas todas ellas en la Sentencia 1035/2016 del Tribunal Supremo. Una de ellas es que la denuncia del convenio a que se refiere el art. 86, no equivale a la comunicación exigida para abrir nuevas negociaciones que regula el art. 86 ET y 89 ET, aunque en bastantes ocasiones tales actos se lleven a cabo conjuntamente. La otra de las cuestiones importantes que destacar es el hecho de que para la denuncia del convenio colectivo no es imprescindible contar con la representatividad plena sino que basta con la inicial; esa exigencia sí opera cuando se desea poner en marcha el procedimiento para la renegociación del convenio en cuestión. Pero solo si los términos legales son inequívocos, habríamos de restringir la legitimación para denunciar el convenio a quienes poseen legitimación plena para negociar.

7. LOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS (EFICACIA LIMITADA)

Son Convenios Extraestatutarios aquellos Convenios Colectivos que no cumplen los requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, como son los de legitimación explicados anteriormente (tanto para la negociación como para la suscripción), la publicación en el BOE.

Sólo el Convenio Colectivo estatutario, esto es, el que cumple los requisitos establecidos en el Título III del ET, tiene eficacia normativa de carácter general, lo que se denomina eficacia general o erga omnes (STC 177/1988).

Fundamentalmente, este tipo de Convenios son aquellos que no respetan los requisitos relativos a la legitimación inicial o plena, ni en la negociación ni en la toma de acuerdos. Su ámbito de aplicación comprende a los trabajadores/as y empleadores afiliados a las organizaciones sindicales y patronales pactantes.

Según la jurisprudencia, este tipo de Convenios no tienen carácter normativo, por lo que las partes deberían llevarlo a los contratos individuales.

A la hora de negociar se les aplican las mismas reglas funcionales y territoriales que al Convenio Colectivo Estatutario pero no puede regular materias reservadas al Convenio Colectivo de eficacia general (por ejemplo: la constitución del Comité Intercentros) tal y como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2007.

Tampoco puede ser objeto de estos Convenios la regulación de condiciones de trabajo o empleo con proyección general para todos los trabajadores/as del ámbito funcional de aplicación; el desbordamiento de este límite natural de eficacia lleva consigo la nulidad de los pactos o cláusulas afectados. (Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006.) Por ejemplo, no podría regular materias como la clasificación profesional, la promoción profesional o la clasificación de las oficinas, pues tendrían efectos para la totalidad de la plantilla. Esto es así, porque el propio ET establece que estas materias serán expresamente reguladas por pacto general entre los representantes de los trabajadores/as y el empresario.

Sin embargo, un pacto extraestatutario sí podría regular el complemento de antigüedad, ya que el propio ET no vincula este derecho al Convenio Colectivo o a un pacto de eficacia general, sino que permite su reconocimiento mediante contrato individual y por lo tanto su negociación en un Convenio Colectivo extraestatutario no podría negarse.

En cuanto a su validez, el Tribunal Supremo en auto 4 de mayo de 2017, ha establecido que la prórroga de las cláusulas normativas de un convenio colectivo extraestatutario es válida en tanto que no se llegue a un acuerdo para su renovación.

Estos Convenios extraestatutarios permiten su extensión a todos los trabajadores/as, y no sólo a los afiliados al sindicato o sindicatos negociadores, mediante la adhesión expresa.

También se puede permitir su extensión a través de la admisión tácita, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999. Así, se aplicaría el nuevo convenio extraestatutario, y deben ser los trabajadores/as los que presenten escrito rechazando la aplicación del mismo. Para la aplicación tácita es necesario que el trabajador/a no exprese rechazo (Sentencia del Tribunal Supremo de 10-06-1996). Cuando el pacto esté vigente es decisión del trabajador/a su aplicación, no pudiendo la empresa condicionar o negar la misma (Sentencia del Tribunal Supremo de 19-02-2008). La afiliación de un trabajador/a a un sindicato no es impedimento para que se adhiera a un convenio firmado por otro sindicato (Sentencia del Tribunal Supremo 30-03-1999).

El Convenio Colectivo Extraestatutario es una herramienta que a menudo utiliza la empresa para aplicar unas condiciones generalizadas a la mayoría de los trabajadores/as, pese a que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1991 estableciera que: *«La celebración de un pacto colectivo extraestatutario... constituye desde luego una opción lícita. Sin embargo, negociación de tal clase no puede ser utilizada con propósito de fijar condiciones de trabajo con proyección de generalidad, pues la eficacia erga omnes es propia de los convenios que regula el Estatuto de los Trabajadores... Consiguientemente, cuando se celebra convenio colectivo fuera de la disciplina estatutaria pero que, en alguna de sus cláusulas, persigue generalidad, de tal manera que su aplicación sólo fuera posible desde su eficacia erga omnes, habría que convenir que dichas cláusulas no serían legalmente válidas»*.

Como CGT, debemos mantener nuestra oposición a tal práctica, puesto que se trata de un modo de forzar a los trabajadores/as a la asunción de estos pactos.

En este tipo de pactos no existe el deber de negociar por ninguna de las partes, establecido en el artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores.

Es posible la concurrencia de un Convenio estatutario con otro extraestatutario. En este caso, el Convenio Extraestatutario no puede establecer una regulación diferente del Convenio Estatutario en perjuicio del trabajador/a. (Sentencia del Tribunal Supremo de 2-02-2007).

La naturaleza contractual de este tipo de pactos hace que, en cumplimiento del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, se someta a la jerarquía de las fuentes en la relación laboral debiendo respeto a la ley, a los reglamentos y a los Convenios Colectivos estatutarios o de eficacia general.

Este tipo de pactos colectivos no estatutarios pueden dar lugar a que se convoque una huelga para reivindicar o cambiar lo establecido en ellos, siempre que no esté regulado específicamente en el Convenio Colectivo estatutario (Sentencia del Tribunal Constitucional 38/91 y Sentencia del Tribunal Supremo de 3-4-1991). Sólo es ilegal la huelga, dice el Tribunal Supremo, cuando su objeto sea la modificación de un Convenio Colectivo estatutario, no extraestatutario (STS 18-7-88).

Para la impugnación del Convenio extraestatutario el proceso adecuado es la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo (Sentencia del Tribunal Supremo 191/2017).

8. IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Tal y como establecen los artículos 163 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, un Convenio Colectivo puede impugnarse cuando se estime que su regulación conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros.

La competencia para conocer corresponde al orden jurisdiccional social, siendo el trámite procesal aplicable el de los conflictos colectivos con alguna peculiaridad.

La impugnación puede hacerse de oficio por la autoridad laboral, por los propios interesados cuando concurren determinadas circunstancias, o por terceros²⁴ cuando se entienda que el Convenio es lesivo para éstos.

8.1. Impugnación de Convenio no registrado

Para impugnar un convenio colectivo suscrito pero aún no registrado, quien quisiera impugnarlo (los representantes legales o sindicales de los trabajadores/as o los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del convenio, o los terceros lesionados), debe solicitar previamente de la autoridad laboral que curse al Juzgado o Sala su comunicación de oficio (artículo 163.2 de la LRJS).

La comunicación de oficio que sostenga la ilegalidad del Convenio deberá contener la concreción de la legislación y los extremos de ella que se consideren conculcados, además de una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la ilegalidad y la relación de las representaciones integrantes de la Comisión Negociadora del Convenio impugnado (artículo 164 de la LRJS).

8.2. Legitimación para impugnar

La legitimación para impugnar un Convenio Colectivo, según establece el artículo 165 de la LRJS, corresponde:

- Si se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores/as, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas.
- Si el motivo es lesividad del convenio, podrán hacerlo los terceros cuyo interés haya sido gravemente lesionado.
- Si se sostuviera la lesividad por terceros, deberá constar la relación de los terceros reclamantes, presuntamente lesionados, y se deberá indicar el interés de los mismos que se trata de proteger.

8.3. Cuestiones procesales

No son preceptivas ni la conciliación ni la reclamación administrativa previa (artículos 64 y 70 de la LRJS) para la impugnación de Convenio Colectivo.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no establece plazo alguno para la impugnación de Convenios Colectivos. Surge la duda de si es o no aplicable plazo, entendiendo que el único plazo que puede invocarse es el de la vigencia temporal del convenio colectivo, pudiendo impugnarse mientras éste sea aplicable. En este mismo sentido se han pronunciado, por ejemplo, las SSTSJ de Cataluña 31 de diciembre de 1999 y de Navarra de 28 septiembre de 2001.

La impugnación de oficio se puede realizar tras el registro y publicación del Convenio (SSTS de 2 de noviembre de 1993 y 31 de marzo de 1995).

²⁴ Se entiende por terceros aquellos no incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.

Aunque defendemos que mientras el convenio siga en vigor debe entenderse impugnabile, parece existir una tendencia que recomienda eliminar dicha interpretación con fundamento en la seguridad jurídica. Nos parece interesante, en relación con la anterior argumentación, exponer la siguiente cita de la STS de 28 de mayo de 1984, en la que se sostiene que el «(...) conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores *hoy consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar en vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (...)*».

Cuadro nº 9

Cuadro de materias: Además del contenido mínimo de los Convenios Colectivos, la normativa laboral posibilita la regulación mediante la negociación colectiva de múltiples materias, tanto del ámbito de la relación individual de trabajo, como en el de las relaciones colectivas. Seguidamente exponemos de forma sintética las materias que pueden someterse a la negociación en un Convenio Colectivo, sin perjuicio de otras materias que aquí no se recojan:

MATERIA	ARTÍCULO DEL ET
La regulación de los contratos en prácticas y para la formación, así como de los contratos a tiempo parcial.	11 y 12, respectivamente.
La duración del periodo de prueba.	14
Determinada regulación de los contratos para obra y servicio determinado y eventual, además de la sucesión de contratos temporales.	15
Clasificación y promoción profesional.	22
Formación profesional	23
Ascensos.	24
Promoción económica.	25
Estructura salarial.	26
Pago del salario.	29
Gratificaciones extraordinarias.	31
Duración de la jornada.	34
Horas extraordinarias.	35
Trabajo nocturno.	36
Descanso semanal.	37
Vacaciones.	38
Movilidad funcional.	39
Movilidad geográfica.	40
Modificaciones sustanciales.	41
Excedencias.	46



Indemnización en caso de extinción del contrato de trabajo y preaviso en caso de renuncia del trabajador/a.	49
Despidos colectivos.	51
Formalidades en caso de despido disciplinario.	55
Graduación de faltas y sanciones.	58
Comité Intercentros.	63
Participación del Comité de Empresa en obras sociales.	64
Acumulación del crédito horario.	68
Antigüedad de los trabajadores/as elegibles.	69
Tercer colegio electoral.	71
Productividad.	82
MATERIA	ART. DE LA LOLS
Derechos de los afiliados/as.	8
Número de Delegados/as Sindicales.	10
Canon de negociación.	11
MATERIA	ART. DE LA LPRL
Regulación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.	1
Desarrollo de las normas de en materia de seguridad y salud en el trabajo.	2

■ VER ANEXO VII. (MODELO DE DENUNCIA DEL CONVENIO COLECTIVO)

Nota: la Denuncia del Convenio debe presentarse obligatoriamente ante la parte empresarial del Convenio Colectivo; y a los meros efectos de registro, ante la autoridad laboral competente, que dependerá de su ámbito de aplicación.

III

RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

1. CONTRATO DE TRABAJO

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹.

Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Código Civil, artículo 6.4.

Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de reforma del sistema de protección por desempleo.

Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y Ley 35/2010 de convalidación del Real Decreto.

Real Decreto 1796/2010 de 30 de diciembre por el que se regulan las agencias de colocación.

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.

Real Decreto-Ley 11/2013 de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Real Decreto-Ley 16/2013 de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Ley 11/2013 de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

¹ Cada concreto desarrollo normativo de cada tipo contractual está expuesto en la explicación de cada una de estas modalidades

1.1. Introducción

Todas las formas de contratación, especialmente las relacionadas con la precariedad, aun existiendo obligación patronal de comunicación de cualquier forma de contrato, laboral o mercantil, a los y las Representantes de los Trabajadores/as y Sindicatos (Artículo 64 ET, LOLS, etc.) requieren un trabajo de análisis para permitir la intervención sindical sobre uno de los lugares centrales de la ilegalidad empresarial.

Existen grandes dificultades para calificar jurídicamente un contrato de trabajo, debido sobre todo a dos razones. Una, el gran fraude, real y que coexiste con la norma. Otra, la existencia de contratos afines a los contratos de trabajo lícitos, con perfiles absolutamente difusos y siempre con la necesidad de ser demostrados por el interesado/a. La ley se mueve en una gran indefinición, en especial en la regulación de las contrata y subcontratas.

Las zonas más difusas en este gran reino del fraude y la ilegalidad empresarial son: contratos de arrendamiento de servicios, contratos de ejecución de obra que se confunden con contrato por obra o servicio determinado, contratos mercantiles, contratos de falsos autónomos al amparo de la ley 12/92 de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia, en vigor desde el 1 de enero de 1994, los becarios, meritoriaje, las prácticas laborales gratuitas, los voluntariados en ONGs, etc...

Nos encontramos en un momento en que la generalización del paro y de los empleos inseguros, precarios, introducen una gran inestabilidad en las condiciones de vida de mucha gente, en un momento en que en el interior de las empresas coexistimos trabajadores/as estables/fijos y trabajadores/as de «segunda categoría» (los de la reforma del 97, los de contrata y subcontratas, los de ETT, etc...).

Tenemos que pensar en lo «oculto», en lo que no existe para la realidad, que ya está tapado, no se muestra, y sólo expresándolo existirá. Debemos organizarnos de tal manera que los/as militantes sindicales nos convirtamos en instrumentos útiles para la gente, sobre todo para quien es más débil, para quien más sufre el fraude de ley y la ilegalidad empresarial.

La Ley 35/2010 de Reforma del Mercado de Trabajo, en su relación con el Contrato, supone un serio golpe a la «democracia representativa» y un muy serio atentado a la libertad sindical y a los derechos laborales.

Paradigmático de esta situación es el nuevo contrato indefinido de emprendedores introducido por el Partido Popular en la reforma de 2012. El término es contradictorio puesto que dicho contrato recoge el periodo de prueba por un año.

Las Medidas de Ajuste estructural del Mercado de Trabajo, golpean seriamente las reglas democráticas de un sistema de Relaciones Laborales que, cada vez más, carece de la protección de la parte más débil de la relación salarial, el trabajo, y remite a un orden jurídico-político de mercado libre, es decir, entre «iguales», lo cual acrecienta la desigualdad y la injusticia social.

Según su reivindicación primigenia, el empresariado y los organismos financieros internacionales querían un contrato único, que pasaría a ser el contrato ordinario, con costes crecientes indemnizatorios (partir de 8 días y llegar a los 20), sin tutela judicial, es decir, contratos indefinidos resueltos por cualquier motivo, es decir, desistimiento del contrato por una de las partes, sin control judicial.

Han conseguido prácticamente el todo (de ahí la trascendencia que tiene esta Reforma), pues en origen el contrato si bien deviene en la forma de Contrato de Fomento Indefinido (el de 33 días), en la práctica queda universalizado y, si bien es cierto que la indemnización de los 33 días sólo operan en los despidos objetivos, manteniendo los 45 días en estos contratos cuando es disciplinario e improcedente, en la práctica gran parte de los contratos son bonificados en todas las gamas posibles:



- Trabajadores de 16 a 30 años descalificados.
- Trabajadores de más de 45 años.
- Transformación de contratos temporales en indefinidos.
- La condición de mujer incrementa la bonificación.
- Los contratos formativos y de prácticas, que apenas tienen costes sociales para el empresario.
- Los contratos con reducción de jornada (consecuencia de un ERE suspensivo) son subvencionados por el Erario Público.
- Y las reposiciones del desempleo, se pagan por el Erario Público hasta 180 días, es decir, 6 meses.

Lo cual abarata costes en el precio del contrato hasta niveles de «supervivencia» o de reproducción de la mano de obra, y la forma ordinaria del contrato es el de 33 días.

Y en la salida (despidos) hacen «pleno». La vía utilizada en los despidos (sin contar ERE) por el empresariado español (el pequeño, el mediano y el grande), es la vía del despido objetivo, bien individual, bien colectivo por causas económicas, organizativas, productivas o por simple amortización de puesto de trabajo. Estos despidos son procedentes si existe causa y su indemnización es de 20 días por año de trabajo con el tope de 12 mensualidades.

El problema se encontraba en la «demostración objetiva» de la causa invocada si el trabajador impugnaba dichos despidos, aduciendo que no existe tal causa (sobre todo la económica) y, como el empresariado quiere una reestructuración rápida, asumía dichos despidos como no justificados, es decir, reconocía la improcedencia de los mismos y les indemnizaba con 45 días. Esta ha sido la práctica en el 80% de este tipo de despidos objetivos.

Ahora se les ofrece a los trabajadores (según texto) que habrá tutela judicial, es decir, el despido objetivo puede ser impugnado, pero el Juez tiene un «corsé» donde su revisión sólo se puede basar en «revisar» si el empresario ha sido medianamente inteligente» y ha acreditado mínimamente la razonabilidad extintiva. Esto es eliminar «de facto» la tutela judicial efectiva y cargarse este derecho fundamental.

Al empresariado se le garantiza un despido igual al que viene utilizando, pero con garantías de indemnización bastante menores, 20 días por año y máximo 12 mensualidades. Y además, se le financian 8 días con dineros públicos, quedándose el hecho indemnizatorio en 12 días, es decir como los contratos temporales.

La reducción es seria y la pérdida de derechos significativa, pues la norma les va a seguir garantizando la limpieza de sus plantillas estables y con condiciones ordinarias por medio del mecanismo de despidos objetivos procedentes, por cualquier causa: económica, productiva, técnica u organizativa.

Esta propuesta del Gobierno, al igual que las realizadas e impuestas en toda la UE, sólo va en una dirección: garantizar al empresario, al capital, su tasa de ganancia, sus beneficios, a costa de arrebatar los derechos laborales, la seguridad jurídica de los trabajadores y la posibilidad de un empleo estable y digno.

El modelo de relaciones laborales, capital-trabajo, en su vertiente de mercado de trabajo: contratos, empleos, condiciones laborales y en sus prestaciones sociales, desempleo y pensiones, se liberaliza en todos su recorridos: se entra al empleo desde la temporalidad, el contrato frágil, precario y bonificado; se permanece en el empleo desde la disponibilidad flexible en función de la demanda (jornada, horarios, sistemas retributivos), y se sale del empleo por la simple voluntad empresarial. Y cuando se necesitan prestaciones de desempleo o pensión de jubilación, éstas devienen mermaidas en su cantidad y agravados los requisitos necesarios para tener derecho a las mismas.

Despedir (rescindir el contrato de trabajo) es facilísimo en este país. La percepción social del acto del despido se muestra como un acto normalizado, banal e irrelevante, como «un incidente de viaje» en el trascurso de la solución técnica en la economía de mercado. Esta cultura social ha pasado directamente a la cultura jurídica, que da por normalizadas las distintas reformas desregulatorias de la protección y tutela judicial ante el acto unilateral y violento del despido:

- La Reforma de 2002 del artículo 56.2 del ET, disuade al trabajador «ofendido» de pedir la tutela del juez. Se admite judicial y socialmente la descausalización del despido.
- Se genera la percepción de que el despido es libre, es decir se le libera de cualquier tutela.
- La Ley Concursal de 2003, reformada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, aniquila la negociación colectiva en los despidos colectivos.
- La penetración del discurso liberal economicista del acto del despido (libre y sin tutela) al servicio del mercado libre. Tanto los Tribunales Superiores de Justicia como la inmensa mayoría de los jueces del Tribunal Supremo, son recorridos por este discurso.

La individualización del modelo de relaciones laborales lleva a la ruptura con el contrato colectivo, y sólo cuenta la voluntad empresarial (discrecionalidad) en todo lo relativo a la organización del trabajo.

Las instituciones mediadoras en el conflicto capital-trabajo: gobiernos, judicaturas, administraciones autonómicas y locales y sindicatos, han creado la cultura de que el empleo en el estado español está soportado por un contrato sin derechos, fácilmente contratable (por precios y flexibilidad) y fácilmente prescindible (por precios y libertad cuasi-absoluta).

La libertad de despido la otorgó el Partido Popular con el «Decretazo» del 2001, y el Gobierno del PSOE, sin oposición sindical de los «mayoritarios» y la clase asalariada, primero con el «Corbachazo y Zapaterazo» del 2009 y después con las Leyes 35/2010 y 3/2012, cierran el círculo de la absoluta desregulación laboral, al modo y manera de la liberalización de los mercados.

1.2. Concepto de contrato de trabajo

Podemos definir el contrato de trabajo, como la relación que se establece entre una persona (trabajador/a), con otra (empresario), por la que la primera voluntariamente, presta sus servicios a la segunda, de forma retribuida, bajo su dirección y organización.

Así, en relación con lo anterior se establece en el artículo 1 del ET su aplicación a «(...) los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario (...)».

En consecuencia con lo que acabamos de decir podemos identificar cinco elementos básicos para considerar la existencia de un contrato de trabajo:

- **Voluntariedad:** Lo que excluye cualquier prestación de servicios que una persona viene obligada a realizar por diferentes circunstancias. Incluye así mismo, esta expresión, la necesidad del consentimiento mutuo en el pacto de contrato y la necesidad de poseer la capacidad jurídica suficiente para la celebración de dicho acto jurídico.
- **Retribución:** La prestación de servicios se realiza a cambio de una retribución o salario, siendo esta una de las principales obligaciones del empresario.



- **Dependencia²:** Concepto que hace referencia a que el trabajador/a se incardina en el ámbito de organización del empresario, es decir, es este último el que imparte las instrucciones acerca del trabajo a realizar. El trabajador/a no organiza su trabajo, sino que viene marcado por el poder de dirección del empresario (concepto al que más adelante haremos referencia).
- **Ajenidad³:** Con este concepto podemos evaluar dos elementos diferenciados; de un lado que los rendimientos del trabajo revierten directamente sobre el empresario, y de otro que los riesgos de la actividad son también asumidos por el empresario.
- **Carácter Personal:** El trabajador/a se compromete a realizar la prestación de los servicios con carácter personal, sin poder designar sustituto alguno. Podríamos así mismo decir, que la relación de trabajo mediante un contrato laboral, incluye la necesidad y la obligación de que la actividad sea prestada directamente por el trabajador/a, no pudiendo este delegar su obligación de trabajar en ninguna otra persona.

Son éstos los elementos que nos sirven para calificar una relación contractual como laboral, y no como otra forma de prestación de servicios, que se sometería a normas derivadas de los contratos civiles de ejecución de obra o arrendamiento de servicios.

La jurisprudencia ha hecho una labor de integración e interpretación de cada uno de estos conceptos para determinar el alcance de cada uno de ellos en el ámbito del Derecho del Trabajo y, por ende, en el ámbito de la aplicación del ET, norma que se aplica a las relaciones que reúnen los requisitos que hemos analizado con anterioridad.

1.3. Supuestos que no tienen consideración de relación laboral

En base a lo que hemos manifestado, no tendrán la consideración de relación laboral:

- La relación de servicios de los funcionarios públicos.
- Las prestaciones personales de carácter obligatorio.
- Los cargos de consejeros de las sociedades.
- Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.
- Trabajos realizados por los familiares del empresario ascendientes o descendientes en línea recta, salvo que se demuestre el carácter asalariado.
- Las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, asumiendo el riesgo y la ventura de las mismas.
- Cualesquiera otras que no reúnan los requisitos de voluntariedad, retribución, ajениdad y dependencia.

² Esta característica es de gran importancia para analizar posteriormente figuras como los «falsos autónomos», los cuales en realidad dependen de un empleador, o figuras como la de la cesión ilegal de trabajadores/as, en la cual, pese a depender formalmente de un empleador se realiza realmente la prestación laboral para otro.

³ Este elemento también tiene importancia para analizar figuras como las señaladas en la nota a pie anterior, diferenciar los «falsos autónomos» de quienes en realidad no disponen de los beneficios de su actividad y no asumen riesgo alguno, del mismo modo servirá para observar si en los supuestos de cesión ilícita se da esta nota, o en cambio, esta nota se da en el verdadero empleador del trabajador aunque formalmente preste servicios para otra empresa denominada habitualmente como de «servicios»

1.4. Relaciones laborales de carácter especial

Bajo este nombre el ET incluye una serie de prestaciones de servicios a los que, aun faltando alguno de los elementos que hemos visto con anterioridad, entran bajo el ámbito de aplicación del ET, en su artículo 2. Estas relaciones laborales de carácter especial son:

Cuadro nº 10

Tipo de personal	Regulación
Personal de alta dirección, con la excepción de los administradores de las sociedades.	RD.1382/1985.
Servicio del hogar familiar.	RD 1620/2011.
Penados en las instituciones penitenciarias.	L.O.1/1979 y RD. 782/2001.
Deportistas profesionales.	RD 1006/1985 .
Artistas en espectáculos públicos.	RD.1435/1985.
Personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.	RD 1438/1985.
Trabajadores/as minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo	RD.1368/1985.
Estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas.	RDL 8/2017 y RD 371/1987.
Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.	

Requisitos de validez del contrato de trabajo:

- Los requisitos para que un contrato de trabajo sea considerado válido son:
- Que las partes tengan la capacidad para contratar.
- Que se someta a las reglas de forma legalmente establecidas.
- Que tenga una causa cierta y lícita, cuestiones éstas dos últimas que derivan de las condiciones generales para contratar establecidas en el Código Civil.

1.4.1. Capacidad para contratar

Se considera que tienen capacidad para contratar aquellos que la poseen en base al Código Civil, tal y como establece el ET en su artículo 7. Así, los trabajadores/as, que pueden prestar consentimiento son:

- Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil, esto es, de forma genérica, los mayores de 18 años, no incapacitados.
- Los menores de 18 y mayores de 16 años que se encuentren emancipados.
- Los mayores de 16 años que no se encuentren emancipados, podrán contratar con el consentimiento de sus padres o tutores o la autorización de la institución que les tenga a su cargo.



- Los extranjeros⁴, que reúnan los requisitos legalmente establecidos, bien por las leyes españolas bien por tratados internacionales⁵.

Por el contrario, no pueden prestar su consentimiento para contratar:

- Los incapacitados, por sentencia.
- Los condenados penalmente con penas accesorias de inhabilitación y suspensión para profesión u oficio.
- Los menores de 16 años (lo que implica que está prohibido el trabajo para ellos), salvo en las siguientes circunstancias: intervención en espectáculos públicos siempre que su intervención no suponga un peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana, siempre que sea autorizado por la autoridad laboral. lo que implica que el contrato de trabajo celebrado con ellos será nulo (debiendo el empresario las cantidades por el trabajo prestado por el menor).

Del lado de los empresarios, puede contratar:

- Persona física, siempre que reúna las condiciones de capacidad del Código Civil, es decir mayor de 18 años o menor emancipado, o bien los incapacitados por medio de su representante legal.
- Persona jurídica⁶ siempre que se reúnan los requisitos de personalidad y capacidad derivados de las reglas generales para asociaciones, fundaciones o sociedades.

⁴ Hay que entender, cuando se hacen referencias a extranjeros, que las normas se refieren a ciudadanos extracomunitarios.

⁵ Respecto de los inmigrantes sin «permiso de trabajo» se consideraba que, al no tener capacidad para perfeccionar el contrato, es decir, para realizar un contrato de trabajo válido, la consecuencia era la nulidad del contrato, así, entre otras, STS 23.11.2000, del cual sólo se podía reclamar las cantidades adeudadas por el trabajo realizado. No obstante, si se tenía en cuenta, y se sigue teniendo, para determinar la responsabilidad del FOGASA por dichos salarios (independientemente de si el contrato es válido o nulo), así lo declara la STSJ Cataluña 10.07.2002, o la validez de la consideración de relación laboral para que la Inspección de Trabajo sancione al empleador, así la STS 23.11.00. La interpretación que declaraba, aunque con los efectos expuestos anteriormente, la nulidad del contrato de trabajo celebrado por extranjero sin permiso de trabajo, ha cambiado desde la redacción dada a la legislación de extranjería por la LO 4/2000 (modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre), y así lo ha manifestado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 14.05.2000 que ha sido confirmada en igual sentido por el Tribunal Supremo. Esta sentencia tras relatar que la LO 7/1985 establecía en su artículo 15.1 que la posibilidad de realizar una actividad laboral en España estaba condicionada a la obtención del permiso de trabajo, por lo que debía considerarse nulo el contrato de trabajo suscrito por el nacional que careciera de esa autorización administrativa, ha variado tras promulgarse la LO 4/2000, diciendo «(...) En el artículo 33.3 de la misma (que ha pasado a ser el artículo 36.3 tras la reforma por LO 8/2000 que, no obstante, no alterado la redacción) se viene a indicar que «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero», concluyendo «(...) la nueva norma ha querido dejar a salvo los *derechos laborales del trabajador extranjero*», así, corresponden todos los efectos relacionados con el contrato de trabajo, en particular los del despido, que es el caso concreto que analiza esta sentencia del TSJ de Cataluña, confirmada posteriormente por la STSJ Cataluña de fecha 19.12.2007. No obstante, el Tribunal Supremo ha denegado la posibilidad de reclamar las prestaciones por desempleo correspondientes, STS 18.03.2008. Salvo cuando la ley diga lo contrario, el reconocimiento de la prestación no cambia la situación administrativa del extranjero.

⁶ Hay que destacar que también se permite en el orden laboral actuar como empleador a determinadas figuras a las que se reconoce capacidad jurídica sin tener técnicamente personalidad jurídica, como las comunidades de bienes (artículo 1.2 ET), como ejemplo de la figura a la que nos referimos están las comunidades

1.5. Forma del contrato

En la contratación laboral rige el Principio de libertad de forma, lo que implica que son válidos los contratos celebrados tanto verbalmente como por escrito. De manera que, desde el momento en que se realiza trabajo efectivo para un empresario o empleador, aunque no medie papel alguno, existe contrato de trabajo con plenos derechos.

Sin embargo existen una serie de excepciones en las que es obligatoria la forma escrita sujeta a un formato predeterminado, excepciones fijadas en el artículo 8.2 del ET, y que establece que deberán constar por escrito los contratos cuando la Ley lo exija, además de los que enumera. En definitiva, estos supuestos son:

- Los contratos en prácticas y para la formación.
- Los contratos a tiempo parcial.
- Los contratos indefinidos para el fomento del empleo.
- Los celebrados a tiempo parcial, fijo-discontinuo y relevo.
- Los contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores.
- Los contratos para trabajo fijo de obra (construcción).
- Contratos de trabajo a través de las Empresas de Trabajo Temporal.
- Los de trabajo a domicilio.
- Los celebrados para la realización de una obra o servicio determinado.
- Los contratos de minusválidos en centro especiales de empleo.
- Los de trabajadores/as contratados en España, al servicio de empresas españolas en el extranjero.
- Los celebrados por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas.
- Los estibadores portuarios y otros contratos especiales.

La falta de forma escrita cuando ésta sea exigida, implica la comisión de una falta grave de las tipificadas en la LISOS; en los supuestos en que el contrato sea celebrado a tiempo parcial y con duración determinada, esta ausencia supone la presunción *iuris tantum*, (es decir, que admite prueba en contrario), de que el contrato se ha celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa.

1.6. Duración del contrato de trabajo

Los contratos pueden ser concertados:

- por tiempo indefinido
- por tiempo determinado.

El abuso de los contratos por tiempo determinado ha venido a precarizar las relaciones laborales acabando casi de forma absoluta con las contrataciones indefinidas que en la actualidad no llegan a suponer el 10% de los contratos que se celebran, situación ésta que se agrava aún más en el caso de las mujeres, que son las más afectadas por las contrataciones temporales y a tiempo parcial.

de propietarios.



Las modalidades contractuales de duración determinada, conocidos como **contratos temporales**, en nuestro ordenamiento laboral son:

- Los contratos que se suscriben para la realización de una obra o servicio determinado siempre que estos tengan sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa.
- Los contratos eventuales por circunstancias de la producción, celebrados por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos. Estos contratos no podrán exceder de 6 meses, dentro de un periodo de 12, pudiendo ser modificada la duración máxima por Convenio Colectivo.
- Los contratos de interinidad celebrados para sustituir a trabajadores/as con derecho de reserva del puesto de trabajo.
- Contrato de relevo.
- Contrato de sustitución de jubilación anticipada.

1.7. Modalidades de contratos de trabajo

Analizaremos a continuación cada una de las modalidades contractuales previstas en nuestro ordenamiento jurídico laboral, en función de su duración.

Según la duración del contrato, el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.

Así, pueden celebrarse contratos por duración determinada para supuestos de realización de una obra o servicio determinado (artículo 15.1.a del ET), por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos (artículo 15.1.b del ET), por interinidad (artículo 15.1.c del ET), así como para realizar contrato temporal de inserción (artículo 15.1.d del ET).

1.7.1. *El Contrato Indefinido*

1.7.1.1. *Contrato indefinido*

El contrato indefinido, pese a que la realidad contractual laboral que sufrimos indique otra cosa, es el contrato genérico y de aplicación general, siendo las otras modalidades contractuales residuales a nivel técnico jurídico, pero sin embargo, centrales a nivel de práctica empresarial y de relaciones salariales.

Así, si el contrato indefinido es el tipo general, los demás tipos de contratos son (o deberían ser) residuales para determinadas circunstancias que los justifiquen, al margen de que la «violencia del mercado» que se impone en las relaciones salariales, conlleve el masivo fraude de ley en el uso de las diferentes modalidades contractuales.

Si bien hay que decir que tras la reforma del artículo 15.1 ET, efectuada por la Ley 11/94, se suprimió la presunción del carácter indefinido del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo indefinido es aquel que se concierta sin establecer límites de tiempo en la prestación de los servicios, en cuanto a su duración. En definitiva, se caracteriza por la inexistencia de un término final preestablecido como causa de extinción de la relación laboral.

Su formalización puede ser verbal o escrita, salvo aquellos supuestos especiales de fomento de la contratación indefinida o en determinados supuestos en los que se establezca la necesidad de la forma escrita. No obstante, debemos decir que cualquiera de las partes que concierta un contrato indefinido, puede exigir durante la relación laboral, en cualquier momento, que el contrato se formalice por escrito.

Hay que volver a indicar que adquirirán la condición de indefinidos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación:

- Los trabajadores/as que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiera lugar.
- Los trabajadores/as con contratos temporales celebrados en fraude de ley.
- Los trabajadores/as que hubieran formalizado un contrato verbalmente, salvo prueba en contrario del carácter de contrato a tiempo determinado del mismo.
- Los trabajadores/as que, teniendo un contrato de duración determinada, mantengan la prestación laboral tras el cumplimiento del plazo previsto, no siendo denunciado el mismo.
- Los trabajadores/as que, en un periodo de treinta meses, hayan estado contratados por tiempo determinado, utilizando para ello al menos dos contratos de trabajo de cualquier modalidad, consecutivos o no, en un mismo o diferente puesto de trabajo para el mismo empresario o en el mismo grupo de empresas, durante un plazo de 24 meses.
- Los trabajadores/as cedidos ilegalmente que denuncien la cesión ilícita durante la vigencia de la misma y opten por su conversión en indefinidos⁷.

Hay que indicar que el contrato indefinido no finaliza por tener un tiempo fijado, extinguiéndose por las causas de extinción que se han citado en el capítulo correspondiente, en especial el despido disciplinario, el despido objetivo, la jubilación del trabajador/a, la jubilación del empresario, la disolución de la empresa o muerte del empresario, la declaración de una invalidez inhabilitante para el trabajador/a, muerte del trabajador/a, mutuo acuerdo entre ambas partes, resolución por el trabajador/a por incumplimiento del empresario, dimisión del trabajador/a, fuerza mayor que imposibilite la prestación laboral, si bien para el análisis de las mismas se remite al capítulo correspondiente de esta guía sobre extinción del contrato de trabajo.

Debemos señalar, con carácter genérico, aunque también se expone en el capítulo relacionado con la extinción del contrato de trabajo⁸, que por la extinción del contrato de trabajo indefinido corresponden las siguientes indemnizaciones:

- 45 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades para el caso de un despido declarado improcedente hasta el 8 de febrero de 2012. A partir de dicha fecha la indemnización por despido es de 33 días por año trabajado.
- 33 días por año trabajado, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un años y hasta un máximo de 24 mensualidades, cuando se produzca extinción por causas objetivas y ésta sea declarada improcedente o reconocida la improcedencia por el empresario, conforme la Ley 12/2001 y la posterior ley 35/2010,

⁷ Para los supuestos en la Administración Pública o entidades de derecho público analizar la diferencia entre indefinido que no fijo, que es la consecuencia jurídica del reconocimiento de cesión ilegal. SSTS 12.03.2002, 11.12.2002 y 11.11.2003.

⁸ Examinar el Capítulo de esta Guía dedicado a la extinción del contrato de trabajo, si bien se han incorporado aquí éstas por ser las que suscitan dudas con más frecuencia.



para el caso, desarrollado en el siguiente punto de los contratos de «Fomento de la Contratación Indefinida».

- Indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades por un despido por causas objetivas.
- Misma indemnización que en el caso del despido improcedente, para el caso de resolución por el trabajador/a ante el incumplimiento del empresario (45 días por año de servicio con el límite de 42 mensualidades)
- El Partido Popular eliminó en la Ley de Presupuestos para el año 2014 el pago directo de los 8 días del FOGASA por extinción del contrato de trabajo por las causas de los artículos 51 y 52 del ET o en el artículo 64 de la Ley Concursal en empresas de menos de 25 trabajadores tal y como recogía el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores

1.7.1.2. Contrato para el Fomento de la Contratación Indefinida

Debemos hacer unas breves menciones al Contrato para el Fomento de la Contratación Indefinida. Puede concertarse a partir del 4 de marzo de 2001, tras la reforma realizada por *Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*. (en especial en sus Disposiciones Adicionales Primera y Derogatoria Única), viéndose modificado parcialmente por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, denominada «para la mejora del crecimiento y el empleo», por la cual se autoriza a la conversión de contratos de duración determinada en esta otra modalidad para todos aquellos contratados antes del 1 de enero de 2007, siendo que, en origen, esta conversión (que establece un contrato sin término temporal, pero con menos garantías que el indefinido ordinario) estaba prevista para los de tiempo determinado anteriores al 1 de enero de 2001. Con posterioridad la posibilidad de uso de este tipo de contrato se ha extendido en normas como el Real Decreto 10/2010 o la ley 35/2010, de reforma laboral, que hace de este contrato el contrato indefinido por excelencia, dejando el contrato indefinido ordinario como una fórmula residual.

Cabe matizar que este contrato ya no se puede realizar desde el 12 de febrero de 2012 pero todos los suscritos siguen vigentes con la normativa aplicable a fecha de su firma.

Según la referida norma, el objeto de esta forma de contrato es de facilitar la colocación estable de trabajadores/as desempleados, y empleados sujetos a contratos temporales.

Debemos destacar también que este contrato proviene de la reforma laboral del año 1997, que fue pactada entre el Gobierno, la patronal y los sindicatos UGT y CCOO, pactada bajo la argumentación de «(...) para la estabilidad en el empleo», y cuya principal característica de reducción de la indemnización para el caso de que el despido sea improcedente de 33 días y un máximo de 24 mensualidades.

No cabe duda que surgen distintas reflexiones. La primera es respecto de la rebaja de la indemnización por despido objetivo reconocido improcedente por el empresario o declarado improcedente por sentencia judicial (coste del despido, en definitiva) de 45 a 33 días y el máximo de 42 a 24 mensualidades, cuando se supone que es un contrato para fomentar la estabilidad en el empleo, y cuando su excusa es, precisamente, permitir flexibilizar la extinción del contrato de trabajo cuando exista justificación. Así, dudamos de que rebajar el coste cuando se demuestra la inexistencia de causa alguna, muestra la falacia del argumento utilizado por la patronal.

Dicho lo anterior, y dejado claro que se trata de una reducción del coste del despido, no cabe duda que es significativa la reducción de la indemnización (que se sitúa casi matemáticamente como media aritmética entre la indemnización del despido por causas objetivas y el despido

improcedente), como primer paso hacia la gratuidad del despido solicitada con insistencia por la patronal.

Además de esta reducción de la cuantía indemnizatoria, el otro elemento caracterizador es la bonificación a los empresarios en la cuota empresarial a la Seguridad Social, siempre que concurren los requisitos exigidos al empleador y los trabajadores/as se encuentren comprendidos entre los colectivos cuya contratación se bonifica.

Así, en este contrato se pudo concertar con trabajadores/as incluidos en uno de los grupos siguientes:

Cuadro nº 11

Trabajadores/as con los que puede celebrarse	
1. Trabajadores/as desempleados inscritos en la oficina de empleo en quienes concorra alguna de las siguientes condiciones:	
1.1	Jóvenes desde dieciséis hasta treinta años de edad, ambos inclusive.
1.2	Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino; mujeres en los dos años posteriores al nacimiento de hijos o adopción o acogimiento; mujeres que se reincorporen al mercado de trabajo tras un periodo de inactividad laboral de cinco años; mujeres víctimas de la trata de seres humanos y la violencia de género
1.3	Mayores de cuarenta y cinco años de edad.
1.4	Personas con discapacidad
1.5	Parados que lleven al menos un mes inscritos en la oficina de empleo
1.6	Desempleados que durante los dos años anteriores sólo hubieran tenido contratos temporales
1.7	Desempleados a los cuales se les hubiera extinguido un contrato indefinido en los dos años anteriores.
2. Trabajadores/as a los que se les convierta su contrato de duración determinada en una empresa, transformación que puede realizarse antes del 31 de diciembre de 2010, salvo para los contratados temporalmente después del 18 de junio de 2010, en los que el límite se extiende al 31 de diciembre de 2011.	

Este contrato debe formalizarse por escrito, y en el modelo oficial correspondiente.

El régimen jurídico de este «contrato indefinido para el fomento de la contratación indefinida», en cuanto a los derechos y obligaciones que de él se derivan se rigen, con carácter general, por lo dispuesto en la Ley y en los Convenios Colectivos para los contratos por tiempo indefinido; pero con las siguientes **excepciones**:

- Cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.
- No pudo concertarse el «contrato para el fomento de la contratación indefinida» por la empresa que 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 la cobertura de aquellos puestos de trabajo de la misma categoría o grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo. Esta limitación no será de aplicación en el supuesto de despido colectivo cuando la realización de



los contratos haya sido acordada con los representantes de los trabajadores/as en el período de consultas de un ERE.

1.7.1.3. Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores

Este es un contrato que viene de la reforma laboral de 2012 y que es perfecta expresión de la ideología neoliberal.

La diferencia principal con el contrato indefinido es que no lo pueden concertar todas las empresas y tiene un periodo de prueba de un año. Respecto del periodo de prueba de un año la sentencia del Juzgado de lo Social 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 dictaminó un despido en periodo de prueba como improcedente al entender que la regulación de dicho contrato respecto al plazo de 1 año vulnera la Carta Social Europea.

Se exigen los siguientes requisitos para extender el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores:

- Empresas de menos de 50 trabajadores. No se exige ningún requisito respecto a la situación del trabajador puesto que como señala la exposición de motivos de la Ley, las empresas con menos de 50 trabajadores en España son el 99,23% de las empresas españolas.
- El contrato será necesariamente a jornada completa.
- La duración del periodo de prueba será de un año salvo que el trabajador haya desempeñado las mismas funciones en la empresa con anterioridad. Prueba de la vinculación que hace el gobierno entre los derechos de los trabajadores y la economía y por lo tanto, la subsidiariedad de los derechos, es que la norma recoge que el periodo de prueba se mantiene hasta que el paro baje del 15%.
- El trabajador que hubiera percibido prestación por desempleo, 3 meses o más antes de suscribir el contrato podrá compatibilizar la prestación con un tope de un 25% de la prestación que viniera recibiendo. Para ello, deberá solicitarlo al SEPE en un plazo de 15 días.
- No podrán suscribir este contrato las empresas que hubieran efectuando despidos colectivos o individuales objetivos en un periodo de 6 meses anteriores a la suscripción del contrato y que hayan sido declaradas nulas o improcedentes por sentencia judicial, afectando al mismo centro de trabajo y grupo profesional. La consecuencia jurídica de eludir lo antedicho es que el contrato devendría indefinido ordinario no teniendo la empresa derecho a los beneficios legales respecto a bonificaciones de la SS y desgravaciones de impuestos.
- Salvo despido disciplinario procedente si al trabajador se le despide antes de 3 años desde la celebración del contrato, la empresa deberá devolver las desgravaciones y bonificaciones percibidas.
- El periodo de prueba es para las dos partes por lo que si el trabajador quiere causar baja voluntaria en la empresa durante dicho periodo no deberá cumplir el plazo de preaviso teniendo que pagar la empresa el salario debido y finiquito.

1.7.2. Contrato de duración determinada

Frente a los contratos que no tienen prefijado un final preestablecido como causa de extinción de la relación laboral, se encuentran toda una serie de modalidades contractuales cuya duración se extingue bien por la finalización de la causa que lo legitima o por el tiempo fijado como término de la relación laboral.

Así incluimos los contratos por obra o servicio determinado, el eventual por circunstancias de la producción, de interinidad e inserción.

Debemos indicar, que si bien los contratos formativos tienen una límite temporal máximo de duración, y podrían considerarse dentro de los contratos temporales al no poder ser indefinidamente formativos, por claridad expositiva se ha decidido separarlos y clasificarlos al margen de su duración, situándolos como categoría ligada a su naturaleza formativa .

1.7.2.1. El Contrato por obra o servicio determinado (artículo 15.1.a del ET)

La característica fundamental de este contrato de trabajo es que su duración viene determinada por la duración de la obra o servicio que se le encomienda al trabajador/a, lo que implica que no cabrá rescindir el contrato al trabajador/a en tanto no se haya finalizado la obra o el servicio para el que fue contratado.

La duración máxima de estos contratos será de tres años, ampliable, por convenio colectivo a doce meses más.

No puede consistir la obra o servicio determinado, en el ciclo productivo constante⁹, en las tareas habituales sin identidad propia.

Es fraudulento el contrato por obra o servicio determinado, cuando el trabajador/a es destinado a la realización de otra tarea o tareas distintas que aquella para la cual fue contratado, se entiendo incluido como fraudulento tanto por la función a realizar, como que la propia obra sea distinta a la fijada en contrato (STS de 21/9/99 y STSJ de Madrid de 27/05/02).

En supuestos de contrataciones y subcontratas de obras o servicios, hemos de reseñar que en un principio se entendió que era ilegal contratar mediante un contrato por obra o servicio determinado, puesto que el trabajo que se realiza en realidad es la actividad normal y permanente de la empresa principal.

Posteriormente la Jurisprudencia ha declarado legal y permitido acudir a este contrato en estos supuestos de contrataciones y subcontratas (entre otras, STS 15.01.97), entendiendo que la temporalidad de la obra y el servicio determinado viene dada por la circunstancia ajena¹⁰ a la voluntad de la empresa, y que se constituye en la duración de la contrata o concesión administrativa, aun cuando se realicen funciones habituales para la empresa que recibe la prestación de servicios.

Desde la perspectiva de la empresa principal, no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada; así, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial de este contrato.

Desde CGT mostrar nuestra oposición a esta forma de «precarizar» la contratación laboral, llegando a forzar la propia regulación legal en su interpretación, para amparar que las empre-

⁹ Pese a que determinados supuestos parece que deberían someterse a la modalidad de fijos discontinuos, se ha reconocido la validez de los contratos por obra y servicio determinado para la extinción de incendios forestales en verano (SSTS 10.06.94, 3.11.94, 10.04.95) o trabajar en albergues juveniles en temporadas veraniegas sucesivas (STS 23.09.97).

¹⁰ Es una construcción más que discutible el hecho de que entre ambas empresas, la principal y la contrata o ésta y la/s subcontrata/s no acuerden la duración de las contrataciones y no puedan a voluntad alterar la duración de los contratos por obra o servicio determinado. Así, se puede fijar en el contrato mercantil la duración que se prefiera pues, como ejemplo, se puede dividir la tarea habitual mediante la parcelación de la misma. Así, una tarea de promoción habitual para una empresa de vehículos puede parcelarse en cuanto a su duración bien por modelos, por campañas promocionales, para una anualidad determinada, etc. lo que hace dudar del carácter ajeno a la voluntad e incierto de esa duración de la contrata o concesión administrativa. En definitiva, por concluir, reflexionar que la empresa principal no podría utilizar esta fórmula de contrato por obra o servicio determinado porque son parte habitual y permanente de la actividad de la empresa y no tiene autonomía y sustantividad propia, y en cambio, si lo pueden hacer contrataciones, subcontratas y concesionarias.



sas formalicen contratos por obra o servicio determinado para ejecutar contratatas y subcontratatas trasladando el denominado riesgo y ventura empresarial al propio trabajador/a.

Por vía jurisprudencial también se admitió, aunque limitadamente en el ámbito de la Administración, la realización de contratos para obra o servicio determinados respecto de actividades que, si bien se desarrollan ordinariamente todos los años, dependen para su reanudación de una programación y presupuesto anual, de modo que pueden no desarrollarse algún año (campañas de extinción de incendios o de vacunación animal, campamentos y cursos de verano, programas de ayuda a domicilio, planes nacionales de formación e inserción promovidos por el INEM, etc.), sin imponer en tales casos la realización de contratos para trabajos fijos discontinuos (STS 7-10-1992; STS 28-12-1998; STS 10-12-1999). Por ello, y porque el hecho de que la dotación presupuestaria de una obra o servicio concreto tenga que estar incluida en los presupuestos anuales «no es necesariamente signo de temporalidad», se ha rechazado posteriormente el uso de esta modalidad contractual cuando la actividad es permanente, como es el caso de la prestación de determinados servicios públicos a los que están obligados las Administraciones públicas, que no son sólo los previstos con carácter mínimo en las normas correspondientes (STS 19-3-2002; STS 21-10-2004, STS 14/07/09). A la misma conclusión se llega cuando la actividad, aún dependiendo de una subvención, tiene un carácter habitual y ordinario en la Administración (STS 21-3-2002; STS 10-11-2006).

En el marco del Convenio Colectivo se han de identificar las tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa.

Se debería aprovechar la Negociación Colectiva para tratar de excluir la utilización de esta modalidad contractual para la realización de actividades de carácter permanente mediante el uso de contratatas y subcontratatas o la concesión administrativa.

En el contrato habrá que exigir se señale con precisión la obra o el servicio que constituya su objeto, la duración, aunque sea orientativa, y el trabajo a desarrollar por el trabajador/a.

Por otro lado, se puede celebrar por jornada completa o a tiempo parcial, pero siempre deberá formalizarse por escrito.

Los trabajadores/as con este contrato tendrán los mismos derechos que los trabajadores/as con contrato de duración indefinida.

Se presumirá concertado por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario de su naturaleza temporal, cuando se concierte verbalmente, o el trabajador/a no haya sido dado de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba.

Se entenderá finalizado cuando se termine la obra o el servicio pactado en el contrato. La duración de los contratos por obra o servicio determinado es incierta¹¹, pues finaliza cuando acaba la obra o servicio causa del contrato. No puede quedar a la voluntad rescisoria de una de las partes¹².

¹¹ En el modelo oficial de contrato de duración determinada aparece en la Cláusula Tercera «La duración del presente contrato se extenderá desde..... hasta.....», éste es el período que debe entenderse orientativo, sometándose la duración del contrato a que se finalice la obra o servicio determinado.

¹² Esto plantea problemas múltiples en los casos concretos, en especial, en los casos de contratatas y subcontratatas donde pueden entre ambas mercantiles acordar la duración de los contratos a voluntad al poder negociar la duración de la contrata y subcontrata.

Si se hubiera fijado una fecha determinada de finalización del contrato, esta será entendida únicamente a efectos orientativos, pues lo decisivo es la finalización de la obra o servicio determinado.

Si la duración del contrato fuera superior a un año, para proceder a la extinción del contrato se necesita preaviso con quince días de antelación a la finalización de la obra o servicio. Si se incumpliera este plazo por parte del empresario, éste debe indemnizar por el equivalente a los salarios correspondientes al plazo incumplido.

A la finalización del contrato, se tendrá derecho, como se desarrollará en el apartado de «extinción de contratos de la presente guía, a una indemnización de 8 días por año trabajado, indemnización que se irá incrementando progresivamente hasta 12 días por año trabajado, para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015.

Es válida la concatenación de sucesivos contratos por obra o servicio determinado, si existe real y suficientemente el motivo que justifique el recurso a esta modalidad contractual (STS de 10 de abril de 1995), con el matiz que, en el caso de que un mismo trabajador/a tenga, dos o más contratos de obra o servicio determinado que acumulen 24 meses (consecutivos o no) de un periodo de 30, para la misma empresa o varias del mismo grupo, adquirirán la condición de indefinidos.

Existe el deber de información por parte del empresario a los trabajadores/as con esta modalidad contractual, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, con el fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos de trabajo permanentes. Se puede informar mediante anuncio público en la empresa o centro de trabajo.

Los Convenios Colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores/as a la formación profesional continua.

1.7.2.2. Contrato eventual por circunstancias de la producción (artículo 15 ET)

Se concierta para atender a circunstancias de la producción aún en el marco de la actividad habitual de la empresa.

Existen diferentes motivos que permiten y amparan la presente modalidad de contrato, como son encontrarse la empresa ante una situación excepcional, ocasional o transitoria, o que se precise incrementar la respuesta habitual de la empresa ante una coyuntura productiva o del mercado, o se necesite un aumento de trabajadores/as para las nuevas necesidades surgidas.

El artículo 15.1.b del ET permite que por Convenio Colectivo se puedan determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores/as eventuales, y según el artículo 3.1 RD 2720/1998, una vez determinado por el Convenio, habrá de atenderse a lo establecido en este para la utilización de esta modalidad contractual.

En el contrato hay que especificar claramente la causa que lo motiva y determinar la duración del mismo. Si el trabajador/a es destinado a realizar trabajos que no se corresponden con los que motivan su contratación, y especialmente si se destina a realizar actividades permanentes y ordinarias de la empresa, dicho contrato se transforma en indefinido.

Su duración máxima es 6 meses, en un periodo de 12 meses contados a partir del momento en que se produzca la causa que justifica la contratación. Por Convenio Colectivo sectorial se puede pactar una duración mayor dentro de un periodo máximo, que no podrá exceder en ningún caso de 18 meses, sin superar $\frac{3}{4}$ del período de referencia establecido, ni como máximo 12 meses. En el caso de que un mismo trabajador/a tenga, dos o más contratos de obra o servicio determinado que acumulen 24 meses (consecutivos o no) de un periodo de 30, para la misma empresa o varias del mismo grupo, adquirirán la condición de indefinidos.



Si se acuerda en el contrato de trabajo entre trabajador/a y empresa, una duración inferior a 6 meses, éste podrá ser prorrogado por una sola vez, y hasta la duración máxima legal o convencionalmente establecida.

En el supuesto de que llegada la finalización del contrato el trabajador/a continuara prestando sus servicios, se entenderá que éste se ha transformado en un contrato indefinido.

Este contrato se extinguirá por finalización del tiempo convenido.

A la finalización del contrato, si éste se ha celebrado con posterioridad al 4 de marzo de 2001, el trabajador/a eventual tendrá derecho a una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resulte de abonar 8 días de salario, por cada año trabajado o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación indemnización que se irá incrementando progresivamente hasta 12 días por año trabajado, para los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015.

Si su duración es superior a 4 semanas, o se concierta a tiempo parcial, habrá que formalizarlo por escrito.

La duración del contrato no se amplía porque el mismo se suspenda por baja, maternidad, excedencia, etc.

1.7.2.3. Contrato de Interinidad (artículo 15.1.c ET)

El contrato de trabajo por interinidad regula dos contenidos en la misma modalidad contractual: el contrato de interinidad por sustitución y la interinidad por vacante.

El contrato de interinidad puede ser:

- Por sustitución, que es el que se formaliza para sustituir a un trabajador/a con reserva del puesto de trabajo¹³.
- la interinidad por vacante, consistente en la contratación que cubre un puesto de trabajo temporalmente, durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.

El contrato de trabajo deberá indicar la modalidad contractual de que se trate, la duración del contrato y el trabajo a desarrollar por el trabajador/a.

El contrato se formalizará por jornada completa, salvo que el trabajador/a sustituido estuviera contratado a tiempo parcial, o cuando se contrate al trabajador/a para complementar la jornada de trabajadores/as que tengan reconocida la reducción de jornada (por cuidado de menor de seis años, disminuidos físicos o psíquicos).

La duración del contrato se extenderá hasta la reincorporación del trabajador/a sustituido, o hasta la tramitación del proceso selectivo y la correspondiente cobertura del puesto o puestos que se están seleccionando. Aunque hay que decir que para procesos de selección en la empresa privada (artículo 4 RD 2720/98) existe el límite que impide superar el período de tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

¹³ Situaciones que autorizan la realización de dicha modalidad contractual son la incapacidad temporal del trabajador/a; la declaración del trabajador/a en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez cuando sea previsible la revisión por mejoría; maternidad, adopción o acogimiento; excedencia forzosa por ejercicio de cargo público representativo; excedencia forzosa por desempeño de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal; privación de libertad mientras exista sentencia condenatoria; suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias; excedencia por cuidado de familiares; riesgo durante el embarazo; completar jornada de los trabajadores/as con reducción de jornada por lactancia o razones de guarda legal.

En los procesos de selección llevados a cabo por las administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos, conforme a lo previsto en su normativa específica (artículo 4 RD 2720/98).

Para el caso de sustituir a trabajador/a con derecho a reserva de puesto de trabajo, en el contrato habrán de establecerse las siguientes especificaciones:

- el nombre del trabajador/a sustituido,
- el puesto de trabajo que ha de cubrir el trabajador/a,
- la causa que motiva la sustitución.

En el supuesto de reincorporación del trabajador/a sustituido, si el sustituto continúa prestando servicios se entenderá prorrogado tácitamente por tiempo indefinido.

También se entenderá convertido en indefinido si se utiliza esta modalidad para contratar a un trabajador/a que ocupe puesto de trabajo distinto del que estaba vacante.

Una vez producida la causa de extinción de ese contrato, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador/a continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

1.7.3. Contratos Formativos

Los contratos de formación han sufrido profundas modificaciones a partir del RDL 10/2011 que modificó el contrato de formación y que a su vez se vio modificado por la reforma de 2012. Los contratos formativos tienen una duración determinada establecida por la regulación¹⁴, al considerarse que tras un determinado período de formación y/o prácticas, el trabajador/a está cualificado para realizar las funciones propias de ese puesto de trabajo, según la habilidad normal exigida para el mismo, y poseyendo todos los conocimientos prácticos y teóricos para su ejecución.

1.7.3.1. Contrato de trabajo en prácticas

El contrato de trabajo se podrá extender con aquellos en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o título oficialmente reconocido como equivalente conforme a la legislación educativa vigente o certificado de profesionalidad de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2002 que habiliten el ejercicio profesional, dentro de los cinco años, o de siete años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad.

Los requisitos de validez son:

- El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional correspondiente al nivel de estudios o de formación cursada. A través del Convenio Colectivo sectorial estatal o en su defecto de ámbito inferior se podrán determinar los puestos de trabajo, niveles o categoría profesional objeto de este contrato.

¹⁴ Así, la duración del contrato en prácticas no puede ser inferior a 6 meses ni exceder de 2 años (artículo 11.1.b ET) y la duración del contrato para la formación mínima será de 6 meses y la máxima de dos años (artículo 11.2.c ET), debiendo indicarse que se puede negociar en los Convenios Colectivos dicha duración. Así, para este contrato para la formación se puede regular mediante Convenio Colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los Convenios Colectivos sectoriales de ámbito inferior otras duraciones atendiendo a las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y a los requerimientos formativos del mismo.



- La duración del contrato de trabajo no podrá ser inferior a dos meses ni exceder de dos años. Dentro de estos límites el Convenio Colectivo de sector estatal o en su defecto de ámbito inferior podrá determinar la duración del contrato conforme a las características del sector y las practicas a efectuar¹⁵.

Ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresas por tiempo superior a 2 años en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad. Igualmente no se puede superar este límite aunque el puesto de trabajo sea para distinta titulación o certificado de profesionalidad.

Salvo lo que disponga el Convenio Colectivo, el periodo de prueba no puede exceder de 1 mes para los trabajadores que ostenten título de grado medio o certificado de profesionalidad de grado 1 o 2, ni 2 meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que ostenten el título de grado superior o de certificado de nivel 3.

Al terminarse el contrato de prácticas, si el trabajador permanece en la misma bajo otro contrato no se podrá recoger un nuevo periodo de prueba y a efectos de antigüedad computa el contrato en prácticas.

Supuestos de Fraude del contrato en prácticas:

- Si antes se hubiera suscrito un contrato distinto al de prácticas desarrollando las mismas funciones.
- Si el contrato no señala a que título está vinculado o puesto a ejercer.
- Si no es un título válido para efectuar las prácticas.
- Si la categoría o puesto del contrato no incluye las funciones correspondientes al título.
- Las tareas que se asignan no permiten la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursada.
- Si al formar el contrato han pasado más de 5 años o 7 para discapacitados desde que finalizaron los estudios.
- Si se despide al trabajador tras pasar el periodo de prueba pero antes de 6 meses.
- Si excede el contrato los dos años de duración.

1.7.3.2. Contrato de trabajo para la formación y aprendizaje

El objeto de este contrato es conseguir la cualificación profesional de los trabajadores alternando la formación con la actividad laboral retribuida en la empresa.

Los requisitos para su concertación son los siguientes: Trabajadores mayores de 16 años y menores de 25 años que 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.

El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con trabajadores con discapacidad o con colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007 de 13 de diciembre.

La duración mínima del contrato es de 1 año y la máxima es de 3 años. Mediante Convenio Colectivo se podrá establecer una distinta duración del contrato en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas sin que la duración mínima pueda ser inferior a 6

¹⁵ 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.

meses ni la máxima superior a 5 años. Si el contrato se concierta por un periodo inferior al máximo legal el mismo se podrá prorrogar hasta dos veces sin que la prórroga pueda ser inferior a 6 meses ni la duración puede exceder la máxima legal (Las situaciones de incapacidad temporal, embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad interrumpirán el computo del contrato).

Expirada la duración del contrato el trabajador/a no podrá ser contratado bajo esta modalidad en la misma o distinta empresa, salvo que la formación tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional. Tampoco se podrá celebrar este contrato cuando el trabajador haya desempeñado ese mismo puesto de trabajo durante un periodo superior a 12 meses.

El trabajador deberá recibir la formación en un centro formativo de la red referida en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 5/2002 salvo que la empresa disponga del personal e instalaciones para prestar la formación directamente.

El tiempo de trabajo efectivo no podrá superar el 75% el primer año, el 85% el segundo y el tercer año, de la jornada máxima prevista en el Convenio Colectivo o en su defecto de la jornada máxima legal. Los trabajadores no podrán efectuar horas extraordinarias salvo en lo previsto en el artículo 35.3 del Estatuto. Tampoco pueden realizar trabajo nocturno ni a turnos.

El salario no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional.

Supuestos de fraude del contrato de formación y aprendizaje:

- Si no se recibe la formación.
- Si la formación se da en el puesto de trabajo.
- Si la formación es a distancia.
- Si no se computa como jornada de trabajo las horas destinadas a la formación.
- Si la formación no ocupa al menos el 15% de la jornada.
- Si en el contrato no se especifica el tiempo dedicado a formación y a trabajo.
- Si no figura el nombre del tutor en el contrato o este no tiene la titulación.
- Si en el momento de firmar el contrato se supera la edad máxima.
- Si la categoría recogida en el contrato no corresponde al puesto de trabajo.
- Si el contrato supera la duración máxima establecida en el convenio.
- Si en el convenio hay más de trabajadores con contrato de formación de los establecidos por convenio. Si el convenio nada establece hay que estar en la siguiente escala:

TRABAJADORES EN EL CENTRO	CONTRATOS DE FORMACION
5	1
6 a 10	2
11 a 25	3
26 a 40	4
41 a 50	5
51 a 100	8
101 a 250	10 o el 8%
251 a 500	20 o el 6%
Mas de 500	30 o el 4%

Resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la temporalidad en el Mercado español

De actualidad es el debate en torno a las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncian sobre los contratos de trabajo temporales en el Reino de España. En este sentido identificamos la sentencia autos 16/15 asunto Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud, autos C-184 y C-197-15 asunto Martínez Andrés contra el Servicio Vasco de Salud y Castrejana López contra el Ayuntamiento de Vitoria y la sentencia autos C-596/14 asunto De Diego Porras contra Ministerio de Defensa, todas ellas de 14 de septiembre de 2016. Dichas sentencias interpretan la normativa sobre temporalidad en el Reino de España al calor de la Directiva de la Unión Europea 1990/70 sobre el trabajo de duración determinada. En primer lugar, cabe precisar que dichas sentencias y la Directiva no se pronuncian o abren la vía al contrato único como intencionadamente defienden algunos partidos políticos, sino todo lo contrario, la interpretación de dicha Directiva sólo cabe desde la dualidad contractual que es el objetivo de la misma y la seguridad y estabilidad en el empleo que es un pilar de la política social de la UE.

Todas las sentencias tienen un denominador común; suponen una valoración crítica de la reforma laboral implementada por el gobierno de Rajoy en 2012 en lo que respecta a la temporalidad en la contratación. Igualmente se advierte un impacto de género adverso puesto que la mayoría de los casos estudiados por el TJUE en cuanto a la temporalidad las afectadas son mujeres. Por último, estas resoluciones no comparan a trabajadores temporales entre sí, sino a trabajadores fijos y trabajadores temporales.

Adentrándonos en lo manifestado por el TJUE, se parte de la comparación entre los trabajadores fijos y los interinos. En primer lugar, se constata la eficacia vertical de la sentencia, es decir entre la Administración y los particulares. En este sentido, se constata que no existe razón objetiva que justifique el abono de una indemnización al trabajador fijo por la extinción de su contrato de trabajo y no al trabajador temporal, en este supuesto tan dado en nuestro modelo de empleo en que los contratos temporales se traducen en contratos de larga duración. En concordancia con lo anterior, se constata por el Tribunal la existencia de una discriminación en el ordenamiento jurídico español que no recoge el abono de una indemnización en la extinción del contrato temporal de interinidad. Igualmente, se razona y señala que también sería discriminatorio si estamos ante otro tipo de contrato temporal para el que no se prevé indemnizaciones o la que se fija es inferior a los trabajadores fijos.

Respecto a si estas sentencias generan efectos entre los particulares, esto es, si tiene eficacia horizontal, este es un tema controvertido existiendo distintos pronunciamientos en este sentido. La sentencia del TSJ de Andalucía (sede de Málaga) de 18 de octubre de 2016 se ha pronunciado porque no los tiene. Sin embargo, el TSJ de Galicia en su auto de 2 de noviembre de 2016, ha entendido que el principio general antidiscriminatorio de la Unión Europea se ha de aplicar siempre también en los supuestos de temporalidad planteado una nueva cuestión prejudicial en este sentido al TJUE para que se pronuncie sobre la cuestión. Por lo tanto, ante tal discrepancia de criterios desde CGT abogamos por su aplicación de esta interpretación al sector privado aun existiendo criterios dispares en los distintos tribunales, en la perspectiva de lograr que se consolide la postura que es aplicable la doctrina del TJUE entre los particulares. En cuanto a la extinción del contrato de trabajo en aplicación de esta doctrina, para los contratos temporales que recogen una indemnización de 12 días de indemnización por año de servicio por extinción del contrato procedería el abono de 20 días por año de servicio de indemnización en analogía con la extinción del contrato de trabajo indefinido por causas objetivas.

Respecto a la figura de los indefinidos no fijos en la Administración, considerándose por tales, aquellos trabajadores de la administración que por concatenación de contratos temporales

de forma irregular o por aplicación de una forma de contratación temporal incorrecta prestan sus servicios en la administración sin que hayan accedido a su puesto de trabajo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Estos trabajadores que han visto como el Tribunal Supremo creo está figura jurisprudencialmente (no por el legislador) cambiaba su criterio respecto a la indemnización por extinción del contrato (hemos pasado de no tener derecho indemnización, a reconocer el derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio cuando se produzca la provisión de la plaza, a reconocer después una indemnización de 12 días de indemnización por año de servicio en análoga con la extinción del resto de contratos temporales) es defendible que cuando se produzca la cobertura reglamentaria de la plaza se ha de aplicar la doctrina del TJUE puesto que son comparables los trabajadores indefinidos no fijos con los interinos por vacante, procediendo en consecuencia una indemnización de 20 días por año de servicio.

1.7.4. Contrato a tiempo parcial

El contrato a tiempo parcial es aquel concertado para prestar servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador/a a tiempo completo comparable. Como tal, debe entenderse el trabajador/a a tiempo completo en la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa en la que se realiza el contrato no hubiera ningún trabajador/a comparable a tiempo completo, se tomará como referencia la jornada a tiempo completo prevista en el Convenio Colectivo de aplicación, o en su defecto la jornada máxima legal.

Este contrato se podrá extender también a la figura del contrato indefinido para emprendedores. Anteriormente se establecía la obligación de hacer constar la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador/a deberá prestar servicios. En la actualidad, y de conformidad con la redacción del artículo 12.4 del ET, tan sólo se exige que consten en el contrato de trabajo las horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes, al año y su distribución, desapareciendo la obligación de hacer constar de forma más detallada la distribución horaria.

En principio no existe régimen distinto respecto de la retribución, debiendo abonarse como mínimo proporcional a la jornada efectivamente realizada, si bien se puede fijar mediante Convenio Colectivo una retribución superior a la que resultaría de la estricta aplicación de la proporcionalidad.

La jornada diaria en el contrato a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida. Si se realiza de forma partida sólo será posible una interrupción, salvo que se regule otra cuestión por Convenio Colectivo sectorial.

Con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2013 los trabajadores tienen prohibido efectuar horas extraordinarias pudiendo únicamente efectuar horas complementarias.

Los trabajadores/as con contrato a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los contratados a tiempo completo, salvo para los derechos que se generen por tiempo trabajado, los cuales se generarán proporcionalmente atendiendo a la duración de la jornada.

1.7.4.1. Horas complementarias

Se consideran horas complementarias, aquellas que hayan sido pactadas como adicionales al contrato a tiempo parcial, conforme a la regulación legal y a lo establecido en Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.

Hay que destacar la naturaleza y precarización absoluta de este contrato, y más aún, del pacto sobre horas extraordinarias, pues lo que se genera es la realización de contratos que casi son a tiempo completo, con absoluta disponibilidad por parte de la empresa de los tiempos vitales del



trabajador/a para su gestión, y más aún cuando este pacto de horas complementarias se puede negociar en el momento de celebración del contrato, cuando más débil es el trabajador/a en su negociación con la gerencia empresarial.

Sólo se pueden pactar horas complementarias en el caso de contratos indefinidos a tiempo parcial. Este pacto podrá acordarse en el momento de la celebración del contrato de trabajo a tiempo parcial o posteriormente y

Sólo serán exigibles cuando se hayan pactado expresamente con el trabajador/a. El pacto se formalizará por escrito y en modelo oficial, y deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario. El número de horas complementarias no podrá exceder del 30 % de las horas ordinarias del trabajo objeto del contrato. Por convenio colectivo, este tope podrá ampliarse hasta el 60 %. La suma de horas ordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal de trabajo a tiempo parcial.

El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por denuncia del trabajador/a, mediante preaviso de quince días una vez cumplido un año de su celebración, para atender responsabilidades familiares, necesidades formativas o incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial. La negativa del trabajador a efectuar horas complementarias no podrá ser conducta sancionable.

No existe posibilidad de suscribir pacto de horas complementarias en los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial de carácter temporal.

La realización de horas complementarias debe respetar los límites en materia de jornada y descansos establecidos en el ET.

Respecto del límite de horas complementarias, puede establecerse por medio de Convenio Colectivo la posibilidad de realizar hasta el 60% de las horas ordinarias contratadas, pudiendo también el convenio excluir o limitar la realización de tales horas.

La retribución de las horas complementarias será como la hora ordinaria.

1.7.5. Contrato de Relevo

Éste es un contrato cuya finalidad es sustituir a un trabajador/a que ha pasado a jornada a tiempo parcial por jubilación. Este contrato se celebrará con un trabajador desempleado o con otro que tuviera suscrito un contrato de duración determinada con la empresa.

Es decir, el trabajador/a accede a la pensión de jubilación en régimen parcial, completando en la empresa su jornada a tiempo parcial. El contrato de relevo se concierta con un trabajador/a inscrito/a como desempleado/a o con un trabajador/a que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada. La parte de la jornada en que no presta servicios el trabajador/a jubilado/a, comprendida entre el 25 y el 75 % de la jornada, es cubierta mediante la celebración de un contrato de relevo por otro trabajador/a, y debe ser como mínimo igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador/a sustituido.

La duración del contrato de relevo ha de ser indefinida, o igual a la del tiempo que falte al trabajador/a sustituido para alcanzar la edad de 65 años. Será indefinida siempre que el trabajador/a a relevar acceda a la jubilación parcial con una reducción de jornada del 85%, teniendo que tener 30 años de cotización y al menos 6 de antigüedad en la empresa.

Si al cumplir dicha edad el trabajador/a continuase en la empresa, el contrato de relevo celebrado por duración determinada puede prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose cuando se produzca la jubilación total del trabajador/a relevado.

Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador/a sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, cesa el trabajador/a relevista, el empresario debe sustituirlo por otro trabajador/a en situación de desempleo, o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

Si el trabajador/a jubilado parcialmente fuese despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, y no se procediera a su readmisión, la empresa debe ofrecer al relevista la ampliación de su jornada de trabajo y de no ser aceptada por éste, debe contratar a otro trabajador/a en quien concurren las circunstancias señaladas.

Si el contrato es indefinido, la extinción por despido del contrato del relevado no ha de tener repercusión alguna.

Estos trabajadores/as con contrato de relevo están protegidos por todas las contingencias de la Seguridad Social, es decir se cotiza por todas las contingencias, comunes y profesionales.

En el contrato deberá constar el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador/a sustituido.

1.7.6. Contrato de Trabajo Fijo Discontinuo (regulado en el artículo 15.8 del ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001)

Este contrato ha sufrido diferentes vicisitudes, quedando diferenciado en su regulación, según se repitan o no en fechas ciertas, los trabajos a realizar. Cuando los trabajos fijos discontinuos se repitan en fechas ciertas se aplica la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. Nos encontramos en presencia de un contrato de carácter indefinido, para la realización de trabajos que tengan carácter de fijo-discontinuos y que no se repitan en fechas ciertas.

Los Convenios Colectivos de ámbito sectorial pueden regular, cuando las peculiaridades de la actividad del sector lo justifiquen, la utilización en los contratos fijos discontinuos de la modalidad a tiempo parcial, y los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos.

Este contrato se realiza para trabajos que se encuadran en la actividad normal de la empresa, y debe formalizarse necesariamente por escrito, figurando en el mismo la indicación sobre la duración que se estima de la actividad y la forma y orden de llamamiento establecida en el Convenio Colectivo aplicable.

Los trabajadores/as contratados por esta modalidad, han de ser llamados a trabajar en la forma y orden que se establezca en el Convenio Colectivo, si esto no ocurre, es decir, si el trabajador/a no es llamado, puede iniciar un procedimiento por despido, iniciándose el cómputo de los veinte días para reclamar por despido a partir de aquel en que tuvo que ser llamado a trabajar. En el caso de que corresponda impugnar el despido por falta de llamamiento, la caducidad de la acción del despido no se computa desde la terminación del ciclo de actividad, sino desde que no se produce el llamamiento (STS de 25 de febrero de 1998).

Este contrato podrá realizarse a tiempo parcial, siempre que lo prevea el Convenio Colectivo de aplicación. Y por Convenio sectorial, podrá establecerse la forma y supuestos para convertir en fijos-discontinuos los contratos a tiempo parcial.

El recibo de finiquito firmado al final del contrato relativo a una temporada no exonera al empresario de llamar al trabajador/a cuando comienza la siguiente temporada.

La reciente jurisprudencia véase STS de 15 de mayo de 2010 entre otras, ha confirmado que procede este contrato para los servicios de prevención y de extinción de incendios forestales y que la llamada cada año es obligatoria independientemente de que exista limitación presupuestaria.

Estará en fraude de ley este contrato cuando el trabajo al que está sometido no es cíclico con fechas inciertas. La consecuencia jurídica sería que el contrato de trabajo que corresponde es el indefinido ordinario.



1.8. Conversión de contratos temporales por vía del artículo 15.5 ET¹⁶

Adentrándonos en las situaciones que contempla el Estatuto de los Trabajadores podemos distinguir dos vías que nos permiten combatir la temporalidad y por lo tanto, combatir por la relación laboral indefinida:

- **Artículo 15.5 Estatuto de los Trabajadores.** Hasta la reforma laboral del gobierno socialista (Real Decreto-Ley 10/2011) esta vía se activaba con frecuencia. Establece dicho artículo que **se han de cumplir 24 meses en un periodo global de 30 meses con dos o más contratos temporales para obtener la relación laboral indefinida.**

El Artículo 17 de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral establece que a estos efectos no se computa el periodo transcurrido entre 31 de agosto de 2011 y 31 de diciembre de 2012. Computaremos los periodos inmediatamente anteriores o posteriores a dicho periodo.¹⁷

No todos los contratos temporales computan a estos efectos. Se excluyen: contratos formativos, los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como los contratos de inserción. Sólo computaremos los contratos de obra o servicio y los eventuales. Tampoco podemos computar un único contrato temporal de obra y servicio de más de 24 meses siempre que cumpla los requisitos legales y el objeto del contrato.

No importa en este supuesto que los contratos sean concatenados (*más o menos de 20 días entre contratos. Se entiende en la jurisprudencia clásica que con más de 20 se rompe el vínculo contractual*). Computamos la duración de los contratos temporales y si obtenemos los 24 meses podemos interponer la acción.

Precisiones respecto a las Administraciones Públicas:

La consecuencia jurídica sería obtener la condición de laboral Indefinido pero no fijo.

Se computan los contratos que se celebren con cada una de las administraciones públicas. A estos efectos no computan organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia o vinculadas a las mismas.

Fraude de ley en la causa o en la propia concatenación de contratos sin cumplir con las excepciones que permite el Estatuto de los Trabajadores. El efecto que conlleva es la presunción de contratación por tiempo indefinido de conformidad con el Artículo 6.4 del Código Civil que dice:

¹⁶ ...los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

¹⁷ «1. Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2012, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. 2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, quedará excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta a que se refiere el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas.»

«Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.»

Relación con el despido colectivo:

Siempre que la extinción contractual se declare improcedente debemos de computar si se superan los umbrales que exige el artículo 51.1 del ET que establecen la obligación de seguir los trámites de un Expediente de Regulación de Empleo. En este sentido invocamos **la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2012** que recogió el cómputo de este tipo de extinciones para el despido colectivo.

Asimismo cabe destacar la importancia de la **Directiva 1999/70/CE 28 de junio** como derecho de mínimos a la hora de limitar la temporalidad. Si bien es verdad que es una norma de alcance general y no tiene la fuerza vinculante de los reglamentos, puesto que el éste fija unos objetivos y un plazo vinculantes, dejando libertad a los Estados para escoger los medios adecuados.

1.9. Negociación colectiva en materia de contratación

La CGT en materia de negociación colectiva respecto a la contratación plantea los siguientes puntos:

- Defensa e impulso del empleo estable y la contratación fija.
- Veto a las empresas de trabajo temporal.
- Freno a la contratación eventual (limitar, condicionar, mejorar condiciones).
- Reconversión de los contratos temporales en indefinidos.
- Control del contrato estable a tiempo parcial.
- Condiciones claras de contratación.
- Inversión en empleo.
- Desarrollo de nuevos yacimientos de empleo.
- Incrementar la inversión pública y social.



2. SALARIO

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículos 4.2.f, 26, 29, 31, 32, 33 y 35.

Constitución Española, artículo 35

Real Decreto 2030/2009, de 30 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2010

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, de IRPF

Real Decreto-ley 3/2004, de 25 junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, art. 6

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público

Ley 5/2000, de 4 de agosto, de infracciones y sanciones del orden social, arts. 6, 8 y 40

Convenio OIT 117

Real Decreto 742/2016, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017.

INTRODUCCIÓN

El Salario bruto medio anual fue de 23.130,20€ en 2015, pero el SALARIO MÁS FRECUENTE, es decir, aquel que recibe un número mayor de personas, es tan sólo de 16.498,47 €.

- Salario más frecuente (16.498,47 €)
- Salario mediano (19.466,49 €)
- Salario medio (23.106,30 €)

El salario medio anual de las mujeres fue de 20.051,58 euros, mientras que el de los hombres fue de 25.992,76 euros. El salario medio anual femenino representó el 77,1% del masculino.

Por lo que respecta a la distribución salarial, la desigualdad entre sexos es apreciable. Así en el año 2015, el 18,2% de las mujeres tuvo ingresos salariales menores o iguales que el Salario Mínimo Interprofesional (SMI), frente al 7,4% de los hombres.

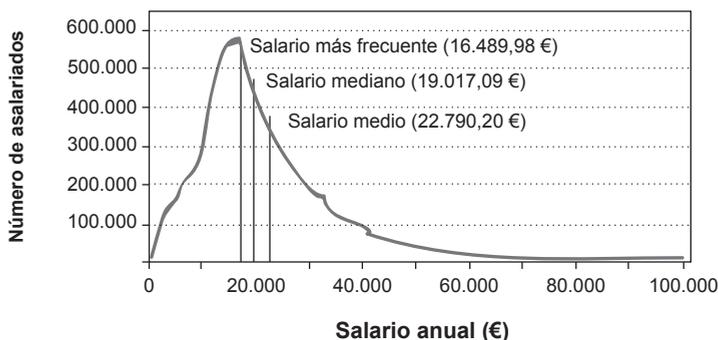
Si se tienen en cuenta los salarios más elevados, el 9,8% de los hombres presentó unos salarios cinco veces o más superiores al SMI, frente al 5,0% de las mujeres.

La desigualdad también queda patente si se analiza la proporción de trabajadores con ganancia baja (asalariados cuya ganancia hora está por debajo de los 2/3 de la ganancia mediana), que fue del 16,7% en 2015. Entre estos trabajadores, el 65,5% eran mujeres.

Directores y gerentes (51.645,86 euros) constituyó el grupo de ocupación con la ganancia media anual más elevada. Por el contrario, los trabajadores no cualificados en servicios (excepto transporte) fueron los menos remunerados, con 12.700,70 euros.

- Por tipo de jornada, el salario medio anual a tiempo completo fue de 27.039,01 euros, mientras que el salario medio a tiempo parcial fue de 10.065,18 euros.
- Los trabajadores con contrato indefinido tuvieron un sueldo medio anual de 24.561,81 euros. Los de contrato de duración determinada, de 16.422,50 euros.

Distribución del salario bruto anual



El salario bruto medio anual fue de 23.106,30 euros por trabajador en el arto 2015.

País Vasco, con 27.571,31 euros anuales por trabajador, presentó el salario medio anual más alto y el salario más bajo fue Extremadura con 19.564,49 euros anuales.

La actividad económica con mayor salario medio anual fue Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado, con 51.919,72 euros por trabajador al arto en media. Por el contrario la Hostelería, tuvo el salario medio anual menor, con 13.977,06 euros.

El salario anual de los directores y gerentes fue de 51.645,86 euros.

Pues bien, según la ECV 2012, el ingreso medio de cada persona que constituye el hogar, alcanzó los 10.419 euros en el año 2014.

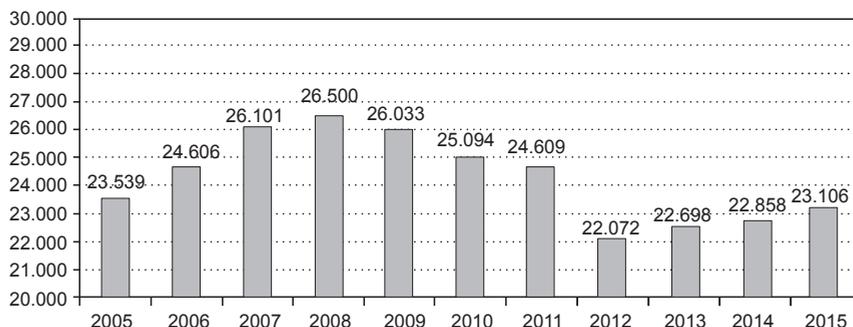
Es ver la realidad con un prisma más a ras de tierra y pegado a las condiciones de vida de la inmensa mayoría de la sociedad.

Que los salarios medios se encuentren en 23.106,30 (referida a 2015), no significa nada más que existe un segmento muy pequeño de trabajadores (asalariados) con salarios muy altos, pero que influyen notablemente en el salario medio.

Tengamos en cuenta que existen casi 3,2 millones de personas paradas que no perciben ningún tipo de prestación del desempleo, ni contributiva, ni asistencial y, a la vez, casi 1,8 millones de hogares tienen a todos sus miembros activos parados o paradas.

Lo cual, entre otros factores (economía sumergida, sobre todo), explica que los ingresos por persona miembro del hogar caigan casi a un tercio del salario medio.

Evolución de los ingresos medios por hogar (Euros)



La desigualdad y el empobrecimiento crecen exponencialmente, debido a dos factores fundamentales: el primero, el robo de las rentas salariales, bien por pérdidas de empleo, bien directamente por decrecimiento de los salarios y sus costes y, el segundo, la transferencia de esas rentas al sistema financiero, bien en pagos de intereses, bien en avales o ayudas directas.

Las familias, más de la mitad, no pueden realizar ni tan siquiera una semana de vacaciones fuera de casa.

El 32% de los hogares tiene dificultades para cuadrar sus cuentas mensuales: pagos de vivienda (hipoteca/alquiler), servicios esenciales (luz, agua, gas) y derechos esenciales (educación y salud).

Las políticas de ajuste estructural, han llevado la tasa de pobreza en el Estado Español hasta al 27% de la población.

Tener empleo ya deja de ser garantía de inclusión, y así nos encontramos que el 14,4% de la población que tiene empleo, es pobre.

2.1. Naturaleza y definición de las percepciones económicas del trabajador/a

El contrato de trabajo contiene dos obligaciones cruzadas entre ambas partes, esto es, entre el trabajador/a y empresario. El primero tiene como principal obligación la prestación del trabajo correspondiente, y la contraprestación del empresario es el pago por ese trabajo, es decir, el abono del salario o retribución pactado.

Debemos recordar que el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho de los trabajadores a la percepción de un salario digno para cubrir sus necesidades básicas y las de su familia.

La definición de salario se contiene en el artículo 26.1 del ET, considerándose como tal «(...) la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores/as, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo (...)».

Así, toda retribución que tenga este carácter salarial, ha de ser tenida en cuenta a los efectos de fijar la base de cotización a la Seguridad Social, para el abono de los descansos, así como para calcular las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

El salario comprenderá las prestaciones dinerarias y en especie derivadas de la prestación laboral y los periodos computables como de descanso:

- Descanso semanal o dominical. Art. 37.1 ET
- Días festivos. Art. 37. ET
- Vacaciones. Art. 38 ET
- Descanso de jornada laboral. Art. 34.4 ET
- Permisos retribuidos. Art. 37.4 y 5
- Crédito horario de los representantes unitarios y sindicales. Art.68 ET y art. 9.2 LOLS.
- Interrupciones de trabajo atribuibles al empresario o por fuerza mayor.

El trabajador/a también puede percibir retribuciones de carácter extrasalarial que abonan gastos o perjuicios ocasionados por la actividad laboral.

Existe la presunción, salvo prueba en contra, a favor del trabajador/a de que toda retribución que recibe del empresario le es debido en el concepto amplio de salario (STS 25/10/1988 STS 19-6-1995, 26-7-1996).

2.2. Estructura salarial

2.2.1. Estructura del Salario

La estructura del salario, tal y como establece el artículo 26.3 del ET, se fija mediante la Negociación Colectiva o, en su defecto, en el contrato individual.

Y deberá comprender:

- El salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra. El salario base no podrá ser en ningún caso inferior al Salario Mínimo Interprofesional. Se suele fijar por Convenio en las tablas salariales, en función de la categoría o grupo profesional.
- Los complementos salariales, que se fijan en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador/a, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, y que se calcularán conforme a los criterios que se pacten. Este pacto debe incluir el carácter consolidable o no de estos complementos salariales. Esto es importante, pues salvo pacto en contrario no tienen carácter consolidable los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa (como por ejemplo, el plus de turnicidad, penosidad, toxicidad, o la participación en los beneficios).

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante las vacaciones anuales retribuidas, como por ejemplo los complementos relacionados con antigüedad y con sus cualificaciones profesionales y la comisión por ventas (STJUE 22 de mayo de 2014).



Tal y como hemos reseñado, según establece el artículo 26.3 del ET, para que un complemento se catalogue como salarial mediante la Negociación Colectiva¹⁸, debe concurrir una causa o circunstancia específica y determinada que esté presente en la prestación del trabajo.

2.2.2. Complementos

Estas circunstancias han de pertenecer a una de las siguientes categorías:

1. Relativas a las condiciones personales del trabajador/a, que tiene que ver con la cualificación personal o profesional del trabajador/a no tenida ya en cuenta para fijar el salario base. A modo de ejemplo, citaremos algunas, tales como el conocimiento de idiomas, la antigüedad en la empresa o la titulación o cualquier otro complemento de naturaleza análoga. Para el cómputo de la antigüedad, ha de incluirse el periodo de prácticas y de formación (STS 5 de noviembre de 2014), el periodo de prueba, el de excedencia para el cuidado de hijos y forzosa, así como el tiempo de formación en cursillos de la empresa (STS 14 de febrero de 1996), o el trabajado mediante contratos temporales sucesivos o casi sucesivos, aun mediando periodos superiores a 20 días entre uno y otro (en tal sentido, las STS de fecha 17 de enero de 1996, 3 de febrero de 2000 y 12 de junio de 2008 entre otras). Cabe precisar que si se trata de una excedencia voluntaria no se considera de antigüedad salvo que el Convenio Colectivo aplicable prevea otra regulación.

Según establece el TS, será la norma convencional aplicable la que deberá establecer si existe el complemento de antigüedad, en qué precisos términos se reconoce y en qué cuantía, sin perjuicio de lo que se pueda acordar individualmente (STS 7 de octubre de 2002 y 4 de abril de 2007, entre otras).

2. Relativas al trabajo realizado, esto es, la penosidad, toxicidad, peligrosidad, suciedad, navegación, embarque, trabajo a turnos o nocturno. Al depender de la prestación del trabajo en un puesto concreto, no tienen carácter consolidable, salvo pacto en contrario, tal y como tiene establecido el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 7 de julio de 1999. También son de esta misma naturaleza las primas de responsabilidad, es decir, las que se perciben como consecuencia de la mayor responsabilidad que se ejerce en el puesto de trabajo, y las primas de movilidad funcional o polivalencia, que son las relativas a la disponibilidad del trabajador/a para realizar funciones distintas a las recogidas en su contrato de trabajo, así como los complementos pactados por cantidad o calidad de trabajo, entre las que se incluyen las horas extraordinarias, si éstas son retribuidas y no compensadas con descanso, así como el plus de asistencia y puntualidad o el plus convenio¹⁹.

De igual forma, en este apartado debemos incluir los complementos de residencia, que podrán ser pactados individual o colectivamente. Estos complementos tienen su razón de ser en compensar los perjuicios o trastornos que pueda ocasionar la necesidad de residir en determinados lugares para prestar el trabajo. Debemos destacar el establecido en la Orden Ministerial de 11 de noviembre de 1958, modificada por la Orden Ministerial de 20 de marzo de 1975 (BOE del 31 de marzo), relativo a Ceuta y Melilla,

¹⁸ Nos remitimos en este punto al capítulo 2 de la presenta Guía

¹⁹ A resaltar el plus convenio, cada vez más habitual en los Convenio Colectivos, y que no tiene la consideración estricta de un complemento salarial dado que, en muchas ocasiones, no responde a una causa o criterio, por lo que se englobaría en el salario base de cada categoría.

que establece un complemento para los residentes en ambas ciudades autónomas de un 25% sobre el salario base. Esta cuantía se ha «exportado» a otros supuestos, pero no tiene por qué ser siempre la misma, pudiéndose pactar, en contrato individual o Convenio Colectivo, un plus distinto.

3. Relativas a la situación y resultados de la empresa, esto es, las que dependen de los beneficios o incrementos de valor de la empresa. Puede ser pactado en Convenio Colectivo o en el propio contrato individual, y establecerse como consolidable o no consolidable.

2.2.3. Las Stock-options

Debemos hacer referencia también a las llamadas *Stock-options*, u «Opciones de compra sobre acciones», derecho que la empresa da a los trabajadores/as, para que éstos puedan adquirir dentro de un plazo determinado, normalmente entre 3 y 5 años, acciones de la empresa, fijándose un precio concreto de las acciones, que suele ser el de su cotización en bolsa en el día que se da este beneficio. Si en ese plazo la acción se revaloriza, el trabajador/a ejerce la opción de compra sobre el precio marcado inicialmente y obteniendo pues un beneficio; si la acción no se revaloriza, no ejerce la opción de compra. Estas «opciones de compra» no están reguladas en la normativa laboral, y se está configurando su régimen jurídico a través de los distintos Convenios Colectivos en los que se recoge, así como a través de la jurisprudencia. Y es ésta la que ha dejado claro, entre otras cuestiones, que son salario, y salario «en metálico», no en especie (SSTS de 24 de octubre de 2001 y de 4 de febrero de 2002), si bien no convertibles en dinero (TSJ Santa Cruz de Tenerife 12-4-2013, así como que son computables al tiempo de calcular la indemnización por despido improcedente. Entendiendo como salario el precio de la opción de compra en el momento de fijarse y no el del beneficio posterior que pudiera obtener el trabajador/a de su venta por la revalorización.

El modelo de las *Stock-options* genera desigualdad salarial entre los trabajadores/as y los directivos de las empresas, a los que fundamentalmente va dirigida esta medida, unido a que la capacidad de adquirir las mismas no es igual en unos y otros.

No obstante, debemos estar al caso concreto, sobre todo a la definición y régimen que prevea el convenio colectivo o acuerdo de empresa concreto que otorgue este derecho a los trabajadores/as.

2.2.4. Salario en Especie

Según establece este artículo 26.1 del ET, no puede superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador/a. Este tipo de salario solo existe cuando venga establecido en las normas legales o convencionales o existe pacto expreso tácito con el empresario. La imprecisión por parte del ET sobre qué es salario en especie, ha obligado a que sean los tribunales quienes lo concreten; así, como ejemplos recogemos los siguientes:

- Constituye salario en especie la comida abonada por el empresario cuando se retribuye la disponibilidad de determinados empleos (STS de 10 de noviembre de 1989) o cuando existe un servicio de restauración que paga el empresario (STS de 28 de enero de 1994), así como los tickets comida cuando el horario no impida al trabajador/a comer en su casa. Por el contrario las dietas establecidas para compensar gastos ocasionados al trabajador/a son de naturaleza extrasalarial. Así se estará al caso concreto y a lo establecido en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo.



- El suministro de agua, gas o luz (STSJ de Justicia de Castilla y León de 14 de abril de 1998).
- El transporte gratuito, así como la utilización de vehículos de la empresa o el pago, total o en parte, del precio del vehículo propio, e incluso el disfrute de una plaza de garaje de la empresa más allá de las horas de trabajo (STSJ País Vasco, de 16 de mayo de 2000).
- La vivienda, ya sea en régimen de alquiler o propiedad, siempre y cuando se trate de una contraprestación por el trabajo realizado. No se trata de salario en especie cuando el abono de la vivienda se realiza para compensar un gasto realizado por la actividad laboral, como por ejemplo, un traslado (STS 5 de febrero de 2014). Al ser salario la empresa no lo puede eliminar unilateralmente sin seguir el procedimiento legal establecido (AN 11-4-2012).
- Igualmente, debe computarse el salario en especie a los efectos de indemnización por despido (TSJ País Vasco 27-4-2010).
- Tiene consideración de salario en especie igualmente, la prima que la empresa abona mensualmente al trabajador (STS de 2 de octubre de 2013).

No obstante estos ejemplos, habrá que estar al caso concreto para determinar si estamos o no ante salario en especie.

2.3. Retribución de las horas extras

Según establece 35.1 del ET, el límite mínimo en la remuneración de las horas extras, es el del valor de la hora ordinaria, pudiendo ser objeto de regulación más favorable mediante convenio colectivo o pacto individual. Con la salvedad de que sean compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

Las horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, se retribuirán como horas extraordinarias, con los incrementos previstos convencional o contractualmente, siendo, con carácter general, 80 el máximo de horas extraordinarias que el trabajador/a puede realizar a lo largo de un año (art.35.2 ET).

- El trabajador/a que pretenda reclamar el importe de horas extras realizadas mediante la correspondiente procedimiento de reclamación de cantidad, debe establecer con toda precisión sus circunstancias y número, así como demostrar su realización día a día y hora a hora, lo que conlleva una gran complicación a la hora de acreditar ante los Juzgados de lo Social su realización.
- La remuneración de las horas extraordinarias no se incorpora al cómputo de la base de cotización a la Seguridad Social, salvo para la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional. También se computa la remuneración de las horas extras, en la base de cotización para Desempleo, Formación Profesional y Fondo de Garantía Salarial.

Se vulnera el principio de igualdad retributiva al pagar las horas extras más baratas que el resto, cuando ello afecte —sin justificación objetiva— mayoritariamente a mujeres (TJUE 6 de diciembre de 2007).

La compensación de trabajos fuera del horario no impide que el trabajador genere derecho a la retribución de las horas como extraordinarias (STJ Andalucía 1475/2002).

2.4. Gratificaciones extraordinarias

Las gratificaciones o pagas extraordinarias están fijadas en el artículo 31 del ET, que establece el derecho de todo trabajador/a a dos gratificaciones extraordinarias al año: una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad, y la otra en el mes que se fije por Convenio Colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores/as. Cabe pactar en Negociación Colectiva un número mayor de gratificaciones extraordinarias.

La cuantía de estas gratificaciones se concreta en los Convenios Colectivos, como también se puede pactar en Convenio Colectivo que se prorrateen en las doce mensualidades.

Su periodo de devengo es a doce meses, salvo que el Convenio Colectivo aplicable establezca un periodo de devengo de seis meses. ¿Qué significado tiene esto? Que su percepción por tanto, depende del tiempo trabajado dentro del periodo de devengo de la gratificación. Así, por ejemplo, si el periodo de devengo para la gratificación de Navidad está establecido en el Convenio Colectivo del 1 de julio al 31 de diciembre, llegado el momento de cobrar esta gratificación extraordinaria, si se ha trabajado todo ese periodo de seis meses, se cobra el 100% de la gratificación; en caso de no haber trabajado todo ese periodo, se recibe la cantidad proporcional al tiempo trabajado dentro de esos seis meses.

Las gratificaciones extraordinarias deben computarse a los efectos del cálculo de la indemnización por despido.

2.5. Retribuciones extrasalariales

A su vez, no son salario, sino retribuciones extrasalariales, las cantidades percibidas por el trabajador/a que no tienen el carácter de contraprestación por el trabajo efectuado, tales como:

- Indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral (dietas y gastos de viaje, cantidades para adquisición de ropas de trabajo o herramientas, plus de distancia y transporte...).
- Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y beneficios sociales, de ocio o sanitarios de carácter asistencial para el trabajador/a o su familia asumidos por la empresa.
- Las aportaciones a planes de pensiones y las primas de seguros, por considerarse mejoras voluntarias.
- Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos, y las propinas o gratificaciones (STSJ Madrid, de 16 de abril de 1998).

Es ésta una lista cerrada, es decir, estas son las únicas excepciones que no se integran en la noción de salario (STS 26 de junio de 1995).

Es habitual que bajo complementos extrasalariales se intenten camuflar conceptos salariales con la finalidad de eludir cotizaciones a la Seguridad Social, habiendo consagrado la jurisprudencia el principio de irrelevancia de la denominación, atendiendo a la naturaleza, salarial o extrasalarial, real de los conceptos retributivos, con independencia de la denominación que le atribuyan las partes (STS 2 de noviembre de 1989).



Estas cantidades por tanto, al ser de carácter extrasalarial, no computan a los efectos del cálculo de indemnización por la extinción del contrato o en el cálculo de salarios de tramitación, ni están sujetas a cotización a la Seguridad Social. Igualmente, no se le aplican las normas de protección y garantía del salario y se excluye la responsabilidad solidaria del empresario en casos de contrata y subcontratas.

2.6. Otras prestaciones no salariales

Se trata de una serie de beneficios de naturaleza individual o colectiva, fijados por la legislación, la negociación colectiva o la voluntad de la empresa, que se suministran a los trabajadores/as con una difícil valoración económica y que no forman parte estrictamente de la estructura salarial.

En el plano de prestaciones colectivas destaca el comedor de empresa, contemplado en un Decreto de 8 de junio de 1938 que puede entenderse aun en vigor, para empresas de más de 50 trabajadores/as que por su régimen productivo no concedan descanso de dos horas para comer. Dicho comedor también se procurará para empresas de menos de 50. La comida a cargo del empresario por comedor o por los denominados tickets de comida no supone salario en especie, salvo en lo que se expresa en el epígrafe 2.5 del presente capítulo.

El artículo 42 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, excluye de la retribución de salario en especie, a efectos fiscales, tanto la entrega de productos a precios rebajados en comedores como los Tickets-comida hasta un máximo de 9 euros diarios (art. 45 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

Otra prestación histórica en el ordenamiento laboral son los economatos de empresa, regulados por el aun vigente Decreto de 21 de marzo de 1958 y por el RD 1883/1978, de 26 de julio, obligatorio para empresas de más de 500 trabajadores/as para el disfrute de estos y sus familiares. El desmantelamiento de éstos, al entenderse condición más beneficiosa para el trabajador/a, conlleva la necesidad de indemnizar a los trabajadores/as. Es una práctica habitual sustituir la figura del economato por «vales de descuento».

Otras percepciones ofrecidas por la empresa son los Transportes Colectivos y la Guarderías de empresa.

Respecto a este tipo de prestaciones no salariales de carácter individual, hemos de resaltar las ventajas de ciertas empresas a sus trabajadores/as a la hora de consumir sus propios productos o servicios, como descuentos, transporte gratuito en empresas de transporte o préstamos en condiciones ventajosas en el sector financiero. Estas ventajas se suelen establecer mediante la negociación colectiva.

2.7. Límites a la fijación del salario

El salario se puede fijar libremente en el contrato de trabajo. Pero esta libertad de ambas partes está limitada. Así, cabe mejorar en el contrato individual de trabajo el salario establecido en Convenio Colectivo, pero nunca se podrá fijar en ese contrato una percepción inferior a la recogida en el Convenio Colectivo que sea de aplicación o, en su defecto, al Salario Mínimo Interprofesional, entendiéndose en este caso nulo el pacto entre trabajador/a y empresario en cuanto al salario, y aplicándose el estipulado en el Convenio Colectivo o norma general correspondiente.

2.7.1. El Salario Mínimo Interprofesional (SMI) e indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM)

Se supone que es la fijación de esa «(...) remuneración suficiente *para satisfacer sus necesidades y las de su familia (...)*» que establece, como derecho de todo español, la CE en su artículo 35.1, y del que se deriva a su vez el artículo 27 del ET, aunque su reducida cuantía evidencia que su fijación responde más a criterios puramente economicistas, que a la voluntad de fijar parámetros generales de dignidad de condiciones de los trabajadores/as. El Salario Mínimo Interprofesional para 2017 para todos los sectores de la economía, sin distinción de sexo o edad entre los trabajadores/as, ha sido fijado por el Gobierno mediante el Real Decreto 742/2016 de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017 en 23,59 euros/día o 707,70 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses, incluyéndose en estas cantidades tanto salario en dinero como en especie, y relativos a la jornada legal de cada actividad concreta, prorrateándose las jornadas inferiores.

Debemos tener en cuenta, que en la fijación del SMI por día, no se incluye la parte proporcional de domingos y festivos, de tal forma que si un trabajador/a presta sus servicios, por ejemplo sólo una semana, de lunes a sábado, habiendo devengado un descanso obligatorio (el del domingo) y por lo tanto retribuido, deberá recibir el salario día multiplicado por seis, además de un día más por el domingo devengado. Y ello sin perjuicio del resto de la liquidación que le correspondiera, tal como la parte proporcional de pagas extraordinarias o de vacaciones no disfrutadas.

La revisión del salario mínimo interprofesional, respecto a la compensación y absorción salarial (ver epígrafe del presente capítulo), no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo los trabajadores/as cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual fuesen superiores a dicho salario mínimo. Es decir, que si el trabajador/a venía percibiendo un salario superior el aumento del SMI, no le afectará en nada, salvo que por Convenio Colectivo se pacte otra cosa.

El salario mínimo en cómputo anual que se tomará como término de comparación será el resultado de adicionar el salario mínimo fijado anteriormente más los complementos salariales, sin que en ningún caso pueda ser una cuantía anual inferior a 9.907,80 euros.

Para los eventuales y temporeros: cuando estos trabajadores/as presten sus servicios a una misma empresa por un período que no exceda de ciento veinte días, la retribución para 2017 será de 33,51 euros diarios.

Para los empleados/as de hogar que trabajen por horas, el salario mínimo será de 5,54 euros por hora efectivamente trabajada.

El salario mínimo interprofesional es inembargable.

El Real Decreto 742/2016 de 30 de diciembre, sustituye al SMI como referencia para el cálculo de múltiples prestaciones por el IPREM (indicador público de renta de efectos múltiples). Dicha norma deslinda los conceptos que se siguen guiando por el SMI y los que se guiarán por el IPREM:

Se mantendrá la vinculación con el salario mínimo interprofesional en los supuestos que se indican a continuación para determinar:

El salario del trabajador/a en los términos y condiciones establecidos en las normas reguladoras de las relaciones laborales de carácter especial.

La retribución del contrato para la formación.

Las garantías, privilegios y preferencias del Salario.

Los límites de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial.

El salario correspondiente a una colocación para que ésta sea considerada adecuada a los efectos de la protección por desempleo.

El salario correspondiente a una colocación para que pueda entenderse adecuada.

La cuantía máxima del anticipo al que tiene derecho el trabajador/a que haya obtenido a su favor una sentencia en la que se condene al empresario al pago de una cantidad y contra la que se haya interpuesto recurso.

El importe de la garantía financiera que deben constituir las empresas de trabajo temporal.

La retribución de los trabajadores/as declarados en situación de incapacidad permanente parcial que se reincorporen a la empresa.

Asimismo, se mantendrá la vinculación con el salario mínimo interprofesional para determinar: Las bases mínimas de cotización en los regímenes de la Seguridad Social.

Los requisitos de acceso y, en su caso, mantenimiento de las pensiones de viudedad, orfandad, prestaciones en favor de familiares, prestaciones familiares y por nacimiento o adopción del tercer o sucesivos hijos, así como el importe de la prestación económica por parto o adopción múltiples.

Los requisitos para el acceso y mantenimiento de las prestaciones que integran el sistema de protección por desempleo de las siguientes prestaciones: prestación por desempleo del nivel contributivo en relación con el cómputo de las rentas de los hijos para fijar las cuantías máxima y mínima de la citada prestación, el subsidio por desempleo, la renta activa de inserción para personas con especial dificultad.

Se tomará de base el IPREM para el cálculo de prestaciones en los casos no referidos anteriormente, para determinar el acceso a determinadas prestaciones.

El IPREM para el 2017 (Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016), ha quedado congelado en los mismos valores establecidos en el 2016, y con ello congeladas todas las prestaciones dependientes de este índice, resultando:

- IPREM diario: 17,75 euros
- IPREM mensual: 532,51 euros
- IPREM anual (12 pagas): 6.390,13 euros
- IPREM anual (14 pagas): 7.455,14 euros

2.7.2. El principio de igualdad y no discriminación

De igual forma, el principio de igualdad y no discriminación opera como otro límite a la fijación del salario, y emana de los artículos 14 y 35.1 de la Constitución española, así como de los artículos 4.2.c, 17 y 28 del ET, preceptos que específicamente declaran nulos todos los pactos, estipulaciones o decisiones del empresario, incluidas las relativas al salario, que sean discriminatorios por razones sexo, origen, estado civil, raza o etnia, orientación o identidad sexual, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos, o relación de parentesco con otros trabajadores/as en la empresa o lengua. Esto es, a trabajos equivalentes, salarios equivalentes. No obstante, al respecto de discriminación por razón de sexo, nos remitimos al Capítulo correspondiente que se desarrolla en la presente Guía.

El artículo 4.2 c) ET declara el derecho de los trabajadores/as a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, con-

dición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Artículo 17 del ET. No discriminación en las relaciones laborales. «1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los Convenios Colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores/as en la empresa y lengua dentro del Estado español».

Artículo 28 del ET. Igualdad de remuneración por razón de sexo. «El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla».

Debemos destacar la doctrina establecida por la que el art. 14 de la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, al respecto de que no toda discriminación supone una vulneración del principio de igualdad y demás derechos o principios conexos; sólo vulnera estos derechos y principios, la discriminación que carece de una justificación «objetiva y razonable» (tal y como se estableció en la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 34/1984, y más recientemente STC 2/1998 y 27/2004) de tal forma que según esta sentencia **no** vulnera el principio de igualdad la diferenciación del salario atendiendo a la clase de trabajo, al rendimiento, la antigüedad (pero sólo en lo relativo al complemento personal de antigüedad), la preparación o la formación.

La STC 27/2004 plantea que ni la autonomía colectiva, ni la libertad de empresa, pueden establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo que no esté amparado en la proporcionalidad y la objetividad, y por tanto sí pueden establecerse cuando se den los requisitos de proporcionalidad y objetividad.

En tal sentido las sentencias de 12 de diciembre de 2008 y de 29 de enero de 2009, establecen que «el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato» (STC 27/2004, de 4 de marzo). *No obstante, las diferencias entre trabajadores en función de la fecha de ingreso en la empresa, establecidas en convenios o acuerdos colectivos, pueden ser lícitas o ilícitas, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional* (STC 2/1998, de 12 de enero y las que en ella se citan), según estén o no basadas en una justificación objetiva y razonable. Siguiendo esta línea jurisprudencial, en el ámbito de *las relaciones de trabajo, el principio de igualdad de trato en materia de salarios ha de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros principios como la autonomía de la voluntad* (STC 34/1984, de 9 de marzo) *o el propio principio de autonomía colectiva* (STC 177/1988, de 10 de octubre). Entre los factores objetivos que justifican las diferencias de trato en materia de remuneraciones se reconocen expresamente, entre otros, los que derivan del contenido de los actos de trabajo, de la intensidad o duración del mismo, de la calidad de su realización, de los factores circunstanciales del medio de trabajo que influyen en la penosidad o peligro de su ejecución o en el esfuerzo laboral, o de las propias necesidades del trabajador.

Respecto a la diferencia salarial entre contratos fijos y temporales, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que considera contraria al principio de igualdad la diferenciación realizada basada en el tipo de contrato (STC 177/1993), tal y como establece el artículo 15.6 del

ET. Si bien existe jurisprudencia que no considera discriminatorias diferencias retributivas por ciertos complementos vinculados a la antigüedad.

Son ejemplos de vulneración del principio de igualdad y no discriminación, el impago a los liberados sindicales del plus de asistencia o de nocturnidad (en este sentido, la STSJ Castilla y León de 6 de abril de 2003), el no aplicar a los afiliados/as de CGT, miembros del Comité de Empresa, las mejoras que sí se aplican al resto de los trabajadores/as (STSJ de Justicia de Andalucía, de 13 de diciembre de 1992), o el pagar un plus a los trabajadores/as que no ejercen su derecho a la huelga (la llamada «prima antihuelga»), según estableció, entre otras, la STSJ Madrid 23 de diciembre de 1992.

Las actuaciones empresariales que impliquen una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, suponen una infracción muy grave, de las previstas en el artículo 8.12 y 9.2 d) de la LISOS.

El artículo 8.12 de la LISOS establece que son infracciones muy graves las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad o bien cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores/as en la empresa, lenguas dentro del Estado español, o por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales. En el mismo sentido el artículo 9.2.d) de la LISOS, respecto de los derechos de información y consulta de los trabajadores/as.

De igual forma, el Código Penal establece, en su artículo 311.1 que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses «(...) los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, Convenios Colectivos o contrato individual (...)».

2.7.2.1. La doble escala salarial

La llamada «doble escala salarial», previsión contenida en algunos Convenios Colectivos, por la que se fijan retribuciones inferiores a los trabajadores/as de nuevo ingreso respecto de aquellos que ya estaban en la empresa. Tradicionalmente estos supuestos eran considerados ilegales por los tribunales, por entender que tal práctica era contraria al principio de igualdad y suponía un trato discriminatorio de unos trabajadores/as respecto a otros, sin que el criterio de la fecha de contratación, supusiera una justificación objetiva y razonable de distinción salarial (en este sentido, entre otras, STS de 18 de diciembre de 1997, o STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de mayo de 1997).

Pero la doctrina en este punto ha cambiado, aceptándose ahora como acorde al principio de igualdad por parte de los tribunales la fijación de una doble escala salarial bajo el criterio de la fecha de contratación, entre otras STC 119/2002, de 20 de mayo de 2002, en la que con unos argumentos que pueden ser bastante discutibles, considera que no estamos en presencia de una

discriminación por incorporarse en el Convenio Colectivo la doble escala salarial, ya que la exigencia de igualdad retributiva no es absoluta en nuestro Derecho, pudiendo entonces fijarse una doble escala retributiva si existe una razón que la justifique, con toda la crítica que ello nos merece.

Esta doctrina del TC ha ido perfilándose en diversas resoluciones, debiendo resaltar la STSJ Cataluña, de 31 de enero de 2003, en que se determina la ilegalidad de la fijación de una doble escala salarial para los trabajadores/as en el Convenio Colectivo de Nissan España, S.A., por no responder a una justificación jurídicamente razonable. De igual forma, y a modo de ejemplo, la STS, de fecha 17 de junio de 2002, determinó la ilicitud de la doble escala salarial fijada en el Convenio Colectivo de Transportes de Viajeros de Barcelona, por no existir causas razonables que justificaran la diferenciación salarial, la falta de relación de causalidad entre la doble escala fijada y la razón de la fundamentación, así como la desproporcionalidad de las consecuencias jurídicas que conllevaría la fijación de esa diferenciación salarial.

Más recientemente, la sentencia de 15 junio 2008 dicta que «establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de la contratación rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores/as quiebra el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad».

La sentencia de 12 de noviembre de 2008, en el mismo sentido que la sentencia TS de 21 de diciembre de 2007, establece como jurisprudencia de la sala que si bien es cierto que en algunas de sus sentencias vino a admitir la legalidad de cláusulas de Convenio Colectivo que establecían una doble escala salarial en función de la fecha de ingreso en la empresa del trabajador/a y, ello, en razón a una serie de circunstancias que las justificaban, en la mayoría de sus sentencias se inclina por considerar contrarias al principio de igualdad y discriminatorias, estas cláusulas en los convenios.

Por ello el mero criterio de antigüedad no justifica la doble escala salarial, que sí puede ser adoptada si complementariamente la empresa invoca un motivo que pudiera justificarlo de manera objetiva y razonable.

En síntesis, debemos estar al caso concreto, y analizar las razones y justificaciones jurídicas a las que cada doble escala salarial responda, para así valorar su legalidad o ilegalidad.

Para la Administración Pública, al no operar la autonomía de voluntad sino su pleno sometimiento a la ley, la interdicción de la arbitrariedad y la igualdad ante la ley no puede establecer diferencias de carácter salarial. Sí contempla el Tribunal Supremo que no es contraria al principio de igualdad y no discriminación la distinción que atiende al estatuto jurídico del trabajador/a entre personal laboral y funcionarios (STS 3 de febrero de 2003).

2.7.2.2. Diferencias por razón de género

En el caso de las mujeres, cuando existe un salario inferior por un trabajo igual puede alegarse discriminación en razón del sexo; en este sentido el artículo 28 del ET prohíbe expresamente la discriminación salarial tanto directa como indirecta.

El problema es que en la mayoría de los casos se produce lo que llamamos «discriminación indirecta», por la que los trabajos realizados mayoritariamente por mujeres y en sectores feminizados son valorados menos que los trabajos equivalentes realizados por hombres.

El artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece sobre discriminación directa e indirecta que:



- Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
- Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.
- En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.

El artículo 3 de esta Ley, a su vez, determina que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, es decir tanto leyes como convenios colectivos.

También plantea la Ley que mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.

Según esta Ley, las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores/as. Haciéndose referencia expresa a la retribución en los Planes de Igualdad establecidos para las empresas de más de 250 trabajadores/as (ver capítulo 12, apartado 2, de esta Guía).

2.7.2.3. La condición salarial más beneficiosa

Como anteriormente hemos hecho referencia, sí cabe fijar un salario superior al establecido por las normas generales, lo que supone la fijación de una condición más beneficiosa por parte del empresario, que si se mantiene de forma constante, acaba convirtiéndose en un derecho adquirido del trabajador/a frente al empresario, derecho que se deberá respetar.

Además de la duración, persistencia, habitualidad y regularidad en el tiempo de esta condición más beneficiosa, para consolidarse como derecho adquirido del trabajador/a frente al empresario, esa condición más beneficiosa debe ser indicativa de la voluntad de la empresa de otorgar un beneficio superior a las normas generales o convencionales establecidas con los requisitos de continuidad y consolidación (en este sentido, las STS de 4 de abril de 2007, 14 de mayo de 2013). Si posteriormente esa condición más beneficiosa se ve superada por una norma establecida mediante Convenio Colectivo, evidentemente se ha de adecuar a la norma colectiva (STSJ Canarias-Santa Cruz de Tenerife, de 28 de noviembre de 2001).

A modo de ejemplo, no son condiciones más beneficiosas, aunque persistan en el tiempo, los obsequios de navidad o análogos (STS de 21 de febrero de 1994); pero sí lo son las ayudas escolares superiores a las fijadas por el Convenio Colectivo y reiteradas en el tiempo (en este sentido, la STS de 30 de diciembre de 1998).

Sin embargo, no constituye condición más beneficiosa el mantenimiento del plus de incentivos durante la ultraactividad del convenio colectivo que lo establece (STS de 29 de enero de 2013).

2.8. El principio de compensación y absorción

Recogido en el artículo 26.5 del ET, supone que, cuando los salarios abonados a los trabajadores/as, en su conjunto y en cómputo anual, son superiores a los fijados legalmente o en Convenio Colectivo, cuando se produzca una subida de los salarios por un Convenio Colectivo, ésta queda absorbida o compensada. Esto es, si un determinado Convenio Colectivo para 2010, fija el salario de Oficial de Primera en 1000 € al mes, y en la empresa X, S.A. los Oficiales de Primera reciben 1200 € de salario mensual, si en la actualización salarial para el 2010 aumenta esos 1000 € del salario de los Oficiales de Primera a los 1200 €, los trabajadores/as de esta categoría de la empresa X, S.A. ven neutralizado en su salario ese aumento del salario del convenio, puesto que ellos ya percibían una cantidad superior, no experimentando por tanto ninguna subida, salvo pacto en contrario. Es decir que si el trabajador/a ya cobra por encima del incremento, dicho incremento no tendrá ningún efecto sobre su salario, salvo que la negociación colectiva estipule otra cosa.

- Son necesarios dos requisitos para que se produzca esta compensación y absorción: la homogeneidad en los conceptos compensables, y que los trabajadores/as que sufren esa compensación y absorción ya vinieran disfrutando de ese salario superior en conjunto y en cómputo anual, limitándose a derechos económicos (en este sentido, las SSTs de fecha 18 de enero de 1995, 11 de noviembre de 1998, 26 de marzo de 2004 y 6 de marzo de 2007).

No obstante, tal y como se ha expuesto, es posible pactar que un complemento salarial no sea susceptible de compensación ni absorción (entre otras, STSJ Murcia, de 14 de enero de 1992).

Por otro lado, el principio de compensación y absorción también actúa sobre a las condiciones más beneficiosas, de manera que estas condiciones más beneficiosas se podrían ver neutralizadas por mejoras establecidas en Convenio Colectivo (STSJ Cataluña 10 de marzo de 2000).

2.9. Cláusulas de revisión salarial

Se establece esta cláusula en la negociación colectiva como medida de actualización de los salarios. Suele enmarcarse en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC). Comúnmente se suele fijar en base a la predicción de subida del IPC fijada por el gobierno sobre las tablas salariales del año anterior. Estas cláusulas pueden fijarse por periodos superiores al año y estar vinculadas a parámetros diferentes al IPC, como la productividad o beneficios.

Si bien debemos destacar que la nueva reforma laboral aprobada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en la modificación que realiza del artículo 82 del ET permite inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, por un periodo de hasta 3 años, cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación. Permitiendo abiertamente el descuelgue patronal de lo estipulado por la negociación colectiva en materia salarial²⁰.

En el sector público la revisión salarial es fijada por ley, lo que no quita la incidencia de la negociación colectiva, en el ámbito de la Mesa general de Negociación de la Administración General del Estado (MENAGE), en la elaboración normativa que se concreta en las asignaciones de los Presupuestos Generales del Estado. Concretamente en la actualidad en el acuerdo para la función pública, se ha negociado la revisión salarial 2010-2012.

²⁰ Ver Boletín Informativo del Comité Confederal nº 129, RD 10/2010, sobre la Reforma Laboral



El Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, aprobada al calor de la presiones de los mercados especulativos financieros en el actual escenario de crisis, ha cercenado la negociación colectiva en el ámbito del sector público. En este Real Decreto Ley el Gobierno de manera unilateral suspende con efectos del 1 de junio de 2010 el acuerdo con los Sindicatos CCOO, UGT y CSI-CSIF, en lo que respecta a la cláusula de revisión salarial de los funcionarios. Estableciéndose una reducción con carácter general para el personal al servicio del sector público de un 5% en términos anuales²¹.

2.10. Pago del salario

La liquidación y pago del salario se regula en el artículo 29 de ET, precepto que establece que se deberá hacer de manera puntual y documentalmente, esto es, dejando constancia mediante el correspondiente «recibo de salarios» o nómina, en la fecha y lugar convenidos, o de acuerdo a los usos y costumbres.

Según establece el artículo 29 del ET, el recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, salvo que por Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores/as, se establezca otro modelo que contenga, con la debida claridad y separación, las diferentes percepciones del trabajador/a, así como las deducciones que legalmente procedan. El modelo oficial de nómina está establecido por la Orden ESS/2098/2014, de 6 de noviembre.

El parámetro temporal del salario es, como máximo, de un mes, liquidándose en el momento posterior a su término; esto es, no se podrá pactar en un contrato un salario que suponga el pago de más de un mes de trabajo.

El salario, así como el «pago delegado»²² de las prestaciones de la Seguridad Social, puede efectuarlo el empresario en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, como, por ejemplo, mediante transferencia, pero ha de informar previamente a los representantes de los trabajadores/as.

Las comisiones, las pagas extraordinarias o la participación en beneficios pueden tener periodos de liquidación mensuales o superiores al mes.

2.11. Anticipos

El artículo 29 del ET establece el derecho de los trabajadores/as a recibir anticipos sobre el trabajo ya prestado, (e incluso a cuenta de la revisión salarial del convenio, tal y como señaló la STS de 7 de julio de 1999).

El anticipo se limita en principio, salvo pacto en contrario, al salario mensual (STS 6 de mayo de 1994. FD 2º), descontando del mismo las cuotas de Seguridad Social que corresponden al trabajador/a.

En cuanto a los anticipos por trabajos futuros, están regulados en el Decreto 3084/1974, BOE de 13 de noviembre, norma que se deriva del Convenio 117 de la OIT. Estos anticipos sobre trabajos futuros se restringen a los que el empresario puede hacer a los trabajadores/as para inducirlos o convencerles a la aceptación de una oferta de empleo. Estos anticipos no pueden exceder de tres meses del salario base que tenga establecido el puesto que se le ofrece al trabajador/a. La

²¹ Ver Boletín Informativo del Comité Confederal nº 128, RD 8/2010, sobre medidas extraordinarias para la reducción del déficit público

²² El «pago delegado» supone que el empresario debe adelantar el pago de las prestaciones, sin perjuicio de que posteriormente la Seguridad Social abone al empresario la cantidad de la prestación.

devolución por parte del trabajador/a de este anticipo por trabajos futuros, se hace deduciéndose una cantidad del salario de cada mes; pero esta cantidad no puede superar en cada mes la sexta parte del salario base.

Algunos Convenios Colectivos establecen la posibilidad de recibir anticipos por trabajos futuros más allá de esta regulación del Decreto 3084/1974, ya sea con forma de préstamos para la adquisición de vivienda, o préstamos sin intereses para situaciones de urgencia. Deberemos por tanto estar a la regulación de los anticipos por trabajos futuros que, de existir, se de en cada Convenio Colectivo.

2.12. Consecuencias derivadas del impago o retraso en el abono del salario

En caso de impago de salarios o de cualquier otra cantidad de dinero adeudada por el empresario, el interés por mora en el pago del salario es del 10% de lo adeudado, según establece el artículo 29.3 de ET, aunque este recargo por mora no opera de manera automática.

El plazo para reclamar judicialmente el pago de la cantidad debida al trabajador/a es de un año, reclamación que se deberá hacer primero mediante la obligatoria presentación en este plazo de la correspondiente Papeleta de Conciliación por Reclamación de Cantidad, que deberá hacerse ante el servicio de conciliación correspondiente y, en su caso, con la posterior demanda ante el Juzgado de lo Social que corresponda.

A modo de ejemplo, si nos adeudan el salario del mes de enero de 2010, y el día de cobro era el día 5 del referido mes, podremos reclamárselo al empresario, primero ante el servicio de conciliación correspondiente, y después ante el Juzgado de lo Social, hasta el día 5 de enero de 2011, incluido.

2.12.1. *Infracciones del empresario relativas al Salario*

El artículo 6.2 de la LISOS establece como infracción leve el no entregar puntualmente al trabajador/a el «recibo de salarios» o nómina, así como no utilizar el modelo de nómina oficial o pactado. De igual forma, es infracción grave del empresario, según establece el artículo 7.3 de la LISOS, el no consignar en el «recibo de salarios» o nómina las cantidades realmente abonadas al trabajador/a. E infracción muy grave es el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario, tal y como establece el artículo 8.1 de la LISOS.

Así, además de reclamar judicialmente nuestros salarios debidos, estos incumplimientos del empresario podremos ponerlos en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante escrito dirigido a la inspección provincial correspondiente.

De esta forma, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá imponer al empresario, según establece el artículo 40.1 de la LISOS, que regula la cuantía de las sanciones por «infracciones en materia de relaciones laborales y empleo» las siguientes multas:

- por infracciones leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.
- por infracciones graves, con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado
- medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.



- y por infracciones muy graves, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.

2.12.2. *El impago del Salario como causa de extinción del contrato de trabajo*

Mas allá de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y de la reclamación de cantidad que se haga contra el empresario, el retraso o impago de los salarios puede ser causa de extinción por voluntad del trabajador/a, según establece el artículo 50.1.b del ET. Este artículo 50 del ET, en su apartado segundo, establece el derecho a una indemnización para el trabajador/a igual a la fijada en caso de despido improcedente (STS 22 de diciembre de 2008), esto es, de 45 días de salario por año de servicio (hasta febrero de 2012) y 33 días por año de servicio (a partir de febrero de 2012) hasta el final del contrato con un máximo de 24 mensualidades (56.1 ET).

- Ante la falta de concreción de este artículo, ha sido la jurisprudencia quien ha ido perfilando esta causa de extinción. Así, la situación de crisis o incluso suspensión de pagos en una empresa, no es justificación para el retraso o impago de los salarios, concurriendo en estos supuestos la causa de extinción por voluntad del trabajador/a (en este sentido, entre otras, la STS de 25 de enero de 1999).
- Por otro lado, el incumplimiento del pago puntual por parte del empresario ha de ser grave, esto es, no es cualquier retraso o impago el que supone causa de extinción. Así, no son causa de extinción por voluntad del trabajador/a los meros retrasos breves y esporádicos (STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001), ni tampoco el impago de un solo mes (STS de 21 de junio de 1986). Sin embargo sí son incumplimiento grave, por ejemplo, el retraso en el pago durante diez meses (STS de 13 de julio de 1998), o el impago de las prestaciones por Incapacidad Temporal de forma grave y reiterada (STSJ Baleares, de 14 de febrero de 2001).

2.13. Protección y garantías del salario

El Convenio 173 de la OIT, adoptado el 23 de junio de 1992, y ratificado por el Estado español el 16 de junio de 1995, establece la protección de los que llama «créditos laborales» en caso de insolvencia del empleador. El artículo 1 de este Convenio define «insolvencia» a los efectos que aquí interesan, como «(...) aquellas situaciones en que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores (...)».

La trasposición de esta protección a nuestro ordenamiento interno la hace el artículo 32 del ET, que establece que «(...) los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca (...)».

2.13.1. *Privilegios del Salario*

Así, en síntesis, y derivados del artículo 32 del ET, existen cuatro niveles de «privilegios»²³:

²³ Entiéndase en este punto «privilegio» como garantía o preferencia de los trabajadores/as frente a otros deudores del empresario

- Los créditos salariales (deudas por salario) super-privilegiados (artículo 32.1 del ET), que son los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo, y hasta el doble del Salario Mínimo Interprofesional²⁴, tienen preferencia sobre cualquier crédito, incluso sobre los que estén garantizado por prenda o hipoteca.
- Los créditos salariales (deudas por salario) con preferencia especial (artículo 32.2 del ET), que son:
 - Los créditos del trabajador/a sobre el empresario por el resto de salarios, tienen preferencia sobre cualquier otro crédito, respecto de los objetos elaborados por los trabajadores/as, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario. En este supuesto no existe ningún límite ni temporal ni de cantidad respecto de los salarios adeudados. Además, debe entenderse que «objetos elaborados» son tanto bienes como servicios.
 - Comprende tanto los «bienes muebles» como los «bienes inmuebles», siempre y cuando hayan sido elaborados por los trabajadores/as. No se incluyen los inmuebles donde se desarrolle la actividad empresarial ni la maquinaria o herramientas de trabajo, donde resultarían preferentes los créditos hipotecarios. Salvo en lo establecido en la Ley Concursal.
- Los créditos salariales (deudas por salario) singularmente privilegiados (artículo 32.3 del ET), que son:
 - Preferencia de los créditos salariales no protegidos en los apartados anteriores, y hasta la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI²⁵ por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los protegidos con un derecho real (por ejemplo, con hipoteca), en el supuesto de que sean preferentes con arreglo a la Ley que los regule (Ley Hipotecaria, por ejemplo). Así, estos créditos salariales son preferentes, hasta la cuantía señalada, pero después de los créditos protegidos con una garantía real, si la Ley que regula esta garantía le otorga preferencia.
 - Igual preferencia gozan las indemnizaciones por despido, en la cuantía correspondiente al mínimo legal, y cuya base de cálculo será, como máximo, el triple del SMI. Si en contrato individual o en Convenio Colectivo se pactó una indemnización distinta a la legal, ese plus de indemnización no goza de esta protección.

Los créditos salariales gozan de ejecución separada (artículo 32.5 del ET); esto es, el procedimiento de ejecución por los créditos de los trabajadores/as se tramita separadamente ante los Juzgados de lo Social, aunque exista un procedimiento concursal ante la Jurisdicción Civil abierto por el resto de deudores no trabajadores/as. Y la tramitación de este procedimiento concursal en vía civil, no suspende el procedimiento abierto por los trabajadores/as ante el orden social.

Las prestaciones que deban satisfacer los empresarios a su cargo o las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en régimen de liquidación, tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando, al efecto, del régimen establecido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, según establece el artículo 162.2 de la LGSS.

En el caso de que la empresa se encuentre en concurso de acreedores se estará a lo establecido por la Ley Concursal (ver capítulo 14).

²⁴ EL SMI para 2017 se ha fijado en 707,70 €; así, el doble del SMI es 1415,40 €

²⁵ El triple del SMI, partiendo del SMI para 2017, son 2.123,10 €



Según establece el artículo 32.4 del ET, el plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, que se deberá contar desde el momento en que se debió recibir el salario.

2.13.2. *Inembargabilidad del Salario*

En nuestro ordenamiento, la «inembargabilidad del salario»²⁶ supone otra fórmula de protección, establecida de forma general en el artículo 27.2 del ET, de manera que el salario, en la cuantía establecida como SMI, es inembargable, y así lo establece también el artículo 607 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Pero aún existe otro nivel de inembargabilidad, y es respecto de los salarios o parte de los salarios, que superen el SMI, y que también gozan de cierta protección. Esta protección viene establecida en los artículos 592 y 607 de la LEC.

Así, según establece el artículo 592 de la LEC, si el acreedor y deudor (el deudor en este caso sería el trabajador/a), no hubieran pactado otra cosa, el tribunal correspondiente que ordene el embargo debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, el menor perjuicio para el ejecutado.

Y si esto no fuera posible, el apartado segundo de este artículo 592 de la LEC establece un orden de preferencia en el embargo, en el que los sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales o mercantiles, se encuentran en el número octavo, tal como sigue:

- Dinero o cuentas corrientes de cualquier clase.
- Créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores.
- Joyas y objetos de arte.
- Rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo.
- Intereses, rentas y frutos de toda especie.
- Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales.
- Bienes inmuebles.
- Sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.
- Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.

Esto es, para poder embargar un sueldo, salario o pensión, deben primero haberse embargado, si existen, todos los bienes del número 1 al 7.

Además, la cuantía de los salarios sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que superen el SMI son embargables, pero con las peculiaridades que siguen, tal y como establece el artículo 607.2 de la LEC. Así:

²⁶ Concepto contrario al principio general establecido en el Código Civil, por el que las personas responden con la totalidad de sus bienes tanto presentes como futuros (artículo 1911 del Código Civil).

- De la cantidad de salario que exceda del SMI, hasta el doble del SMI, es embargable el 30%.
- De la cantidad de salario que excede del doble del SMI, hasta tres veces éste, es embargable el 50%.
- De la cantidad de salario que excede del triple del SMI, hasta cuatro veces de éste, es embargable el 60%.
- De la cantidad de salario que excede de cuatro veces el SMI, hasta cinco veces de éste, es embargable el 75%.
- De cualquier cantidad que exceda de cinco veces el SMI, es embargable el 90%.

Además, aún cabe reducir por parte del tribunal entre un 10% y un 15% los porcentajes vistos, y ello en atención a las cargas familiares del deudor, tal y como establece el artículo 607.4 de la LEC.

Excepción en materia de pensión de alimentos:

Hay una excepción a la inembargabilidad del salario, establecida en el artículo 608 de la LEC, y es con respecto al pago de obligaciones de alimentos (por ejemplo, en el pago de pensiones de alimentos derivadas de sentencias de separación o divorcio). En estos supuestos el tribunal fijará la cantidad a embargar del salario, sin seguir las reglas antes vistas.

El embargo sobre bienes inembargables es nulo de pleno derecho, se podrá denunciar esta nulidad ante el tribunal mediante los recursos ordinarios o por simple comparecencia ante el tribunal si no se hubiera personado en la ejecución ni deseara hacerlo como establece el artículo 609 LEC.

2.14. El fondo de garantía salarial (FOGASA)

2.14.1. ¿Qué es el FOGASA?

Es otra de las garantías sobre el salario, establecida en el artículo 33 del ET para salvaguardar el derecho de los trabajadores/as a percibir los salarios e indemnizaciones pendientes, en los supuestos en los que el empresario no pueda hacerse cargo del pago, ya sea por insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores. Se desarrolla esta institución, además de en el artículo 33 del ET, en el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

Se trata de un fondo público destinado a garantizar la percepción de salarios adeudados e indemnizaciones insatisfechas derivadas del incumplimiento empresarial, a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios y fuerza mayor, en la cuantía, forma y con los límites previstos tal y como se analizará seguidamente. Es un Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo.

El FOGASA se financia fundamentalmente de las cotizaciones efectuadas por los empresarios, tanto públicos como privados, que empleen trabajadores/as por cuenta ajena.

2.14.2. Percepciones salariales e indemnizaciones cubiertas por el FOGASA

Según establece este artículo 33 del ET, se consideran salarios a efectos del pago por el FOGASA, las cantidades reconocidas como tal en acto de conciliación o en resolución judicial (ya



sea auto o sentencia), por los conceptos de trabajo efectivo y periodos de descanso computables como trabajo, debiéndose incluir también las partes proporcionales de las pagas extraordinarias (en este sentido, la STS de 16 de mayo de 1995). Debe pagar el FOGASA también los salarios de tramitación, cuando legalmente procedan.

- El límite total de los salarios que puede abonar el FOGASA lo fija el artículo 33 del ET en el doble del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento cincuenta días.
- En cuanto a las indemnizaciones, para que sean abonadas por el FOGASA, debe concurrir que hayan sido motivadas por sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores/as, por:
 - Despido disciplinario calificado de improcedente o nulo.
 - Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador/a basada en causa establecida en el art. 50 ET.
 - En supuestos de despido colectivo (art.51 ET y 64 de la Ley Concursal)
 - Extinción o despido por causas objetivas del art. 52 del ET.
 - Extinciones de contratos temporales o de duración determinada.

El límite de las indemnizaciones que abona el FOGASA, es de una anualidad de salario, sin que el salario diario para su cálculo pueda superar en ningún caso el doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Además, existen determinadas particularidades:

- En el caso de indemnizaciones derivadas de extinciones por voluntad del trabajador/a del artículo 50 del ET o despido, en vez de una indemnización correspondiente a la del despido improcedente, se limita a una indemnización de treinta días por año de servicio, con el límite arriba fijado.
- En el caso de concurso de la empresa, las indemnizaciones a abonar a cargo del Fondo, con independencia de lo que se pueda pactar en el proceso concursal, se calcularán sobre la base de veinte días por año de servicio (33.3 2ª ET).
- En los contratos de carácter indefinido, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18 de junio de 2010, en el caso de despidos colectivos, extinción por causas objetivas y en los casos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo o traslado colectivo, una parte de la indemnización que corresponda al trabajador será objeto de resarcimiento al empresario por el Fondo de Garantía Salarial en una cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año. No siendo de aplicación en este supuesto el límite señalado para la base del cálculo de la indemnización del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias
- En los casos de extinción del contrato de trabajo por «fuerza mayor», supuesto regulado en los artículos 51.7 del ET y 17 del RD 505/1985²⁷, cuando la autoridad laboral

²⁷ Artículo 51.7 del ET. La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores/as afectados, previo expediente tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado.

constate esta situación del empresario, podrá acordar que todo o parte de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores/as por la extinción de sus contratos, sea abonada por el FOGASA. En este supuesto tampoco es necesario que el empresario acredite que está en situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores. Es decir, queda a criterio de la autoridad laboral, definir si existe «fuerza mayor» y si paga el FOGASA todo o parte de la indemnización a los trabajadores/as. Recuérdese a su vez, que el límite en todo caso de la indemnización que abona el FOGASA en estos supuestos de «fuerza mayor», es de veinte días de salario por año de servicio, con el límite máximo de una anualidad, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año (artículo 19.1 del RD 505/1985); y el salario, recordamos también, tiene el límite del doble del SMI, a los efectos del cálculo de la indemnización.

En los procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el Juez citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente.

NOTAS IMPORTANTES:

El Fondo de Garantía Salarial no puede llegar a ningún tipo de acuerdo en conciliación, ni administrativa ni judicial.

El *Fondo de Garantía Salarial no se hace cargo del pago de indemnizaciones reconocidas en conciliación*, ya sea la conciliación celebrada ante el servicio de mediación y conciliación correspondiente, como la celebrada en sede del Juzgado de lo Social antes del Acto del Juicio (STS de 14 de abril de 1999). Existe una excepción, y son los acuerdos derivados de un Expediente de Regulación de Empleo, de los que sí se hace cargo FOGASA en caso de insolvencia del empresario, pero con los límites vistos.

Esto tiene su aplicación práctica en que, si en el Acto de Conciliación ante el servicio de mediación o Juzgado de lo Social correspondiente llegamos a un acuerdo con el

El expediente se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores/as, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente.

^{1a} resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores/as afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario.

Artículo 17 RD 505/1985. Fuerza mayor. En los supuestos de indemnizaciones reconocidas a los trabajadores/as por la extinción de sus contratos de trabajo a causa de fuerza mayor, ya sean aquellas normales o reducidas, el Fondo de Garantía Salarial abonará las prestaciones correspondientes, sin necesidad de previa declaración de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso, siempre que la resolución de la autoridad laboral acuerde expresamente la exoneración del empresario. Cuando la resolución administrativa que autoriza la extinción de los contratos de trabajo no acuerde expresamente la exoneración del empresario, para que el Fondo de Garantía Salarial abone las prestaciones correspondientes será necesario acreditar la situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso del mismo. En ambos casos, el Fondo de Garantía Salarial se subroga frente al empresario por el importe de las prestaciones satisfechas.

empresario, y posteriormente el empresario incumple lo acordado y no abona las cantidades pactadas resultando insolvente, el FOGASA *no* va a abonar cantidad alguna al trabajador/a, con el consiguiente perjuicio para éste, que no cobrará ni del empresario ni del FOGASA.

En definitiva, en los actos de conciliación, ya sea ante el servicio de mediación como ante en Juzgado de lo Social que corresponda, sólo llegaremos a un acuerdo si se ha efectuado *con antelación* el pago de lo pactado en efectivo o en transferencia bancaria, de manera que podamos comprobar que realmente el empresario ha cumplido; pero no aceptaremos pagos futuros, por cercanos en el tiempo que se nos ofrezcan, ni cheques o talones, excepto si son cheques bancarios o talones conformados. Se trata de asegurar el cobro de lo pactado antes de la firma del acuerdo.

2.14.3. **Financiación del FOGASA**

Según establece el artículo 33.5 del ET, el Fondo de Garantía Salarial se financiará con las aportaciones efectuadas por los empresarios.

El tipo de cotización se fijará por el Gobierno sobre los salarios que sirvan de base para el cálculo de la cotización para atender las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y desempleo en el Sistema de la Seguridad Social.

De igual forma, el artículo 3 del RD 505/1985, amplía estos recursos más allá de las cotizaciones de los empresarios públicos o privados que empleen trabajadores/as por cuenta ajena, a:

- Las cantidades obtenidas por la subrogación del FOGASA en créditos sobre los empresarios insolventes.
- Las rentas y frutos de su patrimonio o del patrimonio del Estado adscrito al FOGASA.
- La venta de publicaciones.
- Las consignaciones o transferencias que puedan fijarse en los presupuestos generales del Estado a favor del FOGASA
- Y cualesquiera otros previstos en las leyes.

Además de los empresarios, entendiéndose como empresarios los recogidos en el artículo 1.2 del ET, en relación al artículo 1.1 también del ET²⁸, están obligados a cotizar para el sostenimiento del FOGASA, las CCAA respecto de sus trabajadores/as por cuenta ajena (STS, de 28 de octubre de 1998), las empresas con personal de alta dirección, los clubes y entidades deportivas por lo deportistas profesionales y los Centros Especiales de Empleo, entre otros.

2.14.4. **Tramitación de expedientes ante el FOGASA**

El plazo de solicitud de las prestaciones garantizadas por el FOGASA es de un año (artículo 33.7 del ET y 21 del RD 505/1985), contado desde la fecha del acto de conciliación, sen-

²⁸ «Artículo 1. Ámbito de aplicación. 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores/as que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. 2. A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior; así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.»

tencia, o resolución de la autoridad laboral, en la que se reconozcan los salarios o se fijen las indemnizaciones.

Pese a que el ET y el RD 505/1985 fijan el cómputo del año desde el acto de conciliación o sentencia, la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1996, fija este plazo a contar desde el auto de insolvencia, ya que en la mayoría de los supuestos en los que responde el FOGASA, es desde la insolvencia del empresario cuando surge su obligación de pagar al trabajador/a.

La solicitud debe presentarse en modelo oficial, dentro del plazo visto, y preferentemente ante la Unidad Administrativa del FOGASA de cada provincia, pues así la tramitación irá más rápida; pero se puede presentar ante cualquier otro órgano de la Administración General del Estado o de las CCAA, además de por correo. Si los trabajadores/as solicitantes están en el extranjero, podrá presentarse la solicitud ante la representación diplomática o consular del Estado español en el país correspondiente.

VER ANEXO VIII. (MODELO OFICIAL DE SOLICITUD DE PRESTACIONES AL FOGASA)

Respecto a la documentación que se debe adjuntar al modelo oficial es la siguiente, depende de cada provincia, pero en líneas generales es la siguiente:

- Dos fotocopia del DNI y una de la tarjeta de la Seguridad Social del solicitante.
- Informe de Vida Laboral emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social, así como fotocopia del mismo.
- Si se solicitan salarios, es necesario aportar el acta de conciliación o testimonio de la sentencia del Juzgado de lo Social que los fije.
- Si lo que se pretende es el pago por parte del FOGASA de indemnizaciones, se debe aportar testimonio de la sentencia o la resolución administrativa que autorice la extinción del contrato de trabajo, además, en este último caso, de tener que aportarse el acta de conciliación o resolución judicial donde se concrete la indemnización.
- Se debe adjuntar también testimonio del auto o resolución donde conste la extinción de la relación laboral.
- En el caso indemnizaciones por extinciones por causas objetivas, se deberá aportar la carta de despido objetivo y la resolución judicial que cuantifica la indemnización.
- Testimonio del auto de insolvencia, si ha habido ejecución en vía laboral.
- En caso de haber existido procedimiento concursal, es necesario aportar testimonio del auto que admite a trámite la suspensión de pagos, o del auto que declara la suspensión de pagos, quiebra o concurso, así como la certificación de inclusión de los créditos de los trabajadores/as en la lista de acreedores o su reconocimiento como deudas de la masa.

2.14.5. Plazo para solicitar el pago por el FOGASA

El plazo será de un año desde la fecha en que se haya celebrado el acto de conciliación, se haya dictado sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria.

El plazo se interrumpe por la solicitud de ejecución o de reconocimiento de créditos en el marco de un concurso de acreedores.



Para solicitar la ejecución de sentencias de Juzgados de lo Social que condenen al pago de cantidades, el plazo es de 3 meses ante el Juzgado correspondiente.

RETENCIONES E INGRESOS A CUENTA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Las percepciones que reciben los trabajadores/as por su trabajo, están sujetas a las correspondientes retenciones y pagos a cuenta del IRPF, que debe hacer el empresario. Esto no quiere decir que sea el empresario quien corra con las retenciones y pagos a cuenta, sino que, del sueldo del trabajador/a, detrae la cantidad correspondiente y lo ingresa en las arcas del Tesoro Público.

En consecuencia, el empresario está obligado también a entregar al trabajador/a la certificación de las retenciones e ingresos a cuenta que le haya practicado, a efectos de poder realizar la declaración de IRPF.

No todas las rentas del trabajo están sujetas a tributación. Son rentas exentas, es decir no tributan, entre otras:

- Las prestaciones por incapacidad permanente absoluta y las prestaciones por gran invalidez, cualquiera que sea su causa (enfermedad común o accidente o enfermedad profesional).
- Las indemnizaciones por despido en su cuantía legalmente establecida.
- Pensiones de orfandad y prestaciones por nacimiento y adopción.
- Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único.
- Las dietas o los gastos de viaje hasta el límite reglamentario establecido.
- Reducciones a la tributación en función de la cuantía del rendimiento laboral:
- El rendimiento neto del trabajo se reducirá en las siguientes cuantías:
 - Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo iguales o inferiores a 11.250 euros: 3.700 euros anuales.
 - Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo comprendidos entre 1.250 y 14.450 euros: 3.700 euros menos el resultado de multiplicar por 1,15625 la diferencia entre el rendimiento del trabajo y 11.250 euros anuales.

Adicionalmente, las personas con discapacidad que sean trabajadores activos, podrán deducirse gastos hasta 2.000 euros anuales, y tal cuantía puede incrementarse en 3.500 euros anuales.

Dicho incremento será de 7.750 euros anuales, para las personas con discapacidad que siendo trabajadores activos acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

Además de las rentas exentas que ya se han comentado, en función de la cuantía, están exentas de retención según establece el artículo 81 del RD 439/2007, modificado por el RD 2004/2009, las rentas que no superen los siguientes importes:

Cuadro nº 12

Situación del contribuyente.	Número de hijos y otros descendientes		
	0	1	2 o más
1ª Contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente.	–	14.266€	15.803€
2ª Contribuyente cuyo cónyuge no obtenga rentas superiores a 1.500 euros anuales, excluidas las exentas.	13.696€	14.985€	17.138€
3ª Otras situaciones.	12.000€	12.607€	13.275€

Debemos puntualizar el concepto de «situación del contribuyente». Esta «situación» podrá ser una de las tres siguientes:

- Contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente. Se trata del contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente con descendientes.
- 1) Contribuyente casado, y no separado legalmente, que no obtenga rentas superiores a 1.500 €, excluidas las rentas, y cuyo cónyuge no obtenga rentas anuales superiores a 1.500 €, excluidas las exentas.
- 2) Otras situaciones, que incluye las siguientes:
 - El contribuyente casado, y no separado legalmente, cuyo cónyuge obtenga rentas superiores a 1.500 €, excluidas las exentas.
 - El contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente, sin descendientes o con descendientes a su cargo
 - Los contribuyentes que no manifiesten estar en ninguna de las situaciones 1 y 2.

Las pensiones también están sujetas a retención, pero los importes exentos de la misma según el cuadro se incrementan en 600 € en el caso de pensiones o haberes pasivos del régimen de Seguridad Social y de Clases Pasivas, y en 1.200 € para prestaciones o subsidios por desempleo.

■ VER ANEXO IX. (MODELO DE NÓMINA)

2.15. Liquidación, saldo y finiquito

Tal y como establece el artículo 49.2 del ET, el empresario, al comunicar o preavisar al trabajador/a la extinción de su contrato de trabajo, debe acompañar una «propuesta» de liquidación de las cantidades que debiera al trabajador/a.

- Las cantidades adeudadas lo pueden ser por conceptos tales como salarios pendientes de cobro, parte proporcionales de las pagas extraordinarias devengadas y no cobradas, o como el pago de las vacaciones no disfrutadas.

Además, y de acuerdo a lo recogido en el artículo 49.1.c del ET, a la finalización de los contratos de duración determinada y por obra y servicio determinado, excepto los contratos de inserción, interinidad y formación, el trabajador/a tiene derecho a una indemnización de ocho días



de salario por cada año de contrato. No obstante, esta indemnización puede ser mejorada por Convenio Colectivo.

- El documento en el que se plasma la Liquidación, se llama Finiquito. En este documento deben estar correctamente consignados todos los conceptos y cantidades debidas.
- Las consecuencias de la firma del Finiquito por parte del trabajador/a son determinantes, por lo que si se firma este documento, y salvo opiniones y Sentencias en otra dirección, estamos dando por buena la oferta del empresario, y renunciando a cualquier tipo de reclamación posterior que nos correspondiera. Reclamar después de la firma del finiquito, porque entendamos que la liquidación no estaba correctamente hecha, o faltaban conceptos, puede ser complicado, salvo excepciones, que para evitar de confusiones no recogemos en esta Guía. Ante todo, recomendamos solicitar copia de la propuesta de finiquito, y consultar con los respectivos Gabinetes Jurídicos de la CGT; y si debemos cobrar por necesidad la cantidad ofrecida, en todo caso, debemos firmar con nombre y fecha y siempre con la reseña «no conforme».

Determinados Convenios Colectivos, establecen un modelo de Finiquito, modelo que el empresario habrá de usar, si pretende que tenga efectos liquidatorios y liberadores.

3. TIEMPO DE TRABAJO. JORNADA DE TRABAJO

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto 1561/1995 sobre jornadas especiales, modificado por el Real Decreto 285/2002 en lo relativo al trabajo en la mar.

Real Decreto 2001/1983 sobre jornadas especiales (derogado prácticamente en su totalidad por el RD 1561/1995, excepto en lo relativo a fiestas laborales)

Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

INTRODUCCIÓN

La Directiva europea sobre ordenación del tiempo de trabajo es una pieza más de las nuevas maneras de gestionar la mano de obra, dentro del puzzle que supone la globalización y la descentralización productiva.

Las luchas del movimiento obrero sobre la utilización del tiempo, el de trabajo, el relacional y el de descanso, parecen ahora sacadas de propuestas innovadoras a la vista de lo que ha llovido.

Es absolutamente paradójico que en una sociedad con un discurso de «progreso» y «desarrollo» se esté defendiendo la jornada máxima de 48 horas a niveles europeos (Directiva 2003/88/CE), sobre la misma base que en su día movilizó a la fuerza de trabajo: mejora destinada a proteger la salud y la seguridad de la población trabajadora y, por el contrario, sólo se actúe para facilitar a los estados miembros las mejores condiciones productivas en esa feroz competencia en la cual se encuentra el capitalismo.

La concepción del tiempo es lo que subyace detrás de este conflicto. Desde el momento que el agricultor contrata servicios, éste sólo tiene una preocupación, que el subalterno no pierda el tiempo. La Revolución Industrial, con la producción en masa y en serie, lleva a cronometrar el tiempo y en consecuencia racionalizarlo. La lógica es la misma pero más eficiente, que el productor no pierda el tiempo, asociando el tiempo de no trabajo con pérdida de tiempo (el taylorismo es la quinta esencia del disciplinamiento de la clase obrera, traspasando los muros de las fábricas para hacer que en la vida diaria social, familiar, cotidiana, el productor interiorice esa racionalidad del tiempo con la filosofía moral más puritana: el tiempo de no trabajo es una pérdida de tiempo.

El éxito de este proceso de «reeducación» o aculturización que ha llevado a colocar el tiempo de trabajo en el centro del proyecto de vida social y además en la fuente de prestigio y consideración social (la cultura del éxito), es el grave fracaso de millones de personas asalariadas, no sólo en sus trabajos, sino en sus proyectos de vida.

Los sistemas actuales de gestión de la fuerza de trabajo, la descentralización productiva y los procesos de globalización, requieren de la innata concepción del tiempo (el tiempo de no dedicación al trabajo es una pérdida de tiempo), pero llevado al paroxismo: hoy el tiempo íntegro del trabajador, asalariado y ciudadano es de «absoluta disponibilidad para el empleo» y el empleo



requiere de dicho tiempo de manera flexible, tanto en intensidad, como en extensión (mayor jornada laboral).

La normativa laboral se ha ido constituyendo, en su regulación del tiempo de trabajo, en función de los cambios del modelo de producción. Por ejemplo: tiempos de trabajo, su reordenación y flexibilidad para posibilitar la producción internacional de las empresas españolas, o que operen en los mercados internacionales (distribución irregular de la jornada, intensificación del tiempo de trabajo, turnos de trabajo de fin de semana, cuartos turnos, bolsas de horas, etc.).

El nuevo modo de producción posfordista, tiene su cenit en los denominados sistemas de producción sobre demanda, los famosos sistemas de justo a tiempo, que son adaptaciones del tiempo de producción a las demandas de los mercados donde se insertan las empresas. Estos sistemas son perversos porque actúan no sólo sobre el tiempo global (lo cuantitativo), sino sobre la conciencia individual del trabajador (lo cualitativo), el cual asume que tiene una obligación propia con respecto al tiempo dedicado a la empresa.

Esta vertiente cualitativa extiende la subordinación del trabajador concreto, el cual asume que su flexibilidad es necesaria para la continuidad de la empresa y, en consecuencia, de su empleo, de esta manera no percibe que en esa intercambiabilidad, él pierde siempre. Los artículos 39 y 41 del Estatuto de los Trabajadores llevan al infinito las posibilidades empresariales de la variación de sus funciones.

El artículo 34.1 Ley ET establece la jornada en 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, pero el 34.2 Ley ET, introduce la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo. Al tomarse como cómputo el año, la irregularidad y flexibilidad en la jornada, compensa todos los efectos ya mencionados en las conclusiones sobre el tiempo de trabajo en la UE.

3.1. Concepto de jornada

Es el tiempo de trabajo que, computado en días, semanas, o años, ha de dedicar el trabajador/a a la realización de la actividad para la que ha sido contratado. Hay que distinguir entre:

- La jornada ordinaria aplicable a la generalidad de los trabajadores/as.
- Las jornadas especiales que rigen sectores, actividades o trabajos específicos.
- La jornada extraordinaria, entendiéndose por tal aquella que excede la jornada ordinaria.

3.1.1. Jornada Ordinaria. *Ámbito de aplicación y duración*

Afecta a todos los trabajadores/as por cuenta ajena, excepto a los que se consideran relaciones laborales especiales y a los contratos de trabajo a domicilio. Tampoco quedan afectados por este régimen aquellos trabajos para los que se establecen jornadas especiales, respecto de los cuales sólo se aplica el régimen general del ET, en cuanto no se opongan a lo establecido en su regulación especial.

La jornada determina el número de horas que el trabajador/a debe prestar trabajo efectivo, por lo que si el horario establecido impide el cumplimiento total de la jornada exigible, el empresario podrá exigir dicho cumplimiento²⁹, salvo que legal, convencionalmente o mediante pacto se hubiera establecido lo contrario.

La duración es la pactada en los Convenios Colectivos o en los contratos de trabajo, siendo la duración máxima de la jornada ordinaria de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de

²⁹ STS de 19-2-2001.

promedio en cómputo anual³⁰. Lógicamente, la jornada pactada contractualmente no podrá ser superior a la fijada en convenio, aunque sí cabe pactar jornadas inferiores.

El límite de las cuarenta horas es un tope de duración semanal, que no impide una distribución irregular de la jornada anual. Se puede trabajar durante una semana más de cuarenta horas ordinarias, siempre y cuando se compense ese exceso con otras semanas en las que se trabaje menor número de horas, de modo que el promedio anual sea inferior a las mencionadas cuarenta horas semanales³¹.

No se establece ningún máximo concreto en cómputo semanal que comprenda el total de horas ordinarias y extraordinarias a realizar dentro del citado cómputo semanal. Así, nada impide la realización de jornadas en las que, por ejemplo, se realicen nueve horas ordinarias y tres extraordinarias durante cinco días a la semana. Naturalmente posteriormente se habrán de compensar con jornadas en las que la carga horaria sea menor.

Se presume que la jornada es a tiempo completo³².

La reducción de la jornada ordinaria máxima de trabajo, no debe afectar a los trabajadores/as contratados a tiempo parcial, que tienen derecho a mantener en sus estrictos términos la jornada pactada en tiempo real de trabajo, aunque ello altere su porcentaje respecto de la ordinaria, lo que es irrelevante salvo para el abono de los salarios que deben ser proporcionales a los fijados para los trabajadores/as a tiempo completo³³.

El establecimiento de una reducción de jornada para el colectivo de trabajadores/as no afecta a la jornada reducida que, como condición más beneficiosa particular, se venga disfrutando por uno de ellos³⁴.

La jornada de los trabajadores a tiempo parcial será objeto de registro diario y se computará mensualmente, proporcionándole copia al trabajador, el resumen de todas las horas efectuadas al mes, tanto las ordinarias como las complementarias. El empresario tiene la obligación de conservar estos resúmenes por un periodo mínimo de 4 años. Si el empresario incumple las obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario.

3.1.2. Distribución del tiempo de trabajo

La regla general es la de la libertad de las partes. Es mediante contrato, o mediante Convenio Colectivo, como se concretan los periodos ordinarios de trabajo y de descanso. Sirven para ello distintos parámetros:

- **Jornada anual:** a través de los Convenios Colectivos, o en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores/as, se pueden regular jornadas anuales respetando los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley. Se excepcionan a este límite las actividades con jornada ampliada o trabajo a turnos.

³⁰ La jornada máxima anual es de 1.826 horas y 27 minutos de trabajo (promedio de 40 horas semanales con descuento de las vacaciones, los descansos semanales anuales y los festivos)

³¹ La Directiva 93/104 CE del Consejo exigía a los Estados miembros que adoptaran las oportunas medidas para que la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las extraordinarias, por cada período de 7 días. El artículo 1.6.2 de la Directiva posibilita que los Estados puedan establecer un período de referencia de hasta 4 meses, por lo que la exigencia de la Directiva se extiende hasta los 4 meses.

³² STSJ de Cataluña de 29-10-1996

³³ STSJ País Vasco de 7-5-2002

³⁴ STSJ País Vasco de 19-2-2002



- **Jornada semanal:** la duración semanal del trabajo efectivo no puede exceder de cuarenta horas de promedio en cómputo anual, respetándose en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley.
- **Jornada diaria:** no puede superar las nueve horas, salvo que por Convenio Colectivo o en su defecto por pacto entre el empresario y los representantes de los trabajadores/as se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso mínimo entre jornadas. Los menores de 18 años no pueden realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a formación, y si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos. El límite de las nueve horas diarias solo puede superarse mediante Negociación Colectiva, nunca mediante pacto o acuerdo.
- **Distribución irregular de la jornada.** Con las últimas reformas laborales se permite una distribución irregular de la jornada de un 10% anual, siendo posible un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa por la que se pacte una distribución de la jornada distinta a la del Convenio Colectivo. El empresario tiene la obligación de preavisar con un periodo de 5 días el día y los horarios de aplicación. A modo de ejemplo si el Convenio Colectivo establece que la jornada semanal es de 35 horas no cabrá acuerdo que amplíe la jornada semanal a 40 horas pero si un acuerdo que recoja la jornada partida cuando el Convenio Colectivo establece la jornada continua.

3.1.3. Descanso entre jornadas

Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, deben transcurrir como mínimo doce horas, aunque para las jornadas especiales pueden establecerse diferentes períodos de descanso.

Este período tiene que ser respetado en la distribución de la jornada diaria que por pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores/as se fije, al ser un límite de derecho absoluto e indisponible por las partes.

3.1.4. Descansos semanales, fiestas y permisos

Los trabajadores/as tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes, y el día completo del domingo.

Mediante la Negociación Colectiva, acuerdo de empresa o contrato de trabajo, o por voluntad del empresario, se puede acumular el día y medio de descanso en tres días a las dos semanas³⁵. Este período puede reducirse pero no ampliarse, salvo que reglamentariamente se establezca lo contrario³⁶. Lo que no cabe es solapar el día y medio de descanso semanal con las 12 horas de descanso entre jornadas tal y como precisó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2006 o la del Tribunal Supremo 23 de octubre de 2013.

El hecho de que el ET establezca que el disfrute en los términos comentados, lo es «con carácter general», implica que se puedan establecer excepciones a dicha regla³⁷. Así, el descanso de día

³⁵ Trabajar 11 días y descansar 3 cada 14

³⁶ El artículo 6 del RD 1561/1995 de 21 de septiembre, permite acumular el medio de descanso semanal en períodos de cuatro semanas en los sectores del comercio y hostelería.

³⁷ Sobre descanso dominical en general, STC de 13 de febrero de 1985.

y medio se constituye como un mínimo, por lo que puede ser mejorado por convenio, acuerdo de empresa o contrato de trabajo.

Cabe la posibilidad de que se consolide como derecho adquirido las mejoras en el disfrute del descanso semanal³⁸.

Los descansos semanales deberán disfrutarse necesariamente, salvo que se deba a la necesidad de prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes; a diferencia de las fiestas laborales, que sólo podrán trabajarse de modo excepcional, cuando concurren causas técnicas u organizativas. Así, sólo podrá impedirse el descanso semanal de los trabajadores/as, cuando concurren circunstancias de fuerza mayor; en caso contrario el empresario no podrá imponerle al trabajador/a que trabaje salvo que existan acuerdos al respecto.

En los supuestos en los que el trabajador/a hubiera trabajado durante el descanso semanal, existiendo acuerdo entre las partes, se pagarán las horas trabajadas mediante precio o descanso que las partes hubieran acordado, y en su defecto del mismo modo que las horas extras. De no haber acuerdo, imponiéndose el trabajo en descanso por razones de fuerza mayor, las horas se retribuirán como horas ordinarias o se podrán compensar por tiempos equivalentes de descanso retribuido.

Las fiestas laborales son catorce al año, de las cuales dos serán locales³⁹. Deben ser retribuidas y no son recuperables. Han de respetarse como fiestas de ámbito nacional las siguientes:

- Navidad
- Año Nuevo
- Primero de mayo como Fiesta del Trabajo
- Doce de octubre, como fiesta Nacional

El Gobierno puede trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, trasladando en todo caso al lunes inmediatamente posterior las fiestas que caigan en domingo.

Las Comunidades Autónomas, dentro del límite de los catorce días festivos anuales, podrán señalar fiestas propias, sustituyendo las de ámbito nacional que reglamentariamente se establezcan y que lógicamente no podrán coincidir con las que han de respetarse de ámbito nacional.

Si alguna Comunidad Autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales, por no coincidir en domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá añadir una fiesta más, que tendrá el carácter de recuperable.

Aunque el disfrute de las fiestas es obligatorio, puede existir la obligación de trabajarlas cuando el empresario alegue causas técnicas u organizativas.

3.2. Calendario laboral

Cada año la empresa elaborará el calendario laboral, debiendo exponer un ejemplar del mismo en un lugar visible del centro de trabajo. Es una atribución del empresario, por lo que si no llega a un acuerdo con los representantes de los trabajadores/as, decidirá según su criterio⁴⁰.

³⁸ STSJ de Canarias de 3-10-1999.

³⁹ Han de coincidir con la localidad donde se encuentre el centro de trabajo, no de la localidad en la que viva la mayor parte de la plantilla, al ser un derecho indisponible (STSJ de Madrid de 22-9-1999).

⁴⁰ STS de 8-6-1994.



Debe reflejar las jornadas ordinarias, sin que sea obligatorio que refleje las especiales⁴¹, y no puede modificar acuerdos fijados mediante convenio. Este documento contiene la jornada anual, el horario, la distribución de los días laborables, festivos, descansos y los días inhábiles.

3.3. Cómputo del tiempo de trabajo

El tiempo de trabajo diario se computa de modo que, tanto al inicio como al final de la jornada, el trabajador/a se encuentre en su puesto de trabajo. Hay que diferenciar la jornada del tiempo efectivo de trabajo, lo que hace necesario determinar cuándo empieza la jornada y cuándo termina, y de ese total de tiempo, cuál es el considerado como trabajo efectivo. Así, hay que distinguir:

- El trabajo efectivo es el realizado, desde la llegada hasta el abandono del puesto de trabajo.
- El tiempo que el trabajador/a no realiza trabajo efectivo, sino que se limita a permanecer a disposición del empresario, a la expectativa de desarrollar su actividad laboral, es tiempo de disponibilidad. Los supuestos determinados como tiempo de presencia o disponibilidad se determinan mediante negociación colectiva.
- Si el horario se anticipa para realizar en otro lugar la prestación, o si la realización de la jornada ordinaria se prolonga por desplazamiento desde el centro de trabajo al lugar de la prestación y viceversa este tiempo es de trabajo y debe remunerarse como extraordinario y no a prorrata.

Se considera dentro de la jornada:

- El tiempo empleado en reconocimientos médicos previos o periódicos⁴².
- Tareas previas al inicio como encendido de motores.
- El de limpieza para trabajadores/as sometidos a riesgos como consecuencia de la insalubridad de la actividad.
- El empleado en recoger y dejar el arma en el sector de vigilancia y seguridad. No se considera tiempo de trabajo:
- El tiempo invertido por el trabajador/a para cambiarse la ropa.
- El empleado en el transporte al trabajo.
- El de traslado desde la recepción, o los garajes de la empresa al puesto de trabajo.
- El necesario para fichar.

3.4. Trabajo nocturno

Se considera trabajo nocturno el que se realiza entre las diez de la noche y las seis de la mañana, debiendo informar el empresario que regularmente recurra a la realización de trabajo nocturno a la Autoridad Laboral⁴³.

La jornada nocturna de los trabajadores/as nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días. Los trabajadores/as que realicen jornada

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 19-6-2001.

⁴² Los relativos al deber de garantizar la vigilancia periódica de la salud de los trabajadores/as por parte de la empresa, en función de los riesgos propios de trabajo.

⁴³ De no hacerlo incurre en infracción laboral grave.

das nocturnas no podrán realizar horas extraordinarias⁴⁴. Los menores de dieciocho años no pueden hacer trabajo nocturno⁴⁵.

Se considera trabajador/a nocturno:

- Al trabajador/a que realiza normalmente en período nocturno por lo menos 3 horas de su jornada diaria de trabajo.
- Al trabajador/a que se prevea que puede realizar por lo menos 1/3 de la jornada anual dentro del período nocturno.

El trabajo nocturno no ha de ser considerado, en principio, como algo que deba revestir una especial peligrosidad en orden a requerir un tratamiento específico en materia de salud laboral, especialmente para aquellos trabajadores/as que lo realicen de una manera continuada como algo habitual⁴⁶. Cosa distinta ocurre con aquellos trabajadores/as que realizan turnos rotativos, pues en este caso sí pueden existir ciertos gravámenes físicos y psíquicos para la salud de los trabajadores/as.

En el supuesto de que los trabajadores/as nocturnos tengan problemas de salud ligados a su trabajo nocturno, tienen derecho al cambio de puesto de trabajo diurno. Este derecho no es absoluto y no es ejercitable en cualquier caso, sino que estará condicionado al hecho de que exista tal puesto de trabajo diurno y a que el trabajador/a reúna las aptitudes profesionales correspondientes y adecuadas al mismo, sin que sea necesario que coincida con su categoría profesional.

Si como consecuencia del ejercicio del derecho a un cambio de puesto de trabajo diurno, el empresario hubiere optado por aquello que resultare menos favorable a los intereses del trabajador/a, produciéndose una posible modificación sustancial de las condiciones de trabajo será de aplicación los preceptos estatutarios correspondientes a esta materia⁴⁷.

Salvo que el salario se haya establecido atendiendo a la propia naturaleza nocturna del trabajo, éste tendrá una remuneración específica. Tampoco se remunerará el trabajo nocturno de forma específica cuando se compense con descanso⁴⁸.

3.5. Trabajo a turnos

Se considera trabajo a turnos, toda forma de organización de trabajo en equipo según la cual los trabajadores/as ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo,

⁴⁴ No se prohíbe realizar horas extraordinarias durante el período nocturno, sino que los trabajadores/as nocturnos realicen horas extraordinarias. Esto supone la imposibilidad de que un trabajador nocturno realice horas extraordinarias en un período diurno.

⁴⁵ En la marina mercante se considera como tal el realizado entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana.

⁴⁶ Los trabajadores/as nocturnos y quienes trabajan a turnos deben gozar de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados y equivalentes a los de los restantes trabajadores/as de la empresa

⁴⁷ Según el artículo 41.3 del ET, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. El trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

⁴⁸ STS de 4-3-1992 ; STS 10-04-2001

continuo o discontinuo⁴⁹, lo que implica para el trabajador/a la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas⁵⁰.

La legislación sólo define qué se entiende por trabajo a turnos por lo que hay que deducir que si bien el horario de trabajo a turno es por definición variable, los distintos horarios y sus modificaciones deben estar previamente determinados, lo que implica un conocimiento previo por parte del trabajador/a de la forma en que realizar el trabajo. Será por medio de la Negociación Colectiva o en su caso mediante contrato individual donde se determine el sistema de trabajo a turnos con identificación de los ritmos y la forma de adscripción del trabajador/a a dicho sistema de trabajo.

Una vez fijado el sistema organizativo de trabajo y determinadas las condiciones laborales de los trabajadores/as, cualquier modificación que se produzca en tales condiciones, si resulta sustancial, habrá de resolverse, bien según lo fijado contractualmente, bien en los términos del artículo 41 del ET

En el supuesto de que concurra la condición de trabajador/a nocturno en un trabajador/a a turnos, si su jornada es superior a las ocho horas diarias en un período de referencia de quince días, no podrá aunque quiera, seguir trabajando en el turno de noche durante más de dos semanas. Esto es, no podrá aplicarse el carácter dispositivo del límite señalado en el artículo 36.3 del ET párrafo 2º, según el cual, en las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo a turnos debe tenerse en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador/a debe estar en el de la noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria, porque en caso contrario se vulneraría la normativa sobre la jornada de trabajadores/as nocturnos.

Cuando al cambiar al trabajador/a de un turno de trabajo no pueda disfrutar del descanso mínimo entre jornadas de doce horas, se puede reducir el mismo, en el día en que así ocurra, hasta un mínimo de siete horas, compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente siguientes (STSJ La Rioja de 23 octubre de 1997)

La adscripción voluntaria a un turno fijo no puede entenderse como una adscripción definitiva y permanente, salvo que se hubiera establecido en contrato de trabajo (STSJ Andalucía de 24 de abril de 1996)

El trabajador/a a turno incrementará su retribución mediante un complemento de puesto de trabajo, al que se añadirá el plus de nocturnidad si el régimen de turnos se realiza en jornada nocturna.⁵¹

Cuando por la naturaleza de la actividad se realice el trabajo en régimen de turnos incluidos domingos y festivos, se podrá efectuar:

- Por equipos de trabajadores/as que desarrollen su actividad por semanas completas.
- Mediante contratación de personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

⁴⁹ El ritmo de trabajo puede ser rotatorio o no, lo que no impide que también pueda ser continuo o discontinuo en función de las necesidades productivas de la empresa o de la decisión que finalmente tome el empresario, lo que le llevará a determinar si aplica un ritmo rotatorio o fijo y si éste será, intermitente u ocasional.

⁵⁰ No están incluidos dentro del sistema de trabajo a turnos, aquellos trabajadores/as que tengan un régimen continuo y ordinario de trabajo con su correspondiente horario, con independencia de que dicho horario se realice en régimen de mañana y tarde o mañana tarde y noche.

⁵¹ Cuando el trabajador a turno realice en período nocturno una parte superior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, o se prevea que puede realizar en tal período nocturno una parte superior a un tercio de su jornada de trabajo anual, será considerado trabajador nocturno.

3.6. Ritmo del trabajo y salud del trabajador/a (principio general de adaptación del trabajo a la persona)

Hay que entender que el Principio general de Adaptación del Trabajo va dirigido a todos los trabajadores/as, con independencia de su ritmo de trabajo, horario, jornada, nocturnidad, y demás condiciones de trabajo.

El empresario está obligado, a comprobar la adecuación del trabajador/a al trabajo que presta; esto es, al sistema de trabajo implantado por el propio empresario, asignándole aquel puesto de trabajo más acorde, en principio, con las características psico-físicas del trabajador/a. Naturalmente no todas las empresas están en disposición de practicar tales análisis psicológicos, médicos y sociológicos, sino que normalmente sólo podrán las grandes empresas. El incumplimiento del principio de adaptación, supone la aplicación de un recargo en las prestaciones económicas en el caso de que se produzca un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que tengan su causa en dicho incumplimiento.

3.7. Prolongación de jornada. Horas extraordinarias

Son las horas que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, por lo que el trabajo que no exceda del cómputo anual no se considerará hora extraordinaria.

Actualmente puede pactarse por Convenio o pacto de empresa trabajar diez o más horas diarias como jornada ordinaria. (STS de 14 de enero de 1995, STSJ Cataluña de 12 de marzo de 1997).

Desde la introducción del RD-L 16/2013 de 20 de diciembre los trabajadores a tiempo parcial no pueden efectuar horas extraordinarias salvo en los supuestos que recoge el artículo 35.3 del Estatuto de los Trabajadores (para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios o urgentes).

Las horas extras siguen siendo voluntarias, tanto para el trabajador/a como para el empresario⁵², salvo pacto en contrario, aunque no podrá pactarse contractualmente su realización por encima de las fijadas en Convenio Colectivo⁵³. Por ello, la negativa del trabajador/a a realizar horas extras no podrá sancionarse, si no hay acuerdo convencional o contractual que lo establezca⁵⁴.

Hay obligación de realizar horas extraordinarias cuando sea para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, compensándose como horas extras, aunque no se tendrán en cuenta respecto del cómputo del límite de horas extras anuales.

Es obligatorio el registro diario de horas extras, debiendo totalizarse las realizadas en el período que se fije para abonar las retribuciones, considerándose suficiente con que vengan reseñadas en el recibo de salarios.

El RD-L 15/1998 prohibió la realización de horas extras para los contratos a tiempo parcial. Las horas extras pueden retribuirse o compensarse con períodos de descanso equivalentes.

No existiendo pacto en contrario, se entiende que las horas han de compensarse dentro de los cuatro meses siguientes a su realización y no retribuirse.

⁵² El trabajador no podrá exigir al empresario, salvo pacto, que se le reconozca el derecho a realizar horas extras, por lo que si existiendo dicho pacto el empresario no lo cumpliera, el trabajador tendrá derecho a reclamar la compensación en los términos previstos.

⁵³ STSJ de Cataluña de 2-2-1996.

⁵⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 3-12-1996.



Una hora extraordinaria se compensará con una hora de descanso como mínimo, sin que se pierda el derecho al descanso porque el trabajador/a estuviera de baja médica⁵⁵.

Si el empresario incumpliera con la obligación de compensar las horas extras, el trabajador/a podrá:

- Reclamar su compensación en descanso, iniciándose el cómputo de la prescripción del ejercicio de la reclamación, desde la fecha en que hubieran debido descansarse.
- Reclamar su retribución en metálico.

La realización de horas extras habrá de probarse hora a hora y día a día⁵⁶, sin que las actas de la inspección de trabajo constituyan prueba suficiente⁵⁷.

En algunos supuestos, podrían tenerse por probadas la realización de horas extras en aquellos supuestos en los que no se aporten por parte de la empresa, injustificadamente, las fichas de control del registro de las horas realizadas⁵⁸.

Es posible fundamentar la prueba de las horas extras en otra sentencia anterior, tal y como admitió la STS de 20 de noviembre de 1996.

En el supuesto de que el trabajador/a acredite una hora de entrada y salida habitual, se entiende que esa es su jornada ordinaria, computándose como horas extras las que excedan de cuarenta horas en cómputo anual⁵⁹.

El importe de la hora extra será el equivalente a la hora ordinaria de trabajo⁶⁰, siendo dicho importe un mínimo, por lo que no existe limitación a que por convenio o pacto se fije un límite superior.

No cabe la compensación o absorción de las horas extras con otros conceptos, por ser heterogéneos (así, la STS de 26 de marzo de 1996).

3.8. Jornadas especiales

La regulación de jornadas especiales de trabajo, entendiendo por tales aquellas que difieren en uno u otro aspecto de la normativa laboral común en materia de jornada, deriva de la necesidad de adaptar las normas generales a las características y necesidades específicas de determinados sectores y trabajos.

El apartado 7 del artículo 34 del ET, autoriza al Gobierno para establecer a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran. En el mismo sentido, el apartado 1 del artículo 36 y el apartado 1 del artículo 37 del ET otorgan al Gobierno idéntica facultad en relación con la duración de la jornada de trabajo de los trabajadores/as nocturnos y con el descanso semanal, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas.

⁵⁵ STSJ de Cataluña de 5-5-1999

⁵⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid de 21-11-1995, STSJ de Galicia de 16-3-2001.

⁵⁷ STS Contencioso Administrativo de 20-10-1996

⁵⁸ STSJ de Madrid de 16-4-1996.

⁵⁹ STSJ de Cataluña de 6-4-2001.

⁶⁰ Resultado de dividir el salario anual entre el número de horas anuales de trabajo.

El objeto es la regulación de ampliaciones y limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, en determinados sectores de actividad y trabajos específicos, cuyas peculiaridades lo requieran. Su clasificación podría ser la que sigue:

3.8.1. *Ampliaciones de jornada*

Que a su vez podrían ser:

- **Genéricas:** se refieren a cualquier sector en el que puedan darse determinadas condiciones de trabajo, por ejemplo:
 - **Trabajo a turnos:** en las empresas en que se realicen actividades laborales por equipos de trabajadores/as en régimen de turnos, y cuando así lo requiera la organización del trabajo, se podrá acumular por períodos de hasta cuatro semanas el medio día del descanso semanal previsto en el apartado 1 del artículo 37 del ET, o separarlo del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana. Cuando al cambiar el trabajador/a de turno de trabajo no pueda disfrutar del descanso mínimo entre jornadas establecido en el apartado 3 del artículo 34 del ET, se podrá reducir el mismo, en el día en que así ocurra, hasta un mínimo de siete horas, compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente siguientes.
 - **Trabajos de puesta en marcha y cierre:** la jornada de los trabajadores/as cuya acción pone en marcha o cierra el trabajo de los demás, siempre que el servicio no pueda realizarse turnándose con otros trabajadores/as dentro de las horas de la jornada ordinaria, podrá ampliarse por el tiempo estrictamente necesario para ello, en la forma y mediante la compensación que se establezca por acuerdo o pacto. La prueba de dicha imposibilidad corresponde a la empresa (STS de 25 de abril de 1989). El tiempo de trabajo prolongado no se tendrá en cuenta a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de horas extraordinarias.

La forma y compensación de la ampliación ha de establecerse mediante acuerdo o pacto, respetando siempre los períodos de descanso entre jornadas.

- **Trabajos en condiciones especiales de aislamiento o lejanía:** mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores/as se podrán adaptar las disposiciones generales del Estatuto de los Trabajadores a las necesidades específicas de aquellas actividades no fijadas entre las denominadas específicas y que más adelante se comentan, bien por el alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador/a, bien por el aislamiento del centro de trabajo por razones de emplazamiento o climatología, computándose los descansos entre jornadas y semanal por períodos que no excedan de ocho semanas. Salvo situaciones excepcionales relacionadas con la necesidad de garantizar el servicio o la producción, se deberá respetar en todo caso un descanso entre jornadas de diez horas.
- **Trabajos en actividades con jornadas fraccionadas:** se consideran actividades con jornadas fraccionadas aquellas del sector de servicios que, no excediendo en su duración total de la de la jornada ordinaria pactada, deban, por su propia naturaleza, extenderse de forma discontinua a lo largo de un período de tiempo superior a doce horas al día, de manera que no resulte posible el disfrute por



el trabajador/a que las realiza de un descanso ininterrumpido de doce horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente. Mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores/as podrá establecerse un descanso mínimo entre jornadas de hasta nueve horas, siempre que el trabajador/a pueda disfrutar durante la jornada, en concepto de descanso alternativo compensatorio, de un período de descanso ininterrumpido de duración no inferior a cinco horas.

- Específicas: son los supuestos que siguen:
 - Empleados de fincas urbanas: se refiere exclusivamente a quienes presten servicios en régimen de dedicación plena, estando comprendido el tiempo de trabajo entre las horas de apertura y cierre de los portales. Deberán disfrutar cada día de trabajo, y dentro de las horas de servicio, de uno o varios períodos de descanso, en la forma que se determine por Convenio Colectivo o, en su defecto, mediante acuerdo con el titular del inmueble, de manera que el tiempo de trabajo efectivo no exceda de cuarenta horas semanales en cómputo anual. El descanso entre jornadas será de un mínimo de diez horas consecutivas entre jornadas compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general en el ET por períodos de hasta cuatro semanas. Del mismo modo, podrá acumularse por períodos de hasta cuatro semanas el medio día del descanso semanal, o separarse respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana.
 - Guardas o vigilantes no ferroviarios: el tiempo de trabajo de los guardas o vigilantes no ferroviarios que, sin exigírseles una vigilancia constante, tengan asignado el cuidado de una zona limitada en la que exista un lugar destinado a que puedan descansar en condiciones adecuadas, podrá extenderse hasta las doce horas. Respecto de los descansos durante la jornada laboral, entre jornada y semanales, se les aplica lo establecido para los empleados de fincas urbanas.
 - Labores agrícolas, forestales y pecuarias: se estará a lo establecido en los Convenios Colectivos o, en su defecto, a la costumbre local, salvo en lo que resulte incompatible de ésta y la organización del trabajo en la explotación. En las labores agrícolas, de ganadería y de guardería rural cuando las circunstancias estacionales determinen la necesidad de intensificar el trabajo o concentrarlo en determinadas fechas o períodos, podrá ampliarse la jornada hasta un máximo de veinte horas semanales, sin que la jornada diaria pueda exceder de doce horas de trabajo efectivo. Las horas de exceso habrán de computarse como horas extraordinarias. El descanso mínimo entre jornadas debe ser de diez horas. La diferencia hasta las doce horas pueden compensarse por períodos de hasta cuatro semanas. Respecto al descanso semanal de día y medio pueden también acumularse por períodos de hasta cuatro semanas, el medio día, o separarse del correspondiente día completo para disfrutarlo otro día de la semana. La jornada será de, bien 6.20 horas diarias y 38 horas semanales de trabajo efectivo en faenas de extraordinario esfuerzo físico o especial penosidad por la temperatura o humedad; bien de 6 horas diarias y 36 semanales para trabajos con los pies en agua, fango y en cava abierta, en terrenos que no estén previamente alzados.
 - Comercio y hostelería: mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores/as podrá establecerse la acumulación del medio día del descanso semanal por pe-

ríodos de hasta cuatro semanas, o su separación respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana. Igualmente mediante Convenio Colectivo o, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores/as podrá acordarse la acumulación del medio día de descanso anterior ,en períodos más amplios, que en ningún caso podrán exceder de cuatro meses, a fin de adecuarlo a las necesidades específicas de las actividades estacionales de la hostelería, en particular en las zonas de alta afluencia turística, o para facilitar que el descanso se disfrute en el lugar de residencia del trabajador/a cuando el centro de trabajo se encuentre alejado de éste. En los mismos supuestos y en iguales términos del párrafo anterior, se podrá acordar la reducción a diez horas del descanso entre jornadas y su compensación de forma acumulada.

- Trabajo en el Mar: desde el 30 de junio de 2002 rigen las condiciones de tiempo de trabajo y descanso de todas las personas que prestan servicios a bordo de buques o embarcaciones son las que siguen:
 - Salvo en lo relativo al descanso semanal de día y medio, que también le es obligatorio, el/la capitán/capitana o persona que ejerza el mando en la nave, en lo que a su jornada respecta se rige por su contrato de trabajo.
 - Los trabajadores/as no podrán realizar una jornada total diaria superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias, tanto si el buque se halla en puerto como en la mar, salvo en los siguientes supuestos:
 - En los casos de fuerza mayor en que sea necesario para garantizar la seguridad inmediata del buque o de las personas o la carga a bordo, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en alta mar.
 - Cuando se trate de proveer al buque de víveres, combustible o material lubricante en casos de apremiante necesidad, de la descarga urgente por deterioro de la mercancía transportada o de la atención debida por maniobras de entrada y salida a puerto, atraque, desatraque y fondeo.

Por tiempo de descanso se considera aquel en el que el trabajador/a está libre de cualquier servicio. El tiempo de descanso semanal es de día y medio y se puede computar en períodos de hasta cuatro semanas. Se ha de garantizar el disfrute de un día de descanso semanal, siendo sólo posible la compensación como horas extraordinarias del resto de los períodos no disfrutados.

Este sistema de compensación puede utilizarse también para los períodos de descanso no disfrutados porque la escasez de plantilla haya hecho inviable su disfrute acumulado en las estancias en puerto o en vacaciones.

Los ejercicios periódicos de preparación para la lucha contra los incendios y abandono que impongan las normas nacionales e internacionales, han de realizarse de modo que perturben lo menos posible los tiempos de descanso y no provoquen fatiga.

- Marina Mercante: en lo referente a los descansos entre jornadas , en los Convenios Colectivos se puede acordar la distribución de las horas de descanso en un máximo de dos períodos, uno de los cuales ha de ser al menos seis horas ininterrumpidas, no pudiendo sobrepasar de catorce horas el intervalo entre dos periodos consecutivos de descanso. Debe elaborarse un cuadro de sobre la organización del trabajo a bordo. Dicho cuadro debe estar permanentemente actualizado. Su localización ha de hacerse en un



lugar accesible, haciéndose la redacción en el idioma común de trabajo en el buque y en inglés.

- **Trabajo en el Mar:** desde el 30 de junio de 2002 rigen las condiciones de tiempo de trabajo y descanso de todas las personas que prestan servicios a bordo de buques o embarcaciones son las que siguen:
 - Buques de pesca: entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, los trabajadores/as tienen derecho a un descanso mínimo de seis horas. En Convenio Colectivo se puede acordar la distribución de las horas de descanso en dos períodos, sin que el intervalo entre dos de estos períodos consecutivos pueda exceder de catorce horas.
 - Buques comunitarios que hagan escala en puertos españoles: las autoridades españolas han de garantizar que los buques mercantes comunitarios que hacen escala en sus puertos, cumplen las disposiciones sobre jornada de trabajo y descanso establecidas en el Convenio OIT num. 180 y en el Protocolo de 1996 relativo al Convenio OIT 147 de dicho organismo, sobre horario de trabajo de la gente del mar. Dichos controles no son de aplicación a los buques mercantes extracomunitarios. A falta de convenio que mejore las condiciones que se establecen a continuación, la duración normal de la jornada de trabajo en los buques de otros países comunitarios ha de ser, en principio de ocho horas diarias, con un día de descanso semanal, además de los días festivos oficiales. Los límites de horas de trabajo y descanso son:
 - El número de horas de trabajo no puede exceder de catorce horas cada veinticuatro, ni de setenta y dos cada siete días.
 - El número de horas de descanso no puede ser inferior a diez, por cada período de veinticuatro horas, ni a setenta y dos por cada período de siete días. Los períodos de descanso pueden distribuirse en dos períodos, uno de los cuales no será inferior a seis horas. El intervalo entre estos períodos de descanso no ha de exceder de catorce.
- **Transportes:** debemos resaltar que en este sector, el tiempo de trabajo efectivo es aquel en el que el trabajador/a está a disposición del empresario y realizando su actividad (conducción del vehículo o medio de transporte, trabajos durante la circulación del mismo, o trabajos auxiliares relacionados con el vehículo, pasajeros o carga). Se aplica la jornada máxima ordinaria de cuarenta horas semanales, promedio anual, así como el límite de horas extraordinarias a ochenta horas al año. No se puede realizar una jornada superior a doce horas diarias. El tiempo en el que el trabajador/a se encuentra a disposición del empresario, pero sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta y similares; es considerado tiempo de presencia, no computando las horas a efectos de jornada máxima ordinaria, ni para el límite de horas extraordinarias

Los supuestos concretos que se consideran tiempo de presencia se establecerán en Convenio Colectivo. No obstante, los tiempos de presencia no pueden exceder de veinte horas semanales de promedio, en un período de referencia de un mes, distribuidas según los criterios pactados colectivamente y respetando los descansos entre jornadas y semanales propias de cada actividad. El abono del tiempo de presencia será un salario no inferior al establecido para la hora ordinaria, salvo que se pacte su compensación con períodos equivalentes de descansos retribuidos. Las horas de espera de los conductores de camiones deben ser retribuidas con arreglo al Convenio Colectivo vigente, aunque resulte inferior a la prevista en la norma, siempre que el conjunto de estas retribuciones salariales sea superior a la suma de los mínimos legales (STS Unificación

Doctrina, de 12 de febrero de 2002). Como norma general se debe respetar un descanso mínimo entre jornadas de diez horas. Las diferencias hasta las doce del régimen general se pueden compensar en períodos de hasta cuatro semanas. Este mismo período sirve para computar el descanso semanal de día y medio.

Supuestos concretos en el sector de transportes:

Transporte por carretera: se incluye, por un lado, las empresas del sector del transporte por carretera, ya sean urbanos o interurbanos y de viajeros o mercancías, así como las integradas en otros sectores que realicen tales actividades o alguna de las auxiliares; por otro lado, a los conductores, ayudantes, cobradores y personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el mismo, sus pasajeros o su carga, en alguna de las empresas anteriores.

Se incluyen en esta regulación:

- Los empleados de las estaciones de autobuses que han de estar a disposición de la empresa, sin prestar trabajo efectivo, en la espera llegada y salida de los vehículos (STS de 3 de mayo de 1988).
- El personal civil en establecimientos militares que desarrolle tareas de conductor (TSJ Andalucía de 11 de enero de 1994).

No se incluyen, por el contrario:

- Vehículos utilizados por las administraciones públicas
- Transportes de mercancías por empresas agrícolas, hortícolas, forestales o de pesca
- Transporte de material o equipos para el ejercicio de la profesión del conductor realizado en un radio de acción de 50 km alrededor del lugar en que esté domiciliada la autorización de transporte.
- Transporte de animales vivos desde las granjas hasta los mercados locales y viceversa, o desde los mercados hasta los mataderos locales
- Vehículos utilizados como tiendas
- Vehículos que circulen exclusivamente en islas, con excepción de los que circulen en la isla de Mallorca
- Vehículos de autoescuela
- Tractores
- Transporte de mercancías, cuyo peso máximo autorizado, incluyendo remolques o semirremolques que no supere las 3,5 toneladas
- Transportes de viajeros cuando: por su tipo de construcción y personal pueden transportar un máximo de 9 personas, incluido el conductor y se dedican a tal fin; o si son utilizados en servicios regulares cuyo recorrido no supere los 50 km.
- Aquellos cuya velocidad máxima autorizada sea inferior a 30 km/hora
- Los destinados a servicios de las fuerzas armadas, protección civil, bomberos o fuerzas responsables del mantenimiento del orden público, o bajo su control, así como los utilizados en casos de urgencia o misiones de salvamento
- Utilizados en los servicios de alcantarillado, protección contra las inundaciones, agua, gas, electricidad, red viaria, retirada de basuras, telégrafos, teléfonos, envíos postales, radiodifusión, televisión y detección de emisores o receptores de radio y televisión
- Transportes especializados destinados a diferentes tareas como las domésticas o reparaciones



- Transporte de material de circo o feria; no comercial de bienes con fines privados; recogida de leche en granjas o que lleven a éstas bidones de leche o productos lácteos destinados a la alimentación del ganado

Límites de conducción y descansos:

Con carácter general, el tiempo de conducción diario no puede exceder de nueve horas, aunque dos veces por semana puede alcanzar las diez horas.

Después de un máximo de seis períodos de conducción diarios, el conductor debe tomar un descanso semanal. Si el tiempo total de conducción durante los seis días no sobrepasa el máximo correspondiente a seis períodos de conducción diarios, el período de descanso semanal puede trasladarse hasta el final del sexto día.

En el transporte internacional de viajeros, distinto de los servicios regulares, el lapso de tiempo se amplía a doce períodos de conducción y se traslada el descanso al duodécimo día.

El conductor, dentro de la jornada, a menos que inicie un período de descanso, después de cuatro horas y media de conducción, debe respetar una interrupción por lo menos de cuarenta y cinco minutos, que puede sustituirse por otras de quince minutos cada una, intercaladas en el período de conducción, o situadas inmediatamente después del mismo.

Para los transportes regulares de viajeros, puede fijarse la interrupción mínima en treinta minutos después de un tiempo de conducción no superior a cuatro horas. Esta modificación únicamente puede concederse en el caso de que las interrupciones de más de treinta minutos puedan entorpecer la circulación del tráfico en el casco urbano; o en los conductores no puedan intercalar una interrupción de quince minutos en las cuatro horas y media de conducción anteriores a la interrupción de quince minutos.

No se considera descanso diario los tiempos que el trabajador/a pase en espera, en un transportador o un tren.

En cada período de veinticuatro horas el trabajador/a debe descansar como mínimo once horas consecutivas. Este período puede reducirse a un mínimo de nueve horas consecutivas tres veces por semana como máximo, siempre que se conceda en compensación un tiempo de descanso antes del final de la semana siguiente.

Los días en que no se reduzca el descanso, éste se puede tomar en dos o tres períodos separados durante las veinticuatro horas, si bien uno de dichos períodos debe ser de ocho horas consecutivas por lo menos. En tal caso, la duración máxima del descanso se prolonga doce horas.

Durante cada período de treinta horas en el que haya por lo menos dos conductores a bordo de un vehículo, éstos deben gozar de un descanso diario mínimo de ocho horas consecutivas.

Durante cada semana, uno de los períodos de descanso señalados al principio puede prolongarse en concepto de descanso semanal, a un total de cuarenta y cinco horas consecutivas, pudiéndose acortar a los siguientes mínimos: treinta y seis horas cuando se tome en el lugar en que se encuentre normalmente el vehículo o el conductor; veinticuatro horas consecutivas cuando se tome en un lugar distinto de los anteriores.

Cada acortamiento se compensa con un tiempo de descanso equivalente tomado en conjunto antes del final de la tercera semana siguiente a aquella en que se trate.

Cada tiempo de descanso tomado en compensación por la reducción de los períodos de descanso diarios y/o semanales debe adscribirse a otro descanso de ocho horas por lo menos y a petición del interesado concederse en el lugar de estacionamiento del vehículo del punto en que se encuentre normalmente el conductor.

Es posible disfrutar de un descanso diario en un vehículo siempre que este disponga de litera y se encuentre parado.

Cuando se trate de transportes nacionales de viajeros, distintos de los servicios regulares, el descanso semanal puede trasladarse al fin del doceavo día y adscribirse al descanso semanal de esta segunda semana si: el tiempo total de conducción durante un período de doce días no sobrepasa el máximo correspondiente a doce períodos de conducción diarios; o no sobrepasa noventa horas en cada período de dos semanas consecutivas.

- Transportes Urbanos: la jornada de trabajo puede iniciarse o finalizarse en los centros de trabajo, o en alguna de las paradas efectuadas por el servicio. Para las jornadas continuas el régimen de descanso es el general (quince minutos cuando la jornada sea superior a seis horas); entre jornadas y semanal el previsto específicamente para el sector de transporte, esto es, diez horas entre jornadas, y día y medio de descanso semanal.
- Transporte Ferroviario: se aplica también lo establecido respecto al cómputo de jornada y descanso comentado anteriormente, con las siguientes particularidades:
 - Las disposiciones sobre tiempo de trabajo efectivo y de presencia se aplican a los conductores y demás personas que presten servicios a bordo de los trenes durante su trayecto, aunque no pertenezcan a empresas dedicadas al transporte ferroviario⁶¹, por lo que se excluye a las empresas de mantenimiento técnico de trenes que operan en talleres o en trenes inmovilizados.
 - El descanso entre jornadas fuera de la residencia de los conductores y demás personal que presten servicios a bordo durante el trayecto, puede reducirse, a salvo de lo dispuesto en el Convenio Colectivo, a ocho horas para los primeros y seis para los segundos, compensándose la diferencia en períodos de hasta cuatro semanas.
 - En los trenes de largo recorrido se puede superar el límite de nueve horas de trabajo efectivo al día excepcionalmente, sin perjuicio de los convenios o acuerdos correspondientes.

Esta regulación se extiende a las estaciones de tráfico reducido, apeaderos, apartaderos y apeaderos-cargaderos, directamente relacionados con la circulación, estaciones comprendidas en el control del tráfico centralizado, servicios de vigilancia y custodia⁶² incluida la vigilancia en un solo punto.

No está claro, con la normativa actual, qué ocurre con el personal que efectúa labores de control de tráfico ferroviario, o labores de vigilancia y custodia en estaciones, de los que nada parece decir el precepto⁶³.

- Transporte aéreo: al personal de vuelo y tierra le son aplicables las disposiciones relativas al tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia, así como la posibilidad de compensar una reducción en el descanso entre jornadas a diez horas y el descanso semanal de día y medio en períodos de hasta cuatro semanas, en la forma que se prevea en los Convenios Colectivos y en su caso la normativa en vigor. En cuanto a los con-

⁶¹ Están afectadas por el régimen de tiempos de presencia y de tiempos de trabajo efectivo, además de las específicamente dedicadas al transporte ferroviario, las empresas hosteleras y a las dedicadas al mantenimiento del servicio de coches-cama, así como todas aquellas que de manera habitual presten servicios durante el trayecto.

⁶² Aquí se incluirían los vigilantes ferroviarios, que serían tanto quienes viajan a bordo de los trenes en calidad de personal de seguridad y custodia, como los encargados de esas tareas específicas en pasos a nivel y en cualquier otro tipo de instalaciones en las que tales labores fueran precisas.

⁶³ El derogado artículo 23 RD 2001/1983, refiriéndose a «agentes encargados de la vigilancia en un punto fijo y los guardas-serenos», establecía la inclusión de estos trabajadores/as dentro del régimen de ampliación de jornada, por lo que podría mantenerse que se aplica el régimen de la ampliación de jornada.



troladores aéreos, con la entrada en vigor del Real Decreto 1001/2010, se establece un periodo de actividad aeronáutica máxima de 10 horas diarias, garantizándose un periodo de 12 horas de descanso y fijando un periodo de descanso mensual de 180 horas.

De esta forma se determinarán los períodos máximos de actividad aérea, la actividad laboral aérea y de tierra y el régimen de descansos, con respeto en todo caso a lo dispuesto en la normativa en vigor en materia de seguridad de la navegación aérea.

3.8.2. Limitaciones y reducciones de jornadas

Se pueden establecer reducciones en la jornada de trabajo ordinaria, por Convenio Colectivo, por mantenimiento de usos y costumbres locales y profesionales, o bien por disposiciones legales o reglamentarias.

Los representantes laborales deben emitir informe con carácter previo a la reducción de la jornada decidida por el empresario.

Si en nuestro contrato de trabajo se recoge la jornada completa el empresario no nos puede reducir la jornada sin nuestro consentimiento salvo que se apruebe un Expediente de Regulación de Empleo por reducción de jornada.

La jornada se puede limitar o reducir respecto a la ordinaria como consecuencia de distintas circunstancias:

- Por las características que presenta la actividad de que se trate, lo que hace aconsejable un especial cuidado en la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores/as.
- Por circunstancias de carácter personal que pueden afectar al trabajador/a, como la guardia legal, lactancia, parto prematuro o nacimiento de hijo que deba permanecer hospitalizado tras el parto, o cuidado de un familiar.
- Período de formación en prevención de riesgos laborales.
- Tipos de contratos, como relevos, prácticas, aprendizaje/formación, a tiempo parcial.

3.8.2.1. Trabajos Expuestos a Riesgos Ambientales

Procede la limitación o reducción de los tiempos de exposición a riesgos ambientales especialmente nocivos, en aquellos casos en que, pese a la observancia de la normativa legal aplicable, la realización de la jornada ordinaria de trabajo entrañe un riesgo especial para la salud de los trabajadores/as debido a la existencia de circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad, sin que sea posible la eliminación o reducción del riesgo mediante la adopción de otras medidas de protección o prevención adecuadas.

La limitación o reducción de los tiempos de exposición se circunscribirá a los puestos de trabajo, lugares o secciones en que se concrete el riesgo y por el tiempo en que subsista la causa que la motiva, sin que proceda reducir el salario de los trabajadores/as afectados por esta medida.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los Convenios Colectivos, en caso de desacuerdo entre la empresa y los trabajadores/as o sus representantes en cuanto a la aplicación de lo señalado anteriormente, la autoridad laboral podrá, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y con el asesoramiento, en su caso, de los organismos técnicos en materia de prevención de riesgos laborales, acordar la procedencia y el alcance de la limitación o reducción de los tiempos de exposición.

3.8.2.2. Trabajos en cámaras frigoríficas y de congelación

La jornada máxima del personal que trabaje en cámaras frigoríficas y de congelación será la siguiente:

- La normal, en cámaras de cero hasta cinco grados bajo cero, debiendo concederse un descanso de recuperación de diez minutos cada tres horas de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras.
- En las cámaras de más de cinco hasta dieciocho grados bajo cero, la permanencia máxima en el interior de las mismas será de seis horas, debiendo concederse un descanso de recuperación de quince minutos por cada hora de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras.
- En las cámaras de dieciocho grados bajo cero o más, con una oscilación de más o menos tres, la permanencia máxima en el interior de las mismas será de seis horas, debiendo concederse un descanso de recuperación de quince minutos por cada cuarenta y cinco minutos de trabajo ininterrumpido en el interior de las cámaras.
- En los dos últimos supuestos, la diferencia entre la jornada normal y las seis de permanencia en el interior puede completarse con trabajos realizados en el exterior.

3.8.2.3. Trabajos en el interior de las Minas

La duración de la jornada será de treinta y cinco horas de trabajo efectivo semanal, sin perjuicio de que en la Negociación Colectiva puedan establecerse módulos para la determinación de la jornada distintos del semanal. Tal jornada máxima empezará a computarse desde la entrada de los primeros trabajadores/as en el pozo o galería y concluirá con la llegada a bocamina de los primeros que salgan, salvo que a través de la Negociación Colectiva se estableciere otro sistema de cómputo.

La jornada de trabajo en el interior de la mina se verá reducida a seis horas diarias cuando concurren circunstancias de especial penosidad, derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad o como consecuencia del esfuerzo suplementario derivado de la posición inhabitual del cuerpo al trabajar. En las labores de interior en que el personal haya de realizar el trabajo completamente mojado desde el principio de la jornada, ésta será de cinco horas como máximo. Si la situación comenzase con posterioridad a las dos horas del inicio de la jornada, la duración de ésta no excederá de seis horas.

En caso de movilidad entre el interior y el exterior de las minas, el trabajador/a que habitualmente no preste sus servicios en el interior de las minas acomodará su jornada diaria a la de interior cuando trabaje en labores subterráneas. Si por razones organizativas un trabajador/a de interior fuese destinado ocasionalmente a realizar trabajos en el exterior deberá serle respetada la jornada y las percepciones económicas de su puesto anterior.

Los trabajadores/as que presten servicios en puestos de trabajo subterráneo, así como aquellos trabajadores/as de exterior cuya actividad sólo pueda producirse simultáneamente a la de los primeros, tendrán derecho a un descanso semanal de dos días.

Sólo se podrán hacer horas extras en alguno de los siguientes supuestos: reparación o prevención de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes, riesgo grave de pérdida o deterioro importante de materias primas, o por circunstancias de carácter estructural derivadas de la naturaleza de la actividad en los términos que en Convenio Colectivo se definan.

La jornada en el interior del establecimiento minero de Almadén está regulado por el Convenio de la Empresa Minas de Almadén y Arrayanes, S.A., sin que le resulte aplicable el decreto sobre jornadas especiales.



Cuando las circunstancias de temperatura y humedad u otras igualmente penosas o peligrosas se presenten de forma extrema y continuada o se hagan de forma simultánea dos o más de ellas (agua a baja temperatura o cayendo directamente sobre el cuerpo del trabajador/a, etc.), deben reducirse más los tiempos de exposición por acuerdo del comité de seguridad y salud, o en su defecto por la administración de minas.

En función de las características técnicas de las empresas y mediante la Negociación Colectiva podrá disfrutarse el descanso semanal en forma ininterrumpida, fraccionarse de modo que el segundo día de descanso pueda ser disfrutado en períodos de hasta cuatro semanas, aisladamente o acumulado a otros descansos, o tomar día y medio ininterrumpido y acumular medio por períodos de hasta catorce días.

3.8.2.4. Trabajos en Construcción y Obras Públicas

Cuando en estas actividades se realicen trabajos subterráneos en los que concurren idénticas circunstancias que las previstas en el apartado anterior, serán de aplicación las mismas jornadas máximas a las de la minería.

Los trabajos en los denominados *cajones de aire comprimido* tendrán la duración máxima que se establece, en los cuadros publicados en la Orden ministerial de 20 de enero de 1956, por la que se aprueba el *Reglamento de Higiene y Seguridad en los trabajos realizados en cajones con aire comprimido*

3.8.2.5. Cuidado de menor en guardia legal o familiar

Quien necesite encargarse del cuidado directo de un menor de ocho años o persona con discapacidad física, psíquica o señorial, atribuida por guarda legal o un familiar, tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario, de entre, al menos un octavo y un máximo de la mitad de la jornada.

El parentesco la persona del familiar a cuidar deben concurrir las siguientes circunstancias:

- El parentesco debe llegar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Debe estar incapacitado/a para valerse por sí mismo o por razones de edad, accidente o enfermedades
- No puede desempeñar actividad retribuida.

La fecha de reincorporación a la jornada ordinaria debe ser preavisada al empresario con 15 días de antelación.

Si dos o más trabajadores/as generasen el derecho comentado, en la misma empresa y por el mismo familiar, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento.

Corresponde al trabajador/a dentro de su jornada ordinaria, la concreción horaria y determinar el período de disfrute, pero en caso de discrepancia con el empresario corresponde su resolución a la jurisdicción laboral mediante el procedimiento recogido en el artículo 138 bis de la LRJS⁶⁴.

⁶⁴ El trabajador dispondrá de un plazo de 20 días a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por el trabajador. El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente.



De la misma manera se establece, en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores un derecho genérico a adaptar la jornada de trabajo en aras de la conciliación de la vida personal y familiar. La jurisprudencia (STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009) ha interpretado que el ejercicio de este derecho está condicionado a la existencia de convenio colectivo o pacto individual.



4. VACACIONES, PERMISOS Y LICENCIAS

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Constitución española de 1978, artículo 40.2.

Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 36/2011 de 10 de octubre, en particular sus artículos 125 y 126.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, en particular su artículo 2.

Convenios Organización Internacional del Trabajo (OIT), núm. 132 y 101

Recomendación OIT num. 98 de 1954.

Artículo 7 Directiva 2003/88/CE.

4.1. Vacaciones

Las vacaciones tienen la finalidad de la recuperación de la fatiga física y anímica del trabajador/a derivada de su puesto de trabajo, garantizando un tiempo de ocio y de convivencia familiar y personal. Su trascendencia y definición vienen amparadas por la sentencia del TS de 3-10-2007.

El régimen de las vacaciones que va a comentarse no supone un obstáculo para que al trabajador/a se le apliquen normas reglamentarias⁶⁵, Convenios Colectivos, contratos de trabajo o costumbres del sector, que sean más favorables.

- Entendemos por vacaciones el disfrute de un período continuado de varios días de descanso al año. Son obligatorias, irrenunciables e indisponibles, sin que se puedan descontar los días de permiso tipificados como tales que se hayan podido disfrutar, ni que puedan reducirse por sanción o sustituirse económicamente, salvo, en este último caso, cuando el contrato de trabajo se hubiera extinguido antes de la fecha fijada para el período vacacional, sin que se hubieran disfrutado.

Se tienen por nulos los pactos, individuales o colectivos, y toda decisión unilateral que supongan la sustitución de vacaciones por una cantidad de dinero. No obstante, esta afirmación hay que matizarla, ya que sí cabrá compensar las vacaciones por dinero cuando la relación laboral se extinga antes del disfrute de las vacaciones y el alcance temporal de la compensación se encuentre dentro del año en curso, ya que no se permite la compensación de anualidades anteriores.

- La duración mínima es de treinta días naturales (art.38 del ET), por lo que se computan como días de vacaciones los domingos y festivos que estén dentro del período que se disfrute, pero sin perjuicio del período o períodos de vacaciones pactado en Convenio

⁶⁵ Es el caso de las Normas Reglamentarias anteriores al Estatuto de los Trabajadores, aplicable siempre que las partes así lo acuerden, y que no vayan en contradicción con el Estatuto.

Colectivo o contrato individual, pudiéndose por tanto incrementar el número de días⁶⁶ de disfrute.

- Salvo que en el Convenio Colectivo se estableciera otra cosa debe aplicarse estrictamente el criterio de proporcionalidad según el tiempo transcurrido de contrato en el año de su disfrute. Según este principio, cuando no se ha mantenido el contrato durante todo el año, las vacaciones deben tener una duración proporcional al tiempo de la relación laboral.

En el caso de trabajadores/as contratados a tiempo parcial, y de los trabajadores/as con jornada reducida, no se les aplica el criterio de proporcionalidad, con relación al total de días naturales de vacaciones, ya que lo que tienen reducida es la duración de la jornada y no los días de trabajo. Debido a la naturaleza reparadora de las vacaciones, tendente a la recuperación psíquico física del trabajador/a, y a mantener la aptitud para el trabajo, lo que tiene importancia, es el número total de días naturales de vacaciones sea cual fuere, y no la duración de la jornada.

4.1.1. Disfrute de las Vacaciones y período de incapacidad temporal

Según el art. 38.2 del ET el período del disfrute de vacaciones se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador/a, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.

- Las vacaciones son anuales. Se van generando con el transcurso de cada año de servicio, debiéndose disfrutar, dentro del año natural (esto es, del 1 de enero al 31 de diciembre), caducando⁶⁷ en caso contrario. No cabe la compensación económica salvo actuación abusiva por parte de la empresa, reclamable en un año.

No obstante a lo anterior, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece que cuando el período de vacaciones coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato en supuestos de parto, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan, así como los supuestos que correspondan legal o convencionalmente y en los casos de huelga legal, cierre legal de la empresa o permisos retribuidos.

- Conforme al redactado del artículo 38.3 del ET dado por la reforma laboral de 2012, cuando la baja por contingencias profesionales o comunes se produzca en periodo vacacional se tiene derecho a disfrutarlas en periodo de alta en el mismo año natural o si el alta se produce en años posteriores será en los 18 meses siguientes a la finalización

⁶⁶ El artículo 9 del Convenio 132 de la OIT, establece una excepción, que permite el desplazamiento de algunos días de vacaciones al año siguiente, siempre que en el precedente se hayan disfrutado al menos dos semanas ininterrumpidas.

⁶⁷ Aunque la causa que impide el disfrute no fuese imputable al trabajador.



de dicho año. Incluso se podría considerar que el límite de los 18 meses sería contrario a la normativa europea según la sentencia del TJUE de 21 de junio de 2012.

- Si se dejan de prestar servicios antes de que transcurra el año, sin haber disfrutado las vacaciones, salvo en los supuestos anteriormente mencionados, se percibirá, por el trabajador/a, el equivalente a 2,5 días de salario por mes o fracción de mes trabajado. No hay que olvidar que a través de la negociación colectiva se puede prever el trato de determinadas situaciones pendientes de disfrutar al concluir el año.
- Las fechas de disfrute se fijan por acuerdo entre empresario y trabajador/a, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de vacaciones y, en su defecto, judicialmente tras la tramitación de un procedimiento preferente y sumario.
- El trabajador/a deberá conocer las fechas de vacaciones dos meses antes de su disfrute.

Este requisito se tiene por cumplido con la inclusión en el calendario de vacaciones⁶⁸, que cada empresa tiene obligación de fijar para cada año con la antelación suficiente, no inferior a los dos meses antes del inicio del primer afectado. Esto tiene su explicación en la obligación empresarial de facilitar al trabajador/a la distribución de su tiempo libre, no pudiendo modificar unilateralmente el período establecido por necesidades de la empresa⁶⁹, ni alterar injustificadamente el período vacacional fijado de antemano, en cuyo caso sería posible iniciar una reclamación de daños y perjuicios a favor del trabajador/a por incumplimiento empresarial.

- Durante el período vacacional no existe por parte del trabajador/a obligación de prestar servicios, por lo que la empresa no podrá imponer a sus trabajadores/as ninguna residencia ni lugar concreto para el disfrute de sus vacaciones, puesto que el trabajador/a durante dicho período no se encuentra en situación de desplazado por cuenta de la empresa (STS de 22 de diciembre de 1994).
 - El derecho al disfrute de las vacaciones en una época determinada, debe establecerse en el Convenio Colectivo. No puede el trabajador/a tomarse las vacaciones sin contar con la autorización del empresario, porque ello supondría desobediencia o faltas de asistencia injustificadas y reiteradas al trabajo, susceptible de sanción, incluida la de despido. No obstante, es necesario que existan razones objetivas para variar el período de vacaciones respecto de años anteriores.
 - En caso de fraccionamiento de las vacaciones, una de las fracciones deberá consistir, por lo menos, en dos semanas laborables (catorce días naturales) ininterrumpidas⁷⁰. No cabe la imposición unilateral empresarial, teniendo que haber mutuo acuerdo entre las partes (contractual o convencionalmente).
 - Al empresario no le está permitido excluir unilateralmente del período vacacional aquel que coincide con el momento de más actividad productiva de la empresa. Así, para que el empresario pudiera establecer que por necesidades del servicio no pueden disfrutarse vacaciones, necesariamente habrá que negociar tal eventualidad, debiendo comunicar la modificación a los afectados con una

⁶⁸ Dentro del calendario laboral se reflejarán las vacaciones de todo el personal.

⁶⁹ STSJ Cataluña de 8-6-1999.

⁷⁰ Artículo 8.2 Convenio 132 OIT.

antelación no inferior a dos meses, especificándose las condiciones, extensión y duración.

Supone despido procedente la toma unilateral de vacaciones por parte del trabajador/a sin convenir con el empresario el periodo del disfrute de sus vacaciones (TSJ La Rioja de 21-3-2011).

4.1.2. Retribución

Las vacaciones son retribuidas. Debe percibirse, al menos, la retribución salarial de la misma cuantía que la remuneración normal o media⁷¹ (no cabiendo establecer excepciones por contrato de trabajo TJCE 20-01-09), disponiéndose que, si convencionalmente no se ha establecido lo contrario, la retribución se producirá con anterioridad al disfrute de las vacaciones. El Convenio Colectivo puede determinar las retribuciones que integra el abono de vacaciones, así como las llamadas Bolsas de Vacaciones.

Por lo tanto, en materia de retribución de las vacaciones habrá de estarse a lo que se establezca de forma específica en el Convenio Colectivo, por expresa remisión del artículo 38.1 del ET, que establece su duración mínima, en treinta días naturales, pero no su forma de retribución. En todo caso no hay que olvidar que el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT, entiende que todos los conceptos salariales ordinarios vienen a constituir el contenido de la retribución vacacional.

La reciente sentencia en Pleno del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 en aplicación de la doctrina del TJUE en sus sentencias de 22 de mayo 2014 en el asunto C-139/12 «Lock» y de 12 de junio de 2014, en el asunto c-118/13 «Bollacke», rectifica su anterior doctrina, considera que la retribución normal o media que ha de ser abonada a los trabajadores durante su período de descanso anual y considerando que conceptos como el de comisiones y/o incentivos a la producción variables y percibido con cierta habitualidad por los trabajadores de dicho sector debe ser incluido en la retribución normal o media a percibir durante sus vacaciones.

Los mayores conflictos se plantean en relación con los complementos salariales relacionados con la prestación efectiva de trabajo. La jurisprudencia tiende a remitir al convenio colectivo la exclusión de las partidas salariales que están más relacionadas con la prestación efectiva de servicios, inclinándose por el cómputo total de todos los conceptos que viene percibiendo el trabajador/a, en el caso de que convencionalmente no se hubiere regulado nada⁷².

⁷¹ De la remuneración media se excluyen los conceptos salariales que responden a actividades de carácter extraordinario y que, por lo tanto, son ajenas a las que se desarrollen en la jornada normal de trabajo, o a aquellos conceptos de percepción mensual constante, pero cuantía variable como la nocturnidad, conducción y toxicidad, haciéndose un promedio de las cantidades percibidas en meses anteriores.

⁷² Respecto a la inclusión del complemento salarial por trabajo en festivos y domingos en la paga de vacaciones a efectos de la retribución de vacaciones anuales en el ámbito de la mercantil Atento, el TS en sentencia de 2 de febrero de 2.007, entiende que deben ser computadas, las cantidades que se perciben en concepto de complemento de festivos y domingos en la retribución de vacaciones dado que el Convenio Colectivo aplicable nada regula sobre la retribución de las vacaciones, por lo que es aplicable el Convenio 132 de la OIT que considera que deben incluirse todas aquellas retribuciones regulares y ordinariamente percibidas por el trabajador, ya que de acuerdo con reiterada doctrina « ante el silencio del convenio, no cabe sino acudir a la regla general de retribuir las de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la



Durante las vacaciones el trabajador/a tendrá derecho:

- Al complemento de turnicidad⁷³.
- Al complemento de nocturnidad y festivos⁷⁴.
- Al complemento de toxicidad, penosidad y peligrosidad⁷⁵.
- Al complemento de asistencia⁷⁶.
- Al complemento de dispersión geográfica⁷⁷.
- A las pagas extraordinarias, cuando las mismas se prorratean mensualmente⁷⁸.
- A las comisiones de acuerdo con la media obtenida⁷⁹ de los conceptos no incluidos en el convenio, pero percibidos regularmente por los trabajadores/as⁸⁰.
- Al complemento de productividad⁸¹ y complemento de jornada interrumpida.

Por el contrario, el trabajador/a no tendrá derecho, no incluyéndose en la remuneración de las vacaciones las cantidades siguientes:

- Las que compensen actividades extraordinarias⁸².
- Las que compensen excesos de jornada⁸³.
- Las dietas por su naturaleza extrasalarial⁸⁴.
- El plus de desplazamiento⁸⁵ y el plus de retén⁸⁶.

4.1.3. Reclamación Jurisdiccional:

Como hemos apuntado anteriormente, en caso de controversia o desacuerdo respecto a las fechas de vacaciones, se puede acudir a los tribunales. Es la jurisdicción social la encargada de solucionar los conflictos que se planteen en cuanto a la determinación de la fecha de disfrute de las vacaciones, mediante un procedimiento especial y sumario⁸⁷ regulado en los artículos 125 a 126 de la LRJS.

La reclamación puede plantearse de manera individual o colectiva, siendo los plazos de dos tipos:

época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual»

⁷³ STSJ de Andalucía, sede de Sevilla, de 9-1-2001.

⁷⁴ STSJ de Cataluña de 11-12-2001.

⁷⁵ STS de 19-04-2.007 y 30-04-2.007.

⁷⁶ STSJ de Cataluña de 13-4-2000

⁷⁷ STSJ del País Vasco de 20-1-1998

⁷⁸ STSJ de Cataluña de 27-4-1998

⁷⁹ STSJ de Madrid de 14-1-1998

⁸⁰ STSJ de Cataluña de 13-4-2000

⁸¹ STSJ de Canarias, sede de Las Palmas, de 5-5-2000

⁸² STSJ de Galicia de 15-6-2000

⁸³ STSJ de Galicia de 13-2-1999

⁸⁴ STSJ de Cataluña de 13-7-1999

⁸⁵ STSJ de Baleares de 3-2-2000

⁸⁶ STSJ de Galicia de 15-6-2000

⁸⁷ Este procedimiento es el adecuado aún cuando los motivos que se aleguen sean discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales.

- Si la fecha de vacaciones viene precisada (por Convenio⁸⁸, acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores/as o fijada unilateralmente por el propio empresario), el trabajador/a debe presentar la demanda en el plazo de veinte días hábiles, contados a partir del día en que tuvo conocimiento de la citada fecha.
- Si la fecha de vacaciones no viene precisada, la demanda deberá presentarse con dos meses⁸⁹ de antelación a la fecha de disfrute pretendida por el trabajador/a.

La demanda se interpone sin necesidad de conciliación ni reclamación previa, limitándose la petición a la fecha de disfrute de vacaciones, siendo la resolución judicial irrecurrible.

Igualmente, si estamos ante la exigencia colectiva de los trabajadores y/o sus representantes de participar en el calendario de vacaciones se considera que la vía apropiada es la del conflicto colectivo (véase la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 17-07-2008).

Para el empresario, la transgresión de las normas y los límites legales o los pactados sobre vacaciones se considera infracción grave (Artículo 7 de la LISOS).

4.1.4. Relaciones Laborales de Carácter Especial

Existen peculiaridades respecto de las relaciones laborales de carácter especial, contenidas en diversas normas de aplicación. Así:

- El Personal de Alta Dirección disfrutará de las vacaciones fijadas en el propio contrato de trabajo, en cuanto no configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente.
- Los trabajadores/as de Servicio del Hogar Familiar, tendrán un período de vacaciones anuales de treinta días naturales conforme al RD 1620/2011, que regula la relación laboral del empleado de hogar, pudiéndose fraccionar en dos o más periodos, si bien al menos uno de ellos será, como mínimo, de quince días naturales consecutivos. El periodo o periodos de disfrute de las vacaciones se acordarán entre las partes. En defecto de pacto, quince días podrán fijarse por el empleador, de acuerdo con las necesidades familiares y el resto se elegirá libremente por el empleado. En este caso, las fechas deberán ser conocidas con dos meses de antelación al inicio de su disfrute. Durante el periodo o periodos de vacaciones, el empleado de hogar no estará obligado a residir en el domicilio familiar o en el lugar a donde se desplace la familia o alguno de sus miembros.
- Los Deportistas Profesionales, tendrán derecho a unas vacaciones anuales retribuidas de treinta días naturales, estableciéndose por convenio la época de disfrute y su posible fraccionamiento.
- Los Artistas en Espectáculos Públicos, tendrán derecho a unas vacaciones anuales retribuidas mínimas de treinta días naturales.
- Las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, tienen derecho al disfrute de

⁸⁸ Puede entenderse como momento inicial de cómputo, el de la fecha de publicación del convenio en el Boletín Oficial correspondiente, teniendo en cuenta que, si el convenio no fija fecha de disfrute sino criterios para su determinación, el momento inicial del cómputo del plazo será aquel en que se apliquen y determinen fechas ciertas.

⁸⁹ Plazo relacionado con el derecho del trabajador a conocer con dos meses de antelación la fecha de disfrute de las vacaciones.



vacaciones anuales retribuidas cuya duración, criterios económicos y fechas de disfrute, serán las establecidas en los pactos colectivos o en el propio contrato, cuando éste sea más beneficioso. A falta de pacto colectivo o individual regirán las normas laborales de carácter general.

- A los trabajadores/as Minusválidos/as que trabajen en los centros especiales de empleo se les aplica el régimen general del ET.
- Al servicio público de estiba y desestiba de buques, se le aplica el régimen general del ET.

4.2. Permisos y licencias

Previo aviso y posterior justificación, el trabajador/a podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por distintos motivos, regulación establecida en el artículo 37 del ET, sin perjuicio de las disposiciones establecidas en los distintos Convenios Colectivos.

Nos encontramos ante un derecho del trabajador/a que podrá verse mejorado, pero no reducido teniendo el carácter de norma mínima. Si la mejora fuera consecuencia de la voluntad del empresario, posteriormente no podrá éste de manera unilateral eliminarla⁹⁰.

Los motivos que facultan para ausentarse del trabajo son:

- Quince días naturales por matrimonio. Se pueden acumular con el período de vacaciones, aunque el empresario, podrá oponerse motivadamente a su acumulación con las vacaciones.
- Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador/a necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días⁹¹.

Cuadro nº 13

CONSANGUINIDAD	Grado	AFINIDAD	Grado
PADRE/MADRE	1º	SUEGROS/AS	1º
HIJOS/AS	1º	YERNO/NUERA	1º
HERMANOS/AS	2º	CUÑADOS/AS	2º
ABUELOS/AS	2º	ABUELOS/AS DE CONYUGE	2º
NIETOS/AS	2º	PAREJA DE NIETO/A	

Según su literal se ha de entender que la enfermedad grave y hospitalización son dos supuestos diferentes que generan derecho a un permiso retribuido de forma independiente⁹². En éste senti-

⁹⁰ El TJSJ de Asturias en sentencia de 20-2-1998 entendió que el empresario no podía retirar unilateralmente el número de horas que concedió a los trabajadores/as para acudir al médico.

⁹¹ Respecto a la redacción anterior del Estatuto de los Trabajadores, la Ley Orgánica de Igualdad añade a éstos supuestos el de intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario

⁹² Juzgado de lo Social Madrid núm.3, 3-06-2005

do y a través de STS de fecha de 23 de abril de 2.009, se reconoce el permiso de dos días por hospitalización en supuestos de parto.

- Un día por traslado del domicilio habitual.
- Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable⁹³ de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Si el cumplimiento citado, supone la imposibilidad de prestación del trabajo en más del 20% de las horas laborales en un período de tres meses, la empresa podrá pasar al trabajador/a a la situación de excedencia forzosa.
- Si el trabajador/a recibe una indemnización por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa.

La asistencia del trabajador/a a la conciliación administrativa y al acto del juicio tiene la naturaleza de permiso retribuido, obligado, que, en su caso, será en los casos en que el trabajador/a es demandante conforme dicta el artículo 100 de la LRJS.

El desempeño de funciones de jurado (actuar como miembro en un tribunal penal con jurado popular) tiene la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.

- Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente. Se trata del uso del crédito horario para el ejercicio de funciones representativas, bien de los miembros del comité de empresa y delegados/as de personal, bien de los delegados/as sindicales que no formen parte del comité de empresa y tengan derecho a crédito horario. La justificación a posteriori del empleo de esa «horas sindicales» se ve muy atenuada, ya que su exigencia por parte de la empresa puede vulnerar la libertad sindical.
- Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.
- Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes, cuando se cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional. Se precisa acreditar la presencia del trabajador/a en el examen.
- Por lactancia de un hijo menor de nueve meses tendrán derecho los/as trabajadores/as a una hora de ausencia del trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones⁹⁴. Este derecho podrá sustituirse a voluntad de la trabajadora por:
 - Reducción de su jornada en media hora⁹⁵
 - o bien acumularlo en jornadas completas, según negociación colectiva o acuerdo. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o la madre siempre y cuando los dos trabajen, pero sólo podrá disfrutarlo uno de los dos. Se deberá preavisar al empresario con quince días de antelación, la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Para estos derechos como para el

⁹³ Si el deber puede realizarse fuera del horario laboral, no se concede el permiso.

⁹⁴ Pueden ser de distinta duración.

⁹⁵ Independientemente de la duración de la jornada.



acceso a la formación profesional se estará a lo pactado en Convenio Colectivo, que ha de expresar el carácter retributivo.

- Por nacimiento de hijo prematuro, o que por cualquier causa deban estar hospitalizados a continuación del parto, tendrán derecho el padre o la madre a:
 - Ausentarse del trabajo durante una hora con derecho a remuneración, previo aviso y así mismo
 - reducir la jornada hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de salario.
- Los trabajadores/as que tengan por guarda legal a su cuidado directo algún menor de ocho⁹⁶ años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe actividad retribuida, tendrán derecho, a una disminución de jornada de entre al menos un octavo y un máximo de la mitad de ésta. La reducción de la jornada conlleva la disminución del salario de manera proporcional⁹⁷. Este mismo derecho lo tiene quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, que no desempeñe actividad retribuida, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no pueda valerse por sí mismo como consecuencia de la edad, accidente o enfermedad.
- La concreción horaria y determinación del período de disfrute de la reducción de jornada corresponde al trabajador/a, dentro de la jornada ordinaria⁹⁸. El trabajador/a debe preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha en que se incorporará a la jornada ordinaria. Las discrepancias⁹⁹ sobre ésta materia entre el empresario y el trabajador/a se resuelven de acuerdo al procedimiento especial recogido en el artículo 139 de la LRJS, sin ser susceptible de interposición de recurso.

⁹⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, modifica el derecho a la reducción de jornada, aumentando a ocho años (antes 6 años) la guarda legal así como ampliando el límite mínimo de reducción de jornada a un octavo (antes un tercio).

⁹⁷ Se han dado respuestas distintas respecto a la compatibilidad o incompatibilidad del permiso por guarda legal y el de lactancia. Así mientras que el TSJ de Cataluña en sentencia de 8 de marzo de 1999 manifiesta que «(...)la lactancia del recién nacido es un hecho natural distinto, independiente y diferenciado del cuidado directo o guarda del mismo que si bien normalmente acostumbran a coincidir y llevarse a cabo por la madre de hecho y en la práctica coexisten separados y pueden llevarse a cabo por personas o instituciones diferenciadas sin que el uno implique ni lleve aparejado necesariamente el otro (...); el TSJ de Madrid en su sentencia 20-07-1998, los considera incompatibles argumentando que «(...)la norma no previene es que ambos sean compatibles entre sí, porque el uno y el otro tienen la misma causa o razón de ser -el cuidado del menor (...). Esta última sentencia del TSJ Madrid tiene formulado un voto particular que contempla la posibilidad de ejercitar de forma simultánea ambos derechos.

⁹⁸ La expresión de jornada ordinaria no se entiende como la de horario ordinario de cada trabajador/a tal y como ha reiterado numerosa jurisprudencia, sino la jornada ordinaria que se establezca en cada uno de los centros de trabajo a través del Convenio Colectivo de aplicación. Así mismo, a través de SAN de fecha 28-02-2005 en el ámbito de la mercantil Leroy Merlin, se establece que en aquellos centros de trabajo con turnos rotatorios, *«declarando el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a determinar y concretar el horario en que prestarán sus servicios a lo largo de la jornada laboral, en cualquiera de los turnos rotatorios que vienen desempeñando, a fin de poder llevar a cabo el cuidado inherente a la protección de la familia y en aras de una atención adecuada de los sujetos objeto de tal cuidado -menores, minusválidos, familiares que no puedan valerse por sí mismos».*

⁹⁹ El Tribunal Constitucional a través de su sentencia 3/2007 ha concedido el amparo a una trabajadora al no haber reconocido el juzgado de instancia la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional tales como la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras (artículo 14 CE) así como la protección a la familia y a la infancia (artículo 39 de la Constitución Española) ni cuáles fueron las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa.

Hay que hacer valer que esta discusión no tiene fundamento, pues la lactancia origina un permiso retribuido y la reducción de jornada es a costa del trabajador/a, por lo que son reducciones de jornada de distinta naturaleza. Quien pide permiso de reducción por guarda legal no puede verse privado del permiso retribuido por lactancia, pues se le ocasiona un perjuicio injustificado, y se genera un lucro indebido al empresario.

- En el caso de que dos o más trabajadores/as de la misma empresa generasen este derecho por la misma persona, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento de la empresa que tendrá que probar.

Los trabajadores/as que disfruten de estos derechos, no podrán verse excluidos o discriminados en ningún aspecto de su relación laboral, ya que sería considerado una acto discriminatorio frente al resto de trabajadores/as.

Cuadro nº 14

Cuadro resumen de permisos y licencias

Matrimonio	15 días naturales.
Nacimiento de un hijo	2 días naturales, 4 si necesita desplazamiento.
Fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario	2 días naturales, 4 si necesita desplazamiento.
Traslado de domicilio	1 día.
Cumplimiento de un deber inexcusable, (de carácter público y personal)	El tiempo indispensable
Ejercicio del derecho de sufragio activo	El tiempo indispensable
Deber inexcusable que conste en una norma legal.	Se estará a lo dispuesto para su duración y compensación.*
Representantes sindicales en período de negociación	El tiempo necesario para el adecuado ejercicio de su labor.
Exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.	El tiempo indispensable para su realización.
La trabajadora, por lactancia de un hijo menor de 9 meses,	1 hora de ausencia del trabajo, o reducción de ½ hora de jornada.
Guarda legal de un menor de 8 años	Puede optar por reducción de jornada de trabajo, con reducción proporcional de sueldo. La reducción será entre un octavo y la mitad de la jornada normal.
Guarda legal de un disminuido físico o psíquico que no desempeñe otra actividad retribuida.	
Desempeño de la función de jurado	Se asimila a deber inexcusable
Miembros y delegados/as de Comité y Delegados/as de Empresa	Según regulación de representación sindical

* Si supusiese la imposibilidad de prestación de trabajo en más del 20% en un período de tres meses, la empresa podrá pasarlo a la situación de excedente forzoso.



5. FALTAS Y SANCIONES

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Constitución Española, artículo 25.

Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en particular los artículos 114 y 115.

5.1. Poder disciplinario del empresario

5.1.1. Cuestiones Generales

Bajo este epígrafe venimos a realizar unas breves notas explicativas sobre el poder disciplinario o derecho sancionador del empresario, materia sobre la que se expondrán ciertas normas básicas y las cuestiones más generales. Pero sobre las cuestiones a explicar, se debe estar al supuesto concreto, dado lo casuístico de las faltas y sus correspondientes sanciones, acudiendo a los gabinetes jurídicos de la CGT.

El poder disciplinario y sancionador del empresario abarca a todos los trabajadores/as en virtud del contrato de trabajo que les une. Tiene, evidentemente, un límite personal, pues sólo se puede sancionar a las personas ligadas por contrato de trabajo. También tiene el límite material, pues sólo son sancionables las cometidas en la ejecución del contrato o en conexión con este.

El empresario tiene atribuido en nuestro sistema legal un poder disciplinario que le permite adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad. La contrapartida es que debido a esta facultad concedida al empresario es el derecho del trabajador/a a instar la vía judicial laboral para revisar la conformidad a derecho de la decisión empresarial (STC 206/1987).

El trabajador/a por cuenta ajena se encuentra bajo el poder disciplinario del empresario, dentro de su ámbito de organización y dirección.

La empresa puede sancionar las faltas de los trabajadores/as, si bien hay que decir que dicha facultad sancionadora puede ser delegada en otros sujetos así como que tanto faltas como sanciones deben estar fijadas con carácter previo bien en disposiciones legales, reglamentarias o convencionales de aplicación.

5.1.2. Principios del derecho sancionador del empresario

Hay que destacar determinados aspectos o principios que rigen el derecho disciplinario del empresario.

El poder sancionador se encuentra limitado por el principio de «tipicidad», respecto de la falta, es decir, que para que un comportamiento pueda ser sancionado, éste debe estar previamente regulado como tal comportamiento sancionable.

También limita este poder sancionador el principio de «legalidad» respecto de la sanción que consiste en la necesidad de que para imponer una sanción, ésta se encuentre previamente prevista bien sea en disposición legal o convencional.

Este principio, la necesidad de la previsión en texto legal o convencional, será aplicable tanto a la conducta sancionable como al tipo de sanción.

Afecta como límite al procedimiento sancionador el principio de «non bis in idem», es decir, un mismo comportamiento no puede dar lugar a más de una sanción laboral. Este principio, según la jurisprudencia, no está vulnerado porque la reincidencia se considere como agravante a la hora de imponer la segunda sanción o si la primera se toma como una medida cautelar, imponiéndose la segunda definitivamente con posterioridad.

También es aplicable el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción, debe existir una correspondencia entre la gravedad del comportamiento realizado por el trabajador/a y la sanción que se imponga por el mismo, de esta manera se establece una gradación de las conductas sancionables estableciéndoles como leves, graves y muy graves, que veremos con posterioridad, correspondiendo unas sanciones u otras en función de la gravedad de la infracción.

Como en todo el derecho laboral es aplicable el principio de derecho a la igualdad y a la no discriminación, siendo nulas las sanciones impuestas por tales motivos. No se puede dar un trato diferenciado a los trabajadores/as autores de idénticos hechos. No obstante, si se puede dar un trato diferenciado si existen razones objetivas que justifiquen la desigualdad de trato.

Limitando este principio, pero con la advertencia de estar al caso concreto, si debemos explicar que se ha admitido la existencia de sanciones distintas para hechos similares si bien éstas deben ser argumentadas, razonadas y justificarse en base a determinadas circunstancias (entre estas circunstancias se ha considerado razonable valorar la antigüedad o la categoría profesional para graduar la sanción a imponer).

No es aplicable en cambio el principio de presunción de inocencia, que ha sido limitado por el Tribunal Constitucional al derecho penal y al derecho administrativo sancionador. No obstante, pese a la exclusión de este principio del ámbito laboral esto no excluye al empresario de la necesidad de probar (y asumir el principio de la carga de la prueba) de la falta que atribuya al trabajador/a; pese a ello, una posterior absolución en el orden penal por los mismos hechos en aplicación del principio de presunción de inocencia, no implica necesariamente la revisión de la sanción laboral impuesta.

Por otra parte rige, en materia de sanciones laborales, el principio de sometimiento de las mismas a control judicial, pudiendo revisar la jurisdicción social las sanciones por dos tipos de procedimiento: el de impugnación de sanciones y el de despido, cuando la sanción sea de este tipo.

5.2. Faltas laborales

El Estatuto de los Trabajadores sólo regula una serie de actos y conductas sancionables muy graves y que son causas de despido, que aparecen reguladas en el artículo 54.2 ET. Respecto de las demás faltas, el art. 58.1 ET remite a las disposiciones legales, que comprenden las normas convencionales (convenio o Acuerdo de Cobertura de Vacíos para los que tenían su regulación en las ordenanzas de trabajo y no lo han regulado convencionalmente).

Hay una serie de circunstancias ponderadoras de la gravedad de la falta y, en consecuencia de la gravedad de la sanción, entre estas y citadas a modo orientador podemos destacar (se encuentran puestas en clave atenuadora de la falta y la sanción, en sentido contrario darían mayor entidad al comportamiento objeto de sanción):

- Ausencia de reiteración en la falta.
- Ausencia de sanciones anteriores.
- Publicidad de los hechos
- Transgresión de la buena fe contractual y de la confianza propia de la relación laboral.
- Generación de situaciones de riesgo.



Graduación de las faltas

Las faltas se califican de modo graduado, existiendo faltas leves, graves y muy graves.

5.3. Sanciones laborales

5.3.1. Cuestiones Generales

Se requiere la voluntad de conocer que no se puede realizar tal comportamiento, que a pesar de esto exista voluntad de hacerlo y, finalmente se realice. En este sentido fijando estos requisitos podemos citar la STS 27.IX.1988.

Hay que tener en cuenta que para aquellos colectivos que no se encuentran regulados por convenio colectivo se regulaban las faltas y sanciones por el Acuerdo de Cobertura de Vacíos, que establece en su Capítulo IV el régimen disciplinario. Podemos entender que dicho acuerdo está extinto a fecha 31 de diciembre de 2002 puesto que se pactó una duración de 5 años en su ámbito sectorial.

Existen acuerdos sectoriales en este sentido como el acuerdo de cobertura de vacíos del sector del cemento de fecha 14 de enero de 2014 publicado en el Boletín Oficial del Estado de 7 de marzo de 2014.

5.3.2. Prohibición de ciertas sanciones

Están prohibidas por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 58.3, las sanciones consistentes en la reducción de la duración de vacaciones u otra minoración o disminución de los derechos a descanso del trabajador/a y la multa de haber, es decir, un descuento en la retribución.

No cabe sancionar con la pérdida de la categoría profesional que ostente el trabajador/a, así STSJ Cantabria 12.02.93.

Es una prescripción de derecho necesario y por tanto irrenunciable tanto en la negociación colectiva como en los contratos de los trabajadores/as individuales.

5.3.3. Prescripción de sanciones

Las faltas de los trabajadores/as prescriben tal y como establece el art. 60 ET según los siguientes plazos:

- las faltas leves a los diez días.
- las faltas graves a los veinte días.
- las faltas muy graves a los sesenta días desde que se tiene conocimiento o a los seis meses desde el momento de la comisión de la falta.

El cómputo de la prescripción incluye los días inhábiles (STS 18.11.1989).

El cómputo del plazo se inicia desde el momento en que los hechos son conocidos por la empresa.

Se presume dicho conocimiento desde el momento en que normalmente debió tenerse conocimiento, salvo prueba en contrario de la clandestinidad del comportamiento o la necesidad de investigación y comprobación de los hechos. De hecho, los tribunales han ido estableciendo la posibilidad, si los hechos lo requieren, de que no se inicie el cómputo si la empresa tiene un conocimiento superficial, indiciario o parcial de los hechos, debiendo fijarse el momento del cómputo cuando la empresa tenga conocimiento pleno, cabal y exacto de los hechos.

El plazo se interrumpe si se incoa un procedimiento penal, iniciándose de nuevo el cómputo cuando ha concluido dicho procedimiento penal.

También interrumpe el plazo prescriptivo por el expediente disciplinario cuando venga exigido por la legislación o por la normativa convencional.

Hay que citar como supuesto particular que cuando se trate de una **falta laboral continuada** ésta no empieza a prescribir mientras persista el comportamiento infractor, momento en el cual comenzarán dichos actos.

Para que opere la prescripción es necesario alegarla, puesto que no es apreciable de oficio.

5.4. Procedimiento sancionador

El empresario puede adoptar decisiones de eficacia inmediata, si bien debe seguir un determinado procedimiento en función de la gravedad de los hechos presuntamente cometidos y a sancionar.

El ejercicio del poder disciplinario se realiza para las faltas leves sin necesidad de procedimiento alguno, salvo que se haya establecido su necesidad mediante la negociación colectiva. Se recomienda reforzar los derechos y garantías de los trabajadores/as estableciendo la obligatoriedad de un procedimiento sancionador con trámites que permitan la defensa mediante la negociación colectiva.

Las faltas graves o muy graves exigen la comunicación escrita por parte de la empresa, comenzando los efectos jurídicos a partir de su recepción por parte del trabajador/a. En las muy graves habrá, además, que informar a los/as representantes unitarios de los trabajadores/as (o a los sindicales si el sancionado es afiliado/a a un sindicato) de la sanción impuestas.

5.5. Garantías de los representantes de los trabajadores/as

Para los representantes legales de los trabajadores/as, bien sean unitarios o sindicales, se exige la apertura de expediente contradictorio cuando se trate de faltas graves o muy graves, siendo preceptiva la audiencia del interesado, así como del resto de integrantes de la representación a la que perteneciera el trabajador/a. Este requisito afecta a los representantes hasta un año después del cese en sus funciones e incluso a los candidatos durante el proceso electoral, no así a los suplentes de los mismos.

El incumplimiento de estos requisitos debe conllevar la nulidad de la sanción.

Como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18.02.1997 «(...)las garantías de los representantes de los trabajadores frente al poder disciplinario empresarial revisten una especial trascendencia ya que tienen por finalidad la *tutela de un interés colectivo, que, en principio, resulta siempre afectado por los actos de sanción a estos representantes, en cuanto que a través de tales actos puede atentarse, de forma directa o indirecta, contra su independencia y, por tanto contra su propia autonomía de la acción representativa en la empresa*».

En un mismo sentido de defensa de las garantías de los representantes de los trabajadores/as se encuentran el Convenio 135 de la OIT, así como la Recomendación número 143 de la OIT.

No cabe convertir o reducir a un mero formalismo el referido expediente contradictorio, de tal modo que pierda toda trascendencia o significado.

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre otras las de fechas 19/05/1986, 26/12/1989 y 23/05/1990, el expediente contradictorio conlleva la posibilidad de proponer pruebas para que sean practicadas, así como la posibilidad de que por los intervinientes puedan realizar alegaciones que eviten, que tal procedimiento, devenga en instrumento ilusorio del derecho de información y defensa.

5.6. Proceso de impugnación de sanciones

Las sanciones, como se indicaba al iniciar este Capítulo, pueden ser impugnadas por los trabajadores/as para que sea analizada su conformidad y adecuación a derecho, así como la realidad de los hechos que se discutan.

El plazo para impugnar es de 20 días hábiles, a computar desde la fecha de la notificación.

La tramitación se realiza mediante el procedimiento de impugnación de sanciones regulado en los artículos 114 y 115 LRJS del cual indicaremos sus peculiaridades.

En su tramitación hay que señalar que por parte de la empresa se debe aportar al procedimiento el expediente contradictorio en los procesos por faltas graves o muy graves a los trabajadores/as que ostenten la condición de representante legal o sindical.

También hay que señalar que en la celebración del acto del juicio se altera el orden de alegaciones, pruebas y conclusiones debiendo intervenir en primer lugar el demandado (la empresa sancionadora).

La carga de la prueba de los hechos por los que se sanciona y que se han imputado al trabajador/a corresponden al empleador, no pudiendo aplicarse el *juego* normal de reglas del proceso ordinario en torno a la valoración de ciertas pruebas o a la falta de cooperación de la parte en la actividad probatoria.

La sentencia es irrecurrible salvo para los supuestos de sanciones por faltas muy graves, apreciadas judicialmente (art. 115.3 LRJS y art 191.2.a) LRJS).

De la propia sentencia y de su contenido, en este procedimiento, hemos de señalar que la misma, en su fallo, puede:

- confirmar la sanción, por entender acreditado el cumplimiento de exigencias de forma, y la realidad del comportamiento imputado al trabajador/a, la entidad de la misma, la graduación de la sanción, y la correspondencia entre falta y sanción.
- revocar la sanción totalmente.
- revocar la sanción en parte, por considerar que el comportamiento no reviste la gravedad que el empresario le ha atribuido. En este caso, el juez podrá autorizar la imposición, en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a notificación de sentencia firme, de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, y la decisión empresarial será revisable a instancia del trabajador, en el plazo igualmente de caducidad de los veinte días siguientes a su notificación, por medio del incidente de ejecución de dicha sentencia previsto en el artículo 238 de la LRJS.
- declarar nula la sanción, por no estar la sanción prevista o prohibida, o por haberse imputado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas, supuesto que se da sino se ha abierto expediente contradictorio en el caso de los representantes de los trabajadores/as, o si no se ha informado a los mismos en el caso de las faltas muy graves.

5.7. Negociación Colectiva

En relación con el régimen disciplinario la CGT plantea como opciones para la Negociación colectiva los siguientes puntos:

- Incremento de garantías y requisitos que amparen a los trabajadores/as frente al despido.
- Limitación de la capacidad del empresario para tipificar faltas y sancionar.
- Establecimiento de comisiones de control sobre régimen disciplinario.



- Establecer mecanismos de revisión internos en la empresa y con control sindical de revisión del régimen disciplinario.
- Mejorar el régimen de faltas y sanciones, haciéndolo más garantista para el trabajador/a que se ve en un procedimiento sancionador.



6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Ley Reguladora de la Jurisdicción Social 36/2011 de 10 de octubre.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

INTRODUCCIÓN

Las sucesivas reformas laborales del ordenamiento laboral español (desde el Real Decreto de Relaciones Laborales de 1977 hasta la reforma laboral de 2012) han tenido un denominador común a lo largo de los años, independientemente de las distintas coyunturas económicas y sociales en las que han nacido: el objetivo de facilitar y abaratar el despido.

La convalidación de ilegalidades (el que sea el propio empresario, con carácter general, el que decida si un trabajador/a despedido sin causa retorna o no a su puesto de trabajo), la ampliación de los supuestos de despido justificado (la posibilidad legal de que una empresa que jamás haya tenido pérdidas despidiera por causas económicas) o el abono, desde la reforma del 2010, de parte de las indemnizaciones de despido por parte del FOGASA, no hacen sino profundizar en una realidad incuestionable: el poder de uno de los extremos de la relación laboral es infinitamente superior al otro.

Los sucesivos gobiernos con distintas etiquetas no han hecho otra cosa que asumir sin cortapisas el dogma neoliberal que afirma que, cuanto más barato y fácil sea despedir, más empleo y de más calidad se creará. Esta tesis, que las cifras se han empeñado en desmentir (cuarenta años de abaratamiento del despido no han permitido bajar casi nunca de un paro de dos dígitos y una temporalidad in crescendo), enmascara una realidad más profunda: la enorme capacidad de la patronal para influir, para su propio beneficio, en las reformas laborales.

En un contexto como el presente donde se contrata a más del 90% de manera temporal y los contratos «fijos» recaen mayoritariamente sobre los contratos a tiempo parcial y/o fijos discontinuos, donde la presunta excepción (el contrato temporal) tiene muchos más supuestos de aplicación que la regla, y donde poco a poco se avanza hacia el contrato único, no queda más que, además de tener claros los conceptos que vamos a exponer en el siguiente apartado para conocer las formalidades de las extinción, confiar en nuestra acción sindical y capacidad de organización para contrarrestar, en la calle, las reformas legislativas de los parlamentos y la patronal.

6.1. Causas de extinción

La extinción del contrato de trabajo supone la finalización de la relación laboral entre trabajador/a y empresario, y por lo tanto el fin de las obligaciones mutuas que entre ambos surgían del contrato de trabajo.

Cuadro nº 15

Las causas de extinción del contrato de trabajo se recogen en el artículo 49.1 del ET y son:

- Por mutuo acuerdo de las partes (artículo 49.1.a ET).

- Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario (artículos 49.1.b ET).
- Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato (artículo 49.1.c ET).
- Por dimisión del trabajador/a (artículo 49.1.d ET)
- Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador/a, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del ET. (artículo 49.1.e ET)
- Por jubilación del trabajador/a (artículo 49.1.f ET).
- Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, además de por extinción de la personalidad jurídica de la empresa (artículo 49.1.g ET).
- Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo (artículo 49.1.h ET).
- Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 49.1.i ET).
- Por voluntad del trabajador/a, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario (artículo 49.1.j ET).
- Por despido del trabajador/a (artículo 49.1.k ET).
- Por causas objetivas legalmente procedentes (artículo 49.1.l ET).
- Por decisión de la trabajadora víctima de violencia de género (artículo 49.1.m ET)

Sea cual sea la causa de extinción, siempre y en todo supuesto el empresario tiene que abonar al trabajador/a la correspondiente Liquidación de las cantidades adeudadas y no cobradas, en todo caso incluyendo el equivalente monetario de las vacaciones devengadas y no disfrutadas y la parte correspondiente de las pagas extraordinarias en caso de que no se prorrateen por mensualidades y ello sin perjuicio de la correspondiente indemnización que en cada caso correspondiera. El trabajador/a tiene derecho a que un representante de los trabajadores/as esté presente en el momento de la firma del finiquito y, caso de no estar de acuerdo con las cantidades adeudadas, debe no firmarlo o firmarlo como «recibido y no conforme».

Es este punto, nos remitimos al punto 2 del presente Capítulo (Salario) donde se estudia la «Liquidación, Saldo y Finiquito».

Pasamos a analizar a continuación las distintas causas de extinción, por el orden en el que se recogen en el artículo 49 del ET.

6.1.1. Por mutuo acuerdo entre trabajador/a y empresario

En este supuesto son las partes las que, voluntariamente, resuelven el contrato, y por tanto desaparece la relación laboral entre trabajador/a y empresario. Se recoge esta causa en el artículo 49.1.a del ET, y queda en manos de trabajador/a y empresario la concreción de las condiciones de la resolución del contrato.

Por supuesto, la decisión adoptada por empresario y trabajador/a debe haber sido adoptada plenamente en libertad, sin mediar amenazas, coacciones, intimidación o engaño que supongan un «vicio del consentimiento», y por consiguiente sea nula la decisión del trabajador/a.

Además, debemos tener en cuenta que la fijación de las condiciones de esta extinción del contrato por mutuo acuerdo entre las partes no es ilimitada, ya que no es posible que el trabajador/a renuncie a los derechos que tenga reconocidos en la Ley o Convenios Colectivos, tal y como establece el artículo 3.5 del ET, ni tampoco es posible que el acuerdo sea contrario «interés u orden público» o perjudique a terceros. Por lo tanto, la extinción del contrato de trabajo por mu-



tuo acuerdo entre las partes, no conlleva la renuncia del trabajador/a a ninguno de sus derechos, como por ejemplo su liquidación correspondiente, salarios pendientes de cobro o vacaciones por disfrutar.

La extinción por mutuo acuerdo de un contrato de trabajo no requiere formalidades especiales. Si se pacta alguna compensación económica para el trabajador/a, éste se podrá aplicar la reducción del 40% de la misma en su declaración de IRPF como rendimiento obtenido de forma irregular en el tiempo, siempre que haya trabajado al menos dos años en la empresa.

Es muy importante resaltar que, cuando la extinción del contrato de trabajo se realiza por mutuo acuerdo entre las partes, el trabajador/a no tiene derecho a la prestación por desempleo. Tampoco existe derecho a indemnización, salvo que en el acuerdo entre empresario y trabajador/a se fije.

6.1.2. Por las causas consignadas válidamente en el contrato

Tal y como establece el artículo 49.1.b del ET. Su límite está en que estas causas no supongan «abuso de derecho manifiesto» por parte del empresario.

Han sido catalogadas de abusivas por los tribunales, como causa de extinción del contrato de trabajo, por ejemplo, la pérdida o no renovación del permiso de conducir vehículos de viajeros (STSJ de Asturias, de 26 de mayo de 2000). En definitiva, es legal fijar una condición resolutoria como causa de extinción del contrato de trabajo:

- Si la condición supone un suceso pasado que los interesados ignoren, o un hecho futuro e incierto.
- Si existe denuncia del contrato por parte del empleador.

Esta causa de extinción es similar a la analizada anteriormente, y de ella tampoco se deriva derecho a indemnización a favor del trabajador/a, salvo pacto en contrario, que puede incluirse en el Convenio Colectivo.

Pero sí se genera derecho a prestación por desempleo (si se cumplen el resto de requisitos para cobrar la prestación), pues el cumplimiento de las condiciones o causas fijadas en el contrato de trabajo, y por lo tanto la extinción del contrato, son ajenas a la voluntad del trabajador/a.

Causas de esta naturaleza que son usuales en los contratos de trabajo, son, por ejemplo, las consignadas en los contratos de interinidad, contrato que finaliza cuando se incorpora el trabajador/a sustituido, finalización de la contrata que une a la que está vinculado el contrato (supuesto típico de los contratos por obra o servicio determinado) o no haber alcanzado el rendimiento o las ventas estipuladas en contrato (aunque los tribunales han estimado que esta causa no opera, aunque figure en el contrato, si se pide un nivel abusivo o extraordinario, según la STSJ Asturias de 28-3-2003).

El empresario debe, en el momento de cumplirse la causa de resolución señalada en el contrato de trabajo (por ejemplo, la reincorporación del trabajador/a sustituido), «denunciar» el contrato, esto es, comunicar al trabajador/a el fin de la relación laboral por haberse consumado la causa. De lo contrario, y si el trabajador/a sigue prestando sus servicios, pueden darse dos supuestos:

- Si el contrato no estaba concertado por el tiempo máximo legalmente permitido, se entiende prorrogado hasta la duración legal máxima.
- Si el contrato estaba concertado por el tiempo máximo legalmente permitido, se entiende prorrogado indefinidamente, (en este sentido, la STSJ Cataluña, de 14 de febrero de 1992).

Si el contrato finaliza por esta causa, el trabajador/a sí tiene derecho a la prestación por desempleo, siempre y cuando cumpla el resto de exigencias para cobrar la prestación.

Se acepta la inclusión de condiciones vinculadas al cumplimiento de objetivos, siempre que los mismos no fueran abusivos (STS de 27 de septiembre de 1988).

6.1.3. Expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato

Esta causa se recoge en el artículo 49.1.c del ET, y es propia de los contratos de duración determinada.

Esta causa de extinción comprende la realización de la obra o servicio determinado, la expiración del tiempo de los contratos eventuales por circunstancias de la producción, o la finalización del tiempo pactado para los contratos formativos.

Además de en el ET, este tipo de contratos tiene gran parte de su regulación en los distintos Convenios Colectivos, a los que nos remitimos en esta Guía.

Terminado el tiempo del contrato, o realizada la obra o servicio objeto del mismo, debe existir denuncia previa por parte del empresario, que deberá ser realizada con quince días de antelación si el contrato ha durado más de un año. No obstante, de nuevo debemos remitirnos a la regulación que, en los respectivos Convenios Colectivos, se hace respecto de la denuncia de los contratos de duración determinada. En el caso de los contratos de obra o servicio determinado, la duración máxima que pueden tener es de tres años, ampliables a un cuarto por negociación colectiva, tiempo tras el cual los trabajadores/as adquieren la condición de fijos en la empresa.

Si realizada la obra o prestado el servicio, o llegado el final del tiempo del contrato, y no existe denuncia previa por parte del empresario, entran en juego los dos supuestos antes vistos:

- Si el contrato no estaba concertado por el tiempo máximo legalmente permitido, se entiende prorrogado hasta la duración legal máxima.
- Si el contrato estaba concertado por el tiempo máximo legalmente permitido, se entiende indefinidamente.

Salvo que se haya pactado otra cosa, o exista regulación distinta en el correspondiente Convenio Colectivo que mejore lo establecido en la normativa general, a la finalización del contrato, excepto en los de interinidad, inserción y contratos formativos, el trabajador/a **tiene derecho a una indemnización de:**

- 8 días por año de trabajo en contratos suscritos antes del 31 de diciembre de 2011.
- 9 días por año de trabajo en contratos suscritos durante el año 2012
- 10 días por año de trabajo en contratos suscritos durante el año 2013.
- 11 días por año de trabajo en contratos suscritos durante el año 2014.
- 12 días por año de trabajo en contratos suscritos a partir del 1 de enero de 2015.

Estas indemnizaciones se aplican al personal indefinido que no fijo en las administraciones públicas (STSJ Baleares de 5 de diciembre de 2013).

La extinción del contrato de trabajo por esta causa, da derecho al trabajador/a a la prestación por desempleo, siempre y cuando se cumplan el resto de requisitos exigidos en la LGSS.

6.1.4. Por dimisión del trabajador/a

Esta causa se encuentra recogida en el artículo 49.1.d del ET, y permite al trabajador/a rescindir unilateralmente su contrato de trabajo, con el único requisito de preavisar con la antelación señalada en el correspondiente Convenio Colectivo, o según la «costumbre del lugar».

Es importante señalar que en caso de que el trabajador/a no realice este preaviso, y esté obligado/a a ello, deberá indemnizar al empresario, en la cuantía que usualmente suele corresponder a una cantidad igual al salario de los días no preavisados. Esto es, si por el Convenio Colectivo el trabajador/a estaba obligado en caso de dimisión a preavisar con quince días de antelación, y sólo preavisó con diez días, el empresario podrá descontar del finiquito una cantidad igual al salario de cinco días.

No obstante, existe una línea jurisprudencial que, en base a la prohibición de «multa de haberes», esto es, la prohibición de sancionar con descuentos de devengos generados por el trabajo, la empresa debería, por tanto, acreditar la producción de un daño o perjuicio para poder reclamar ser indemnizada por el incumplimiento de la obligación de preavisar por parte del trabajador/a. Sólo una vez acreditado el daño o perjuicio por el empresario, se podrá exigir dicha indemnización al trabajador/a que no preavisó, con el límite máximo tasado regulado en el convenio correspondiente (SAN de 24 de abril de 2003, referente a la impugnación por parte de CGT del II Convenio Estatal del Sector del Telemarketing, SAN de 5 de marzo de 2002, SSTSJ País Vasco de 7 de octubre de 1997, 9 de julio de 1998, STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 1995).

No obstante, se recomienda preavisar, pues si la empresa, pese a lo aquí expuesto, decide descontar los días no preavisados del finiquito, nos obligará a acudir a un procedimiento judicial de reclamación de cantidad.

La extinción del contrato por dimisión del trabajador/a no permite a éste acceder a la prestación por desempleo, ni genera indemnización a su favor, pero tampoco supone la renuncia de los derechos que, convencional o legalmente, le correspondan (salarios pendientes de cobro, partes proporcionales de pagas extras, vacaciones, etc). Sí podrán acceder a la prestación las trabajadoras que, siendo víctimas de la violencia de género, tengan que dejar su trabajo por esta causa, si cumplen los demás requisitos legales.

Por otra parte, se considera dimisión voluntaria o renuncia del trabajador/a, el no reincorporarse a la empresa, por ejemplo, en supuestos de despidos nulos, o cuando la empresa opta por la readmisión en caso de despido improcedente; el no reincorporarse a la llamada del empresario en el caso de los trabajadores/as fijos discontinuos; o no reincorporarse tras finalizar el cumplimiento de una sanción de suspensión de empleo y sueldo, o al finalizar alguna situación de suspensión del contrato de trabajo, por ejemplo tras una huelga.

No obstante, en estos supuestos hay que valorar los «actos posteriores y coetáneos del trabajador/a», como por ejemplo, si se incorporó a otra empresa al tiempo de renunciar, con el fin de deducir si su intención era dimitir o renunciar al puesto de trabajo, extremo éste que en todo caso debe acreditar la empresa en caso de litigio (entre otras, doctrina mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en STSJ de 22 de abril de 1994 o por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en STSJ de 23 de enero de 2002).

La dimisión del trabajador/a tiene carácter de irrevocable. Ello significa que el trabajador/a una vez manifestada su voluntad, no puede volverse atrás, salvo que el empresario acepte su vuelta.

6.1.5. *Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador/a*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2 del ET con respecto al derecho a de reserva del puesto de trabajo, que más adelante explicamos. Nos encontramos ante supuestos recogidos en el artículo 49.1.e del ET, en los que se dan una serie de circunstancias no provocadas por el trabajador/a, pero que le afectan e impiden el mantenimiento de la relación laboral.

6.1.5.1. *Por muerte del trabajador/a, como causa de extinción de la relación laboral*

Por muerte del trabajador/a, como causa de extinción de la relación laboral, pues el trabajo asalariado es una prestación que el trabajador/a contratado debe realizar personalmente. Por otra parte, los salarios y cantidades debidos al trabajador/a al tiempo de su fallecimiento, deben ser pagados a sus herederos. Así mismo, debemos tener en cuenta las distintas prestaciones (pensión de viudedad y orfandad) que en su caso provoca la muerte del trabajador/a, así como el llamado subsidio de defunción (prestación de la seguridad social que perciben los familiares de una persona fallecida de cuantía irrisoria, fijada para 2009 en un pago único de 30,05 €).

Algunos Convenios Colectivos establecen indemnizaciones en caso de fallecimiento del trabajador/a.

Si la muerte del trabajador/a ha sido consecuencia de una enfermedad profesional o accidente laboral, los familiares del fallecido tienen derecho a una indemnización a tanto alzado que debe pagar la Seguridad Social, sin perjuicio de las posibles responsabilidades e indemnizaciones que se le pudieran reclamar al empresario, si la enfermedad o accidente profesionales han sido consecuencia de la inobservancia de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo.

En caso de muerte natural, el empresario debe abonar a los herederos del trabajador/a una indemnización correspondiente a quince días de salario. El orden de preferencia de esa indemnización es el siguiente:

- Cónyuge,
- Descendientes menores de dieciocho años o incapacitados
- Hermanos huérfanos y a su cargo menores de dieciocho años
- Ascendientes mayores de sesenta años o incapacitados.

Esta obligación del empresario, fue establecida por Decreto de 2 de marzo de 1944, sin que haya sido derogado a día de hoy. En caso de pluriempleo, la indemnización debe ser abonada por cada uno de los empresarios, según estableció la Resolución de 13 de enero de 1947.



6.1.5.2. La declaración de una incapacidad permanente

La declaración de una incapacidad permanente del trabajador/a en los grados de gran invalidez, absoluta y total para la profesión habitual, también supone la extinción del contrato de trabajo, tal y como explicamos en este apartado.

Debemos aclarar que existe un supuesto particular, recogido en el artículo 48.2 del ET, en el caso de declararse la incapacidad permanente en estos grados, pero cuando a juicio del órgano evaluador que declara la incapacidad permanente del trabajador/a, es previsible la mejoría de éste/a. En este caso, no hay extinción sino suspensión del contrato de trabajo, con reserva del puesto de trabajo durante dos años.

En el caso de que la incapacidad permanente sea calificada de total para la profesión habitual, el empresario puede optar por rescindir la relación laboral, o por dar otro puesto de trabajo al trabajador/a, adecuado a su incapacidad total. Si optara por recolocar al trabajador/a en otro puesto para el que no estuviera incapacitado, posteriormente no podrá aducir esta causa para extinguir el contrato (según la STS de 30-9-88)

Cuadro nº 16

Las incapacidades permanentes del trabajador/a se definen y clasifican en la LGSS, en concreto en su artículo 194, que establece:

«Grados de invalidez.

- 1) La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:
 - a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
 - b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
 - c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
 - d) Gran invalidez.
- 2) Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.
- 3) Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.
- 4) Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.
- 5) Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.
- 6) Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.»

La incapacidad permanente total puede acarrear la extinción de la relación laboral, y ello porque cabe la posibilidad de que el empresario recolocque al trabajador/a en otras labores adecuadas a su situación. Sin embargo, la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez provocan la extinción de la relación laboral automáticamente tras su declaración.

Cada una de las situaciones de incapacidad permanente, deriva en la correspondiente prestación o indemnización a cuenta de la Seguridad Social, sin perjuicio de que algunos Convenios Colectivos recojan indemnizaciones a favor del trabajador/a (ver Capítulo XI de Prestaciones de la Seguridad Social en la presente Guía).

En cuanto al derecho a la prestación por desempleo, en la declaración de la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, pueden existir diversos supuestos:

- Si el trabajador/a estaba percibiendo la prestación o subsidio por desempleo cuando se le declaró la incapacidad permanente, puede elegir entre seguir recibiendo la prestación o subsidio de desempleo hasta agotarlo, o cobrar la prestación derivada de la incapacidad permanente total.
- Si se extingue la relación laboral, el trabajador/a puede optar por iniciar el cobro de la prestación o subsidio por desempleo, o por comenzar a recibir la prestación por incapacidad permanente.

6.1.6. Por Jubilación del trabajador/a

Esta causa de extinción de la relación laboral se encuentra regulada en el artículo 49.1.f del ET. El trabajador/a accede a la situación de jubilación, momento en el que, de forma automática, se produce la extinción de la relación laboral.

Las situaciones de prejubilación también producen la extinción de la relación laboral (en este sentido, STS de 28 de febrero de 2000).

Para llegar a esta situación con carácter previo el trabajador/a habrá de comunicar a la empresa su intención de jubilarse y solicitar la correspondiente pensión de jubilación ante la entidad gestora.

La extinción de la relación laboral por esta causa no da derecho a indemnización, salvo que se así se recoja en pacto individual o colectivo.

Los requisitos para acceder a la jubilación, así como las prestaciones correspondientes, se estudian en esta Guía en su Capítulo X.

6.1.7. Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, y extinción de la personalidad jurídica de la empresa

Al igual que hemos dicho con anterioridad, dado el carácter personal de la relación laboral, cualquiera de estas causas, muerte, incapacidad y jubilación del empresario producen la extinción de la relación laboral. Están recogidas en el artículo 49.1.g del ET.

El trabajador/a, al extinguirse su relación laboral por una de estas causas, tiene derecho a una indemnización correspondiente a un mes de salario, además de poder acceder, si cumple el resto de requisitos, a la prestación por desempleo.

En caso de subrogación de otro empresario en la actividad empresarial, no se produce la extinción de la relación laboral.

El supuesto de incapacidad del empresario se produce cuando exista una «inhabilitación manifiesta de hecho», que impida al empresario, persona física, desarrollar sus funciones directivas. Por tanto, en este supuesto no se requiere una causa de incapacidad civil o una declara-



ción de incapacidad permanente por parte de la entidad gestora; tan sólo basta con la referida «inhabilitación manifiesta de hecho» (en este sentido, la STS de 20 de junio de 2000).

Se produce también la extinción de la relación laboral cuando se ha producido a su vez **la extinción de la personalidad jurídica**. Esto quiere decir que, si el empleador es una persona jurídica de la forma que fuere, y la persona jurídica se disuelve y extingue, se produce con ella también la extinción de la relación laboral.

Cuando los trabajadores afectados por la extinción de la personalidad jurídica del empresario superen los umbrales del artículo 51 del ET, se deberá tramitar la misma por la vía del despido colectivo, que desarrollaremos posteriormente.

La extinción del contrato de trabajo por esta causa da derecho al trabajador/a, si cumple el resto de requisitos exigidos, a la **prestación por desempleo**, así como a una **indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades**.

6.1.8. Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo

Causa regulada en el artículo 49.1.h) ET y que necesita debe precisarse, pues han de tratarse de hechos que sean **extraordinarios, imprevisibles o inevitables**, que imposibiliten definitivamente la prestación de la relación laboral, como por ejemplo un incendio, inundación o circunstancias similares.

La autoridad laboral debe comprobar la existencia de esas circunstancias que provocan la imposibilidad de la prestación de trabajo, y debe a su vez autorizar las extinciones de los contratos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51.12 del ET, pudiendo a su vez establecer que todo o parte de la indemnización que correspondiera a los trabajadores/as, sea satisfecha por el FOGASA¹⁰⁰

La indemnización que legalmente corresponde a los trabajadores/as en caso de que su relación laboral se extinga por fuerza mayor, es de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, con un tope de doce mensualidades (artículo 51.8 del ET), indemnización que deberá recibir el trabajador/a con su liquidación. Y de igual forma, tienen derecho los trabajadores/as afectados a la prestación o subsidio por desempleo, si cumplen el resto de los requisitos.

6.1.9. Los Despidos colectivos

El Despido Colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Esta causa de extinción de la relación laboral, se encuentra recogida como tal en el artículo 49.1.i del ET, y desarrollada en el artículo 51 del mismo texto. Además del fundamento numérico de despidos que veremos, el despido colectivo se ha de producir por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a cuya definición realizada en el punto 6.2.12.c de este Capítulo, al que nos remitimos.

En cuanto al número de trabajadores/as afectados, estaremos ante un despido colectivo, cuando la extinción afecte, en un periodo de noventa días, a:

- a) Diez trabajadores/as en las empresas de menos de cien trabajadores/as.

¹⁰⁰ Nos remitimos en este punto en cuanto al FOGASA al capítulo correspondiente en esta Guía.

- b) El 10 % de trabajadores/as en empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores/as.
- c) Treinta trabajadores/as en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores/as.
- d) La totalidad de la plantilla, siempre que, al menos sea de 5 trabajadores/as.

Las empresas deberán recurrir al despido colectivo cuando pretendan despedir a un número de trabajadores que supere esas cifras, independientemente de que, durante el proceso de negociación se reduzca el número de afectados. (STSJ Galicia de 2 de mayo de 2013).

Para el cómputo del número de extinciones se ha de tener en cuenta cualquier extinción que se haya producido, en el periodo de referencia de noventa días, que sea ajena a las circunstancias personales del trabajador o trabajadora. De esta manera se computarán los despidos individuales por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas y los despidos disciplinarios reconocidos o declarados como improcedentes (SAN de 14 de mayo de 2014), pero no los despidos por absentismo o los realizados por ineptitud sobrevenido del trabajador o trabajadora.

El despido colectivo puede fundarse en diversas causas:

- **Económicas.** Cuando de los resultados de la empresa se derive una situación económica negativa. La ley establece tres supuestos: existencia de pérdidas actuales, existencia de pérdidas previstas y caída del nivel de ingresos durante tres trimestres en comparación con los del ejercicio anterior. Estas circunstancias no son las únicas, pero corresponde a la empresa acreditar que una que no esté prevista justifica la existencia de despidos (SAN 18 de noviembre de 2013).
- Si la empresa pertenece a un grupo de empresas a efectos laborales (en el que existe una apariencia externa común, movilidad de trabajadores, caja única y unidad de dirección) las causas económicas deben referirse al conjunto del grupo empresarial, que es el ámbito en el que se debe negociar (STS de 27 de mayo de 2013, SAN 25 de febrero de 2013).
- **Productivas.** Cuando existan cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa quiera colocar en el mercado. Se ha interpretado jurisprudencialmente como una caída de actividad. Supone causa productiva la pérdida de un cliente (STSJ Galicia de 19 de julio de 2012), pero no si se compensa con la captación de otros (SAN de 21 de noviembre de 2012).
- **Organizativas.** Cuando existan cambios en los sistemas y medios de organización del trabajo de la plantilla. Se ha considerado que la necesidad de contratar a trabajadores de categorías inferiores que los despedidos constituye causa organizativa (SAN de 21 de noviembre de 2012), pero otras sentencias lo han negado, por cuanto los trabajadores podrían asumir tareas inferiores (STSJ Madrid de 11 de julio de 2012).
- **Técnicas.** Cuando concurren cambios en los instrumentos o medios de producción.

No basta con que concorra alguno de los supuestos expuestos para justificar un despido colectivo, es necesario además que el empresario acredite la adecuación, proporcionalidad y suficiencia de la causa con respecto al número de despidos que pretende llevar a cabo (STS de 26 de marzo de 2014). Algunas sentencias han interpretado que, si se alcanza acuerdo en el periodo de consultas, se debe presumir, no la existencia de causa, que deberá acreditarse, si no su adecuación, proporcionalidad y suficiencia (SAN 21 de noviembre de 2012).

Es necesario que las causas estén vinculadas a los despidos, poniéndose en duda la legalidad de despidos colectivos que prevén extinciones en periodos de tiempo muy lejanos a su negociación (SAN de 22 de octubre de 2014 y 16 de mayo de 2014).

El procedimiento de despido colectivo se inicia con una comunicación de la empresa a los representantes legales de los trabajadores y trabajadoras comunicándoles su voluntad de iniciar un despido colectivo. En un plazo de siete días desde la notificación o quince si alguno de los centros de trabajo afectados no tiene representación se debe constituir una comisión negociadora. Si no se constituyera la comisión negociadora, el plazo del periodo de consultas comenzaría a correr.

La comisión negociadora, de un máximo trece miembros, tendrá la siguiente composición, en orden de preferencia:

- Las secciones sindicales cuando representen a la mayoría de la representación unitaria de los trabajadores.
- El Comité Intercentros, cuando el despido afecte a más de un centro de trabajo y el Convenio Colectivo le de competencias para negociarlo.
- El comité de empresa o, para despidos colectivos que afecten a más de un centro de trabajo, una representación elegida por los comités de empresa respetando la proporcionalidad de los sindicatos presentes en la empresa.
- Cuando algún centro de trabajo no tenga representación legal, podrá optar entre atribuírsela a una comisión de trabajadores del mismo de un máximo de tres miembros o a una comisión de idéntico tamaño integrada por los sindicatos con representatividad en el sector.

El periodo de consultas tendrá una duración máxima de treinta días en empresas de más de cincuenta trabajadores y de quince en las de menos. Pese a que la ley establece un plazo máximo algunas sentencias han admitido que, por mutuo acuerdo, el mismo pueda ser prorrogado, hasta el máximo de quince días después de su finalización (STSJ Cantabria de 8 de enero de 2014). Su finalización prematura, cuando se alcance un acuerdo o cuando se constata que dicha circunstancia es imposible, no invalida el despido colectivo (SAN 8 de julio de 2013). Las negociaciones deberán versar sobre las posibilidades de evitar o reducir el número de despidos o las consecuencias negativas del procedimiento para los trabajadores y trabajadoras. Las partes están obligadas a negociar de buena fe y, en el caso de que no estén abiertas a escuchar las propuestas de la otra y analizarlas, incumplen el deber, lo que invalida el periodo de consultas (STS de 27 de mayo de 2013).

En la reunión en la que se constituye la mesa negociadora, el empresario debe aportar la siguiente documentación:

- a) *La especificación de las causas del despido colectivo.*
- b) *Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.* La jurisprudencia ha entendido que si no se cumple este requisito, pero se establecen de forma clara los criterios de afectación, la obligación queda cumplida (STS de 25 de junio de 2014).
- c) *Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.*
- d) *Período previsto para la realización de los despidos.*

- e) *Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.*
- f) *Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.*
- g) *Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.*
- h) Una memoria explicativa de las causas que motivan los despidos.
- i) En los despidos por causas económicas, las cuentas de la empresa correspondientes a los dos últimos ejercicios completos, auditadas si existe obligación, además de unas cuentas provisionales al momento de solicitud de los despidos.
- j) En los despidos por causas económicas, en las empresas que pertenezcan a un grupo de empresas que consolide sus cuentas con una sociedad domiciliada en España deberá aportar las cuentas consolidadas de los dos últimos ejercicios completos, auditadas si existiese obligación, además de unas cuentas consolidadas provisionales.
- k) En los despidos por causas económicas, cuando la empresa pertenezca a un grupo que no consolide sus cuentas, pero exista en España otra sociedad del grupo con la misma actividad y en las cuentas existan saldos entre ambas, deberá aportar las cuentas de los dos últimos ejercicios completos, auditadas si existe obligación, además de unas provisionales, de estas empresas.
- l) En despidos por causas económicas por previsión de pérdidas, debe aportar los criterios que le han llevado a tener dicha previsión y, además, informe técnico que explique el carácter y volumen de las pérdidas.
- m) En los despidos por causas económicas que consistan en la disminución del nivel de ingresos, debe aportar la documentación contable acreditativa de la caída de los ingresos en tres trimestres consecutivos comparados con los mismos del ejercicio anterior.
- n) En los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas, debe aportarse informe técnico sobre la concurrencia de causas. Algunas sentencias interpretan que estos informes deben ser elaborados por técnicos externos a la empresa (STSJ Madrid de 11 de julio de 2012).
- o) Cuando la extinción afecte a más del 50 % de los trabajadores de la empresa, se debe aportar información sobre la venta de los activos de la misma.

El hecho de que el empresario no aporte alguna de esta documentación no es motivo directo para apreciar la nulidad del despido colectivo. Para ello es necesario que dicha información haya evitado cumplir los fines del periodo de consultas (STS de 25 de junio de 2014), habiendo algunas sentencias que requieren que, además, se haya solicitado por la representación legal de los trabajadores durante el periodo de consultas (SAN 8 de julio de 2014). Otras afirman que, aunque sea información no prevista en el listado anterior, si es pertinente, se solicita y obstaculiza el periodo de consultas, su no aportación puede provocar la nulidad del despido colectivo (SAN 12 de noviembre de 2014).

El empresario deberá aportar simultáneamente copia de la anterior documentación a la Autoridad Laboral, que deberá velar por el procedimiento, sin que pueda paralizar el procedimiento.

Salvo pacto en contrario se realizará la primera reunión del periodo de consultas tres días después de la entrega de la documentación. En empresas de más de 50 trabajadores se deben realizar al menos tres reuniones con intervalos de más de cuatro y menos de nueve días. En empresas de menos de cincuenta se deben realizar al menos dos reuniones en intervalos de más de



tres días y menos de seis. Este ritmo de negociación puede ser modificado de mutuo acuerdo por las partes.

Finalizado el periodo de consultas la empresa dará parte a la Autoridad Laboral del resultado del periodo de consultas. Si no hay acuerdo tendrá quince días para notificar a los representantes de los trabajadores su decisión final. El empresario no necesita alcanzar acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder al despido colectivo. Con posterioridad a este momento podrá comunicar los despidos a los trabajadores individualmente considerados de la misma manera que en los despidos individuales, siempre que hayan pasado, al menos, treinta días desde la comunicación de inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores.

Contra la decisión del empresario o el acuerdo, se podrá interponer demanda colectiva por parte de los representantes legales de los trabajadores. La sentencia derivada de la misma podrá determinar:

- Que el despido colectivo es ajustado a derecho si concurre la causa esgrimida, la misma es adecuada proporcional y suficiente para justificar los despidos y se han seguido los trámites legales pertinentes.
- Que el despido colectivo es no ajustado a derecho, cuando no concorra causa o la misma sea no adecuada, proporcional o suficiente para el número de despidos. Se genera un derecho de los trabajadores despedidos a solicitar la improcedencia de sus despidos en sus procedimientos individuales.
- Que el despido colectivo es nulo, cuando no se hayan cumplido los requisitos del artículo 51 del Estatuto de los trabajadores o concorra vulneración de un derecho fundamental. Los trabajadores tendrán derecho a la readmisión en la empresa con abono de los salarios dejados de percibir.

La interposición de la demanda colectiva congela los plazos de las demandas individuales, que podrán interponerse a partir de que concluya el procedimiento colectivo.

Los trabajadores tendrán derecho a percibir la indemnización prevista en el acuerdo o la que fije el empresario en su decisión final y, como mínimo 20 días por año trabajado hasta un máximo de 12 mensualidades, en los mismos términos que el despido individual por causas objetivas. El acuerdo no podrá fijar una indemnización menor a la legal, ni parcelar ésta (SAN de 16 de mayo de 2014).

A su vez, los **trabajadores/as tienen derecho a la prestación por desempleo**, si cumplen los restantes requisitos de acceso.

En cuanto a los representantes de los trabajadores/as, si el expediente de regulación de empleo no afecta a la totalidad de los trabajadores/as, **los representantes unitarios y los sindicales tienen prioridad de permanencia en la empresa**, según establece el artículo 51.7 del ET y el 10 de la LOLS. La condición de representante de los trabajadores/as, deben ostentarla en el momento de la solicitud del empresario, y se amplía también a los candidatos mientras dura el proceso electoral, y a los representantes electos aunque aun no hayan tomado posesión del cargo (STS de 5 de noviembre de 1990).

Las indemnizaciones percibidas en el marco de un ERE estarán exentas de tributación por IRPF hasta el límite máximo de la indemnización legal por despido improcedente, siempre que no supere los 180.000 €. El resto de la indemnización se podrá reducir hasta en un 40 % de su importe en el caso de que el trabajador/a haya estado al menos dos años en la empresa.

Cuando en el marco del Expediente de Regulación de Empleo haya afectados trabajadores/as de más de 55 años que no tuvieran la condición de mutualistas a fecha 1 de enero de 1967 se-

rá preceptivo que la empresa lleve a cabo un convenio especial con la seguridad social de cara a garantizar la cuantía de las pensiones de estos trabajadores/as.

Cuando la empresa despidan a trabajadores con más de cincuenta años deberán realizar, en caso de obtener beneficios en los dos ejercicios siguientes, aportaciones al tesoro público, siempre que despidan a mayor porcentaje de trabajadores mayores de 50 años de los que existan en la empresa.

En el caso de que la solicitud de despido colectivo se realice en el marco de un concurso de acreedores se regirá por sus propias reglas y particularidades previstas en la Ley Concursal (negociación con la administración concursal y no por el empresario, autorización del juez de lo mercantil, recurso a la jurisdicción social, etc.) que trataremos con detalle en el capítulo XIV de la guía.

En las entidades de la Administración Pública procede el despido colectivo por causas económicas cuando se dé una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente. Dicha situación viene definida, de acuerdo al RD 1483/2012 como:

- a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y
- b) Que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos ejercicios anteriores.

El procedimiento es análogo al del sector privado con las siguientes características:

- En lugar de las cuentas auditadas es necesario presentar los presupuestos de los últimos dos años.
- Es preceptivo aportar certificación de la oficina presupuestaria sobre la insuficiencia presupuestaria.
- Los trabajadores que hayan accedido por mérito y capacidad a su puesto de trabajo tienen prioridad de permanencia en la entidad.

Los despidos por causas organizativas, productivas y económicas en la Administración Pública tienen un procedimiento prácticamente igual que en el sector privado.

Estos principios se aplican sólo a la Administración Pública, entendida según la definición del artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, en la que se incluyen los siguientes organismos:

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- Los Organismos autónomos.
- Las Universidades Públicas.
- Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y
- Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:



- a) que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
- b) que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

El resto de entidades de titularidad pública siguen las reglas del sector privado en lo que a despidos colectivos se refiere.

6.1.10. Resolución del contrato por voluntad del trabajador/a, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario

Esta causa de rescisión del contrato de trabajo, está recogida en el artículo 49.1.j del ET, así como en los artículos 40, 41 y 50 también del ET.

No hay que confundir esta causa con la analizada anteriormente, pues esta rescisión contractual por parte del trabajador/a tiene un motivo, que es el incumplimiento del empresario de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Esto es, está fundamentada en una actuación previa del empresario, que motiva la posibilidad del trabajador/a de rescindir el contrato de trabajo unilateralmente.

Existen distintos supuestos, que a su vez originan indemnizaciones distintas que el trabajador/a puede solicitar junto con la rescisión del contrato de trabajo:

- En primer lugar, el artículo 41 del ET, que regula las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo sin perjuicio de la formación profesional ni menoscabo de la dignidad del trabajador/a, que establece en su apartado tercero, segundo párrafo, que en los supuestos de modificación por parte del empresario de la jornada de trabajo, el horario y el régimen de trabajo a turnos, si el trabajador/a se considerara perjudicado, tiene derecho a rescindir el contrato de trabajo y a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de nueve meses.
- A su vez, según establece el artículo 40 del ET, en el supuesto de traslado de trabajadores/as que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles, y que implique el cambio de residencia, el trabajador/a podrá optar por la extinción de su contrato de trabajo, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de doce mensualidades.
- En el supuesto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional o dignidad del trabajador/a, así como en el supuesto de falta de pago o retrasos continuados en el pago del salario, o en el caso de cualquier otro incumplimiento grave por parte del empresario, el trabajador/a tendrá derecho a solicitar de los Juzgados de lo Social la extinción de su contrato de trabajo, correspondiéndole una indemnización igual a la del despido improcedente, esto es, según determina el artículo 56 del ET, que regula el despido improcedente, una indemnización de 33 días por año trabajado hasta un tope de 24 mensualidades, salvo que el trabajador tuviera su relación laboral vigente antes del 11 de febrero de 2012, en cuyo caso, hasta esa fecha se calculará la indemnización a 45 días por año trabajado hasta un tope de 42 mensualidades.

Debemos hacer diversas matizaciones:

Los incumplimientos graves por parte del empresario son causa de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador/a, salvo que se hayan producido por «fuerza mayor»¹⁰¹.

- Es un incumplimiento grave, según recoge el artículo 50.1.c del ET, la negativa del empresario a reintegrar al trabajador/a en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales, que hayan sido declaradas injustificadas por sentencia.
- Respecto a los plazos para interponer las correspondientes acciones judiciales ante la jurisdicción social, existen dos supuestos:
 - Para solicitar la indemnización derivada de la resolución del contrato ante la jurisdicción social, el plazo es de un año.
 - Pero para optar por la resolución del contrato, o impugnar la decisión empresarial ante la jurisdicción social, el plazo es de 20 días hábiles desde que se le notifica al trabajador/a la decisión del empresario.

El trabajador/a no puede abandonar su puesto de trabajo hasta que no haya sentencia pues se consideraría dimisión del trabajador/a.

En todos estos supuestos, el trabajador/a que rescinde o solicita la rescisión de su contrato de trabajo por las causas vistas, tiene derecho a la prestación por desempleo, si cumple con el resto de exigencias contenidas en la LGSS.

El hecho de que la empresa se encuentre en una situación de concurso de acreedores (como tratamos en el capítulo correspondiente de la guía) no impide que los trabajadores/as, caso de que no les sean abonados sus salarios de manera continuada, interpongan acciones de extinción del contrato de trabajo por esta razón. Como trataremos en el capítulo XIV, sobre la Ley Concursal, si un número determinado de trabajadores/as solicita esta extinción en un concurso se deberá tramitar por la vía del Expediente de Regulación de Empleo concursal, conservando el derecho a la indemnización.

6.1.11. Despido individual

Como causa de extinción de la relación laboral, se encuentra regulado en el artículo 49.1.k del ET.

El ET no define la figura del despido, pero podemos establecer que es la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral, viva y vigente hasta ese momento, que le unía al trabajador/a despedido.

No cabe despido parcial, y así lo han manifestado los tribunales, entre otras, en Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000; es decir, si se extingue la relación laboral, ésta se extingue en su totalidad.

¹⁰¹ En cuanto a qué es «fuerza mayor», ver punto 5.1.9 del presente Capítulo



6.1.11.1. Despido Disciplinario

Más concretamente, el ET desarrolla, en sus artículos 54, 55 y 56, el despido disciplinario, sus formas y efectos, así como las consecuencias del despido calificado de improcedente.

El despido disciplinario está configurado legalmente una sanción del empresario al trabajador/a, sanción que de prosperar conlleva la extinción de la relación laboral. La sanción se fundamenta en determinados incumplimientos graves y culpables del trabajador/a, que se recogen en el apartado segundo del artículo 54 del ET, sin perjuicio de los que establezcan los distintos Convenios Colectivos.

Así, son incumplimientos contractuales:

- Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.
- La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
- La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
- La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.
- El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a otros trabajadores/as.

Vamos a entrar a analizar brevemente cada uno de los supuestos recogidos en el artículo 54.2 de ET como incumplimientos contractuales.

- Así, respecto de las faltas de asistencia o puntualidad en el trabajo, para que puedan constituirse como causas de despido disciplinario, han de ser repetidas e injustificadas, y respecto de cada caso concreto y con los efectos que causan en el devenir de la empresa (en este sentido, entre otras, la SSTS de 25 de noviembre de 1985, 2 de julio de 1987, o 18 de octubre de 1983).

No se establece en el ET (aunque sí en algunos Convenios Colectivos) un número de faltas de asistencia o puntualidad desde el que partir, debiendo observarse si tienen la gravedad requerida para ser causa de despido disciplinario. Por otra parte, debe el empresario acreditar las faltas de asistencia y puntualidad del trabajador/a.

Como hemos visto, debemos estar al caso concreto, habiéndose declarado por distintos tribunales como faltas justificadas la ocurrida por la avería del vehículo (STSJ de Madrid, de 2 del 11 de 1989), la impuntualidad de menos de media hora durante varios días (STS de 16 de enero de 1990), la impuntualidad compensada con la salida del trabajo después de la hora, actuación que consentía la empresa (STS de 24 de septiembre de 1990), o la derivada de depresión endógena o síndrome depresivo (STSJ Galicia de 25 de junio de 1998).

Por otra parte, algunas resoluciones judiciales, como la STSJ de Canarias, de 19 de julio de 1995, establece que la empresa, en el caso de faltas de puntualidad, antes de proceder al despido disciplinario, debe proceder previamente a hacer alguna advertencia al trabajador/a.

Se han considerado faltas injustificadas por los tribunales, a modo de ejemplo, la ausencia del empleado por no tener puesto de trabajo asignado (STS de 8 de febrero de 1990), acudir a un curso sin autorización de la empresa (STSJ de Madrid de 25 de octubre de 1989), no acudir al trabajo durante cuatro días (STSJ de Castilla y León, de 8 de julio de 1993), el uso abusivo por un representante de los trabajadores/as del crédito horario, excediéndose del mismo de una manera significativa (STS de 14 de mayo de 1990, donde un trabajador/a se ausentó durante 40 días de su puesto de trabajo teniendo un crédito horario de 75 horas mensuales).

Las ausencias y retrasos de las trabajadoras víctimas de violencia de género derivadas de su situación física o psicológica serán siempre justificadas, no pudiendo dar causa a un despido disciplinario, siempre que haya una acreditación de su condición por los servicios sociales o de salud y lo comuniquen a la empresa con la mayor brevedad.

Del mismo modo no serán ausencias injustificadas las de los trabajadores/as en IT conocida por el empresario, aunque no se hayan entregado los partes de baja (TSJ Catalunya 23-6-1995).

- Al respecto de la **indisciplina o desobediencia en el trabajo**, causa recogida en el artículo 54.2.b del ET, debemos puntualizar que es indisciplina a los efectos que aquí interesan, la actitud de desobediencia injustificada y enfrentada contra las órdenes del empresario en el ejercicio de sus funciones como tal. Aunque la jurisprudencia ha estimado como trascendentes incumplimientos no vinculados directamente con la actividad productiva, como fumar en los vestuarios de la empresa (STSJ de Murcia de 1 de julio de 2013). Y también es indisciplina y causa de despido disciplinario, el incumplimiento, consciente y querido, de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

En consecuencia, la desobediencia o indisciplina debe darse respecto de un superior. El trabajador/a debe cumplir la orden, sin perjuicio de que se oponga a la decisión del empresario en vía judicial. No obstante, el trabajador/a puede negarse a obedecer, si el empresario incurre en manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho, o la orden atenta contra la dignidad del trabajador/a (STS de 28 de diciembre de 1989), o si la orden atenta contra el ordenamiento jurídico (STS de 15 de marzo de 1991) debiendo ser prudentes en dicha valoración sobre arbitrariedad.

- En cuanto a las **ofensas verbales o físicas a los trabajadores/as**, empresario o los familiares que convivan con ellos, para ser justificadoras de despido disciplinario, deben valorarse en el contexto en el que se producen. Pero las agresiones físicas son siempre graves y justificadoras de despido disciplinario (STSJ de Andalucía de 13 de diciembre de 1996). No hay que confundir las ofensas verbales con la libertad de expresión, pues ésta se encuentra limitada por el derecho al honor y la dignidad de las personas.
- La **trasgresión de la buena fe contractual**, supone, junto con el abuso de confianza, causa de despido disciplinario. En líneas generales, se considera jurídicamente trasgresión de la buena fe contractual cuando se viola el deber de fidelidad y el trabajador/a actúa con conocimiento de su conducta ilícita. No obstante, se debe poner en relación esta valoración, con las circunstancias personales y profesionales del trabajador/a (STS de 24 de octubre de 1989).

Se ha considerado transgresión de la buena fe el abuso del crédito horario sindical, siempre que sea una conducta reiterada y que redunde en perjuicio para los intereses de los representados (STS 31 de mayo de 1991).



Entre los supuestos de vulneración de la buena fe contractual más usuales, está la competencia desleal, el uso abusivo de poderes, la búsqueda de beneficios particulares a costa de los medios del empresario, la actuación negligente, trabajar durante la incapacidad temporal o el acceso privado a Internet durante el tiempo de trabajo.

- Respecto de **la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo** normal o pactado, deben concurrir precisamente éstas circunstancias, además de respetar cierta proporcionalidad entre la infracción y la sanción, debiendo estar al caso concreto, y tomando como referencia como elemento de comparación ante posibles arbitrariedades, que puede ser el rendimiento anterior a la conducta que se pretende sancionar, el rendimiento de un trabajador/a medio, o el de los otros compañeros/as. (STS 30 de octubre de 2007). Algunas sentencias han entendido que el carácter voluntario de la disminución se presume, salvo que concurra alguna causa justificativa ajena a la voluntad del trabajador (STSJ Valencia de 10 de mayo de 1994).

En cuanto al tiempo de disminución del rendimiento, no existe un criterio unitario, habiendo bastado tan sólo semanas para incurrir en esta causa de despido disciplinario (STSJ de Extremadura, de 30 de julio de 1991).

- Y el artículo 54.2.f señala como causa de despido disciplinario, **la embriaguez habitual o toxicomanía**, que ha de repercutir negativamente en el desarrollo de la actividad laboral, lo que ocurre cuando, por ejemplo, se crean problemas en el centro de trabajo, se pone en peligro la vida o integridad de los trabajadores/as o los medios de la empresa. La embriaguez, si no es reiterada, no es causa de despido, siempre y cuando no afecte al rendimiento ni a la paz del centro de trabajo (STS de 1 de julio de 1988). De igual forma, la posesión de drogas para consumo propio, no es causa de despido disciplinario, cuando no afecta de forma trascendente al orden laboral (STSJ de Madrid, de 13 de febrero de 1991), aunque depende del tipo de droga de que se trate. Este motivo no opera en las empresas de inserción, en las que se pretende la reinserción de personas en problemas de falta de inserción social.
- Con respecto al artículo 54.2.g, modificado por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, se refiere al acoso por razón de origen o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, el Tribunal Constitucional ha reseñado que para que exista acoso sexual susceptible de provocar un despido disciplinario «ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto».

6.1.11.2. Prescripción de las infracciones de los trabajadores/as

Salvo que el Convenio Colectivo establezca otra regulación, el artículo 60.2 de ET establece el siguiente plazo de prescripción, según la gravedad de la infracción. Así:

Graduación de la Falta:	Plazo de prescripción:
Faltas leves	10 días.
Faltas graves	20 días
Faltas muy graves	60 días

Estos días se contabilizan a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión, y cualquier caso a los seis meses de haberse cometido.

La prescripción de las faltas nunca será apreciable de oficio por el juez, habrá que alegarla, y será causa de imposibilidad de aplicación de la sanción o de toma en consideración de la misma a efectos de reincidencia.

6.1.11.3. Forma y efectos del despido disciplinario

Se regula en el artículo 55 del ET, si perjuicio de la regulación en los distintos Convenios Colectivos. Así, según establece el ET, el despido debe ser notificado por escrito al trabajador/a, haciendo figurar los hechos que lo motivan, y la fecha en que surtirá efecto.

- Si el trabajador/a sancionado es representante de los trabajadores/as o delegado/a sindical, es obligatorio la apertura del correspondiente expediente contradictorio, en el que deberán ser oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación sindical a la que perteneciese.
- Si el sancionado/a es afiliado/a a un sindicato, el empresario debe dar audiencia a sus Delegados/as sindicales (si dicho dato es conocido por la empresa).
- Notificado el despido disciplinario, el trabajador/a puede impugnarlo dentro de los veinte días hábiles, siguientes al de su notificación, presentado la correspondiente papeleta de conciliación ante el servicio de conciliación correspondiente, y posteriormente, si no se llegara a un acuerdo en conciliación, ante el Juzgado de lo Social correspondiente (en el caso de que el empresario sea una Administración Pública, se debe presentar ante ésta en el mismo plazo de veinte días, la correspondiente reclamación previa, en vez de papeleta de conciliación).

En el caso de que se nos notifique verbalmente el despido, debemos tener en cuenta el problema de acreditar posteriormente ante el Juzgado de lo Social, el despido y el día en que se produjo. Por este motivo, conviene acreditar estos extremos, ya sea mediante testigos, o documentalmente, enviando un requerimiento al empresario por burofax con acuse de recibo y certificación de texto, en el que conste que se nos ha despedido en la fecha que fuere verbalmente y que solicitamos nuestra reincorporación o la carta de despido; en caso de silencio del empresario, ya podríamos acreditar el despido, así como su fecha.

- Impugnado el despido, la Sentencia que decide la legalidad o ilegalidad del mismo, puede catalogar el despido disciplinario **procedente, improcedente o nulo**.
- Según el artículo 55.4 del ET, es procedente el despido cuando quede acreditado el incumplimiento del trabajador/a alegado por el empresario.

- Será improcedente en caso contrario, o cuando su forma no se ajuste a lo establecido en el artículo 55.1 del ET, es decir, no se haya notificado por escrito al trabajador/a.
- Será nulo el despido que haya sido motivado por alguna de las causas de discriminación recogidas en la CE¹⁰² o en la Ley.
- También es nulo el despido:
 - De los trabajadores/as durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.
 - El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere el apartado anterior, y la de los trabajadores/as que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 del ET¹⁰³, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el artículo 46.3 del ET, esto es, la solicitada para el cuidado de hijos.
 - El que tenga causa en el ejercicio, por parte de la trabajadora víctima de la violencia de género, de sus derechos de reducción de jornada, reordenación de su tiempo de trabajo o movilidad geográfica.

Esta protección se aplica, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o el ejercicio de los derechos citados.

El despido procedente convalida la extinción del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

El despido nulo provoca la readmisión inmediata del trabajador/a, con abono de los salarios de tramitación.

Y si el despido es calificado de improcedente, según establece el artículo 56 de ET, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre:

¹⁰² Artículo 14 de la CE. «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

¹⁰³ Artículo 37 del ET, apartados 4, 4 bis y 5. «4. Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen. 4.bis .En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 6 de este artículo. 5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar; hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa».

- la **readmisión del trabajador/a**, con abono de los salarios de tramitación, es decir, los dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y probase el empresario lo percibido por el trabajador/a, para así descontarlo de los salarios de tramitación;
- u optar por el **pago de una indemnización** de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, computados hasta el 11 de febrero de 2012 y de 33 días por año trabajado hasta un tope de 24 mensualidades desde esa fecha.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

- En cuanto a la opción entre readmisión o indemnización, si el despido es representante legal o sindical de los trabajadores/as, la opción corresponderá siempre a éstos/as. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada. Opten por lo que opten, los representantes legales de los trabajadores tienen derecho a percibir salarios de tramitación ante su despido improcedente, tal cual si fuera nulo.

Para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, el salario que se ha de tener en cuenta es el de la fecha del despido, y el periodo de tiempo para su cómputo es el que abarca desde su ingreso al despido. Además, se calcula sobre el salario efectivamente percibido en la fecha del despido, más salarios en especie, la parte proporcional de las pagas extraordinarias, el complemento por productividad, e incluso el plus de transporte (STSJ de Andalucía, de 5 de noviembre de 1991).

El despido disciplinario, ya sea declarado procedente como improcedente, es causa de acceso a la prestación por desempleo.

6.1.12. *Por causas objetivas que legalmente puedan suponer la extinción de la relación laboral*

Este supuesto, se encuentra establecido como causa de extinción de la relación laboral en el artículo 49.1.L del ET, y desarrollado en los artículos 52 y 53 del mismo texto legal.

Las causas objetivas que motivan la extinción de la relación laboral, establecidas en el artículo 52 del ET, son:

- Ineptitud del trabajador/a.
- Falta de adaptación del trabajador/a a las innovaciones técnicas.
- Absentismo laboral.
- Necesidad de amortizar puestos de trabajo.
- Insuficiencia de consignación presupuestaria para la ejecución de planes y programas públicos.



6.1.12.1. *Ineptitud del trabajador/a*

Se encuentra regulada en el artículo 52.a del ET, y para poder ser causa de extinción de la relación laboral, debe ser conocida, o en su caso sobrevenir, una vez iniciada la relación laboral; es decir, no puede ser alegada como causa de extinción cuando ya era conocida antes del inicio de la relación laboral, o incluso durante el periodo de prueba (en este sentido, STS, de 21 de diciembre de 1987).

La ineptitud puede ser física o psíquica (TSJ Madrid 17-7-07), no incluyendo en ningún caso la pérdida de confianza empresarial en este supuesto (TSJ Baleares 14-11-94), pero sí la no tenencia o pérdida de la titulación requerida legalmente (o de forma análoga el carnet de conducir) para el desempeño del puesto. No se considera ineptitud sobrevenida un cambio legislativo que imponga una incompatibilidad con la realización de las tareas profesionales (STS 2 de mayo de 1990), pero si en el supuesto de que se modifique la ley para exigir una superior titulación administrativa (STSJ Madrid 10 de octubre de 1998)

Y a los efectos que aquí interesan, por ineptitud se ha de entender, la inhabilidad o carencia de facultades profesionales, que sufre el trabajador/a como consecuencia de su falta de preparación o actualización de sus conocimientos, ya sea por pérdida o por deterioro de sus habilidades para el trabajo.

El empresario no puede alegar como motivo de ineptitud, la incapacidad permanente parcial del trabajador/a, acaecida con posterioridad a ser contratado (STSJ Navarra, de 31 de julio de 1997).

Por otra parte, es el empresario es el que debe acreditar en el procedimiento, la existencia de esta causa, tal y como establece, entre otras, la STSJ Castilla y León, de 14 de noviembre de 1995.

6.1.12.2. *Falta de adaptación del trabajador/a a las modificaciones técnicas*

Causa de extinción de la relación laboral, que se encuentra regulada en el artículo 52.b del ET, y que requiere que el trabajador/a no se adapte a los nuevos medios técnicos incorporados en la empresa en el plazo de dos meses, siempre que los cambios técnicos sean razonables.

Cabe la posibilidad de aplicar una primera medida de suspensión del contrato de trabajo, durante el tiempo necesario, y de hasta tres meses, para realizar cursos de readaptación del trabajador/a a las novedades técnicas a su puesto de trabajo. Durante este periodo de formación la empresa debe abonar al trabajador/a el salario medio que viniera percibiendo.

Los requisitos legales que pueden permitir al empresario llevar a cabo este despido deben ser:

- Existencia de la modificación técnica en un puesto de carácter razonable.
- Que éste sea el puesto de desempeño habitual del trabajador/a (no uno que ocupe coyunturalmente).
- Que haya pasado un plazo de 2 meses desde la modificación sin que el trabajador/a se haya adaptado a la misma, acreditando este extremo el empresario.

6.1.12.3. *Amortización de puestos de trabajo*

En este supuesto, regulado en la letra c del artículo 52 del ET, la empresa que alegue estar en una situación objetiva de necesidad acreditada, puede pretender extinguir la relación laboral de uno o varios trabajadores/as, siempre por debajo de los números que catalogarían el despido

de colectivo, si concurren las causas establecidas en el artículo 51.1 del ET, esto es, si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Ha sido la jurisprudencia la que ha definido estas causas; siendo recogidas por la reforma laboral de 2010, así:

- Causas económicas son aquellas que actúan sobre los resultados de la empresa tales como la existencia de pérdidas o la disminución de ingresos equilibrio de ingresos y gastos y se identifican con una situación negativa de la empresa.
 - Causas técnicas, son las que producen alteración o modificación del proceso de producción introduciendo nuevos métodos que conlleven reestructuración de los servicios o especialidades.
 - Causas organizativas, suponen decisiones empresariales de reajuste de la organización productiva, aun cuando ésta no se fundamente en la previa inversión empresarial para la renovación de los bienes de equipo.
 - Y causas de producción, son dificultades que el entorno ocasiona a la capacidad productiva de la organización empresarial, y que imponen la transformación o reducción de la producción.
- Cuando se alegan causas técnicas, organizativas o de producción, desde el punto de vista legal no es necesario acreditar que exista una situación económica negativa, tal y como establece entre otras, las STSJ de Murcia, de 17 de julio de 1995, pero debe acreditarse que la viabilidad futura de la empresa y el empleo están en peligro (STSJ Cataluña, de 7 de abril de 1997).
 - Por el contrario, si se alegan causas económicas, se exigen dos requisitos:
 - La existencia de una situación económica negativa, que el empresario debe acreditar, además de ser una «crisis actual», «real» y de «entidad suficiente» para justificar la medida (SSTSJ Andalucía, de 18 de noviembre de 1995; Cataluña, de 6 de octubre de 1995), aunque toda esta jurisprudencia es referida a la redacción del Estatuto de los Trabajadores anterior a la reforma laboral de 2010.
 - Y la que la medida adoptada contribuya a mejorarla.

Distintas Sentencias han fijado cierta casuística al respecto de qué causas objetivas son suficientemente importantes para justificar esta medida. Así, por ejemplo:

- Las pérdidas continuas (STSJ Andalucía de 18 de noviembre de 1995).
- Retirada o disminución de subvenciones públicas (STSJ Galicia de 20 de marzo de 2003 y STS de 28 de enero de 1998).
- Pérdida de clientela en determinadas circunstancias (STSJ Baleares de 27 de diciembre de 1995).

6.1.12.4. *Absentismo laboral*

La regulación del absentismo laboral a los efectos de la extinción del contrato de trabajo, se encuentra recogida en el artículo 52.d del ET, y comprende la situación en la que el trabajador/a tiene **faltas de asistencia intermitentes, aunque sean justificadas, que supongan el 20%**



de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos y que el total de ausencias supere el 5 % en el periodo anual o bien el 25 % de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, siempre que índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos periodos de tiempo.

No computarán como faltas:

- Las debidas a huelgas.
- El ejercicio de acciones de representación sindical.
- El accidente de trabajo.
- La maternidad.
- El riesgo durante el embarazo.
- Las enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia.
- Las licencias y vacaciones.
- Las bajas por enfermedad común o accidente no laboral cuando dichas bajas sean acordadas por los servicios médicos oficiales, y tengan una duración de más de veinte días consecutivos.
- En las que incurran las trabajadoras víctimas de la violencia de género por esta causa notificada al empresario.

6.1.12.5. Insuficiencia de consignación presupuestaria para la ejecución de planes y programas públicos

Esta causa objetiva de extinción de la relación laboral, se encuentra regulada en el artículo 52.1.e del ET, y supone la extinción de los contratos indefinidos celebrados por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro, contratos destinados a la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable, y que se financian a través de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales. Se considera que procederá legalmente la extinción de las referidas relaciones laborales indefinidas, cuando no exista dotación presupuestaria para el sostenimiento de los puestos de trabajo en cuestión.

Si las extinciones afectan a un número igual o superior al establecido para los despidos colectivos, deberán seguirse los trámites del referido despido colectivo.

6.1.12.6. Forma y efectos de la extinción del contrato por causas objetivas

Se regula este aspecto en el artículo 53 del ET, que exige para la legalidad de estas extinciones, los siguientes requisitos:

- Comunicación escrita al trabajador/a.
- Ofrecer al mismo tiempo al trabajador/a afectado, una indemnización igual a veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de doce mensualidades. Desde la reforma de 2010, para contratos concluidos después del 18 de junio de ese año, el FOGASA se hará cargo de 8 días de indemnización, que serán reintegrados a la empresa después de que se los abone al trabajador/a.

- Plazo de preaviso de quince días, computables desde la comunicación personal al trabajador/a hasta la fecha de la extinción. Además, en el supuesto de amortización de puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, deberá dar copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores/as.

Durante el periodo de los quince días de preaviso, el trabajador/a tendrá derecho, sin menoscabo de su salario, a una licencia de seis horas semanales para buscar un nuevo trabajo. De igual forma, el trabajador/a afectado tiene derecho a la prestación o subsidio por desempleo, si tiene el resto de requisitos exigidos por la LGSS.

- La decisión del empresario es impugnabile en veinte días hábiles desde que se notifica al trabajador/a, primero ante el servicio de conciliación correspondiente mediante la preceptiva papeleta de conciliación, y después ante la jurisdicción social.

Al igual que en el caso del despido disciplinario, el despido por causas objetivas puede ser declarado procedente (si se siguieron los requisitos formales para el despido y la causa existe y es de suficiente entidad), improcedente (si no se acredita la existencia de la causa alegada o se han incumplido los requisitos formales) o nulo (por las mismas causas que el despido disciplinario).

6.1.12.7. ¿Qué hacer en caso de despido?

Resulta difícil definir una pauta única de actuación, ya que cada caso y cada situación personal van a tener circunstancias y características diferentes. Podemos utilizar algunas medidas de precaución, presencia de representantes, firmar «no conforme». Se puede firmar o no la notificación, sin que ello implique aceptación del despido o renuncia al puesto de trabajo. Se puede firmar o no el finiquito, pero firmarlo supone una aceptación de las cantidades consignadas que difícilmente conseguiremos alterar con posterioridad, y no firmarlo podría implicar un retraso en el cobro de las percepciones debidas.

En todo caso el despido es impugnabile ante la jurisdicción social en un plazo de caducidad de 20 días hábiles desde su efectividad. Para esto habrá que buscar el respaldo jurídico de la CGT, así como el apoyo para la acción sindical y la solidaridad organizada, sin excluir ninguna de las dos vías de respuesta.



7. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EXCEDENCIAS

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

7.1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Es la situación durante la cual se exonera temporalmente a las partes de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico creado al formalizar el contrato de trabajo. La interrupción afecta, de manera temporal, a la ejecución del contrato pero no extingue el vínculo, diferenciándose de otras interrupciones como las vacaciones o los permisos retribuidos, en las que se mantiene las obligaciones retributivas del empresario.

Esta situación ha sido definida jurisprudencialmente como la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico de cuya definición surgen los requisitos esenciales de la suspensión: la temporalidad de la situación, la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración, y la continuidad y pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva, sufre tan sólo una especie de aletargamiento (STSs 7 de mayo de 1984 y de 18 de noviembre de 1986).

La suspensión del contrato de trabajo genera los siguientes **efectos**:

- En todas las causas de suspensión, las partes quedan exoneradas de las obligaciones recíprocas de realizar la actividad convenida, y de retribuir el trabajo (art. 45.2 E.T.), que se reactivan automáticamente una vez que desaparecen las situaciones que impiden la ejecución del trabajo.
- El efecto principal de la suspensión es **el derecho al reingreso**¹⁰⁴ y a la reserva del puesto de trabajo (excepto en las suspensiones acordadas, en las que se está a lo pactado). En el momento en que desaparecen las causas que motivaron la suspensión, se reactivan las obligaciones principales del contrato.

Durante la suspensión, el empresario puede sustituir al trabajador/a con otro contratado temporalmente mediante **contrato de interinidad** (art. 15.1.c E.T.), en el que se debe especificar el nombre del sustituido y el puesto ocupado.

¹⁰⁴ Salvo en que por mutuo acuerdo entre las partes (artículo 45.1.a), o por haberse consignado en el contrato (artículo 45.1.b), se hubiera establecido lo contrario (artículo 48.1).

- Terminada la causa que motivó la suspensión, **corresponde al trabajador/a solicitar la reincorporación** (STS 7-6-1988) a su puesto de trabajo. En caso de que el empresario se niegue a la readmisión, el trabajador/a tiene acción para reclamar por despido contra la empresa comenzando el cómputo del plazo para la misma en la fecha de la negativa.

Si la readmisión no se produce en el puesto de trabajo reservado o incumpliendo lo acordado, el trabajador/a tendría **derecho a rescindir voluntariamente** la relación laboral por incumplimiento contractual grave, con el consiguiente derecho a indemnización, por la vía del **art. 50 del E.T.** (STS 8-11-1993; STSJ Cataluña de 28-7-2008). En ambos casos el salario a considerar para la indemnización será el que hubiera de corresponder a la trabajadora en el momento de la extinción, no en el de la fecha de inicio de la suspensión.

La no incorporación del trabajador/a al finalizar la causa de suspensión puede determinar la extinción del contrato por **baja voluntaria**. En los supuestos de suspensión por el ejercicio de cargo público representativo o funciones sindicales de ámbito provincial o superior, el trabajador/a deberá reincorporarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir de la cesación en el servicio, cargo función (artículo 48.3 del ET).

- Durante la suspensión **el trabajador/a puede prestar servicios en otra empresa**, sin que se pueda considerar como dimisión, ni otra causa de despido, excepto que se entienda que el trabajador/a incurre en competencia desleal.

Durante la suspensión **se mantiene** en vigor el restante contenido **obligacional** del contrato, debiendo las partes continuar actuando conforme a la buena fe. Así, se mantienen:

- La **antigüedad**, salvo que el motivo de la suspensión sea disciplinario.
 - El derecho del trabajador/a a participar en **concursos de traslado y pruebas de ascenso**.
 - Los derechos vinculados a la libertad sindical y a la representación en la empresa.
 - La no realización de concurrencia desleal.
 - El poder disciplinario del empresario¹⁰⁵.
 - El poder de ejercitar acciones derivadas del contrato de trabajo, incluida la de extinción contractual.
- Durante la suspensión se puede extinguir el contrato de trabajo por cualquier causa legítima, conservando por tanto el trabajador/a y el empresario la facultad de extinción, siempre y cuando haya causa legal para ello¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Durante el período de suspensión no se interrumpe el plazo de prescripción de faltas, por lo que sigue corriendo el tiempo a efectos de su cómputo.

¹⁰⁶ Lo que rechaza la jurisprudencia es declarar una extinción por voluntad del trabajador/a vía artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores/as cuando se ha extinguido previamente la relación laboral, pero no cuando está suspendida, ya que dicha suspensión, únicamente conlleva ex. artículo 45.2 del mismo texto legal, la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, estando vigente el contrato de trabajo en todo lo demás y, en particular, en las obligaciones recíprocas que asumen las partes, entre ellas la de actuar conforme al principio de la buena fe contractual, actuación que ha incumplido la empresa al no abonar a la recurrente la prestación económica de IT en pago delegado con los perjuicios económicos que tal actuación le



- Si la causa de la suspensión es la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la adopción, el acogimiento o la excedencia para cuidados de hijos y familiares, y la empresa procediera a despedir al trabajador/a, el despido es nulo, salvo que se entienda que las razones que lo motivaron no estaban relacionadas con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia relacionados con dichas situaciones, en cuyo caso será declarado improcedente.
- Como regla general la suspensión del contrato no interrumpe el cómputo del período de prueba, salvo en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, adopción, acogimiento, en las que se precisa de acuerdo entre las partes para que se produzca la interrupción. En el supuesto de que se hubiere pactado la suspensión del período de prueba, en el caso de que el trabajador/a incurriera en situación de IT, no impedirá que durante la citada suspensión se pueda rescindir la relación laboral.
- La suspensión no supone la interrupción de la vigencia pactada de los contratos temporales, ni la ampliación de la duración del contrato, salvo que por convenio colectivo o acuerdo individual se pacte lo contrario (art. 7. R.D. 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada).
- En los contratos para la formación y prácticas, celebrados a partir del 18 de junio de 2010 y 19 de septiembre, respectivamente, las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, interrumpen el cómputo de la duración establecida (art. 11.1.b) y 11.2.b) ET, en relación con la DT 8ª Ley 35/2010).

7.1.1. CAUSAS DE SUSPENSIÓN (Art. 45.1 E.T)¹⁰⁷

7.1.1.1. *Mutuo acuerdo de las partes (artículo 45.1.a del ET)*

El trabajador puede pactar con la empresa la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, y por la duración y condiciones que libremente se pacten. Pese a que la Ley nada dice, es conveniente para la seguridad del trabajador que la suspensión de contrato se pacte por escrito¹⁰⁸.

causa (STSJ Cataluña nº 759/2002, de 30-1-02 y STS de 2-11-1996). El empresario puede incluir a un trabajador/a con el contrato suspendido en un expediente de regulación de empleo (STSJ Cantabria 10-02-1998).

¹⁰⁷ Además de las causas del listado del artículo 45.1 del E.T se pueden señalar:

- Declaración de Incapacidad Permanente con probable revisión por mejoría (artículo 48.2 ET).
- La promoción de un trabajador/a con relación laboral común a alto cargo dentro de la misma empresa o grupo (Art. 9.2 R.D. 1382/1985).
- La declaración de Incapacidad Permanente, en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez hasta que la resolución administrativa o la sentencia que la reconoce adquiera firmeza.
- Las licencias o permisos no retribuidos. Salvo disposición en contrario la empresa no esta obligada a mantener al trabajador/a en alta y cotizar a la seguridad social.
- La suspensión total o parcial de la actividad de la empresa usuaria que impida la prestación de los trabajadores/as puestos a disposición.

Las causas que pueden establecerse en los Convenios Colectivos con el alcance que se pacte.

¹⁰⁸ No obstante se ha dado el caso en que se ha declarado la situación de suspensión por los actos del las partes sin que hubiera pacto por escrito; STSJ Canarias, 388/1996, de 11 de junio.

El pacto entre la persona trabajadora y empresaria no tiene porqué estar vinculado a ninguna causa específica, bastando la mera voluntad de las partes para acordar la suspensión. Son circunstancias habituales que motivan la suspensión de mutuo acuerdo las siguientes:

- Pasar a prestar servicios a otra empresa del grupo.
- Incorporarse a otra empresa que mantiene relación contractual con la empleadora.
- Recolocación de trabajadores/as en otra empresa después de un expediente de regulación de empleo con garantía de readmisión en supuesto de extinción de contrato.
- Suspensión para la realización de cursos, o viajes de estudios (prevista en algunos convenios).
- Acuerdo alcanzado en despido conciliado con readmisión o como alternativa al despido disciplinario.
- La continuidad de la suspensión desde que el trabajador/a obtiene la libertad provisional hasta que se dicte sentencia absolutoria.

7.1.1.2. Causas consignadas en el contrato (artículo 45.1.b del ET)

Del mismo modo que en la anterior, la trabajadora y la empresa pueden establecer inicialmente en el contrato de trabajo ciertas causas de suspensión del mismo, previendo que el contrato permanezca suspendido a partir de una determinada fecha o cuando se produzca un evento futuro. Se ha de estar a lo pactado, entendiéndose que en defecto de pacto se presume la reserva en aplicación del régimen común.

Las causas deben ser válidas, **no pudiendo implicar una renuncia de derechos** por parte del trabajador/a, ni suponer un abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

Mediante los convenios colectivos se puede también mejorar la regulación de las causas de suspensión, bien ampliando su duración, bien estableciendo el derecho del trabajador/a a ciertos beneficios económicos o nuevas causas de suspensión, por ejemplo las relacionadas con la formación del trabajador/a, como son las excedencias especiales para el disfrute de becas, participación en cursos de formación, etc.

7.1.1.3. Incapacidad Temporal (artículo 45.1.c ET y art. 128 y 131 bis de la LGSS)

Las causas de suspensión del contrato por incapacidad temporal del trabajador/a para la prestación de servicios se recogen el art. 128 de la LGSS:

- Enfermedad o accidente común o profesional del trabajador/a, cuando el trabajador/a reciba asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo (**Art. 169.1.a LGSS**)
- Periodos de observación de enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, por un periodo máximo de seis meses, prorrogable por otros seis meses más cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (**art. 171.1.b de la LGSS**).

Mientras dura la **situación incapacitante** para el trabajo, el contrato de trabajo se mantiene en suspensión manteniendo el trabajador/a un **derecho de reserva** de su puesto de trabajo.

- **Duración:** La suspensión debe mantenerse hasta que el trabajador reciba el alta médica acreditativa de estar en disposición para la realización de su trabajo habitual, pero se establece una duración máxima para la percepción del subsidio por IT de 545 días, que podrán prorrogarse sin rebasar en ningún caso el máximo de 730 días, en caso de que la situación incapacitante se prolongue y se necesite tratamiento médico. Transcurridos dichos plazos, la suspensión por IT tiene que finalizar, o bien por decla-



ración de incapacidad permanente del trabajador, o por recibir el alta médica¹⁰⁹. En cualquier caso, es el alta médica y no la finalización de los plazos, la que determina la obligación de reincorporarse al trabajo. No obstante, conviene ser prudente, ya que en numerosos supuestos la tardanza en la reincorporación al puesto de trabajo tras la denegación de solicitud de incapacidad permanente ha sido calificada como causa justificativa de despido disciplinario por faltas repetidas e injustificadas¹¹⁰.

- Al inicio de la suspensión por incapacidad, es obligación del trabajador entregar a la empresa el primer parte de baja médica en los 3 días siguientes a su expedición (arts. 7.1, R.D. 625/2014)
- Si la situación de IT surge durante el periodo de prueba, se interrumpe el cómputo del mismo solamente si hay acuerdo entre ambas partes (art. 14.3 ET).
- Durante la suspensión por IT, la empresa tiene la obligación de mantener de alta y cotizar por el trabajador/a a la Seguridad Social (art. 144.4 LGSS).
- Durante la situación de IT el trabajador/a recibirá una prestación económica. En el caso de accidente o de enfermedad profesional, la prestación se abona desde el día siguiente al de la baja, estando a cargo de la empresa el salario íntegro correspondiente dicho día. En caso de baja por contingencia no profesional, el derecho a la prestación nace a partir del cuarto día, estando a cargo de la empresa del día 4 al 15, y a partir del día 16 a cargo del INSS (Art. 171.1 LGSS).

El pago de la prestación lo realiza la empresa mediante **pago delegado**. (Para más detalle sobre prestaciones ver Capítulo 11 sobre Prestaciones de la Seguridad Social). Es habitual que en los convenios colectivos se establezcan complementos de la prestación por IT a cargo de la empresa.

- Con el fin de verificar el estado de salud del trabajador/a, la empresa le puede requerir para que se someta a controles médicos. La negativa infundada a someterse a este control faculta al empresario para suspender el pago de las mejoras de la **prestación por IT** a cargo de la empresa (art. 20.4. ET), sin afectar a la prestación a cargo de la Seguridad Social¹¹¹.
- Incapacidad Temporal y Vacaciones: En los últimos años el Tribunal Supremo ha modificado la postura que mantenía al respecto de la absorción de las vacaciones por la situación de incapacidad temporal cuando ésta sobreviene durante el disfrute de aquella. El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea dictó Sentencia el 21 de ju-

¹⁰⁹ Se ha declarado responsabilidad patrimonial de la administración cuando la resolución declarando inexistencia de incapacidad permanente se dicta transcurrido el plazo de 2 años, ocasionando la pérdida del puesto de trabajo. El perjuicio ocasionado al trabajador debe ser indemnizado por el importe equivalente al que le hubiera correspondido por despido improcedente, **Sentencias de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17-4-2013 y 29-5-2013**.

¹¹⁰ **STS 27 de marzo de 2013**: El problema en materia laboral consiste en determinar si existe o no una situación de incapacidad temporal que impida la prestación de trabajo. Lo que ocurre es que el acto administrativo de la gestora, al extinguir la situación de incapacidad laboral transitoria, priva en principio de justificación a la incomparecencia al trabajo de la misma forma que la baja había otorgado inicialmente esa justificación... el trabajador, si quiere conservar la suspensión, debe destruir los efectos reflejos de la resolución administrativa acreditando que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo.

¹¹¹ La negativa del trabajador a someterse a estos controles no puede ser objeto de sanción disciplinaria de despido: STSJ Aragón 147/2006, de 15 de febrero, STSJ País Vasco 1232/2004, de 6 de julio.

nio de 2012, en la que se vino a decir que cuando la situación incapacitante se produce durante el disfrute de vacaciones, hay derecho a su recuperación, porque lo contrario vulneraba el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE de 4/11/2003 sobre ordenación del tiempo de trabajo. A partir de dicha sentencia el Tribunal Supremo ha reconocido el derecho en Sentencias 17 de enero y 19 de marzo de 2013.

Desde el punto de vista de la negociación colectiva es conveniente plantear que durante los tres primeros días de IT, el trabajador/a mantenga sus percepciones económicas, aunque hay que tener claro que se consideran percepciones extrasalariales, al ser mejoras de Seguridad Social.

7.1.1.4. Maternidad, Paternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora, riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, y adopción o acogimiento

Maternidad, Paternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora, riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses, y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menor de seis años (**artículo 45.1.d del ET y R.D. 295/2009, de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural**).

- 1) **Riesgo durante el embarazo:** derecho de la mujer trabajadora a la suspensión del contrato de trabajo como medida preventiva a los riesgos para la gestación que puedan derivar de la prestación laboral. Como tal medida preventiva, su regulación se contempla en el **art. 26 de la LPRL**, y los efectos económicos y duración en los **arts. 186 y 187 de la LGSS**, que tienen la misma regulación que la IT derivada de contingencias profesionales, con la mejora de que el subsidio en este caso asciende al 100% de la base reguladora. Su duración va desde que el riesgo para el embarazo se certifica por un médico, hasta que éste desaparece, o se recoloca a la trabajadora en funciones que no impliquen riesgo, o bien hasta el parto.
- 2) **Maternidad** (art. 48.4 E.T., 177 bis a 180 quinquies de la LGSS y R.D. 295/2009 de 6 de marzo): derecho de la mujer trabajadora a suspender la relación laboral por **dieciséis semanas** con motivo del parto, ampliables en dos semanas más por cada hijo adicional en caso de **parto múltiple**. También cabe la ampliación de la suspensión por dos semanas en caso de **discapacidad del hijo**. En el caso en que el nacido precise hospitalización después del parto por tiempo superior a siete días, el periodo de suspensión se amplía por los días en que dure dicha hospitalización con un **máximo de trece semanas adicionales sobre la suspensión ordinaria**. Se establece la obligatoriedad de que la madre disfrute de seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. El resto del periodo de suspensión se distribuye libremente por la madre, siempre de modo **ininterrumpido**, pudiendo iniciar el mismo con anterioridad al parto. En caso de que la madre haya optado por disfrutar hasta diez semanas de la suspensión con anterioridad a la fecha prevista para el parto, el retraso de éste hasta la fecha del alumbramiento no podrá reducir la duración del descanso obligatorio de las seis semanas posteriores al parto (Art. 3.4 Convenio OIT núm.103). Concluida la duración de la suspensión por maternidad, si la trabajadora no está recuperada para volver al trabajo, puede solicitar una incapacidad temporal.
 - **Cesión parcial del derecho:** La madre tiene la **opción de ceder al otro progenitor** parte o la totalidad del periodo de suspensión, excepto las seis semanas

posteriores al parto, que aquél podrá disfrutar de forma sucesiva o simultánea con la madre. Esta opción debe ejercitarse por la madre **al inicio** del descanso por maternidad¹¹². En caso de que la madre trabaje pero no tenga derecho a la suspensión de la relación laboral con derecho a prestaciones con arreglo a la normativa de Seguridad Social (algunas trabajadoras autónomas), cabe que **el otro progenitor disfrute de la totalidad del periodo de 16 semanas de suspensión** de su contrato de trabajo, lo que será compatible con el permiso por paternidad (queda sin efecto la vieja doctrina del TS contenida entre otras en la STS de 20-11-2002). Asimismo, en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor tiene derecho a la suspensión por la totalidad del periodo de suspensión. La utilización del término «progenitor» determina que éstos derechos se puedan ejercer por quien tenga tal con independencia de la clase de vínculo que le una a la madre¹¹³. Una vez ejercitada la opción, cabe que la madre la revoque por sobrevenir separación, enfermedad del padre, abandono o violencia de género (art.9.1 R.D.295/2009). También en caso de incorporación voluntaria al trabajo de cualquiera de los progenitores, con antelación a la finalización del periodo de suspensión previsto, el otro progenitor podrá incrementar su periodo de descanso por la parte no disfrutada por aquel (art. 8.12.c R.D. 295/2009).

- **Disfrute a tiempo parcial:** Asimismo, se establece la posibilidad de que por convenio colectivo o acuerdo individual entre la trabajadora y el empresario se disfrute del periodo de suspensión **a tiempo parcial**, prorrogando su duración en proporción al tiempo de reducción de la jornada, y dejando a salvo las 6 semanas posteriores al parto que la madre debe disfrutar de modo ininterrumpido (**art. 48.4 E.T. y Disp. Adicional 1ª del R.D. 295/2009**). En caso de extinción indemnizada del contrato de trabajo, no se tendrá en cuenta la jornada reducida por maternidad realizada según lo previsto en el art. 48.4 para la determinación del salario (Disposición Adicional 18ª del E.T.).
- **Vacaciones y Maternidad:** El descanso por maternidad **no debe influir sobre el derecho a vacaciones anuales**. En caso de que coincida el periodo de suspensión con las vacaciones fijadas en el calendario laboral, se tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta, incluso en el siguiente año natural.
- **Prestación:** La **prestación económica** por maternidad asciende por regla general al 100% de la base reguladora, si bien los efectos económicos varían según la situación previa de la madre (ver Capítulo 11 sobre prestaciones de la Seguridad Social).
- **Maternidad y Despido (art. 55.5 E.T.):** La suspensión del contrato por maternidad es una situación que se protege especialmente frente al despido en los apartados a) y c) del artículo 55.5 Estatuto de los Trabajadores. Se establece una presunción legal a favor de la trabajadora, que determina la nulidad de su despido salvo que la empresa demuestre que los motivos del mismo no están vincula-

¹¹²La obligación de comunicar al empresario la opción por la cesión del disfrute en favor del padre al inicio de la suspensión del contrato no es extensible a la de comunicación de la solicitud a la Entidad gestora (INSS) del subsidio por maternidad, que podrá hacerse en momento posterior (STS 20-05-2009, Rcd 3749/2008)

¹¹³Caso de matrimonio formado por dos mujeres que conciban un hijo por inseminación artificial, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida confiere automáticamente la condición de progenitor a la cónyuge no embarazada que consienta la operación ante el Registro Civil.

dos con su situación. Esta protección especial se extiende hasta 9 meses después del nacimiento del hijo¹¹⁴.

- 3) **Adopción o Acogimiento:** (art. 48.4 ET y 177 LGSS): Se tiene derecho al mismo periodo de suspensión y con los mismos efectos económicos que en el caso de maternidad, tanto en la adopción, como en los siguientes supuestos de acogimiento familiar, el acogimiento preadoptivo (art. 173 bis.2 Código Civil) y el permanente (art. 173. bis.3 CC) y el acogimiento familiar simple de **duración no inferior a un año**. El adoptado debe ser menor de seis años, si es mayor de esa edad solo se reconoce el derecho a la suspensión cuando el menor padece alguna minusvalía en grado igual o superior al 33%, o bien tiene especiales dificultades de inserción social motivadas por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero que habrán de certificarse por los servicios sociales competentes.
- Duración: La duración de la suspensión por estos motivos y el resto de derechos son idénticos a los de la madre en la prestación por maternidad; suspendiéndose el contrato por 16 semanas, con dos semanas adicionales en caso de adopción múltiple.
 - Si los «adoptandos» son los dos miembros de una pareja, pueden distribuirse el periodo de suspensión de modo sucesivo o simultáneo, pudiendo también distribuir la suspensión mediante reducción parcial de la jornada previo acuerdo con el empresario. La fecha de inicio de la suspensión es la de la decisión judicial o administrativa por la que se declaren la adopción o el acogimiento, salvo en los casos de adopción internacional en los que sea necesario el desplazamiento de los adoptantes, cuando puede iniciarse la suspensión hasta 4 semanas antes de la fecha de la resolución.
- 4) **Riesgo durante la lactancia** (art. 48.5 ET ; 26.3 de la LPRL y **188 LGSS**): Situación relacionada con la prevención de riesgos laborales, y por ello su regulación tiene su base en la LPRL. La titular de este derecho de suspensión es la madre trabajadora en aquellos casos en que se certifique por un médico de la S.S., o de la Mutua en su caso, que la realización de las funciones propias de su puesto laboral constituyen un riesgo para el recién nacido durante la lactancia natural. Antes de suspender la relación laboral, cabe que la empresa coloque a la trabajadora en un puesto que no conlleve riesgos para la salud del bebé. El derecho de suspensión termina cuando desaparezca el riesgo para el lactante o la trabajadora pueda reincorporarse a otro puesto compatible con su situación, y en todo caso cuando el **lactante cumpla nueve meses**. Al igual que durante la suspensión por riesgo durante el embarazo, se tiene derecho a prestación que asciende al 100% de la base reguladora (art.135 ter LGSS).
- 5) **Paternidad (art. 48.bis E.T. y arts. 183 LGSS y Ley 9/2009 de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adop-**

¹¹⁴ Es doctrina unificada del Tribunal Supremo, contenida en STS de 25 de enero de 2013 (Rcud.1144/2012), STS 6/5/2009 y 30/4/2009 que: «*Todo ello lleva a entender que el precepto es «configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación»*

ción o acogida): derecho de suspensión cuyo disfrute es independiente y complementario al disfrute compartido de la suspensión por maternidad, y al permiso de dos días por nacimiento de hijo del art. 37.3.b del E.T. En el supuesto de parto, el derecho le corresponde al padre, y en caso de adopción o acogimiento le corresponde a uno solo de los progenitores sin que en ningún caso pueda compartirse.

- Duración: Trece días ininterrumpidos, ampliables en dos días más por cada hijo en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples. Se amplía a 20 días en casos en que el nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en el seno de familia numerosa. Desde la aprobación de la Ley de Igualdad (Disp. Tr. 9ª LO 3/2007) estaba prevista la ampliación gradual de la duración de este permiso hasta llegar a las cuatro semanas a los seis años de la aprobación de la citada Ley, sin embargo los sucesivos gobiernos han ido congelando dicho mandato. Con arreglo a la última modificación operada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015 (Ley 36/2014, Disp. Final 10ª), a partir del 1 de enero de 2016 la duración del permiso debería ser de cuatro semanas (D.F 2ª de la Ley 9/2009 de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida).
- En el ámbito de las administraciones públicas, la duración del permiso es de 15 días, según se establece en el art. 49.c del EBEP. Previo acuerdo con la empresa, cabe el disfrute del permiso a tiempo parcial.
- Prestación: El trabajador en situación de suspensión por paternidad tiene derecho a percibir un subsidio igual al que se percibe en la suspensión por maternidad (art. 185 LGSS).

7.1.1.5. *Privación de libertad del trabajador/a, mientras no exista sentencia condenatoria* (artículo 45.1.g del ET)

Situación en la que sin haber sentencia firme, el trabajador/a se encuentra privado de libertad como consecuencia de la adopción de alguna medida judicial o gubernativa. Se trata de una proyección en el ámbito laboral del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** (art. 24.2 CE), con el fin de evitar que por el mero inicio de un procedimiento penal se pierda todo derecho en la relación laboral¹¹⁵.

- La suspensión tiene que ser **solicitada por el interesado/a**, poniendo en conocimiento de la empresa su situación de privación de libertad, salvo imposibilidad manifiesta. La comunicación al empresario debe producirse en el plazo más breve posible, lo que permitirá adoptar las medidas más convenientes para la marcha de la empresa. No se exige un medio específico para realizar la comunicación, bastando la realidad de la puesta en conocimiento fehaciente por cualquier medio razonable que se encuentre al alcance del trabajador/a¹¹⁶.
- La suspensión se mantiene si **la sentencia condenatoria inicial** queda pendiente de recurso, hasta que exista **sentencia condenatoria en firme**, (STS de 13-12-1983. La sentencia absolutoria pone fin al periodo de suspensión, produciéndose en ese mo-

¹¹⁵ La causa de la que se derive la privación de libertad puede ser la detención, prisión, o internamiento en centro psiquiátrico por resolución de la jurisdicción penal (STSJ Castilla y León 25-01-1991).

¹¹⁶ STSJ Andalucía (Málaga) nº 1658/1996, de 13-12-1996. El TSJ de Madrid en Sentencia de 5-5-1999 consideró válida la comunicación telefónica realizada por el abogado de oficio del trabajador.

mento el derecho del trabajador/a al **reingreso** en su puesto de trabajo. La **puesta en libertad** del trabajador/a antes de que recaiga sentencia definitiva pone fin a la suspensión, y genera el **derecho del trabajador/a al reingreso** en su puesto de trabajo. La condena en firme al trabajador/a no es causa por sí misma de despido, sino que éste habrá de fundarse en ausencia injustificada al trabajo¹¹⁷.

- **El período de suspensión no se computa a efectos de antigüedad**, ni para el cálculo de la indemnización por despido. Si los hechos que determinaron el ingreso en prisión guardan relación con la actividad laboral, y constituyen un incumplimiento grave y culpable, como la apropiación de dinero perteneciente a la empresa, **el empresario puede despedir al trabajador/a** sin necesidad de esperar a la conclusión de la causa penal.
- Tratándose de hechos cuya autoría no esté clara, el ejercicio de la acción penal por parte del empresario interrumpe el plazo de prescripción de las faltas, hasta que concluya el proceso penal.
- La prisión del trabajador/a no es causa suficiente para suspender el cómputo del plazo de caducidad para accionar contra el despido, ya que la pérdida de libertad física no le impide ejercitar sus derechos por los medios de representación legales correspondientes.
- En casos de contratación temporal, el tiempo durante el que se encuentra privado de libertad no suspende el transcurso del plazo de duración pactado.

7.1.1.6. Suspensión del contrato de trabajo por Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción (ETOP). Art. 47 E.T, Art. 16 y siguientes del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada

La Suspensión del Contrato o Reducción de Jornada por causas ETOP es una facultad del empresario/a, que puede promover cuando se den las causas para ello, en los términos y según el procedimiento establecido en el artículo 47 del E.T. y artículos 16 a 25 del R.D. 1483/2012, que se articula como una posibilidad alternativa a la del Despido colectivo, para cuando se prevea que las causas que motivan la medida tengan **carácter temporal**, no haya otras medidas de flexibilidad interna más adecuadas (modificación de condiciones de trabajo), y la suspensión o reducción de jornada permita superar una situación de dificultad para la empresa o contribuir a su mejora¹¹⁸.

- **Causas:** La regulación de las causas operada en el art. 47.º del E.T. por la reforma laboral de 2012 es muy similar a la del Despido Colectivo. Se entiende que hay causa económica en caso de existencia de pérdidas actuales o previstas, o por la disminución persistente del volumen de ingresos ordinarios o ventas de la empresa durante dos trimestres consecutivos (respecto de los dos trimestres correlativos del ejercicio anterior).

¹¹⁷ No obstante, el TS en la STS de 14-2-2013 (Rcud. n.º 979/2012) ha considerado válido que se diera de baja voluntaria al trabajador una vez recaída sentencia firme, sin mediar acto de despido por la empresa.

¹¹⁸ La naturaleza temporal de las causas que motivan la suspensión es la principal diferencia con las medidas extintivas. Se ha considerado nulo por fraude de ley el encadenamiento de suspensiones de empleo y sueldo ante una situación económica de carácter definitivo **Sentencia n.º 394/2014, de 25 de febrero del TSJ del País Vasco.**

En cuanto a las causas técnicas, organizativas o de producción, el 47.1 ET se refiere a «cambios» en la empresa, que puedan justificarse como necesarios para su buena marcha y cumplan los requisitos de objetividad, suficiencia y actualidad. El precepto ejemplifica las causas técnicas como aquellas que se vinculen a «cambios en el ámbito de los medios e instrumentos de trabajo»; causas organizativas como aquellas relacionadas con «los sistemas y métodos de trabajo del personal» y causas productivas como aquellas relacionadas con cambios en «la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado»¹¹⁹.

- **Procedimiento:** El procedimiento para la suspensión colectiva de contratos de trabajo se regula en el art. 47 del E.T. y artículos 16 y siguientes del R.D. 1483/2012, se configura como una especie de procedimiento abreviado del procedimiento de despido colectivo, con una **diferencia fundamental; se ha de aplicar cualquiera que sea el número de trabajadores afectados por la medida** (a diferencia de lo previsto tanto para el despido colectivo como para los expedientes de movilidad geográfica y modificación colectiva de las condiciones de trabajo).
- **Constitución de la Comisión Negociadora:** la empresa ha de comunicar de manera fehaciente a los trabajadores y a sus representantes su voluntad de activar el periodo de consultas para la negociación de la medida suspensiva al menos con **7 días** de antelación a su inicio, o **bien con 15 días, en caso de que alguno de los centros afectados no cuente con representación legal de los trabajadores**, a fin de que constituyan **una única Comisión Negociadora**, representativa de los trabajadores de los centros afectados por la medida. La parte social de la **comisión negociadora estará integrada por un máximo de 13 miembros**, que representen a los trabajadores de los **centros afectados**. La interlocución con la empresa corresponde de modo preferente a **las secciones sindicales** cuando éstas así **lo acuerden, que habrán de designar los miembros de la CN en proporción a su representatividad en los centros afectados**. En cuanto al método para la constitución de la CN, el art. 47.1 E.T. se remite a lo dispuesto en el artículo 41.4 E.T. para la negociación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, por lo que nos remitimos al capítulo que trata esta figura.
- **Comunicación Inicial:** la empresa que pretenda adoptar la medida de suspensión de contratos o **reducción de jornada debe comunicárselo simultáneamente a la autoridad laboral competente (autonómica o estatal en función del ámbito territorial de afectación de la medida) y a la representación de los trabajadores existente en la empresa. El contenido mínimo de dicha comunicación y la documentación justificativa que la debe acompañar se determinan en los artículos 17 y 18 del R.D. 1483/2014: *Especificación de las causas que motivan la medida; Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la medida desglosados, en su caso, por centros de trabajo; Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados por la empresa durante el último año desglosada, en su caso, por centros de trabajo; Concreción y detalle de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada; Criterios para la designación de los trabajadores afectados; Memoria explicativa de***

¹¹⁹ **Sentencia de la Audiencia Nacional 14/2013, de 25 de enero de 2013:** Es improcedente la suspensión de contratos si se demuestra que la empresa puede acudir a medidas menos gravosas para los trabajadores, como los días de flexibilidad y el recurso a vacaciones pendientes de disfrutar. En el mismo sentido, **STSJ País Vasco n° 1887/2013, de 5 de noviembre.**

las causas. En caso de que las causas alegadas por la empresa sean de **índole económica**, la empresa deberá entregar a la RLT al inicio del periodo de consultas las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio completo, así como las **cuentas provisionales** del año en curso¹²⁰ **firmadas por administrador o representante legal de la empresa. Si la empresa alega disminución persistente del nivel de ingresos o ventas durante los últimos dos trimestres**, deberá aportar documentación fiscal (IVA y Sociedades) y contable que lo acredite, así como la misma documentación correspondiente a los dos trimestres correlativos del ejercicio anterior¹²¹. Asimismo, el empresario deberá **solicitar a la RLT para que emita informe respecto de la medida, según lo previsto en el artículo 64.5.a) b)**¹²². **Si la empresa se integra en un grupo de empresas, con obligación de consolidar cuentas, o aunque no tenga tal obligación, esté vinculada a otras empresas del grupo en el mismo sector de actividad, se deberán adoptar las cuentas auditadas e Informe de Gestión de dichas empresas, con arreglo al art. 3.5 del R.D. 1483/2012**¹²³. **La documentación que marca la ley no es una lista cerrada, se puede requerir a la empresa cualquier otra que razonadamente se estime necesaria para acreditar las causas alegadas.**

Es importante el estudio de la documentación al inicio del periodo de consultas, para poder requerir aquella que falte, y elaborar argumentos y propuestas para la negociación durante el periodo de consultas.

- 1) **Periodo de Consultas:** Los artículos 47.1 del E.T. y 20 del R.D. 1483/2012 regulan el periodo de consultas, que ha de tener una **duración máxima de 15 días**, y habrá de fijarse un **calendario** de reuniones al inicio del mismo, teniéndose que producir un mínimo de **dos reuniones**, con un intervalo entre ellas no superior a **siete días ni inferior a tres**¹²⁴, no obstante se ha declarado ajustado a Derecho –

¹²⁰ En la SAN 35/2013, de 27 de febrero, se declara la nulidad de la medida suspensiva, adoptada por la empresa sin acuerdo con la RLT, entre otros motivos, por no haber aportado la empresa las cuentas provisionales correspondientes al año en curso hasta el último día del periodo de consultas, lo que impide que éste alcance el fin de la negociación efectiva de buena fe.

¹²¹ En caso de que la empresa esté integrada en un **grupo de empresas**, que tenga obligación fiscal de formular cuentas consolidadas, deberá entregar las cuentas e Informe de gestión de la sociedad dominante del grupo. Si no tiene dicha obligación, deberá aportar las cuentas y el Informe de todas las empresas del grupo. **La SAN 1-4-2013 (F8), confirmada por STS de 24/6/2014, determina la nulidad de la medida, por falta de aportación de la documentación contable de las empresas españolas de un grupo internacional, con las que la empresa afectada mantenía saldos deudores y acreedores.**

¹²² La emisión de informe ha perdido relevancia porque desde la reforma de 2012 la autoridad laboral no tiene competencia para autorizar la medida de suspensión. La emisión de informe es un derecho de la representación de los trabajadores, no ha de entenderse como un trámite obligatorio para la posterior impugnación de la suspensión de contratos.

¹²³ **SAN 1-4-2013** : «La falta de aportación de las cuentas anuales de empresas vinculadas con las que no se consolidan cuentas pero se mantienen cuentas acreedoras y deudoras determina la nulidad de la medida, porque esa información es imprescindible para que el periodo de consultas sea válido».

¹²⁴ Pese a la claridad de la ley respecto a la duración máxima del p.c., numerosas sentencias han relativizado este requisito, declarando que es válido el acuerdo para prorrogar la negociación por más días, siempre que no se aprecie

STSJ País Vasco N° 1089/2013, de 11 de junio- el acuerdo alcanzado en una única sesión de negociación. Las partes deben negociar bajo el **principio de buena fe**, con voluntad de alcanzar un acuerdo. Es imprescindible que la parte social cuente con toda la documentación justificativa de la medida desde el inicio de la negociación para que pueda hacerse una idea cabal de la situación empresarial, y el periodo de consultas pueda cumplir sus fines.

A partir de la propuesta inicial **de la empresa, se deben abordar posibilidades alternativas o medidas dirigidas a atenuar el impacto social de la propuesta empresarial**. El **acuerdo en el periodo de consultas requiere** la conformidad de la mayoría de la representación de los trabajadores en la comisión, que **deben representar a la mayoría de los trabajadores de los centros afectados por la medida suspensiva**, para lo que en caso de ser necesario se debe tener en cuenta el porcentaje de representación que tenga cada uno de los integrantes de la comisión negociadora.

La suscripción del acuerdo genera una **presunción de veracidad de concurrencia de las causas justificativas de la medida suspensiva**, con arreglo a lo previsto en el art. 47.1 E.T. Por tanto, la medida de suspensión adoptada con acuerdo solo podrá ser impugnada alegando la concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del mismo, entre lo que cabe entender también los vicios e ilegalidades que se hayan podido cometer durante el periodo de consultas¹²⁵.

- 2) Comunicación a la RLT y a la autoridad laboral: Finalizado el periodo de consultas con o sin acuerdo, la empresa **tiene un plazo de caducidad de 15 días** para comunicar la decisión empresarial de suspensión de contratos a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral¹²⁶. La comunicación debe contener las actas de las reuniones celebradas, el calendario de la suspensión de contratos y en su caso, copia del acuerdo alcanzado. La autoridad laboral debe dar traslado de dicha comunicación a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que tiene que elaborar **informe en el plazo de 15 días**, relativo al cumplimiento de los requisitos mínimos del procedimiento y sobre el periodo de consultas (arts 22 y 11 del R.D. 1483/2012).

La autoridad laboral tiene además la facultad de impugnar la medida de suspensión, en caso de que a la vista del informe de la ITSS y a petición de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, considere que la suspensión tiene como fin la obtención indebida de las mismas. La **STS de 17-7-2014** confirma la declaración de nulidad de medida de suspensión de contratos adoptada con acuerdo, por entender que se trata de un desplazamiento a las arcas públicas de la obligación empresarial de abonar los días de inactividad.

- 3) Notificación individual: Tras la comunicación de su decisión a la RLT y a la autoridad laboral, el empresario puede ya proveer a la notificación individual a cada tra-

fraude de ley o mala fe en dicha prolongación. **SAN 43/2013, de 13 de marzo, STS 18-3-2014 RC 125/2014.**

¹²⁵ La presunción «*iuris tantum*» de concurrencia de causas de justificación en caso de acuerdo constituye una diferencia esencial con el procedimiento de despido colectivo, en el que la conclusión con acuerdo del periodo de consultas no impide la impugnación del despido por inexistencia de causas de justificación.

¹²⁶ El transcurso del plazo de 15 días sin que el empresario haya procedido a notificar su decisión produce la caducidad de todo el procedimiento, y la imposibilidad de proceder a la suspensión de contratos, pero no impide que la empresa entable un nuevo periodo de consultas; **STS 18.03.2014, Rcuod 125/2013.**

bajador afectado por la medida de suspensión. En dicha comunicación se deben concretar el periodo de suspensión, que puede ser en días sucesivos o alternos (art. 23 R.D.1483/2012)¹²⁷. Durante el periodo de suspensión, los trabajadores afectados pueden trabajar para otras empresas, como alternativa a la percepción de la prestación por desempleo (STS 7-5-1990). La suspensión del contrato no da derecho a salarios ni indemnizaciones de ningún tipo durante su duración, excepto pacto en el periodo de consultas. El trabajador podrá acceder a la prestación por desempleo si reúne los requisitos para ello. A tales efectos, la autoridad laboral debe comunicar a la entidad gestora (SEPE) la decisión empresarial de suspensión, con indicación de la causa, identificación de los trabajadores afectados y determinación del periodo de suspensión¹²⁸.

- 4) **Impugnación de la medida:** La medida suspensiva es impugnabile por la vía general de impugnación de medidas de «flexibilidad interna» (modificaciones sustanciales, movilidad geográfica) del **artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción**, a fin de que el órgano judicial determine la medida como injustificada o nula. El plazo para la interposición de la demanda es de **20 días hábiles** desde la notificación de la medida a los representantes de los trabajadores, o al trabajador afectado, si es éste quien la interpone. Si se falla la medida injustificada o nula, se ha de declarar la reanudación del contrato de trabajo, así como la condena al empresario a abonar los salarios dejados de percibir. Cuando la medida afecte a un número de trabajadores que supere los umbrales previstos en el artículo 51.1 del E.T. (10% plantilla, o 30 trabajadores en empresas de más de 300), podrá impugnarse por los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores mediante el procedimiento de **conflicto colectivo**. Pese a la remisión legal al procedimiento de conflicto colectivo, hay que tener en cuenta que con arreglo a doctrina de la Audiencia Nacional confirmada por el TS, por aplicación del art. 64.1 de la LRJS no es preceptivo el intento de conciliación, y por tanto **el cómputo del plazo de caducidad de 20 días no se interrumpe por el intento de conciliación**¹²⁹.

Con arreglo a lo previsto en la Disposición Adicional 21ª del Estatuto de los Trabajadores (en la redacción dada por la reforma laboral operada con la Ley 3/2012 de 6 de julio), las previsiones del art. 47 del E.T. Para la suspensión de contratos no son de aplicación a las Administraciones Públicas y entidades de Derecho Público, **exceptuando a aquellas empresas públicas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos con sus operaciones en el mercado**.

¹²⁷ Aunque el art. 23 R.D. 1843/2012 establece que la concreción de los periodos de suspensión se hace a cada trabajador individualmente, debemos exigir que la determinación del periodo suspensivo con carácter general se haga en la comunicación inicial a la RLT, con arreglo al art. 17.2.d) de la misma norma, sin admitir que la empresa proponga la medida suspensiva como una suerte de «bolsa de horas» a su disposición.

¹²⁸ Entre los años 2009 y 2013 estuvieron en vigor sucesivas normas (la última el art. 16.1 de la Ley 3/2012) que prevenían la reposición de las prestaciones de desempleo consumidas durante un ERTE, en el caso de que se produjese un despido posterior. Sin embargo dicha previsión no se ha prorrogado a partir del 01.01. 2014.

¹²⁹ SAN 140/2012 de 19 de noviembre, confirmada por la STS 9 de diciembre de 2013, RC 85/2013.

7.1.1.7. Reducción de Jornada por causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción. Artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores y R.D. 1483/2012

La reducción de Jornada por causas ETOP opera igual que la suspensión del contrato de trabajo, pero opera como una suspensión parcial de la jornada de trabajo, que consiste en una **disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento del tiempo de trabajo**. La adopción de la Reducción de Jornada al amparo del art. 47 del E.T. se ha de justificar en una situación coyuntural de la empresa, y ser por tanto de duración determinada, puesto que la conversión definitiva de un contrato a jornada completa en uno a tiempo parcial y viceversa requiere siempre la conformidad del trabajador afectado con arreglo a lo previsto en el artículo 12.4.e) del E.T.¹³⁰.

El procedimiento a seguir es el mismo que el fijado en el art. 47 E.T. y artículos 16 a 24 del R.D. 1483/2012 para la Suspensión, y ha de seguirse con **independencia del número de trabajadores afectados (STS de 7 de octubre de 2011)**.

La notificación individual a los trabajadores afectados por la medida ha de ser expresiva de la duración de la misma, y debe **concretar el horario afectado**. Los trabajadores con reducción temporal reducen su salario en proporción, y **no pueden realizar horas extraordinarias** salvo aquellas que se declaren de fuerza mayor.

El trabajador con reducción de jornada tiene derecho a la prestación por desempleo y a la cotización empresarial a al Seguridad Social en los mismos términos que el trabajador con suspensión de empleo y sueldo. La empresa debe comunicar al SPEE con carácter previo a su efectividad las medidas de reducción adoptadas y las variaciones sobre el horario de trabajo previsto para cada trabajador. El incumplimiento de esta obligación constituye una sanción grave con arreglo al art. 22.13 de la LISOS.

7.1.1.8. Fuerza Mayor (arts. 45.1 i), 47.3 y 51.7 del E.T.). Artículos 31 a 33 del R.D. 1483/2012

Es otra causa de suspensión del contrato de trabajo recogida en el artículo 47.3 del ET. La fuerza mayor se caracteriza porque viene dada por un acontecimiento externo al círculo de la empresa, se define como un **acontecimiento involuntario, imprevisible o inevitable, que imposibilita la actividad laboral (SSTS de 7 de marzo de 1995, y 10 de febrero de 1997)**, existiendo una desconexión entre la circunstancia y el ámbito de actuación de la empresa¹³¹.

Ha de tratarse asimismo de una causa que imposibilite la prestación laboral de modo **temporal**, pues en caso contrario no procedería la suspensión sino la extinción del contrato de trabajo.

- **Procedimiento:** El procedimiento es el mismo que el regulado en el art. 51.7 del E.T. Y en los artículos 31 a 33 del R.D. 1483/2012 para el despido por fuerza mayor. La empresa debe comunicar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la solicitud situación de fuerza mayor, con aportación de la documentación acreditativa de la misma. La autoridad laboral, autonómica o estatal en función del ámbito de aplicación de la suspensión, debe pedir informe a la ITSS, dar audiencia a la RLT y a la empresa para que hagan alegaciones en el plazo de 1 día, y realizar cuantas otras

¹³⁰ No obstante, algunos órganos judiciales han admitido la imposición por la empresa de la jornada a tiempo parcial a determinados trabajadores, en supuestos en que se adopta con acuerdo como medida de acompañamiento de un Despido Colectivo, v. SAN 241/2014, de 9.12.2014.

¹³¹ Circunstancias independientes de la voluntad del empresario, que a la vez sea imprevisible y resulte inevitable para el empresario en cuanto causa determinante del incumplimiento de la obligación. (STS 29-11-99).

diligencias considere necesarias para verificar la situación. En el plazo de cinco días transcurridos desde la solicitud, la autoridad laboral debe dictar **resolución limitada a constatar la existencia o no de situación de fuerza mayor**. Constatada la situación de fuerza mayor, la empresa es quien debe tomar la decisión de si procede la medida suspensiva, la duración de la misma, o medidas extintivas. Si instruido el expediente no quedase constatada la existencia de fuerza mayor, el empresario no podrá suspender contratos por esta causa, pudiendo recurrir a iniciar un procedimiento por causas ETOP.

- **Impugnación y Efectos:** La resolución de la autoridad laboral que no aprecie la existencia de fuerza mayor puede ser impugnada por la empresa ante la jurisdicción social por la vía del procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral regulada en el art. 151 de la Ley de la Jurisdicción Social. En caso de apreciarse, los trabajadores afectados pueden impugnar la decisión empresarial de la misma manera que cuando la suspensión se basa en causas ETOP (art. 33.6 del R.D. 1483/2012).

Los efectos sobre los contratos de los trabajadores suspendidos por fuerza mayor son idénticos a los que se producen cuando la suspensión se debe a causas ETOP, con la salvedad de que cuando la suspensión se debe a catástrofes naturales de gran trascendencia suelen contar con beneficios adicionales (prestaciones por desempleo especiales o complementarias, exoneración de cuotas...).

Los efectos de la resolución se retrotraen a la fecha de la solicitud de la empresa.

7.1.1.9. Otras causas legales de suspensión del contrato de trabajo

- Suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias (art. 45.1.h E.T.). **Ver apartado Faltas y Sanciones del Capítulo 3.**
- El ejercicio del derecho de huelga (art. 45.1.l del E.T.). **Ver Capítulo 8.**
- Por «cierre legal de la empresa» (art. 45.1.m del E.T.). **Ver Capítulo 8.**
- Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser **víctima de violencia de género** por parte de un hombre con quien haya mantenida una relación sentimental (no se exige convivencia), en los términos previstos en los **artículos 45.1.n y 48.6 del E.T.** Es necesario que la trabajadora haya obtenido del juez una «orden de protección», aunque se admite un informe del Ministerio Fiscal que constate la existencia de indicios de violencia de género. En este caso, la suspensión se establece para un **máximo de seis meses, que el juez puede prorrogar por periodos de tres meses hasta un máximo de dieciocho**. El periodo de suspensión por este motivo se computa como de cotización efectiva a la Seguridad Social.

7.2. Excedencias: Artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores

Las excedencias pueden ser voluntarias o forzosas.

7.2.1. EXCEDENCIA FORZOSA

Da derecho a la **conservación del puesto de trabajo, y al cómputo de la antigüedad de su vigencia**, refiriéndose el ET a este supuesto en los siguientes preceptos: artículo 46.1, artículo 37.3 d, artículo 46.3 y artículo 46.4. Además el apartado 6º del artículo 46 permite extender a



otros supuestos, acordados de forma colectiva, el régimen y los efectos de la excedencia, lo que supone poder crear nuevas y diferentes causas, o extender los efectos de la forzosa a la voluntaria.

El derecho a la reserva del puesto de trabajo implica un derecho de reincorporación inmediata, sin necesidad de esperar a que se produzca una vacante en la empresa. En algún supuesto en que se había producido la amortización del puesto de trabajo, la jurisprudencia ha admitido la reincorporación a un puesto de similar categoría, sin perjuicio de los derechos económicos y profesionales del trabajador¹³². La negativa de la empresa a la readmisión, ya sea expresa o tácita, deber ser considerada decisión de despido, e impugnarse como tal.

7.2.1.1. Excedencia por desempeño de cargo público

Tanto el artículo 45.1 f como el artículo 46.1 de ET se refieren al ejercicio de un cargo público representativo, de carácter electivo o por designación, que imposibilite el desarrollo de la actividad laboral. **Requisitos:**

- Cargo público que participa de la actividad política¹³³, en el seno de una administración, ya sea de ámbito local, autonómico, estatal o internacional. Puede tratarse de puestos a los que se accede mediante elecciones (diputados, concejales) o puestos a los que se acceda mediante designación política (Ministros, Delegados de gobierno).
- Cabe también para quienes son designados para desempeñar tareas de asesoramiento en puestos de confianza, siempre que en dicha actividad se participe en la toma de decisiones políticas, y no sea meramente técnica o de gestión¹³⁴.
- Imposibilidad para desarrollar la prestación de trabajo. Bien por incompatibilidad para el desempeño de una actividad profesional paralela con el ejercicio de una actividad pública, bien por imposibilidad de combinar ambas actividades por motivos de horarios. Como alternativa a la excedencia, se permite, mientras sea posible, la compatibilización del ejercicio del cargo público con el de las prestación laboral por medio del permiso retribuido previsto en el artículo 37.3.d) del E.T., siempre que el tiempo dedicado por el trabajador al cumplimiento de los deberes del cargo no supere el 20 % de las horas laborables en un periodo de 3 meses, en cuyo caso, la empresa puede imponer al trabajador para que pase a la situación de excedencia por cargo público¹³⁵.
- Al concluir el mandato o las funciones políticas desempeñadas por el trabajador, debe solicitar el reingreso en su puesto de trabajo, que se ha de producir en los 30 días naturales siguientes (art. 48.3 ET).

¹³² Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) nº 1979/1992, de 13-10-1992.

¹³³ No cabe disfrutar de la excedencia como consecuencia del acceso a un puesto de trabajo ordinario en la función pública, salvo que por Convenio se establezca lo contrario.

¹³⁴ Sobre la cuestión de si los empleos de confianza (técnicos, asesores,) de designación política son asimilables a los propios políticos a efectos del art. 46.1 del E.T hay pronunciamientos judiciales muy diversos. Algunos pronunciamientos parece que extienden el derecho al personal puramente técnico con una relación laboral temporal con la Administración: STS 20-9-2000; STSJ Baleares 17-11-1993; STSJ Cataluña 23-3-1993). En contraposición a dichas sentencias, la **STS de 13-11-2007 (RCUD 3187/2006) en la que se niega el derecho a un asesor en materia de comunicación designado por un Alcalde.**

¹³⁵ STS de 19-3-1986: Es lícito el pacto entre el trabajador y el empresario por el que se acuerda que el trabajador no pase a la situación de excedencia y se descuente de su salario la parte proporcional del tiempo no trabajado que exceda del límite del permiso retribuido previsto en el art. 37.3.d).

7.2.1.2. Excedencia por el ejercicio de funciones sindicales. Artículos 46.4; 48.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1.b) de la LOLS:

Se regula este tipo de excedencia en los artículos 46.4 y el 48.3 del ET. En ninguno de ellos se explicita si la excedencia es forzosa o voluntaria. Es la LOLS, en su artículo 9.1., la que establece que nos encontramos ante una excedencia forzosa, aunque el citado precepto circunscribe dicho derecho a «(...) quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas (...)»¹³⁶.

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 263/1994, de 3 de octubre**, en relación con la no aplicación a los sindicatos minoritarios de la excedencia forzosa, estableció que «... no se vulnera la libertad sindical, porque es claro que los sindicatos que no ostentan la condición de más representativos no quedan privados de la posibilidad real de desarrollar una acción sindical eficaz, que depende de medios de acción propios que no se ven mermados por la denegación de un privilegio que no incumbe a los medios de acción sindical...»

Existe por lo tanto un régimen diferenciado según que el trabajador/a pertenezca a un sindicato más representativo, o no. Así tendremos:

- El trabajador/a pertenece a organización sindical más representativa: Tiene derecho a excedencia con derecho a reserva de puesto de trabajo.
- El trabajador/a pertenece a sindicato minoritario: Aunque se reconoce el derecho a la excedencia, a diferencia del supuesto anterior, no existe una reserva del puesto de trabajo, sino un derecho preferente a la reincorporación en las vacantes de igual o similar categoría a la que ostente. Tampoco se reconoce la antigüedad durante el tiempo de la excedencia. Se asimila por tanto al régimen de la excedencia voluntaria.

La duración de la excedencia será la misma que de la ocupación del cargo, y la solicitud de reincorporación debe formularse dentro de los 30 días siguientes a partir del cese en el mismo, con arreglo al art. 48.3 del E.T. En caso de que el trabajador excedente ocupe de manera sucesiva distintos cargos sindicales o público, el derecho a la excedencia forzosa se puede extender para el desempeño y sucesivos cargos, hasta la finalización del último de ellos¹³⁷. No obstante, es conveniente comunicar a la empresa el cambio de cargo.

Además, el cargo sindical debe ser electivo o representativo, sin que se pueda utilizar la excedencia para el desempeño de un puesto administrativo o de gestión del sindicato. En caso de duda, habrá de acudirse a los estatutos del sindicato para definir la naturaleza del cargo sindical. Tampoco cabe el uso de la excedencia para el ejercicio de cargo sindical de ámbito geográfico inferior al provincial.

Si bien el E.T. nada dice respecto de las condiciones del ejercicio del derecho a la excedencia forzosa, es conveniente que el trabajador/a comunique a la empresa su intención de disfrutarla adjuntando alguna **documentación justificativa** del motivo de la misma.

7.2.1.3. Excedencia por cuidado de hijos

Se regula en el art. 46.3 del E.T. Los trabajadores/as tienen el derecho a una excedencia no superior a **tres años** para atender al cuidado de cada hijo, bien sea natural, bien adoptivo.

¹³⁶ No se incluyen quienes tengan cargos sindicales de carácter comarcal, local o de empresa o centro. No obstante en la Negociación Colectiva se puede pactar el acceso a la excedencia forzosa

¹³⁷ STS de 7 de marzo de 1990.



Igualmente en los supuestos de adopción, o de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo. Asimismo, los trabajadores con contrato de duración determinada también tienen derecho a esta excedencia, y se ha declarado por el Tribunal Constitucional que los preceptos de convenio colectivo que limitan este derecho a trabajadores con contrato temporal son contrarios al principio de igualdad del artículo 14 de la CE (STC 240/1999, de 20-12-199, STC 203/2000, de 24-7-2000).

- Los hijos sucesivos puede dar derecho a un nuevo periodo de excedencia. No obstante, el inicio de la duración de la excedencia por el segundo hijo pone fin a la duración de la primera, de modo que la duración de ambas se superpone (art. 46.3.p5 E.T.). Si durante el periodo excedente la trabajadora tiene un nuevo embarazo, puede pedir la modificación la duración de la excedencia al fin de que poder disfrutar del permiso de maternidad retribuido, según declaró el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta) en su sentencia de 20-09-2007, TJCE 2007\237.
- El E.T. concede el derecho a los trabajadores/as en general, sin mención alguna al tipo de contrato laboral que tengan, por lo que no cabe excluir del derecho a los trabajadores/as con contrato temporal. Este derecho es individual de los trabajadores/as, hombres o mujeres, por lo que se puede solicitar por ambos progenitores simultáneamente. Solo puede limitar el empresario el ejercicio simultáneo por necesidades justificadas de la empresa cuando dos o más trabajadores/as de la misma empresa generasen el derecho por la misma persona.
- La norma tampoco establece un plazo mínimo de disfrute, por lo que no cabe que éste se imponga¹³⁸. Es el trabajador quien tiene el derecho a elegir la duración de la excedencia dentro del máximo de tres años que prefigura el art. 46.3.E.T., pudiendo también fraccionar su duración en distintos periodos, o incorporarse antes de agotar el periodo solicitado¹³⁹.
- La excedencia sólo entra en vigor una vez que se ha agotado la suspensión por maternidad, para evitar así la coincidencia entre ambas figuras. Por lo tanto, su cómputo se inicia transcurrida la baja maternal y finaliza al cumplirse el tiempo de excedencia solicitado, a lo máximo a los tres años del nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa para los casos de adopción o acogimiento¹⁴⁰.
- Los convenios colectivos no pueden extender a esta modalidad de excedencia los requisitos exigidos para el reingreso en otros supuestos de excedencias, como es el fijar un periodo de preaviso obligatorio en el que formular la solicitud¹⁴¹. No obstante, tal como se prevé expresamente en el art. 46.3 párrafo 2, la duración de la misma puede ampliarse por convenio colectivo.
- Condiciones del reingreso. El trabajador/a tiene derecho de reingreso a su mismo puesto de trabajo durante el primer año de duración de esta excedencia (hasta 15 o 18 meses en caso de familia numerosa); tras este primer año, la reserva queda referida a un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

¹³⁸ SAN 42/1997 de marzo; F.3, no cabe establecer plazo mínimo de disfrute. En este sentido, la norma española es más favorable que la comunitaria, Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental, en cuya cláusula 2 se fija la duración mínima de 3 meses.

¹³⁹ STSJ Castilla y León, Valladolid, nº 756/2009, de 10 de julio y STSJ Catalunya nº 5405/2004, de 13 de julio.

¹⁴⁰ En tal sentido se pronunció la STSJ Cantabria, nº 378/2008, de 29 de abril. No obstante hay resoluciones contrarias que declaran que en todo caso la fecha de inicio del periodo máximo de tres años es la del nacimiento, STSJ Catalunya nº 6193/2006, de 20 de septiembre.

¹⁴¹ Sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 31-3-1997. STSJ de Castilla la Mancha de 11-10-2005.

- No hay incompatibilidad absoluta con la realización de otro trabajo por cuenta ajena durante el tiempo que dure la excedencia. La finalidad de la norma es facilitar que el trabajador tenga disponibilidad para el cuidado de sus hijos o familiares, por tanto, lo determinante es si el segundo trabajo por menor duración de la jornada, proximidad al domicilio del trabajador o cualquier otra circunstancia, facilita efectivamente al trabajador el cuidado de sus familiares. Si es así, el trabajador excedente no podrá ser despedido o sancionado¹⁴².
- Existe el derecho a solicitar excedencia por cuidado de familiares una vez concluido el periodo de la excedencia para el cuidado de hijos, al objeto de cuidar al mismo hijo, posibilidad avalada por la cláusula 2ª.1, del Acuerdo Marco sobre permiso parental, aprobado por la **Directiva UE/18/2010, de 18 de marzo**, que establece la posibilidad de instar el permiso parental para el cuidado de hijos hasta los ocho años.
- El tiempo en excedencia es computable a **efectos de antigüedad** en la empresa, art. 46.3.p 5 del ET. Esta regla es aplicable tanto a efectos de despido, como a todo efecto retributivo o derechos vinculados a la antigüedad. El trabajador excedente mantiene el derecho a ser convocado por la empresa a **cursos de formación profesional**, especialmente con ocasión de su reincorporación.
- **Reingreso: Durante el primer año** se configura igual que la excedencia forzosa, el trabajador mantiene el derecho al reingreso automático a su mismo puesto de trabajo (que se extiende a 15 o 18 meses en caso de familia numerosa), mientras que si la **duración de la excedencia es superior**, el trabajador tiene derecho al reingreso a un puesto de su mismo grupo profesional o categoría equivalente. En caso de negativa de la empresa al reingreso, debe ejercitarse contra la misma la acción de impugnación de despido nulo, según se declaró en la **STS 22-2-2013**¹⁴³. Transcurrido el primer año, se mantiene el derecho de reingreso automático, pero no en el mismo puesto de trabajo, sino en uno del «mismo grupo profesional o categoría equivalente»¹⁴⁴.
- **Protección frente al Despido del trabajador excedente forzoso:** Con arreglo al art. 55.5.b) del E.T, el despido de las trabajadoras/es en situación de excedencia forzosa se considera nulo. El grado de protección frente al despido es igual que el de las trabajadoras embarazadas.

7.2.1.4. Excedencia para el cuidado de un familiar

Se trata de cuidados a familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (ver cuadro en apartado 4.2 del capítulo cuarto), que, según prevé el art. 46.3.2º párrafo del E.T., por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida. El período de excedencia en este supuesto es por un máximo de dos años, con derecho al cómputo de la antigüedad por el tiempo de excedencia, y mantenimiento del puesto de trabajo durante el primer año.

¹⁴² STSJ Madrid, nº 263/2009, de 15 de abril; STSJ Andalucía Sevilla nº 2717/2013, de 16 de octubre.

¹⁴³ No obstante, aunque otras sentencias matizan ese pronunciamiento, declarando que mientras no se produce una voluntad unilateral por parte de la empresa de dar por extinguida la relación laboral lo que procede es la demanda instando el reingreso (STS de 23-09-2013 y STSJ Madrid de 11-4-2014), en caso de duda es conveniente formular demanda de despido.

¹⁴⁴ La STSJ Andalucía (Sevilla) de 2-3-1999 declaró que ofrecer al trabajador un puesto de mismo grupo profesional pero en distinta localidad al que ocupaba al iniciarse la excedencia, acreditándose la existencia de vacante en el centro de trabajo de origen es un fraude de ley.



1.2.2. Excedencia Voluntaria (artículos 46.2 y 46.5 del ET)

El trabajador/a con una antigüedad en la empresa de al menos un año, tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor 4 meses y no mayor a cinco años. Para que el trabajador/a la pueda ejercitar una segunda vez, han de transcurrir al menos cuatro años desde el final de la anterior excedencia, periodo que podrá reducirse por Convenio Colectivo o por acuerdo individual con la empresa. De esta misma manera, cabe regular por convenio otras modalidades de derecho a la excedencia voluntaria en las condiciones que allí se pacten.

- Es un derecho del trabajador no condicionado a causa alguna. Si el trabajador cumple con el requisito de antigüedad, **el reconocimiento para la empresa es obligatorio**. Aunque infrecuente en la práctica, es posible solicitar la excedencia voluntaria por parte de trabajadores/as con contratos temporales, dentro de los límites del propio contrato.
- Aunque la ley no lo explicita, **la comunicación a la empresa debe hacerse por escrito**, concretando en el mismo el periodo temporal en el que se pretende ejercitar el derecho. Si el trabajador/a no hace referencia alguna a dicho período, el empresario podrá exigirle que lo concrete, estando obligado el trabajador/a, en base a la buena fe, a hacerlo¹⁴⁵.
- Si el empresario se negara a reconocer el derecho a disfrutar de la excedencia, o a contestar a la comunicación, lo procedente es **reclamar judicialmente el derecho a disfrutar de la excedencia**, no pudiendo por tanto el trabajador/a tomar la excedencia hasta recibir la contestación de la empresa o la decisión judicial, pues en tal caso la jurisprudencia viene considerando que se produce un abandono voluntario del puesto de trabajo¹⁴⁶.

1. Efectos:

- El periodo de excedencia no se computa a efectos de antigüedad ni como tiempo de prestación de servicios para el cálculo de ulterior indemnización por despido.
- El trabajador excedente **tiene un derecho preferente al reingreso** en las vacantes que se puedan producir para su puesto de trabajo u otro de similar categoría, no una reserva del puesto de trabajo. Por «puesto de similar categoría» ha de entenderse aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional. La reserva al puesto de trabajo no opera frente a otros trabajadores con derechos preferentes, que se encuentren en suspensión de su puesto de trabajo o en excedencia forzosa, tampoco frente a situaciones de ascenso o traslado de trabajadores que se encuentren en activo. Si opera frente a trabajadores en activo con contrato temporal y/o a tiempo parcial, que con posterioridad a la solicitud de reingreso del trabajador excedente accedan a contrato indefinido y/o a jornada completa¹⁴⁷. Tampoco se considera vacante la referida a un puesto de trabajo de carácter temporal si el trabajador excedente tenía la condición de indefinido.

¹⁴⁵ Si el empresario no solicita la concreción el trabajador/a podrá solicitar el reingreso en cualquier momento dentro del periodo legal; STS de 30-10-1982.

¹⁴⁶ STS de 5-7-1990.

¹⁴⁷ STS 12-2-2015, Rcu. n.º 322/2014.

- Durante el periodo en excedencia el trabajador mantiene el deber de no realizar **competencia desleal (art. 21.1 E.T.)** a la empresa.
- Aunque la Ley no establece plazos ni para la solicitud de la excedencia ni para realizar la solicitud de reingreso, es frecuente que dichos plazos se contemplen en los convenios colectivos, y hay que cumplirlos, según la STS de 9-12-1993 (Rcud n° 2900/1992).
- Asimismo, aunque nada se prevea en el convenio, la solicitud de readmisión debe hacerse con antelación a la fecha prevista para la finalización de la excedencia, de lo contrario se considera extinguido definitivamente el vínculo laboral por abandono voluntario del trabajador.

2. Acciones frente a la desestimación de la solicitud de reingreso:

La jurisprudencia ha declarado que frente a la negativa al reingreso el trabajador dispone de dos acciones alternativas en función de las circunstancias del caso¹⁴⁸:

- a) **Acción de impugnación de despido:** Procede cuando de la contestación a la solicitud de reincorporación cabe extraer una voluntad inequívoca del empresario de extinguir la relación laboral, aunque sea tácitamente. Se le aplica el plazo de caducidad de 20 días desde la fecha en que se comunique al trabajador la voluntad de no readmisión. El salario regulador a efectos de indemnización de despido es el que hubiera correspondido al trabajador en el momento de la reincorporación, no el de la fecha en que se inició la excedencia.
- b) **Acción declarativa de reconocimiento de la existencia de vacante:** Procede cuando la empresa no niega el derecho a reingreso del trabajador, pero rechaza su reincorporación por inexistencia de vacante. Se tramita por el procedimiento ordinario, y está sujeta al plazo de prescripción de un año desde que el trabajador tiene noticia de la posible existencia de vacante¹⁴⁹. En este caso, el trabajador puede reclamar adicionalmente una indemnización por daños y perjuicios, consistente en el importe de los salarios que se hubieran debido cobrar de producirse la reincorporación en el momento oportuno.

En caso de duda respecto a qué reclamación interponer frente a la negativa empresarial al reingreso, conviene optar en primer lugar por la de despido, para evitar la caducidad. Lo que no impide interponer posteriormente la de reconocimiento de vacante si se determina que no se había producido despido.

3. Prórroga de la excedencia y desempleo:

Salvo acuerdo con la empresa, el trabajador no tiene derecho a la prórroga de la excedencia voluntaria. La prórroga se produce cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa se lo deniega por inexistencia de vacante. En tal situación, se ha considerado que el derecho a la expectativa de reingreso del trabajador no se extingue, sino que perdura de modo indefinido¹⁵⁰.

¹⁴⁸ STS 23-1-1996; Rcud. n° 2507/1995. STS 5-6-2000; Rcud. n° 2469/1999.

¹⁴⁹ No obstante, corresponde a la empresa la carga de demostrar la inexistencia de vacantes, según STS 7-12-1990, Rec. n° 852/1990; STS 29-6-1999 Rcud. n° 3891/1988

¹⁵⁰ STS de 2-7-1987.



En principio, la excedencia se considera baja voluntaria y no da derecho a prestación de desempleo. No obstante, se ha considerado que el trabajador excedente que solicita a tiempo su reingreso a la empresa, puede ser considerado en situación legal de desempleo y percibir prestación por desempleo que le pueda corresponder si la empresa deniega su solicitud poniendo fin a la relación laboral¹⁵¹.

¹⁵¹ STS de 24-3-2001, Rcdn n° 749/2000. Fundamento Jurídico 4°.

8. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO (ARTÍCULO 41 DEL E. T.)

LEGISLACIÓN APLICABLE:

*Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*¹⁵²

Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Código Civil, artículo 6.4.

Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de reforma del sistema de protección por desempleo.

Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y Ley 35/2010 de convalidación del Real Decreto.

Real Decreto 1796/2010 de 30 de diciembre por el que se regulan las agencias de colocación.

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 re-qualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

Real Decreto-Ley 11/2013 de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Real Decreto-Ley 16/2013 de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Ley 11/2013 de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

8.1. Concepto

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo es una crisis de la relación laboral, que se justifica por el poder que la Ley (en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores) confiere al empresario de cambiar, en perjuicio de los trabajadores/as, algunos de los aspectos más importantes de la relación laboral si concurren determinadas causas justificativas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En tales casos, el art. 41 del E.T. reglamenta el procedimiento

¹⁵² Cada concreto desarrollo normativo de cada tipo contractual está expuesto en la explicación de cada una de estas modalidades



que debe seguir la empresa para proceder a la modificación sustancial, así como el derecho del trabajador/a a la rescisión indemnizada de su contrato de trabajo si el cambio de condiciones le supone un perjuicio.

La reforma laboral del Gobierno operada tras la entrada en vigor de la *Ley 35/2010, de 17 de diciembre para la reforma del mercado de trabajo*, introdujo una serie de modificaciones trascendentales en el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones colectivas de trabajo, que facultan a la empresa incluso para la modificación de condiciones de trabajo adoptadas mediante negociación colectiva estatutaria.

Tras la reforma del año 2012, mediante el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la adopción de la modificación sustancial se vincula a la productividad, competitividad (conceptos macroeconómicos) u organización técnica del trabajo en la empresa y se abandona el juicio de razonabilidad de la medida exigido en la regulación anterior y que fue amparado por la jurisprudencia.

El art. 41 del E.T. define como modificaciones sustanciales las que afecten, entre otras (no es una lista cerrada), a las siguientes materias:

- Jornada de trabajo.
- Horario.
- Régimen de trabajo a turnos.
- Sistema de remuneración.
- Sistema de trabajo y rendimiento.
- Funciones, cuando excedan de los límites de la movilidad funcional que prevé el art. 39 del Estatuto de los Trabajadores.

Se trata, como hemos avanzado, de una lista abierta. La jurisprudencia ha considerado que otras condiciones no estrictamente contenidas en la lista tienen también entidad sustancial, y por tanto su modificación unilateral por el empresario debe atenerse a lo establecido en el art. 41 del E.T. Así, se ha considerado que el establecimiento de un sistema de transportes a cargo de la empresa para los trabajadores/as es condición sustancial de trabajo, y por tanto su retirada ha de regirse por lo dispuesto en el art. 41 (STS de 16-4-1999). También se consideran condiciones sustanciales los beneficios sociales o mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social a cargo de la empresa.

Definición Doctrinal: La jurisprudencia entiende por modificación sustancial «la conducta del empresario que altere sustancialmente las condiciones en que se desarrollaba la relación de trabajo en términos tales que el trabajador no se encuentre jurídicamente obligado a soportarlos, porque alteran en su perjuicio condiciones contractuales que resultan trascendentes para la permanencia del vínculo y que suponen una grave frustración del programa de prestaciones, de tal índole que puede justificar la ruptura de una relación que en principio está llamada a mantenerse» (STS de 10-10-2005).

8.2. Delimitación del ámbito de aplicación del art. 41 del Estatuto

Modificaciones que exceden de lo permitido por el art. 41 E.T.

Mediante el procedimiento regulado en el art. 41 del E.T. no cabe que la empresa modifique cualquier condición de trabajo, ya que la regla del art. 41 del E.T. no es tan absoluta como para eliminar la regla general del Derecho común recogida en el art. 1.256 del Código Civil, consistente en que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Determinados aspectos que conforman las condiciones básicas de la relación laboral no pueden ser modificados unilateralmente por el empresario, ni siquiera mediante el procedimiento del art. 41. Se trata de las condiciones que constituyen el objeto mismo del contrato, en general la duración global de la jornada (no su distribución), y la clase de trabajo (no el modo de realizarlo), que determinan los elementos básicos de la prestación laboral, y rebasan el ámbito de aplicación del art. 41 del E.T.

Por ejemplo, no cabría acudir al art. 41 para modificar la jornada a tiempo completo a jornada a tiempo parcial (el art. 12.4.e) E.T. exige la voluntariedad para el trabajador/a).

Sin embargo, la reforma laboral de 2010 introduce la posibilidad de utilizar el art. 41 del Estatuto para que la empresa modifique unilateralmente condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario que hasta ahora habían estado excluidas del ámbito de aplicación de este procedimiento, e incluso de reducir la cuantía del salario convenio, mediante la nueva regulación del descuelgue salarial (art.82.3.E.T.), que remite al actual sistema de modificación sustancial de las condiciones colectivas de trabajo. La reforma laboral del año 2012 lo que permite es ampliar el elenco de condiciones laborales modificables mediante descuelgue de convenio, que hasta la última reforma se limitaba al descuelgue salarial.

Variaciones que integran el poder directivo del empresario («ius variandi»)

Contrariamente a lo expuesto en el apartado anterior, hay modificaciones de las condiciones laborales que no se consideran de suficiente entidad como para regirse por lo dispuesto en el art. 41 del E.T. Así, la jurisprudencia entiende que determinados cambios no tienen trascendencia suficiente, y se encuentran dentro de las facultades regulares de dirección del empresario («*ius variandi*»), reconocidas en el art. 20.2 del E.T. Sin duda, determinar en caso de conflicto si el cambio es de suficiente entidad como para considerarse una mera variación integrada entre las facultades directivas del empresario o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo exige una valoración subjetiva en función de las circunstancias de cada caso.

Por ejemplo, en Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 noviembre de 1997, se consideró que un recargo de la jornada de 25 horas anuales (que resultaba media hora semanal más) no suponía una alteración sustancial de las condiciones de trabajo al variar proporcionalmente la retribución y no sufrir perjuicio el trabajador/a. Tampoco se ha considerado modificación de condiciones sustanciales un cambio de escasa entidad en el régimen de permisos de trabajo establecido en reglamento de régimen interior (STS de 3 de abril de 1995). El Tribunal Supremo ha considerado que no es modificación sustancial la ampliación de la jornada diaria en 15 minutos para realizar una labor formativa, al ser una modificación ocasional, de duración temporal y de escasa repercusión en la jornada laboral (STS de 17 de enero de 2017).

En cambio sí se ha considerado modificación sustancial la supresión de un régimen flexible de horario de entrada, por entender que producía una «innegable repercusión en la organización y distribución del tiempo de trabajo de los trabajadores afectados» (STSJ de Madrid de 22 de mayo de 1998), o la supresión de un derecho a descuento sobre compras que la empresa había mantenido durante años (STS de 9 de abril de 2001).

Situaciones distintas

No se consideran bajo el ámbito de aplicación del art. 41 del E.T. las modificaciones que no causen perjuicio al trabajador/a, por ser cambios intrascendentes que no afecten al modo de realización de la prestación laboral. Así por ejemplo, se ha considerado que no hay modificación sustancial cuando la empresa varía entre 5 y 10 minutos el horario de entrada/salida a la prestación de servicios, respetándose la duración de la jornada pactada.



Tampoco se consideran cambios sustanciales (sino manifestación del «ius variandi» del empresario), las modificaciones que afectan a las funciones que tiene que realizar el trabajador/a en el día a día. El cambio de tareas a realizar, mientras las nuevas pertenezcan al mismo grupo/ categoría profesional del trabajador/a (art. 39.1 E.T.) y no supongan un perjuicio para su promoción o formación profesional (39.3.ET), no constituye modificación sustancial. Cabe también la orden de realización de tareas de inferior categoría si es para atender necesidades perentorias y por el tiempo mínimo imprescindible (art. 39.2).

En todos estos casos, si bien el trabajador/a no tendría derecho a la rescisión indemnizada de su contrato, siempre puede impugnar la decisión empresarial si considera que la orden de variación de funciones dada por el empresario no es ajustada a derecho.

8.3. Causas de justificación de la modificación sustancial

Según dispone el art. 41.1 del E.T., para que el empresario pueda proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo según el procedimiento establecido, es necesario que concurra una doble circunstancia:

- La empresa debe acreditar la existencia de causas de justificación de índole económica (que afecten al resultado de explotación), técnica (relacionadas con los medios o instrumentos de producción), organizativas (relacionadas con el sistema y método de trabajo del personal) o de producción (referente al objeto de producción que la empresa pretende colocar en el mercado).
- A partir de la reforma laboral de 2012, se abandona la regulación anterior, la cual disponía que «se entenderá que concurren las causas cuando la adopción de las medidas propuestas mejoren la situación y perspectivas de la empresa a través de una mejor organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias». Ahora tan solo es necesario que existan «probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción» que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo de la empresa (art. 41 ET).

La jurisprudencia anterior a la reforma de 2012, establecía que la empresa debía acreditar que la medida adoptada contribuye a mejorar la situación de la empresa, sin necesidad de acreditar una situación de crisis (STSJ Cataluña de 23 de enero de 1998, STS unif. doctrina de 17 de mayo de 2005).

Tras la reforma laboral de 2012, la jurisprudencia ha considerado que basta con que las medidas estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica (STS de 27 de enero de 2014). No obstante esta misma resolución ya adelantó que el deber de los órganos jurisdiccionales incluía el examen de idoneidad de la medida, sin que ésta tenga necesariamente que ser óptima para la consecución de los objetivos aducidos por la empresa.

Igualmente el Tribunal Supremo sigue exigiendo a pesar de la letra de la nueva regulación, cierto canon de razonabilidad. En la Sentencia de 7 de julio de 2016, el Tribunal Supremo afirma que en el asunto sometido a la consideración de la Sala no se ha acreditado la concurrencia de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada.

8.4. Materias susceptibles de modificación

Como ya se ha dicho, el art. 41 del E.T. al recoger la expresión «entre otras» antes de enumerar las materias a las que puede afectar la modificación sustancial de condiciones que regula, in-

dica que no se trata de una lista cerrada. Sin embargo, por regla general la modificación sustancial vendrá referida a alguna de los aspectos enumerados en el precepto.

8.4.1. Jornada de Trabajo

La modificación de jornada a que se refiere el apartado a) del art.41 del E.T. es utilizada generalmente por la empresa para modificar la distribución regular de las horas de trabajo a lo largo del año. Por tanto, lo normal es que la modificación de jornada conlleve también la alteración del horario de trabajo (41.1.b).¹⁵³

Por el contrario, los cambios que supongan reducción de jornada con proporcional reducción del salario, no pueden ser impuestos por la empresa por medio del art. 41 del E.T (por prohibición del art. 12.4 del E.T.).

Problemática de los contratados a tiempo parcial: El art. 12.5.d) del E.T. al regular la distribución de las horas complementarias permite que por convenio colectivo se reduzca la anticipación.

La empresa puede comunicar al trabajador incluso por debajo de tres días. Esto somete al trabajador con contrato a tiempo parcial a un régimen de permanente modificación de su jornada y horario laboral.

8.4.2. Horario de Trabajo

La modificación del horario de trabajo fijado por la empresa al inicio de la relación laboral, solo la puede realizar la empresa por la vía del art. 41, en caso de que el trabajador/a no acceda voluntariamente al cambio.

Sin embargo, la jurisprudencia ha venido requiriendo que el cambio de horario tenga cierta entidad o sea importante, habiendo declarado en ocasiones que modificaciones leves no constituyen una alteración esencial de las condiciones de trabajo y forman parte de «ius variandi» del empresario (art. 20 del E.T.).

El Tribunal Supremo ha establecido recientemente, que si el horario de trabajo se regula en el convenio colectivo, ello impide a la empresa hacer la más mínima modificación unilateral sobre el mismo, ni directamente ni acudiendo a la vía del art. 41 del E.T., teniendo que acudir a la negociación colectiva o al pacto individual con cada trabajador/a afectado (STS 28-9-2009), en lógica aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 41.2 del E.T. Si bien entendemos que esta interpretación ha dejado de ser válida con la nueva redacción del art. 41.6 del E.T, que regula el procedimiento para la modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo.

En cada caso, se debe valorar si la modificación que la empresa pretende tiene o no la suficiente entidad para considerarse modificación sustancial.

Así por ejemplo, se ha declarado que la modificación del horario de un trabajador/a con jornada continuada a jornada partida constituye una clara modificación sustancial, que perjudica

¹⁵³ El Tribunal Supremo mantiene que el horario de trabajo es una consecuencia o derivación de la jornada, ya que en él se precisa el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar el servicio, teniendo siempre como referencia la jornada pactada. (STS 26-6-1998).



considerablemente al trabajador/a por aumentar su tiempo de disponibilidad para la empresa aunque no varíe su jornada (STS 28-02-2007).

En distinto sentido y contrariamente a nuestro criterio, el Tribunal Supremo ha declarado que «el cambio de horario consistente en empezar y acabar la jornada durante el verano media hora más tarde, sin afectación de la posibilidad de utilizar los transportes públicos, no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al no ser un cambio de suficiente entidad ni causar perjuicio al trabajador/a (STS 10-10-2005).

Se ha considerado que no tiene el carácter de modificación sustancial:

- La variación del horario, con jornada nocturna, durante escasos días, a unos trabajadores/as que dieron su consentimiento, por las necesidades creadas por campaña de aniversario de centro comercial (STSJ Cantabria de 17-1-1995 y 27 -3-2002).
- Cambiar el horario de toda la plantilla, de 9 a 14, al nuevo de 8.30 a 14.30, teniendo en cuenta que el horario normal establecido en el calendario laboral es de 7.30 a 15.

Por el contrario, se ha considerado que sí tiene el carácter de modificación sustancial justificada:

- La supresión de la jornada intensiva de verano, adoptada por una empresa de servicios que debe dar servicios a clientes cuyos centros de trabajo funcionan mañana y tarde (STSJ Madrid de 16-09-1997).
- La prestación de servicios en sábado en una empresa dedicada a la distribución de productos alimenticios perecederos que realizan la ruta de grandes superficies. (STSJ Cataluña de 13-2-1998 núm. 1192/98).
- La supresión del tiempo dedicado al aseo diario y su compensación económica. (STSJ Cataluña núm. 1336/1996 de 4 de marzo).

Problemática de la fijación anual del Calendario laboral: Con arreglo a lo establecido en el art. 34.6 del E.T., la fijación anual del calendario laboral corresponde a la empresa. Sin embargo, ello no implica que la empresa pueda aprovechar ese momento para cambiar unilateralmente el tiempo y los horarios de trabajo, como sucede con frecuencia. Si la empresa, al elaborar el calendario, altera el tiempo de trabajo que venía realizando con anterioridad, el trabajador/a, debe seguir los trámites del artículo 41; en caso contrario, la fijación del calendario puede ser declarada nula.

8.4.3. Régimen de Trabajo a Turnos

El trabajo a turnos es toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores/as ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador/a la necesidad de prestar servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o semanas.

Jurisprudencialmente se ha considerado justificada la medida en supuestos referidos a: implantación de un nuevo turno de trabajo; modificación del turno a determinados trabajadores/as; exclusión de la rotación de turnos a determinados trabajadores/as y la supresión de varios turnos como consecuencia de la reducción de una contrata (STS de 12 de julio de 2013).

El empresario está sujeto a una serie de límites legales a la hora de introducir modificaciones en el régimen de trabajo a turnos (art. 36.3 E.T.), en concreto: la rotación y que ningún trabaja-

dor/a esté en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo que voluntariamente se haya adscrito a este turno de forma fija.

8.4.4. Sistema de remuneración

Esto es, el conjunto de cualidades o notas, destinos o variedades que inciden en la determinación del salario. Se suele usar el salario como unidad de tiempo (salario diario, mensual, anual), salario por unidad de obra o en función del rendimiento (salario a destajo), salario fijo, salario fijo acompañado de primas o incentivos, etc.

El art.41.1 d) se refiere por tanto a la modificación del sistema de remuneración, es decir, a la modificación de la estructura salarial, no a la modificación del monto total del salario devengado por pacto o por condición salarial más beneficiosa concedida por el empresario, sin perjuicio de que éstas sean objeto de absorción y compensación por la vía de las mejoras salariales pactadas en convenio colectivo.

Lo anterior no implica que la modificación de la estructura salarial realizada unilateralmente por el empresario por la vía del art. 41 del E.T. no pueda minorar en ningún caso la cuantía total del salario, significa que el empresario no puede realizar sin más una reducción del salario, sino que de acreditarse las causas justificadas en el precepto, puede modificar los distintos componentes que conforman el sistema retributivo, de modo que si dicha modificación resulta perjudicial para el trabajador/a deba aplicarse lo previsto en el art. 41 del E.T.

Habrà por tanto que examinar en cada caso concreto si la modificación del sistema retributivo que pretenda la empresa puede o no realizarse por la vía del art. 41 del E.T.

Como ejemplos de casos en los que se ha señalado que no cabe la eliminación no justificada de componentes salariales, cabe citar los siguientes:

- Reducción por la empresa de gastos por desplazamiento que venían disfrutando los trabajadores/as (STS 8-7-1996).
- Supresión unilateral por la empresa del abono de cuotas de servicio de asistencia sanitaria a una entidad privada (STS 11-3-1998).

En otros casos, la jurisprudencia ha venido determinando supuestos en los que las modificaciones de la estructura salarial deben realizarse con observancia de lo establecido en el art. 41 del E.T.:

- Comisiones sobre ventas por reducción unilateral de la comisión (STSJ de Madrid de 28-05-1998)
- Complemento personal al transformar una cantidad fija en variable, dependiendo del cumplimiento de objetivos (STS 6-5-96).
- Eliminación unilateral por la empresa del plus de función concedido previamente como condición más beneficiosa (STS de 20-01-2009).

8.4.5. Sistema de Trabajo y Rendimiento

Cuando en una empresa se pretenden implantar o modificar sistemas de organización del trabajo que repercuten directamente sobre el rendimiento y/o la remuneración del trabajador/a, el cambio debe atenerse a lo establecido en el art. 41 del E.T. Nos referimos por ejemplo a las técnicas de medida de los tiempos de trabajo (cronometraje, «just in time», etc.), a los sistemas de valoración de puestos de trabajo (técnicas de puntuación de factores varios) o a la implantación de sistemas de primas al rendimiento, que puedan redundar en perjuicio de los trabajadores/as.



Se ha considerado que hay modificación sustancial por:

- La alteración del número de trabajadores/as adscritos al sistema de turnos de acuerdo con el comité de empresa (STSJ Andalucía, Granda de 22/07/1998)
- La revisión de tiempos y rendimientos al año de los conductores, hecha unilateralmente por la empresa (STSJ Valencia de 3/12/1996).
- La modificación del sistema de primas (STSJ de Catalunya de 7/7/1999).

No se ha considerado sustancial la medida que supone la supresión de determinadas secciones de reparto, consecuencia de la disminución del tráfico postal, que no conlleva el incremento de la carga de trabajo (STS 22/6/2016).

Se ha declarado ajustada a derecho la implantación de un nuevo método o sistema de mediciones de tiempo de trabajo, con el pertinente análisis de saturación de cada puesto de trabajo, concediéndose mayores períodos de recuperación según sea la dificultad del puesto, sin que concurra vulneración del derecho a la integridad personal ni de normas sobre seguridad y salud de los trabajadores (STS 5/5/2015).

8.4.6. Modificación de funciones que exceden de lo permitido por el art. 39 del E.T.

El precepto está previsto para los supuestos de movilidad funcional que el art. 39 del E.T. no contempla, es decir la modificación de las funciones de un trabajador/a para que realice funciones que no pertenecen ni a su grupo ni a su categoría profesional, y no por el tiempo imprescindible para atender una situación urgente, sino con vocación de permanencia. Para proceder a este tipo de modificación de las funciones, la empresa tiene que acordarlo con el trabajador/a, y de no haber acuerdo, cabe que utilice la vía del art. 41 para ordenar unilateralmente el cambio de funciones.

En todo caso, la empresa tiene que acreditar la existencia de las causas de justificación para proceder a la modificación unilateral de las funciones. De igual modo, la modificación que vulnere la dignidad del trabajador/a o su formación profesional no la puede realizar la empresa ni siquiera por la vía del art. 41 del E.T.

Se considera que existe modificación sustancial en los siguientes casos:

- Realización de funciones de inferior categoría con carácter indefinido (STSJ País Vasco de 16-02-1999).
- Asignaciones de funciones inferiores a las del grupo profesional por razones técnicas u organizativas debidamente notificadas al comité de empresa, pero sin señalarse el tiempo imprescindible para su atención ni justificarse las razones perentorias o imprevisibles de la actividad productiva que las justificaban (STSJ Galicia de 6-11-1997).

8.4.7. Modificación de condiciones más beneficiosas consistentes en mejoras o beneficios sociales

Retomando lo dicho anteriormente respecto a que la lista de materias a la que puede afectar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo contenida en el art. 41.1 del E.T. no es cerrada, sino que cabe reconducir a este artículo la modificación o supresión unilateral (no pactada ni en negociación colectiva, ni en pacto individual) de condiciones más beneficiosas en general, nos encontramos por ejemplo con el caso de los complementos de las prestaciones de la Seguridad

Social, cuando la empresa pretende su reducción o eliminación. Es también el caso de la supresión de los sistemas de transporte a cargo de la empresa.

La doctrina judicial ha entendido en ocasiones que las condiciones más beneficiosas pueden dejarse sin efecto por la vía del art. 41 ET dado que la lista de materias susceptibles de modificación sustancial es abierta y meramente ejemplificativa (STSJ Asturias 4 de diciembre de 2015).

8.5. Procedimiento y efectos

La redacción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores configura distintos procedimientos para proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en función de si son medidas de carácter colectivo o individual. Las condiciones de trabajo pueden estar previstas en negociación colectiva de trabajo que se disfruten en virtud de pacto, contrato de trabajo o acuerdo de empresa.

Se considera de naturaleza colectiva aquella modificación sustancial de las condiciones de que afecten, en un periodo de noventa días:

- Diez trabajadores/as, en empresas que ocupen a menos de 100 trabajadores/as.
- El 10% de los trabajadores/as en aquellas empresas que ocupen a entre 100 y 300 trabajadores/as.
- 30 trabajadores/as en empresas que ocupen a más de 300 trabajadores/as.

La modificación de carácter individual es aquella medida que reuniendo todos los requisitos anteriores, afecte a un número inferior de los anteriores.

8.5.1. *Modificaciones de carácter individual*

El art. 41. 3 del E.T. establece el procedimiento a seguir por la empresa en la modificación sustancial de carácter individual. Es preceptivo que la empresa, preavise con 15 días de antelación, tanto al trabajador/a, como a sus representantes legales (unitarios y sindicales) la decisión de la modificación, sin que sea posible alegar la reducción del preaviso por causa de urgencia. Transcurrido ese plazo, la decisión es directamente ejecutiva.

Aunque nada se dice en el art. 41, debe entenderse por razones de seguridad jurídica que la decisión modificativa se ha de comunicar por escrito. La comunicación en este sentido, requiere del adecuado conocimiento por parte del trabajador y la constancia expresa de los motivos, así como la fecha de la notificación (STJS de Madrid de 22 de noviembre de 2013).

La comunicación debe explicar las causas justificativas de la modificación sustancial, sin que se entienda cumplida esta exigencia con la mera alusión de las causas (STSJ de Madrid de 10 de julio de 2015), así como, en el caso de afectar la misma a la jornada, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos del trabajador/a, al régimen de remuneración y cuantía salarial y a las funciones que excedan los límites de la movilidad funcional, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por cada año trabajado con un máximo de nueve mensualidades de sueldo, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año (art.41.3 ET).

8.5.2. *Modificaciones de carácter colectivo*

La reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2012 supone un cambio sustancial en el criterio de identificación del carácter individual o colectivo de la modificación, pues este pasa de basarse en el origen de su régimen regulador para sostenerse en el elemento meramente cuanti-



tativo, de manera que será colectiva la modificación cuando afecte a un determinado número o porcentaje de trabajadores del total de la empresa, con independencia de cuál sea la fuente reguladora de la condición de trabajo modificada (STSJ Aragón 17/01/2014).

El procedimiento de modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo se encabeza por un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores/as durante un periodo de 15 días previa constitución de la comisión negociadora. En este periodo de consultas debe estar presidido por la buena fe negociadora, de modo que la Audiencia Nacional ha considerado que no existe buena fe cuando se lleva a cabo una medida que no coincide con ninguna de las propuestas barajadas durante el periodo de consultas (SAN 128/2013). Durante este periodo, la empresa puede facilitar los datos y documentos pertinentes siempre y cuando permitan comprobar la relación con la medida. De este modo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de diciembre de 2014 ha declarado nulo el procedimiento de modificación sustancial por deficiente información contenida en la memoria explicativa en la que no existen datos concretos sino gráficos que expresan datos generales. En la misma Sentencia se declara la mala fe de la empresa en la negociación en tanto en cuanto ofrece a la representación de los trabajadores un ultimátum si no accede a las ofertas propuestas.

La información que se notifique a la representación de los trabajadores habrá de versar necesariamente sobre las causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21 de noviembre de 2012). Si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el periodo de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida (SAN 22 de abril de 2014).

El Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de la medida de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo en un grupo de empresas por incumplimiento del periodo de consultas, al haberse negociado con el empresario aparente y no con los empresarios reales, puesto que la empleadora formal carecía de dirección empresarial propia por decisión de la empresa dominante (STS 21 de mayo de 2015).

Una vez finalizado el periodo de consultas, la empresa debe notificar a los trabajadores/as afectados la decisión, tanto si se ha alcanzado acuerdo como si no (41.5 ET).

8.6. Impugnación de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

Contra la decisión de modificación, tanto si se trata de modificaciones individuales como colectivas, el trabajador/a tiene las siguientes opciones:

- Aceptar la decisión modificativa, adaptándose a los cambios que se le impongan.
- Impugnar la decisión empresarial, si se estima que es ilegal, reclamando la declaración de nulidad de la orden empresarial (lo cual no le exime al trabajador/a de cumplir con la modificación).
- Rescindir el contrato de trabajo si se estima que no le interesan las nuevas condiciones de trabajo impuestas por la empresa, solicitando en caso de corresponderle la indemnización de 20 días (sólo si la modificación afecta al tiempo de trabajo, jornada, sistema de remuneración y cuantía salarial, horario o régimen de turnos y funciones que excedan de los límites de la movilidad funcional)

De impugnarse modificaciones individuales, será el trabajador/a el que interponga la demanda, mientras que si las modificaciones son colectivas, podrán interponer la demanda, bien el trabajador/a individualmente en lo que a él respecta, bien la representación colectiva en procedimiento de conflicto colectivo.

El plazo de impugnación es de 20 días, iniciándose el cómputo desde la notificación de la decisión, bien al propio trabajador/a, bien a los representantes de éstos en las modificaciones colectivas. La interposición de conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta que se resuelva aquél.

Si se declarara injustificada la medida adoptada por la empresa, el trabajador/a tendrá el derecho a ser reincorporado en sus anteriores condiciones de trabajo. Si el empresario no lo hiciera, o lo hiciera de modo irregular, al trabajador/a podrá solicitar la extinción del contrato con la percepción de una indemnización de 33 días por año de trabajo.

La modalidad procesal de impugnación de modificación sustancial está excluida del recurso de suplicación, salvo si la modificación tiene carácter colectivo, y en este segundo caso, aun afectando y habiendo sido impugnada por un único trabajador por la modalidad del art. 138 LRJS, pues lo determinante para el acceso al recurso es la naturaleza colectiva de la decisión empresarial (STS de 9 de abril de 2014). También es posible acceder al recurso de suplicación en los casos en que la modificación sea individual pero la reclamación por daños y perjuicios exceda de 3.000€ (STS de 10 de marzo de 2016).

Notas para defenderse de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la movilidad funcional y geográfica, y las reestructuraciones internas en la empresa.

Para prever posibles cambios de puestos de trabajo, modificaciones en materias como jornada, horarios, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración y sistemas de trabajo y rendimiento, tanto individuales como colectivas, reestructuraciones internas en diferentes secciones y/o unidades de trabajo, así como cambios funcionales, se establecen las siguientes reglas de obligado cumplimiento por las partes:

- Comunicación previa a los representantes de los trabajadores/as y/o Secciones Sindicales, emitiendo informe motivado, por parte de la empresa, de las causas y condiciones de los cambios, que debe incluir, lógicamente, el plan de formación, capacitación y adaptación necesarias.
- Los representantes de los trabajadores/as y/o Secciones Sindicales nombrarán una Comisión que, junto con la de la Empresa, emitirán informe motivado estructural por los cambios y en él se tendrá en cuenta, aparte de las circunstancias específicas concurrentes, los criterios generales sobre solicitudes voluntarias de los trabajadores/as a cambiar y prioridad de los mismos por antigüedad, categoría/función, capacitación, etc.
- Este paso será obligatorio y previo a cualquier otra actuación, no pudiendo la empresa introducir modificaciones funcionales y/o de condiciones de trabajo individuales y/o colectivas, sin haber agotado el procedimiento reseñado.

La Comisión tendrá por objeto alcanzar un acuerdo entre las partes mediante la negociación de buena fe, que versará sobre las medidas a adoptar al efecto de conseguir la menor alteración posible en las condiciones de trabajo. En el caso de no alcanzarse un acuerdo, la Empresa, notificará a los representantes de los trabajadores/as y/o Secciones Sindicales las medidas a adoptar, quedando dichas medidas en suspenso si por parte de las personas afectadas, en los casos individuales, o bien por parte de los representantes de los trabajadores/as, en los casos colectivos, se presentaran demandas ante la jurisdicción laboral competente y hasta la resolución de las mismas en primera instancia.



8.7. Descuelgue de convenio y modificación sustancial de las condiciones de trabajo

La reforma operada por la Ley 35/2010, incorporaba un procedimiento para el descuelgue de las condiciones salariales establecidas en los convenios colectivos. Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, se amplían los supuestos de inaplicación del convenio colectivo, de modo que con esta nueva regulación es posible que las empresas inapliquen lo pactado en el Convenio Colectivo respecto de la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional del art. 39 ET así como de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, toda vez que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo.

A diferencia del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no es posible el descuelgue unilateral de las condiciones pactadas en convenio colectivo que regula el artículo 82.3 ET. Tal proceder de descuelgue no es una actuación que reúna validez jurídica, lo que conlleva que tal decisión unilateral de la empresa ha de ser declarada nula (STSJ Asturias 1 marzo 2013). En el procedimiento de descuelgue han de darse las causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, pero ellas por sí mismas no pueden legitimar el puro y llano incumplimiento convencional, tal y como argumenta la Audiencia Nacional en Sentencia de 23 mayo 2013. Tampoco sería válido a estos efectos el pacto individual, al comportar una renuncia de derechos prohibida por el artículo 3.5 ET. El hecho de que la empresa y los trabajadores alcanzaran un acuerdo para la inaplicación del convenio colectivo no subsanaría la omisión de un procedimiento exigido legalmente, que es objetivamente distinto al previsto en el art. 41.4 ET (SAN de 12 junio 2013).

Importantes son los pronunciamientos del Tribunal Supremo en SSTs de 5 noviembre 2013, 11 diciembre 2013 y 13 marzo 2014 —casos IKEA IBÉRICA, ALCAMPO y CARREFOUR— que declaran la nulidad de la modificación unilateral de la regulación horaria prevista en el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes sin seguir los cauces del descuelgue de convenio (art.82.3 ET).

En resumen, el procedimiento de descuelgue previsto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores/as exige, en principio, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Es decir, al contrario de lo que ocurre con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, no basta con seguir el periodo de consultas para poder aplicar la decisión empresarial.

Sin embargo, el cauce procesal de modificación sustancial ofrece a los trabajadores/as afectados por la medida, la posibilidad de rescindir el contrato con indemnización de 20 días, posibilidad que no presenta el cauce de descuelgue del convenio colectivo.

9. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, artículo 40.

Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Directiva 96/71/CE

Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Resolución 15.VI.15, III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017.

Resolución 8.VIII.16, V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales.

Real Decreto Legislativo 5/2000, Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Se produce un traslado o desplazamiento cuando un trabajador/a debe acudir a centro de trabajo en distinta localidad que le implique cambio de residencia. En la movilidad geográfica debemos distinguir entre traslados y desplazamientos, así como entre traslados individuales y colectivos.

9.1. TRASLADOS

El concepto de traslado se fundamenta en el cambio por parte de un trabajador/a del centro de trabajo, requiriendo cambio de residencia.

Se produce dicho traslado cuando se dan los siguientes elementos:

- Se produce un cambio de centro de trabajo que implica cambio de residencia.
- En definitiva, lo que se pretende proteger por medio del art. 40 del E.T. es el derecho del trabajador/a a la vida privada y familiar, que está íntimamente conectado con el domicilio. Si se produce un traslado de centro de trabajo que no requiera un cambio de residencia para el trabajador/a, no opera el art. 40 del E.T., pues se considera que esa facultad entra dentro del poder de dirección del empresario¹⁵⁴.
- No se determina por ley cuando ha de considerarse que un traslado de centro de trabajo implica la necesidad de un cambio de residencia, y existe al respecto jurisprudencia variada que en definitiva viene a decir que en cada caso habrá que estar a las circunstancias concretas¹⁵⁵ del afectado por el cambio de centro de trabajo, ponderando distintos factores tales como la distancia entre el domicilio del trabajador/a y el nuevo centro de trabajo, las comunicaciones de transporte existentes, la duración de la jornada del trabajo y las facilidades ofrecidas por el empresario para neutralizar los efectos de la orden de movilidad (cabe establecer con base en el artículo 301 de la LGSS que, en todo caso, será un traslado si

¹⁵⁴ STS de la Sala Social de 26 de abril de 2006.

¹⁵⁵ STS de la Sala Social de 16 de abril de 2003.



se acredita que desde su domicilio el trabajador/a requiera un tiempo de desplazamiento al nuevo centro de trabajo que supere el 25% de su jornada laboral).¹⁵⁶

- Se trata de un cambio permanente en el tiempo (indefinido) o un desplazamiento cuya duración es superior a 12 meses en un período de 3 años (de ser inferior se considera desplazamiento temporal y no traslado).
- Cuando el trabajador/a no haya sido contratado específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes. En tal caso, el lugar de trabajo itinerante debe justificarse en las características de la prestación laboral que ejerza el trabajador/a, y quedar reflejada dicha circunstancia por escrito en el contrato de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 2.2.c) del R.D. 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador/a sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.
- El traslado debe estar motivado, con fundamento en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción o contrataciones referidas a la actividad empresarial, considerando tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

9.1.1. *Traslado Colectivo*

9.1.1.1. *Cuestiones Generales*

Se entiende por traslado colectivo aquel que afecta a la totalidad de un centro de trabajo siempre que ocupe a más de 5 trabajadores/as o, sin afectar a todo el centro supere los siguientes umbrales:

- 10 trabajadores/as en empresas de menos de 100 trabajadores/as.
- 10 % en empresas de entre 100 y 300 trabajadores/as¹⁵⁷.
- 30 trabajadores/as en empresas que ocupen a 300 o más trabajadores/as.

Este número de trabajadores/as afectados por el traslado se computa dentro de un período de 90 días.

Cuando para eludir lo regulado en relación con los traslados colectivos, la empresa realice diferentes traslados, en periodos sucesivos de 90 días y número de trabajadores/as inferiores a las cifras antes expuestas, sin diferentes y nuevas causas en cada actuación, dichos nuevos traslados se considerarán en fraude de ley, y por tanto, serán declarados nulos y sin efecto. A efectos de que el traslado sea considerado como colectivo, algunas resoluciones judiciales han resuelto que deben tomarse en cuenta para el cómputo de los traslados producidos en los 90 días de referencia también aquellos que la empresa haya realizado mediante pacto individual con cada trabajador/a¹⁵⁸.

¹⁵⁶ STSJ Canarias 18-11-1993. STSJ de Madrid, de 4-5-2012.

¹⁵⁷ El criterio numérico se refiere al total de trabajadores/as de la empresa y no sólo del centro afectado, según STSJ de Castilla la Mancha de 21 de abril de 1999

¹⁵⁸ STSJ Castilla la Mancha de 26-5-1997.

Al igual que ocurre en materia de traslado individual, el empresario debe acreditar la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa y/o productiva a fin de proceder a un traslado colectivo. La única especialidad respecto al límite causal consiste en la previsión como contenido mínimo del periodo de consultas o negociación con los representantes de los trabajadores/as de las causas motivadoras de la decisión y de la posibilidad de evitar o reducir los efectos.

9.1.1.2. *Período de Consultas*

Debe tener una duración no superior a 15 días, y en él deben tratarse las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores/as afectados.

Las consultas se llevarán a cabo en una **única comisión negociadora** compuesta por 13 miembros en cada una de las partes.

En la expresión «representantes legales de los trabajadores/as» tiene cabida tanto la representación unitaria como la representación sindical. La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal en cuyo caso representarán a todos los trabajadores/as de los centros afectados (art. 40.2 ET).

En defecto de lo anterior operan las siguientes reglas:

- a) Si afecta a un único centro de trabajo la intervención se atribuye al comité de empresa o delegados de personal. En el supuesto de no existir, estos podrán atribuir su representación a una comisión “ad hoc” de un máximo de tres miembros que podrá estar integrada o bien por trabajadores/as de la propia empresa elegidos democráticamente por ellos, o bien por personas designadas, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma, en cuyo caso el empresario puede atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, incluidas las más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que tengan carácter intersectorial o sectorial.
- b) Si afecta a varios centros de trabajo la intervención como interlocutores corresponderá a los siguientes órganos:
 - En primer lugar, al Comité Intercentros, siempre que tuviera atribuida esta función en el convenio colectivo en el que se hubiera creado.
 - En defecto del anterior, una comisión representativa constituida de acuerdo con las siguientes reglas:
 - 1ª. Si todos los centros afectados cuentan con representación legal, todos ellos formarán parte de la comisión representativa.
 - 2ª. Si algunos de los centros contaran con representantes de los trabajadores/as y otros no, la comisión estará integrada en principio por los representantes de los trabajadores/as de los centros que cuenten con ella salvo que los trabajadores/as de los centros sin representantes legales opten por constituir la comisión “ad hoc”, en cuyo caso la comisión negociadora estará constituida por todos ellos (representantes legales y miembros de la comisión “ad hoc”) en proporción al número de trabajadores/as que representen.



- 3ª. Si ninguno de los centros afectados cuentan con representantes de los trabajadores/as, la comisión estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las “comisiones ad hoc” designadas en cada centro en proporción al número de trabajadores/as que representen.

Si como consecuencia de la aplicación de las anteriores reglas el número inicial de representantes fuese superior a 13, se elegirán por y entre todos ellos a un máximo de 13, en proporción al número de trabajadores/as que representen.

Negociación en el período de consultas.

En el período de consultas ambas partes deben negociar de buena fe de cara a conseguir un acuerdo. Aunque esto aparece regulado en el artículo 40 ET, es un principio que debe regular cualquier negociación laboral y que en realidad sólo supone la obligación de negociar pero en modo alguno de llegar a un acuerdo. No obstante, sí que podemos decir que cuando la empresa ya tenga la decisión tomada y se pueda acreditar que tan solo ha tratado de cumplir una formalidad se podrá impugnar la decisión considerando que se ha incumplido el período de consultas. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los/as miembros del comité o comités de empresa, de los/as delegados/as de personal o de las representaciones sindicales que representen a la mayoría de aquellos.

Termine con o sin acuerdo el periodo de consultas, el empresario/a debe notificar a continuación la orden de movilidad individualmente a cada trabajador/a afectado/a. Así también, con independencia del acuerdo que se haya alcanzado, cada trabajador/a mantiene el derecho a extinguir su contrato de trabajo con la indemnización de 20 días de salario por cada año trabajado.

La comisión representativa de los trabajadores/as deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consulta. El plazo máximo para la constitución de la comisión será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores/as, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del período de consultas a los representantes de los trabajadores/as. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo, no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

La apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento. El empresario y la representación legal de los trabajadores/as podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas “por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa” (por convenio colectivo sectorial o convenio propio, por ejemplo), aunque tal procedimiento deberá desarrollarse en todo caso “dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo” (art. 40.2 ET in fine), que es de quince días desde su inicio. Los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el periodo de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios.

El acuerdo al que se llegue en el período de consultas requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos. Si la representación de los trabajadores/as fuese asumida por la comisión anteriormente citada, se requerirá para el acuerdo el voto favorable de la mayoría de sus miembros.

La existencia de acuerdo no impide a los trabajadores/as afectados ejercitar el derecho de opción por la extinción indemnizada del contrato de trabajo (art. 40.1 ET).

Contra la decisión empresarial de traslado se podrá reclamar en conflicto colectivo sin perjuicio de la acción individual otorgada por ley a los trabajadores/as afectados (art. 40.1 ET). La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales hasta su resolución.

Entendemos exigible este derecho a las parejas de hecho, así como independientemente de su orientación sexual, por estar previsto con carácter imperativo por el derecho comunitario en su Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de 27 de noviembre.

9.1.1.3. *Impugnación del traslado colectivo*

Se puede realizar mediante la interposición de procedimiento de conflicto colectivo, así como por las concretas oposiciones por parte de los trabajadores/as afectados mediante el procedimiento especial de impugnación de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 138 LRJS y art. 184 LRJS).

Para impugnar el cambio existe un plazo de caducidad de 20 días a contar tras la notificación de la decisión empresarial (art. 59.4 ET), si bien el plazo para ejercitar la acción rescisoria del contrato por disconformidad con el traslado decidido por la empresa es el de un año y no el de caducidad de 20 días, previsto exclusivamente para impugnar la decisión del traslado¹⁵⁹.

No obstante, el traslado es ejecutivo, lo que implica que su impugnación no suspende la orden empresarial de traslado por presentación de la demanda.

También debemos indicar la posibilidad de solicitar la suspensión del acto impugnado (art. 180 LRJS) si se ha impugnado mediante la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas por entender que ha sido lesionado alguno de los mismos o a posibilidad de plantearlo como medida cautelar con base en la apariencia de buen derecho, el interés preponderante y fundamental, el peligro de pérdida de virtualidad de la efectividad de la demanda y los intereses afectados.

Los representantes legales, unitarios y sindicales, de los trabajadores/as tienen prioridad de permanencia.

9.1.2. *Traslado Individual*

Se consideran traslados individuales aquellos en los cuales no se superan los umbrales referidos anteriormente para delimitar el traslado colectivo del individual, es decir, aquel que afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste no ocupe a más de cinco trabajadores/as, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un período de noventa días comprenda a un número de trabajadores/as inferior a:

¹⁵⁹ STS 29-10-2012



- Diez trabajadores/as, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores/as.
- El 10 por 100 del número de trabajadores/as de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores/as
- Treinta trabajadores/as en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores/as.

El traslado de trabajadores/as es una medida causal, recogiendo en el art. 40 las mismas causas objetivas para su procedencia que las de la extinción del contrato por causas objetivas, es decir, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La jurisprudencia ha venido a determinar que concurren las citadas causas «cuando la adopción de la medida del traslado contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

El empresario debe notificar el traslado al trabajador/a y a sus representantes legales (tanto unitarios como sindicales), con una antelación mínima de 30 días al momento de hacerse efectiva la decisión adoptada. Numerosos convenios colectivos fijan en beneficio del trabajador/a mayores plazos mínimos para preavisar el traslado. Téngase en cuenta, además, que los arts. 4, 6.3 y 7 RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8.5 ET en materia de información al trabajador/a sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, contemplan la obligación del empresario de informar por escrito al trabajador/a sobre cualquier modificación del lugar de trabajo en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que la modificación sea efectiva. La notificación de traslado deberá dirigirse también a los representantes legales de los trabajadores/as —debiéndose entender por tales tanto los unitarios como los sindicales—, a fin de que éstos puedan llevar a cabo adecuadamente el oportuno control del número de trabajadores/as afectados por la medida empresarial en un arco temporal de noventa días, a efectos de que pueda determinarse en cada caso si se trata de un traslado individual o colectivo.

Si bien la ley no lo establece, la jurisprudencia ha determinado una serie de requisitos mínimos que debe contener la orden empresarial de movilidad, como son la indicación del puesto de trabajo a desempeñar en el lugar de destino, el periodo de permanencia previsible en aquel, a efectos de poder discernir si la medida constituye un desplazamiento o un traslado, las causas que lo motivan, la fecha de efectos y los gastos y dietas que se van a percibir. La falta de indicación de tales extremos es causa de que se declare el traslado como injustificado en caso de impugnación.

En cuanto a la compensación de los gastos derivados del traslado, el ET establece que habrá de extenderse a los de los familiares del trabajador/a afectado y se remite a lo que determinen los convenios para la fijación de su cuantía.

En el caso de cónyuges, si a uno se le cambia de residencia, el otro tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si existiera puesto de trabajo. La jurisprudencia ha admitido que el derecho se extienda a ocupar un puesto de trabajo vacante en otras localidades cercanas a aquella en la que trabaje el cónyuge, de manera que sea posible la vida en común.¹⁶⁰

Entendemos exigible este derecho a las parejas de hecho, así como, independientemente de su orientación sexual, por estar previsto con carácter imperativo por el derecho comunitario en su Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de 27 de Noviembre.

La Ley de medidas integrales contra la violencia de género (L.O. 1/2004) introdujo en el apartado 4 del art. 40 ET un nuevo supuesto de movilidad geográfica. En este caso

¹⁶⁰ STSJ de la Rioja, de 15-12-1995.

es la trabajadora víctima de violencia de género quien puede solicitar a la empresa un traslado a otro centro de trabajo por razones de protección. El derecho es a ocupar un puesto en otro centro de trabajo que sea de su mismo grupo o categoría profesional. A tal efecto, la empresa está obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en ese momento, o las que se puedan prever. La trabajadora tiene además derecho a la reserva de su puesto de trabajo de origen durante seis meses, transcurridos los cuales la trabajadora podrá optar entre regresar a su puesto de trabajo o continuar en el nuevo, en cuyo caso decaerá la mencionada obligación de reserva.

Los representantes legales de los trabajadores/as tienen prioridad de permanencia.

9.1.2.1. *Impugnación del traslado*

Frente a la decisión de la empresa, caben dos opciones:

- No impugnar la decisión:
 - Percepción de una compensación por gastos. Estos gastos comprenden tanto los propios como los que provoque en relación con familiares, en los términos en que se convenga por las partes, pero nunca inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos.
 - Extinción de su contrato con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Si además el cambio repercute negativamente sobre su formación profesional podrá reclamar la indemnización superior prevista en el art. 50 ET. El trabajador/a, si va a ejercer la opción de la extinción del contrato con la indemnización señalada, debe notificárselo a la empresa dentro del plazo que va entre que se le notifica el traslado y el momento en que éste debe hacerse efectivo. En caso de optar por la indemnización, no se puede impugnar el traslado. El plazo para optar por la rescisión contractual no será de 20 días de caducidad, sino el plazo general de prescripción de un año.¹⁶¹
- Impugnar la decisión ante los juzgados sociales, en la cual se analizará si el traslado está o no justificado, y si no estuviera declarará el derecho del trabajador/a a ser reincorporado al centro de trabajo de origen. El traslado debe impugnarse dentro de los 20 días siguientes a que se notifique al trabajador/a, y en todo caso, la orden de movilidad dada por la empresa es ejecutiva hasta que la autoridad judicial no se pronuncie, por tanto el trabajador/a debe cumplir con la orden aunque la haya impugnado. Si posteriormente el traslado es declarado injustificado, el trabajador/a tiene derecho a reclamar contra la empresa por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de haber tenido que cumplir forzosamente con la orden declarada ilegal¹⁶².

El TS ha resuelto también, que si bien la opción por la indemnización es incompatible con la acción de impugnación del traslado, lo que si es posible es que el trabajador/a opte por la

¹⁶¹ TS unif doctrina 29 de diciembre de 2012.

¹⁶² STS de 2 de junio de 2008.



indemnización de 20 días por año trabajado después de haber impugnado sin éxito la orden de traslado¹⁶³.

La impugnación del traslado se puede realizar mediante el procedimiento especial de impugnación de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 138 LRJS).

Si bien el plazo para impugnar el traslado es de 20 días, la Jurisprudencia ha establecido que si la empresa no ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 40 ET, no se aplica tal plazo y sí en cambio el general de 1 año de prescripción.

La interposición del conflicto colectivo paralizará las acciones individuales hasta su resolución. (art. 40.2 ET).

9.2. DESPLAZAMIENTOS

La empresa podrá realizar desplazamientos temporales de sus trabajadores/as por razones económicas, técnicas, productivas o de organización o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, y que impliquen la residencia en población distinta de la de su domicilio habitual, pero con carácter eminentemente provisional (diferencia con el traslado), por concurrir circunstancias temporales. El carácter temporal desaparece cuando en un período de 3 años se producen sucesivos desplazamientos que excedan en total los 12 meses. La fecha inicial para el cómputo del plazo de 12 meses es la de inicio del primer desplazamiento.

Aunque en el ET no se exige claramente, la orden de desplazamiento que de la empresa al trabajador/a debe tener un contenido mínimo que se deriva de las exigencias de la buena fe, debe precisar el puesto de trabajo y funciones a desempeñar por el trabajador/a en el puesto de destino, las causas que lo motivan, y los gastos y dietas que se van a percibir a consecuencia del mismo.

Se deberán abonar los salarios, gastos de viaje y las dietas. Es habitual que en la negociación colectiva se determinen con más precisión los periodos de tiempo que diferencian al desplazamiento del traslado, así como las condiciones de manutención y residencia del trabajador/a desplazado.

Cuando el traslado tenga una duración superior a tres meses, el trabajador/a deberá ser informado con una antelación mínima de 5 días. Además, en este caso, el trabajador/a tendrá derecho a un permiso de 4 días laborales en su domicilio de origen por cada 3 meses de desplazamiento, y sin computar como tales los días de viaje.

La orden de desplazamiento podrá impugnarse en los mismos términos que los traslados.

Es necesario que este desplazamiento a que se refiere el art. 40.6 párrafo último del ET se haya llevado a cabo en un solo centro de trabajo, ya que, si se da en varios, no existe ningún tipo de traslado, sino varios desplazamientos continuados o sucesivos y, por tanto, no puede entrar en acción aquel precepto. Asimismo, dispone que a las empresas con centros móviles o itinerantes no les son aplicables las reglas del art. 40 ET y, normalmente, tampoco el párrafo cuarto del art. 40.6.

Serán considerados traslados los desplazamientos cuya duración exceda de 12 meses en un período de 3 años.

Los representantes legales de los trabajadores/as tienen prioridad de permanencia.

¹⁶³ STS de 21 de diciembre de 1999

9.3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La CGT, en relación con la Movilidad Geográfica, plantea impulsar en la Negociación Colectiva los siguientes puntos:

- Limitación de la capacidad del empresario/a de modificar las condiciones de trabajo mediante la movilidad geográfica.
- Exigir mecanismos de control sindical sobre la movilidad geográfica.

9.4. MOVILIDAD FUNCIONAL

Legislación aplicable:

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores/as, artículo 39.
- Ley36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Es todo cambio sobrevenido durante el cumplimiento del contrato que conlleva que el trabajador/a realice tareas o actividades profesionales distintas a las que venía prestando hasta el momento.

9.4.1. *Movilidad Ordinaria*

El apartado primero del art. 39 establece que *“la movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador”*.

En la práctica el resultado es el mismo, con independencia de que el sistema empleado sea el de grupos o el de categorías. La única diferencia es que en los grupos profesionales existe la presunción de que los cambios se efectúan dentro del mismo grupo son profesionalmente equivalentes. No obstante, si el sistema de clasificación profesional está basado en grupos y categorías profesionales equivalentes y no equivalentes, conviene que se busque mediante la negociación colectiva, que el grupo pierda su función limitadora, dejando que sea la equivalencia profesional la que marque ese límite.

- El ejercicio de esta facultad exige tener en cuenta el sistema de clasificación profesional de la empresa.
- La movilidad que se autoriza es la que se produzca en el seno de la empresa, no estando permitido el traslado a empresa diferente, sin perjuicio de la que se pueda producir en los grupos de empresas.
- Supone la existencia de una vacante y la cualificación del trabajador/a que se destine a cubrirla.
- No puede utilizarse esta potestad como instrumento para privar de efectividad a la huelga.



Para el ejercicio de esta facultad hay que estar a las dos limitaciones que establece la ley: las titulaciones legalmente exigibles para la correspondiente tarea, y la dignidad del trabajador/a.

El límite de las titulaciones hay que ceñirlo a las que derivan de reglas o exigencias legales, ya sean estatales o autonómicas, que suelen conectar con razones de interés general u orden público. Pueden ser titulaciones de diverso tipo, no alcanzando a las titulaciones que puedan exigir los convenios, que responden a otra clase de intereses o razones.

Esta exigencia suele atender más a la calidad del servicio prestado, a la protección del sistema educativo, o a la necesidad de evitar el intrusismo profesional.

La exigencia de título puede constituir no sólo requisito inexcusable para la realización de una actividad profesional, en cuyo caso sólo se puede adquirir la categoría si ostenta la titulación requerida, sino también impedimento para que puedan realizarse, aún accidentalmente, las funciones correspondientes, en cuanto la norma imperativa prohíbe el ejercicio profesional sin la debida titulación y su violación puede ocasionar infracciones de otro orden. Sin embargo, en otros casos el título no constituye elemento legal necesario para ejercitar una actividad laboral, sino que su imposición por convenio colectivo tiene el designio de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado para una actividad profesional determinada.

Cuando el título se configure como requisito ineludible para el desempeño de una determinada función o categoría no es posible acceder a los niveles salariales de la misma por quien no lo acredita. Cuando las funciones que se realizan son de categoría superior el trabajador/a tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones efectivamente realizadas, salvo que una disposición legal exija una titulación que no haya sido acreditada.

El incumplimiento de la exigencia legal de titulación conlleva la nulidad de la correspondiente medida y, consiguientemente, la reposición del trabajador/a a su anterior trabajo. Por otra parte, dicho incumplimiento supone el reconocimiento de las diferencias salariales entre el puesto de destino y el de origen que se hubieran dejado de percibir.

El límite de la dignidad conecta con el art. 10 CE y con otros derechos como los de igualdad y no discriminación, honor y propia imagen, o intimidad. Los perjuicios o atentados graves a la dignidad del trabajador/a pueden justificar una resolución del contrato con derecho a indemnización, en base al art. 50.1.a) ET.

Se consideran degradatorias las siguientes situaciones:

- a) Movilidad funcional que significa la no realización o realización insuficiente de las funciones propias de su prestación de servicios, cuando la habitualidad en ellas es indispensable para mantener la plenitud de facultades.
- b) Movilidad funcional que conlleva pérdida de responsabilidad.
- c) Movilidad funcional descendente.
- d) Movilidad funcional que conlleva una falta de ocupación efectiva.
- e) Si la movilidad provoca un perjuicio en el prestigio profesional, social o económico del trabajador/a.

Puede decirse, por tanto, que las decisiones de movilidad no pueden provocar la pérdida de la cualificación o especialización acumulada por el trabajador/a ni perjudicar sus expectativas en tal sentido.

9.4.2. Movilidad Funcional por iniciativa del empresario/a fuera del Grupo Profesional (*Ius Variandi*)¹⁶⁴

El art. 39.2 establece que «la *movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de esta a los representantes de los trabajadores*».

- A diferencia de la Movilidad Ordinaria, en los supuestos de *Ius Variandi*, resulta imprescindible la aportación, alegación, y prueba de causas concretas justificativas. Además, la movilidad debe estar limitada temporalmente, o de lo contrario debe considerarse modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
- En cualquier caso, se precisa que existan razones técnicas u organizativas que justifiquen la movilidad.
- Además, la orden debe comunicarse a los representantes legales del trabajador/a, siendo este un requisito esencial sin el cual cabe considerar nula la medida¹⁶⁵.
- Juegan aquí, por supuesto, las limitaciones generales relativas a la titulación y a la dignidad del trabajador/a. Mediante la negociación colectiva podrán añadirse otras condiciones, o precisarse el alcance de las reglas legales.

9.4.3. Exigencias comunes a la Movilidad Ordinaria y al *Ius Variandi*

Señalamos criterios generales, ya que en esta materia en concreto, habrá de estarse a cada supuesto específico.

- Respeto a la Formación Profesional del Trabajador/a: en general se entiende que no se produce cuando se da una mera movilidad horizontal dentro de la misma categoría o grupo profesional; o cuando al trabajador/a se le proporcionan tareas propias de su categoría profesional, así como cuando se producen cambios a categoría superior.
- Si se produce, por el contrario, generalmente, cuando se destina al trabajador/a a la realización de funciones de inferior categoría.
- Respecto a la Dignidad del Trabajador/a: jurisprudencialmente se entiende que la dignidad del trabajador/a equivale al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como profesional, no pudiéndose situar en una posición en que, por las circunstancias que se dan en ella, provoque un menoscabo en ese respeto, privándole de posibilidades de acción, o aun en casos extremos de signos externos del cargo, que pueden crear en los demás una impresión de caída en desgracia, combinada en el hecho de la degradación efectiva.
- Riesgos de Accidentes de Trabajo y Enfermedades que pueda provocar sobre el trabajador/a o sus compañeros (Art. 25.1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales). Los trabajadores/as no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los de-

¹⁶⁴ Por definición, es el poder del empresario de alterar unilateralmente los límites de la prestación laboral. Se trata de una de las manifestaciones del poder de dirección del empresario.

¹⁶⁵ Sentencia del TSJ de Castilla y León de Burgos de 22-09-2003.



más trabajadores/as u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

- Ausencia de Perjuicio Económico: cuando el trabajador/a sea destinado a una categoría inferior mantendrá la retribución de origen, mientras que cuando se trata del ejercicio de funciones mejor retribuidas tendrá derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones que realice. Cuando el título sea un requisito ineludible para el desempeño de determinadas funciones no será posible acceder a los niveles salariales del mismo por quien no lo acredite. Sin embargo, cuando la imposición del título venga del Convenio colectivo, sí procederá el abono de las retribuciones correspondientes, aunque no es posible acceder al reconocimiento de dicha categoría.
- Imposibilidad de invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas realizadas en su puesto de trabajo. Hemos de destacar, no obstante, que el trabajador/a tiene el deber de ejecutar las nuevas tareas, y, por lo tanto, el deber de adaptarse a las nuevas funciones no habituales.
- El empresario no puede valerse de la movilidad funcional como instrumento para privar de efectividad una huelga.
- La movilidad que el precepto autoriza es la que se realiza en el seno de la misma empresa, no puede, por tanto, utilizarse por el empresario para trasladar al trabajador/a a otra empresa, sin perjuicio de la que pueda producirse en grupos de empresas que se consideren como un único empleador¹⁶⁶.
- La comunicación a los representantes de los trabajadores/as deberá contener la decisión en sí misma y las razones que la justifican, aunque esta comunicación no entraña deber de consulta y puede ser anterior o posterior a la adopción. Cabe pedir que tal información revista forma escrita a raíz de lo dispuesto en el art. 8.4 ET y los arts. 2 y 4 RD 1659/1998, de 24 de julio, que exigen información escrita al trabajador/a cuando se produzcan determinados cambios en las condiciones de la relación laboral y, en particular, cuando dichos cambios afecten a la categoría o puesto de trabajo, o a la caracterización o descripción de sus funciones. La información deberá extenderse también a los riesgos profesionales y a las medidas de protección en el nuevo puesto de trabajo (art. 18 LPRL).

9.4.4. Procedimiento de consolidación Profesional (Art. 39.2 ET)

Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizaran funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un año, o a ocho durante dos años, el/la trabajador/a, salvo disposición en contra en el convenio colectivo, podrá reclamar el ascenso.

- Las funciones habrán podido realizarse de manera continuada o intermitente, siempre que se superen los mínimos mencionados
- Actualmente la mayoría de los Convenios Colectivos establecen sistemas objetivos de promoción profesional, por lo que la excepción que recoge el ET, se convierte en norma general.

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10-10-1990.

- El procedimiento para reclamar el ascenso es el de clasificación profesional regulado en el art. 137 LRJS, para lo que el/la trabajador/a debe solicitar informe previo al comité de empresa sobre su pretensión. En caso de que lo que se reclame sea la cobertura de vacante, el procedimiento es el ordinario.

9.4.5. *Impugnación de la orden de movilidad funcional*

A diferencia de lo que sucede con la impugnación de las modificaciones sustanciales de trabajo, la ley no establece un procedimiento específico para impugnar las órdenes de movilidad funcional, por lo que se aplica el procedimiento laboral ordinario, o el de conflicto colectivo, y la acción de impugnación se somete por tanto al plazo general de prescripción de un año. La sentencia que se dicte es recurrible en suplicación.

IV

ETT, CONTRATAS, SUBCONTRATAS, CESIÓN ILCITA DE TRABAJADORES/AS

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Código Civil, artículo 6.4.

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

R.D. 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal.

Directiva 2008/104/CE.

Directiva 2001/23/CE.

Directiva 98/50/CE.

Directiva 77/187/CEE.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Ley General de la Seguridad Social.

Código Penal, artículo 311.

El Convenio núm. 181 de la OIT

1. INTRODUCCIÓN

La norma jurídica como elemento material de destrucción de los derechos del contrato de trabajo

A lo largo de los últimos años la CGT ha desarrollado sucesivas iniciativas en contra del proceso de precarización de la realidad laboral, asumiendo el reto de frenar estas nuevas situaciones que poco a poco han ido imponiéndose, condicionado las relaciones laborales y afectando a la totalidad de la vida de las personas trabajadoras.

Este trabajo de hecho ha ido vinculando la actividad del conjunto de nuestra organización, tanto a nivel de acuerdos, como de debates y propuestas. Las luchas contra los cierres, las deslocalizaciones, la reforma laboral, la discriminación, los recortes..., son solo definiciones genéricas detrás de las cuales se levanta un inmenso trabajo en forma de grandes campañas, luchas soste-

nidas, negociaciones difíciles y movilizaciones de todo tipo. También de cursos de formación, hojas informativas, asambleas, charlas, debates..., una labor en lo sindical y lo social que, desde el compromiso y la coherencia, la CGT se plantea mantener.

Las diferentes perspectivas de la contratación muestra una situación que se ha ido complejizando a lo largo de los años, retorciéndose de forma progresiva su casuística, tanto en función de las modificaciones en la legislación, como de las nuevas formas de organización empresarial, hasta llegar a la situación actual de precarización integral de las relaciones laborales, desde sus aspectos ideológicos y el revestimiento jurídico (reglas de juego) que se hace de los mismos.

Ambos aspectos han de ser abordados y analizados. Por un lado, las nuevas formas de organización empresarial: la descentralización productiva en todas sus variantes, las externalizaciones, segregaciones, deslocalizaciones, deslaboralización de las relaciones laborales, subcontratación, tercerización..., establecidas, en definitiva, para reducir y fragmentar los ámbitos desde los que se efectúa la contratación, para así fragmentar y debilitar el movimiento obrero desde su raíz, es decir, la relación salarial.

Por otro lado, la reforma laboral permanente aplicada a la contratación: cuando no es un decreto (las más de veces) se trata de un acuerdo firmado y respaldado por UGT-CC.OO. (casi siempre) –las políticas de consenso y concertación social, tan funcionales para el capitalismo-, o de pequeñas pero constantes modificaciones legislativas. En conjunto una reforma permanente que poco a poco va asentando la contratación débil, sin derechos laborales y sociales, siendo la forma de la misma, bien temporal, bien de fomento de empleo (bonificada, flexible), independiente al modelo de contratación hegemónico, precario, vulnerable y de libre disponibilidad empresarial.

Por último, también debemos abordar situaciones y casos especiales donde ambas modificaciones organizativas y legislativas, van unidas: ETT's, trabajadores autónomos... cada vez más implantados y extendidos.

2. ETT (EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL)

El modelo de organización tradicional descansaba sobre tres pilares: el control entero del ciclo de producción de bienes y servicios (integración vertical), la autonomía de cada empresa en sus relaciones con otras y una gestión funcional jerárquica.

Este modelo tradicional se sustituye por su opuesto: fragmentación del ciclo productivo (integración horizontal), dependencia, coordinación y articulación en las relaciones inter-empresas y una gestión que prima la autonomía funcional.

El modelo de centralización organizativa, dará paso a la descentralización y la autonomía, a la interconexión interna y externa.

La estructura organizativa de este modelo se le denomina de «telaraña». No es un tipo de organización único. Las grandes empresas forman redes de subcontratación. Se constituyen, así mismo, redes horizontales que agregan pequeñas y medianas empresas en distritos industriales.

El elemento común en todas ellas es LA RED. Esta es la forma típica de organización empresarial en la economía globalizada. Conviven formas tradicionales de organización empresarial, pero la labor de los sindicalistas, —militantes sociales—, es detectar el modelo dominante hoy, y éste es el de la empresa – red.

Si nos situamos en la realidad de los hechos, la herramienta que mejor simboliza este fenómeno es la descentralización productiva.

Descentralización productiva es una forma de organizar el proceso de elaboración de bienes (producción de mercancías) y de prestación de servicios, recurriendo al recurso de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades. Es decir, transferir a diversas empresas parte de la actividad que antes se ejercía desde el gobierno supremo de una empresa.

Es un fenómeno de organización empresarial que comúnmente se le designa como «outsourcing». Esta expresión engloba cualquier fenómeno u operación de sacar fuera, trasladar, una parte del proceso productivo o de distribución de un empresario a otro.

Dos rasgos de identidad:

- La fragmentación o segmentación del ciclo productivo.
- La externalización, también denominada exteriorización o deslocalización de ciertas fases, funciones o actividades del ciclo.

Consecuencias que conlleva la descentralización productiva:

La primera es de carácter económico: se introduce un principio de división del trabajo entre las organizaciones empresariales, rompiendo de esa manera el viejo principio de división del trabajo intraempresarial, el cual se estructuraba en torno a la diversificación de las prestaciones de trabajo y a la estratificación jerárquica de los trabajadores en categorías monovalentes (especializaciones), dando paso a una nueva versión en la cual la especialización alcanza a la propia organización.

La segunda consecuencia afecta de lleno al tipo de relaciones interempresariales (plano jurídico) que se sustentan en vínculos de cooperación, de coordinación o de dependencia absoluta.

La descentralización productiva se ha generalizado y expandido. Se utiliza masivamente en la producción de toda suerte de bienes y en la prestación de todo tipo de servicios. Es hoy una realidad planetaria, visible en economías de muy distinta estructura y desarrollo y, utilizada en los más diversos sectores económicos que no sólo afecta a la producción de bienes o servicios, sino que actúa en su gestión y comercialización, llegando incluso a penetrar funciones empresariales que hasta este momento eran consideradas fundamentales o estratégicas por parte de las empresas, como por ejemplo, su dirección.

Una tercera consecuencia, se encuentra ligada al modelo de relaciones salariales. La persona asalariada asiste perpleja a la conversión que se ha llevado a efecto del trabajo. El trabajo especializado se ha convertido en mera disponibilidad para el empleo (empleabilidad). ¿Qué significa esto? Que al trabajador/a, hombre o mujer —que solamente poseen su capacidad de vender su fuerza de trabajo—, se les transforma su «naturaleza», es decir, su potencialidad (venta de fuerza de trabajo), en mera disponibilidad para el empleo. Se le individualiza respecto al mercado y se le hiper-socializa frente al proceso de trabajo.

Los trabajadores, las trabajadoras, son despersonalizados de un puesto de trabajo concreto, de una actividad específica; su única identidad es con un empleo, más bien tenemos que hablar de «disponibilidad» para cualquier empleo, lo cual le está negando cualquier identidad de posesión, negándole a sí mismo o mitigando hasta extremos de inexistencia, su poder de contratación a la hora de fijar sus condiciones de trabajo.

Las relaciones salariales modernas se sostienen sobre el principio neoliberal de la desregulación. Desregulación cuyo concepto contiene la flexibilización del mercado de trabajo y un reordenamiento autoritario de dichas relaciones. La lógica donde se sustentan es la del cálculo econó-

mico: construir un tiempo íntegramente útil para la empresa, donde el tiempo de trabajo sea un tiempo plena y permanentemente productivo.

2.1. Cuestiones Generales

La contratación de trabajadores/as para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de ETT debidamente autorizadas.

En todo caso, el art. 43.2 ET dispone que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias (que a la postre proceden de criterios jurisprudenciales, entre otras y sólo por citar unas de las más recientes la STS 2-11-2016):

- que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria,
- o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia estable,
- o que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad,
- o que no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario

Las empresas de trabajo temporal (ETT) se regulan por la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), modificada en numerosas ocasiones. No obstante, existen múltiples referencias dispersas en variada normativa, como El Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, o en la legislación de prevención de riesgos laborales (art. 28 LPRL, por ejemplo). También se refiere a estas empresas la legislación sobre infracciones y sanciones en el orden social (arts. 18 y 19 LISOS) así como la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (art. 2.a).

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2008/104/CE, de 19 noviembre, regula la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal, pretendiendo establecer un marco de protección no discriminatorio. Esta Directiva ha sido reforzada por la Directiva 2014/67/UE, de 15 mayo.

En el ámbito internacional las empresas de trabajo temporal también han sido reguladas por el Convenio núm. 181 de la OIT, que trata de ellas junto a las agencias de empleo privadas.

La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, y se autorizan las ETT, establece un trato diferente con ciertas contrataciones: legaliza la cesión de mano de obra que, hasta ese momento, nuestro ordenamiento laboral prohibía. Dicha diferenciación de trato tiene un marcado carácter ideológico; se necesita que el mercado laboral se flexibilice para adaptarlo a la lógica de la economía. La versatilidad de este tipo de contrataciones, responde no sólo a un precio más barato (menores costes por unidad de tiempo de trabajo), sino, también, a la gran movilidad y oportunidad que tiene para el capital disponer de cualquier fuerza de trabajo, sin las mínimas garantías de los puestos fijos, estables y con derechos, así como externalizar los costes sociales de la gestión de esa mano de obra, permitiendo disciplinar dicha fuerza de trabajo.

Como ya se ha mencionado la contratación de trabajadores a través de una ETT autorizada constituye una excepción a la prohibición de cesión de trabajadores que establece el art. 43 ET. Este precepto dispone expresamente que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo puede efectuarse mediante una ETT que haya sido autorizada según los términos legalmente fijados, de modo que caso de hacerse así, la empresa que utilice los servicios de aquéllos no incurrirá en las responsabilidades que se recogen en aquel artículo para el tráfico prohibido de trabajadores (art. 43 ET). Las ETTs se dedican pues a la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas, que son conocidas como «empresas



usuarias», mientras que a los trabajadores que son objeto de cesión se les suele denominar «trabajadores en misión».

Desde la reforma laboral de 2012, las ETT también pueden operar como agencias de colocación siempre que cuenten con la correspondiente autorización de acuerdo con lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Empleo y en su normativa de desarrollo. En su actuación deberán informar expresamente si lo hacen en la condición de empresa de trabajo temporal o como agencia de colocación. En esta dinámica legislativa de potenciación e impulso de las ETTs se encuadra la Ley 18/2014 que modifica el art. 1 de la Ley 1/1994 que permite a las ETTs, desarrollar actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación y de asesoramiento y consulta de recursos humanos.

La empresa que desea obtener los servicios del trabajador (empresa usuaria) y la ETT que se los proporciona deben crear un vínculo entre empresas de carácter mercantil, que se denomina contrato de puesta a disposición.

Por otro lado, se establece una relación contractual entre la ETT y el trabajador que, aun contratado por ella, prestará sus servicios en la empresa usuaria. En este caso, el vínculo es ya de carácter laboral (contrato de trabajo) entre ambas partes. Por otro lado, también existirá una relación jurídica que vincula al trabajador con la empresa usuaria en la que desarrollará su actividad. Pero ello no da lugar a un contrato de trabajo distinto del anterior, sino que lo que sucede es que, siendo el mismo contrato, la empresa usuaria asume la posición de empresario respecto de algunos derechos y obligaciones laborales para con el trabajador.

2.2. Irregularidades más habituales

Las irregularidades más habituales en este tipo de contrataciones. Sintéticamente podemos resaltar las siguientes:

- Exceder los límites temporales previstos en el contrato de puesta a disposición o utilizar trabajadores/as de ETT en los supuestos excluidos. De suceder esto, se les considerará vinculados a la empresa usuaria por un contrato indefinido.
- La utilización de la contratación en fraude de ley, es decir, cuando se realicen contratos fuera de los estrictos supuestos del artículo 15 ET y cuando se contravengan las exclusiones ya mencionadas. Se considerarán los trabajadores/as vinculados por un contrato indefinido.

Es una práctica habitual de las empresas, hacer la contratación de forma correcta, pero durante el desarrollo de la relación laboral, el trabajador/a es dedicado a actividades distintas a las que fueron objeto del contrato. En principio, nos encontraríamos ante un supuesto de fraude de ley, con las consecuencias anteriormente explicadas.

La prolongación artificial la prestación de servicios de un trabajador/a de ETT, a través de mecanismos como los siguientes:

- Mediante su contratación por una nueva ETT, de modo que éste va pasando sucesivamente por distintas ETT.
- Mediante su contratación por una empresa contratista, que acoge al trabajador/a, le paga sus recibos de nómina, pero continúa haciendo lo mismo en la empresa principal lo que evidencia que la contrata es ficticia. Esto es sencillamente tráfico fraudulento de mano de obra.

El trabajador sometido a una cesión ilegal tendrá el derecho a optar si adquiere la fijeza en una u otra empresa, la cedente o la cesionaria (art. 43.3 ET).

Ante supuestos de irregularidades como las que se han expuesto anteriormente se recomienda acudir a los gabinetes jurídicos de CGT, correspondiendo tanto la interposición de demanda ante la Jurisdicción laboral como la denuncia a Inspección de Trabajo.

También se recomienda la lectura de la Guía de ETT elaborada por la CGT, así como los Boletines referidos a estas materias.

3. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

El art. 42 ET contiene la regulación de los deberes y responsabilidades empresariales en supuestos de **subcontratación de obras y servicios**.

La contrata consiste en una empresa a la cual otra, denominada empresa principal, le encomienda la realización de una determinada actividad que deberá tener sustantividad propia. Posteriormente esta contrata podrá (convirtiéndose en empresa principal respecto de la subcontrata), a su vez, de nuevo, externalizar actividad a otra empresa, denominada subcontrata.

Las contratas, generan una cadena de reducción de derechos laborales que en algunos sectores llega a multiplicar las empresas cuando en realidad hablamos del mismo accionariado y mismo propietario (como en la construcción.)

Cuando la contrata consiste en una prestación de servicios no es fácil diferenciarla de la cesión ilegal. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes sino complementario y que tienen un valor indicativo u orientador: justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios y la realidad empresarial del contratista manifestada a través de datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva....etc. (SSTS 16-6-2003 y 14-3-2006 y alguna sentencia reciente por ejemplo la STSJ Navarra, 26-9-2016).

Frente a la magnitud e importancia económica del fenómeno de la subcontratación, el legislador laboral contempla sólo una parcela del mismo: la consistente en contrataciones referidas a actividades, tareas o labores pertenecientes a la actividad propia de la empresa principal o comitente. Precisamente la determinación del significado de la expresión contrataciones referidas a la «propia actividad» ha dado lugar a una abundante litigiosidad.

Los tribunales vienen entendiendo que el art. 42 ET se aplica estrictamente a los supuestos de contratación de «tareas «inherentes» a la actividad productiva de la empresa principal. Esto es, las integrantes de su propio ciclo productivo, las que se incorporan al producto o resultado final alcanzado con su actividad por el empresario comitente. Esta circunstancia es la que justifica la atribución a este último de la responsabilidad patrimonial derivada del desarrollo de dichas tareas (entre otras la STS 22-11-2002).

Se trata, por tanto, de tareas u operaciones esenciales, nucleares o indispensables para el correcto desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa que las encarga y para la consecución de sus fines. Por esa razón, de no encomendarse su realización a otra empresa, el propio empresario principal tendría que desarrollarlas con el personal perteneciente a su plantilla. El hecho de dejar de concertar la realización de esos trabajos ocasionaría sensibles perjuicios para la empresa principal.

El determinar, por tanto, si una contrata de servicios encubre o no una auténtica cesión ilegal de trabajadores, requiere realizar un análisis pormenorizado de los anteriores criterios y de todas las circunstancias concurrentes en el desarrollo de la misma en la práctica. Se llegará a la conclusión de que existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista no pone en juego su estructura empresarial y organizativa, ni ejerce realmente, sino solo de manera formal, el poder de dirección sobre los trabajadores a su servicio. Ello requiere un análisis pormenorizado del caso concreto al ser muy distintas las situaciones que puedan darse en la práctica.

El artículo 42 ET establece los efectos y la responsabilidad de la empresa principal o la que subcontrata respecto de las deudas con la Seguridad Social, aunque puede exonerarse solicitando certificación negativa de descubierto a la Tesorería General de la Seguridad Social, certificado de que está al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social. Si no se libra dicha certificación en el término de treinta días, también quedará exonerada.

En el mismo artículo 42.2 ET se establece la responsabilidad solidaria por parte del empresario principal, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, respecto de las obligaciones salariales contraídas por contratistas y subcontratistas con sus trabajadores/as y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores establece taxativamente la responsabilidad de contratar y subcontratar con otros la realización de obras y servicios en relación con las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Existe responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales, tal y como establece el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que no hay que olvidar es trasposición del art. 6.4 de la Directiva Marco.

El referido artículo establece que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, según establece en su apartado tercero del referido artículo.

Los trabajadores/as del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.

Cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores/as sobre los siguientes extremos:

- Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- Objeto y duración de la contrata.
- Lugar de ejecución de la contrata.
- En su caso, número de trabajadores/as que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
- Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

Además, es obligatorio, siempre que la empresa principal comparta, de forma continuada, centro de trabajo con las empresas contratista o subcontratista, tener un libro de registro a disposición de los representantes de los trabajadores/as en el que se refleje toda la información antes citada. Libro de Registro donde consten todos los datos que se fijan en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, así como los específicos del artículo 42 del ET.

A mayor abundamiento hemos de señalar que el empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con

los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores/as, tal y como establece el art. 24.2 LPRL.

En cuanto a la representación de los trabajadores/as, aunque en principio se establecerá una para cada una de las empresas (principal y contratista o subcontratista), se han producido una serie de reformas que, aunque parecen facilitar el ejercicio de la representación, no entran al fondo del problema, que no es otro que las dificultades (y en ocasiones impedimentos absolutos) que se plantean en la actividad sindical cuando los distintos trabajadores/as que prestan sus servicios en el mismo centro de trabajo mantienen vínculos formales con empleadores diferentes, coexistiendo dos y tres (o incluso más) representaciones de los trabajadores/as, lo que merma su capacidad de actuación.

Por ello los trabajadores/as de las empresas contratistas o subcontratistas, cuando no tengan representación propia, podrán formular a los representantes unitarios o sindicales de la empresa principal «consultas relativas a la ejecución de su actividad laboral», siempre que no sean relativas a la empresa de la que dependen directamente.

Por otro lado, se establece que las representaciones de la principal y las contratistas o subcontratistas podrán reunirse para a efectos de coordinación entre ellas, dándose la posibilidad, de acuerdo a la nueva redacción del artículo 81 del ET, de que las representaciones legales de las contratistas o subcontratistas hagan uso de los locales que se ponen a disposición de las representaciones unitarias de la principal, en los términos que acuerden con la empresa.

4. SUCESIÓN DE EMPRESAS

4.1. Cuestiones Generales

Se introduce en este párrafo la sucesión de empresas por la importancia que tiene respecto de la transmisión de empresas, especialmente en relación con las empresas de servicios, así como por la importancia que tiene en relación con las garantías que se pueden reclamar respecto de los trabajadores/as que se ven transmitidos.

Existe sucesión de empresas cuando se produce un cambio de titularidad en una empresa, en un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma y se mantiene su identidad, entendida como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

Esta sucesión de empresas no conlleva la extinción de la relación laboral con base en dicho hecho, sino que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones y, en general, de cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria exista adquirida por el cedente.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido exigiendo, si bien suavizada en la actualidad, pese a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, citar la más clara respecto de ésta cuestión, STJCE 24.02.2002, asunto Temco), la transmisión de elementos patrimoniales entre las dos empresas.

No obstante lo anterior, y sin desarrollar esta cuestión más allá de unas nociones básicas, objeto de la presente Guía, si se ha admitido y establecido, la denominada como sucesión «por plantilla», es decir que se ha producido una sucesión de empresas cuando lo relevante es la mano de

obra y no tanto los elementos patrimoniales, materiales o inmateriales, y se produce una contratación por parte de la nueva entidad de la plantilla anteriormente empleada por la transmitente, pudiendo citar en este sentido las SSTs 25.01.2006 y 12.07.2007.

4.1.1. Transmisión de empresas como elemento precarizador de las relaciones laborales

Debemos comenzar explicando que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es un artículo garantista y destinado a la protección de los trabajadores y trabajadoras. Regula, de este modo, los supuestos de transmisión de empresas o de unidades productivas, de tal manera que sea como sea el negocio jurídico que lo ampare, y la fórmula elegida, ante una transmisión de actividad (unidad productiva autónoma o empresa), se mantengan en vigor tanto los contratos de los trabajadores/as afectados como las condiciones pactadas para dichos trabajadores/as.

No obstante, lo anterior, la figura de la transmisión de empresas está siendo utilizada para expulsar a partes completas de plantillas de sectores regulados, sindicalizados y generalmente con unos estándares de condiciones laborales altos, para conseguir transformar rápidamente dicha situación en situaciones de mayor precariedad.

Se está produciendo así, la utilización masiva por las empresas de un elemento de protección de los trabajadores/as como elemento de externalización. El art. 44 establece que la externalización de la unidad productiva autónoma, de la actividad económica organizada, mantiene la vigencia de los contratos de los trabajadores/as afectados, de las condiciones que tuvieran previas al traspaso, pero también la obligatoriedad para trabajadores/as y empresarios de transmisión de los trabajadores/as afectos a la referida actividad. El problema es determinar cuándo nos encontramos ante dicha actividad económica organizada.

El mecanismo utilizado por las empresas viene a ser el siguiente. De una empresa matriz, normalmente estructurada, con unas relaciones laborales basadas en la negociación colectiva, con una fuerte estructura sindical y normas laborales paccionadas para dicho ámbito, que introducen mejoras respecto a la norma general (bien frente al convenio de sector, bien frente al convenio de la empresa considerada ésta en su totalidad), con grandes plantillas, se externaliza una parte de la actividad. Así, desgajada de la empresa principal, los trabajadores/as de la misma dejan de pertenecer a la empresa principal, de forma obligatoria, pues al producirse el fenómeno de la sucesión de empresas, existe obligatoriedad en el cambio de empresario para los trabajadores/as.

La consecuencia es que o bien pasa a constituirse dicha unidad productiva autónoma en una nueva empresa, o se traspasa a otra empresa, y dichos trabajadores/as afectados por la transmisión se introducen en otra empresa, más pequeña que la anterior, normalmente con unas peores condiciones laborales, con una escasa implantación de la representación colectiva, y sin experiencia práctica sindical.

Pese a que inicialmente, los trabajadores/as afectadas de la transmisión mantienen las mismas condiciones de trabajo, garantizadas por el propio artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, posteriormente, ante la pérdida de capacidad de negociación en la nueva empresa, ante la desagregación de las plantillas que ya no se sienten depositarias de los mismos intereses ni conflictos, bien mediante la expiración del convenio precedente y la suscripción de nuevo convenio de aplicación a la unidad transmitida o a la nueva empresa que ha recepcionado a los trabajadores/as, bien ante la aparición de un horizonte con posibilidad de acudir a expediente de regulación de empleo, se produce una nueva regulación de las condiciones laborales, que precariza las mismas y que se encuentra ajena y alejada de las normas colectivas pactadas para la gran empresa matriz.

El TJCE ha interpretado los supuestos en los cuales nos encontramos ante una sucesión de empresas, pudiendo concretar la misma, en la consideración de que nos encontramos ante un supuesto de externalización, bien cuando se transmite la mayoría de la plantilla que es admitida por la nueva empresa, la denominada sucesión de empresas por transmisión de la plantilla (elemento que no es considerado individualmente, ni de forma única), así como la transmisión de un conjunto de actividades organizadas y que pueden funcionar en el mercado de bienes y servicios de forma autónoma, sin requerir, en aquellas actividades cuyos principales activos son la cartera de clientes y la propia actividad, y que no requieren una especial infraestructura productiva o elementos patrimoniales propios para su desarrollo (así, actividades de limpieza, comerciales, de telemarketing o atención y gestión telefónica, etc...) transmisión de elementos patrimoniales.

Dicha Jurisprudencia comunitaria, tendente a la protección del mantenimiento de los contratos de trabajo y de las condiciones laborales en supuestos de transmisiones de actividad, fundamentalmente en procesos de externalización y reintroducción de actividades en la órbita funcional de la empresa principal (actividades de limpieza respecto de la actividad principal de la empresa), ha sido instrumentalizada por las gerencias empresariales para una descentralización expulsiva de convenios colectivos de empresa y de relaciones laborales estructuradas y fuertemente garantistas (así en empresas como El País, Logista, Gas Natural, etc.).

En el Estado español, como se ha dicho antes, dicha doctrina fue algo más restrictiva, al exigir el Tribunal Supremo para considerar que nos encontrábamos ante una sucesión de empresas, la existencia de transmisión de elementos patrimoniales, pero, finalmente ha admitido la referida doctrina comunitaria. En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23.10.2004, establece la asunción de la denominada como sucesión de empresas basada en la transmisión de la plantilla, siendo éste uno de los elementos fundamentales para considerar la existencia de sucesión de empresas, lo que supone trasladar la voluntad de sucesión a los empresarios, que pueden o no acordar dicha transmisión de la plantilla.

No obstante, ligado además a intereses fiscales y/o mercantiles, las empresas venían salvando dicha exigencia mediante la transmisión de elementos patrimoniales no estrictamente ligados a la actividad, sino traspasados a meros efectos fiscales o de dotación de activos que conformen el capital social, tales como locales, subrogación en contratos de arrendamientos de servicios u otros bienes similares.

También, la referida figura ha servido para limitar la sucesión como elemento de transmisión de empresas en los supuestos de contrata y subcontrata, en el que pese a ser un supuesto discutido, la regla general de que no se produce sucesión de empresas salvo en las contrata en las que se sucede la misma empresa en idéntica actividad y centro de trabajo (existiendo algunas sentencias que admiten la sucesión en los traspasos de contrata según cada caso concreto).

Los fenómenos de externalización y deslocalización generan segmentación laboral, la sustitución de empleo estable por precario y la ligazón del contrato por obra y servicio a la duración de la contrata mercantil, lo que provoca trasladar la voluntad extintiva a la exclusiva voluntad del empresario en contratos interempresas a los que trabajadores/as y representantes son ajenos.

Se deberían generar técnicas e instrumentos de recomposición de una unidad en las situaciones de los trabajadores/as, de permitir la representación colectiva de los trabajadores/as que realizan la misma actividad articulados en una unidad de dirección y de poder negociar y enfrentarse a las verdaderas gerencias empresariales y no a un sin fin de empresas contratadas y subcontratadas que no son sino departamentos de una dirección invisibilizada y que ha eludido sus responsabilidad legal pero no su capacidad de decisión.

En este sentido podemos fijar cláusulas de protección, en los convenios colectivos de empresa, que establezcan la obligatoriedad de requerir pacto entre la representación empresarial y la de los trabajadores/as para poder realizar fenómenos sucesorios entre empresas, cláusulas de no externalización de actividades, cláusulas que establezcan el mantenimiento y aplicación de los

convenios de la empresa de referencia en aquellas empresas en las cuales la empresa matriz tenga una determinada participación en el capital social, pactar por la representación empresarial la posibilidad de opción concedida al trabajador/a de solicitar recolocación en el caso de producirse el referido fenómeno.

4.2. Responsabilidad en casos de sucesión de empresas

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delicto.

4.3. Condiciones colectivas y norma colectiva de aplicación

Respecto a las condiciones colectivas hay que destacar que el artículo 44 en su apartado 4 establece que se seguirán rigiendo las relaciones laborales de los trabajadores/as por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, aplicación que se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

4.4. Concretos derechos afectados por la sucesión de empresas

Respecto a los concretos derechos, señalar tal y como taxativamente establecen las Sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 09.01.2001 y 22.01.2001, y confirmatoria, también en el caso «Indra», la STS de fecha 19.02.2002, que se tiene el derecho a seguir disfrutando de las condiciones de jornada, horario, salario y antigüedad de las que se venía disfrutando.

La STS 22.06.2001 establece que la subrogación empresarial mantiene el régimen de billetes de tarifa gratuita o con descuento que los trabajadores/as ostentaban en la empresa cedente, mediante la tarjeta IB-49.

El nuevo titular de la empresa, o la nueva empresa debe respetar todas las cláusulas contractuales de los trabajadores/as de la empresa adquirida, tanto las pactadas expresamente como las concesiones unilaterales del anterior empresario, exigibles como condiciones más beneficiosas de origen contractual (en este sentido, STS 2.12.1992 y 10.12.1992).

La STS 06.06.2001 mantiene el plus o complemento establecido por acuerdo extraestatutario. En la misma línea argumental, la STSJ Madrid 16.02.1999 establece el deber de respetar la primitiva estructura salarial por la entidad subrogada vía art. 44, regulada por convenio colectivo no registrado, ni depositado, ni publicado, considerándolo como condición más beneficiosa.

No obstante, hay que hacer señalar la complejidad respecto a la distinción entre derechos ya englobados en el acervo patrimonial de los trabajadores/as que se encuentran protegidos por el artículo 44 y las meras expectativas de derecho que no se ven garantizadas por dicho artículo 44: en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 5.12.1992 y 10.12.1992, por las que se deniega el «premio de permanencia», estableciendo que no es aplicable, una vez producida la subrogación. Así, habría que ver hasta cuando permanece en vigor el convenio vigente

para ver si está en el acervo patrimonial el citado premio de servicios prestados o es, en cambio una mera expectativa.

4.5. Representación de los trabajadores/as

Respecto a la representación de los trabajadores/as hay que decir que se mantiene esta institución, pero se requiere que en dicha entidad sigan concurriendo las condiciones necesarias para la formación de la representación de los trabajadores/as. Así lo establece taxativamente la STS 23.07.1990: «(...) que lo determinante para que no se pierda la condición de miembro del Comité de Empresa, es la subsistencia del centro de trabajo para el que el trabajador fue elegido, y no la empresa, sin que dicho cometido se vea afectado por la integración o asunción de la titularidad por un nuevo empresario».

El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores/as respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

- Fecha prevista de la transmisión;
- Motivos de la transmisión;
- Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores/as, de la transmisión,
- Medidas previstas respecto de los trabajadores/as.

De no haber representantes legales de los trabajadores/as, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores/as que pudieren resultar afectados por la transmisión.

El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación y antes de la realización de la transmisión. A su vez, el cesionario también estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores/as se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores/as vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores/as sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores/as.

Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley.

Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquellos, basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.

5. CESIÓN ILÍCITA DE TRABAJADORES/AS

Las normas o reglas de juego se quiebran, pues se desprotege, en origen, a un sector muy importante de mano de obra. La Ley misma «dilapida» el Derecho Laboral, el cual nace como una variante del derecho civil, supuestamente protectora del factor más débil, precisamente para corregir la desigualdad entre trabajo y capital.

El derecho protege la flexibilidad laboral, la precariedad como disciplinamiento de la mano de obra y, la sujeción de ésta a los fines de la lógica económica: el beneficio, la desregulación e individualización de las relaciones salariales y la eliminación de cualquier posibilidad de gestión colectiva de las mismas por los trabajadores/as.

5.1. La cesión ilícita de trabajadores/as

Como señalábamos anteriormente, el artículo 43.1 del ET, « (...) prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas...» salvo que dicha cesión se haga a través de ETT.

Tras la apariencia de negocios jurídicos lícitos, como la subcontratación, se encuentra el puro y deleznable fenómeno social de tráfico prohibido de mano de obra.

La distinción aparentemente se muestra nítida en la contrata, el objeto contractual es la realización de una obra o servicio, de tal manera que el empresario es real y asume el encargo de realizarla a cambio de un precio que paga el principal, el cual ha externalizado parte de su actividad. En el lado contrario, la cesión se caracteriza por el hecho de que el objeto mismo del contrato es la cesión del trabajador/a por parte de quien aparece formalmente como empresario a quien recibe realmente la utilidad del trabajo de aquél. Así, «la actividad empresarial» del cedente, sólo consiste en contratar trabajadores/as para ceder o prestar, no cumpliendo los requisitos necesarios que antes veíamos deben darse en la externalización.

El artículo 43 del ET objetiva el ámbito de la prohibición legal y lo que resulta inequívoco es que la cesión temporal del trabajador/a no se encuentra amparada en la regulación estatutaria, si no es a través de los mecanismos previstos en la Ley de ETT. Por ello, que el que cede (cedente), carezca o tenga organización productiva propia no es obstáculo para que la cesión prohibida se pueda producir en un supuesto concreto y respecto de un concreto trabajador/a. En esta línea, la STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 1996, establece que « (...) habrá cesión ilícita de trabajadores, aun cuando el contratista cuente con medios productivos propios y actividad económica real y efectiva, si en el caso concreto se ha limitado a poner a disposición de la principal la mano de obra requerida, no implicándose realmente en la prestación del servicio llevado a cabo por los trabajadores formalmente adscritos a la plantilla...».

Fijemos en consecuencia los elementos diferenciadores más relevantes:

- El contratista, para serlo, debe disponer de una organización productiva con existencia autónoma e independiente (SSTSJ del País Vasco de 22 de octubre de 1996, Cataluña de 13 de diciembre de 1996, Andalucía/Granada de 2 de mayo de 1996).
- Además de la organización productiva, anteriormente señalada, el contratista tiene que aportar en la ejecución de la obra o servicio, su propia dirección y gestión, asumiendo el riesgo correspondiente y ejercitando respecto de los trabajadores/as que ejecutan la obra, los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección que son inherentes a su condición de empresario (SSTS de 19 de enero de 1994 y SSTSJ de Andalucía / Málaga de 8 de marzo de 1996 y Aragón de 17 de julio de 1996).
- Complementado a los dos anteriores, nos encontramos con la habitualidad o permanencia del servicio que es objeto de la contrata.

- El abandono o la no-ejecución por parte del contratista de sus facultades de dirección, con todo lo que conlleva.
- Desconexión fáctica entre lo que constituye el objeto de la contrata y la concreta y real actividad de los trabajadores/as contratados.

5.1.1. Elementos indiciarios de la cesión ilegal de trabajadores/as

La reforma de la Ley 43/2006 estableció en la regulación estatutaria que nos encontramos ante un supuesto de cesión ilegal cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

- que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores/as de la empresa cedente a la empresa cesionaria,
- que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable,
- que la cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario

Pese a lo anterior, que ha supuesto la codificación de lo que venía exigiendo la Jurisprudencia para considerar la existencia de cesión ilegal de trabajadores/as, es una cuestión muy ligada a la casuística y a un conjunto de elementos que compondrían los anteriores supuestos codificados, así y a modo meramente indicativo y/o indicarlo podemos reflejar una serie de factores que sirven para acreditar la existencia de cesión ilegal:

- Que el trabajo se haga en los locales o centros de trabajo de la empresa principal.
- Que la empresa principal tenga el control y ejerza la dirección de los trabajos.
- Que los trabajos se realicen, fundamentalmente, con medios materiales y herramientas de la principal.
- Que la contratista no asuma los riesgos inherentes a su función de empresa, con independencia de que tenga o no, patrimonio suficiente.
- Que se carezca por la contrata de una verdadera estructura empresarial, así como, que ésta se ponga efectivamente en juego en la concreta contrata.
- Que se utilicen medios humanos y departamentales de la principal conjuntamente por el personal subcontratado.
- Que el trabajo se realice indistintamente, bien por los contratistas (es decir, los trabajadores/as de éstos), bien por los trabajadores/as directos de la principal.
- Que se ejerza por la empresa principal el poder de dirección, poder sancionador, organización de jornada y de su distribución (sanciones, comunicaciones de bajas y abandonos del puesto de trabajo, amonestaciones, organización de vacaciones, organización del trabajo durante períodos de ausencia del personal subcontratado).
- Que los trabajadores/as de la empresa principal se encuentren mezclados de forma indistinta con los trabajadores/as de la principal.

5.2. La relación con otras empresas (contratistas) que ejecutan directamente obras o servicios precisos, encomendados por las empresas principales

Lo que interesa desvelar en los contratos concertados por la empresa principal con las contratistas, es si son utilizados como mecanismos para ocultar un fenómeno de tráfico ilícito de mano de obra. De ser así, implica que los trabajadores/as de la empresa contratista no son destinados por su empresa para la ejecución de una obra o servicio, objeto de la contrata, sino que son utilizados por la principal, para la realización de actividades propias y bajo su directa dirección.

Las claves ya se han señalado en el punto de Cesión Ilícita: la consistencia o no de la empresa contratista, la sustantividad o no de la obra o servicios contratados, la asunción de riesgos inherentes a la condición de empresario, etc.

En cuanto a la sustantividad de la obra o servicio objeto de la contrata, lo que nos da la clave de la ilegalidad es que el objeto de la contrata sea una obra o servicio con sustantividad propia. Se entiende por sustantividad aquella entidad que distinga una actividad del resto de actividades realizadas por la empresa con una entidad tal que se pueda identificar (ejemplo de esta sustantividad puede ser en el sector de la construcción, la instalación de la fontanería en una edificación, o el realizar toda la pintura de interiores...).

Dicho en términos legales «obras o servicios determinados, con autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta» (artículo 15.1.a. de ET).

También hemos de decir que en la práctica no es tan sencilla la distinción entre la existencia o no de sustantividad teniendo en cuenta la flexibilización realizada por el Tribunal Supremo, admitiendo la sustantividad de actividades ligadas a dotaciones presupuestarias públicas en determinados supuestos, o la admisión como causa válida de las contrataciones realizadas entre empresas (si estas son ciertas y ligadas a objetos concretos).

Lo anterior es esencial, pues marca el límite o la frontera entre la contrata lícita o ilícita. No es posible usar la técnica de las contrataciones para tareas que no constituyan obras o servicios con sustantividad, lo cual ocurre frecuentemente, ya que el objeto de la contrata es el trabajo ordinario de la empresa principal, el cual carece de sustantividad propia y es indefinido en el tiempo. Es decir, no cabe el uso de la contrata para lo que corresponde a las tareas habituales y permanentes de la empresa, ya que la obra ha de terminar en un momento indeterminado sí, pero terminar, y tener especificidad.

En el diseño correcto de las contrataciones, la empresa principal contrata con la contratista la ejecución de una obra o servicio determinado y ésta, la contratista, lo realiza a través de sus propios trabajadores/as, bajo su dirección y entrega su resultado a la empresa principal.

Debe tenerse en cuenta la posibilidad de que se dé la cesión ilegal dentro de un grupo desde el punto de vista económico. Este es un problema muy serio, pues puede resultar difícil apreciar la existencia de cesión ilícita, en la medida en que la finalidad interpositoria propia de esta figura, no suele estar presente en la relación entre empresas de un mismo grupo. El Tribunal Supremo ha considerado que existe cesión ilegal (SSTS 12.07.94, 22.12.95, 26.01.98, 18.05.98), en los supuestos de grupos de empresa, «(...) los fenómenos de circulación de trabajadores dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador...», en este sentido SSTS de 26.11.90 y 30.05.93.

En otros casos, la contratista cuenta con medios suficientes, pero ocurre que la falta de un auténtico objeto (no se busca que se efectúe una obra o servicio, sino que se incorpore una persona),

o las desviaciones que en la ejecución práctica se producen (especialmente cuando los trabajadores/as de la contratista trabajan en centros de la empresa principal y utilizando sus medios), terminan provocando una situación de confusión entre los trabajadores/as propios y los de la contratista, todos ellos bajo la dirección de los mandos de la empresa principal.

En los casos de empresas reales (no ficticias o instrumentalizadas) la jurisprudencia viene señalando que se puede incurrir en fenómenos de cesión ilegal de trabajadores/as en aquellas hipótesis en que, a pesar de tener infraestructuras y medios: En ocasiones falta una auténtica actividad gestora, de modo que, la empresa contratista se desentiende, dejando la dirección y coordinación de la obra o servicio contratado en manos de la empresa principal. Se produce una desconexión de hecho (fáctica), entre lo que constituía el objeto de la contrata y la concreta y real actividad de los trabajadores/as contratados.

Se cita, a modo ilustrativo y por lo exhaustivo y claro de la misma, la Sentencia del Juzgado de lo Social número 25 de Madrid, en la cual se analizan los medios materiales, la pertenencia de la empresa Sitel al Grupo Iberdrola, el personal técnico de mantenimiento, los gastos de funcionamiento que abona la empresa cesionaria, la autonomía organizativa de la empresa cedente, el horario, los puestos a cubrir, las instrucciones al personal y las variaciones sobre éstas, la formación, la elaboración de los manuales de funcionamiento, el poder directivo sobre el personal de la cedente, los sujetos que realizan las instrucciones al margen del cauce para su comunicación.

También de gran interés es la sentencia del Juzgado de lo Social número 31 de Barcelona, de fecha 12 de julio de 2002, en relación con la existencia de cesión ilícita para la atención de un «callcenter». Con una gran claridad de comprensión del problema y de análisis de la cuestión jurídica y social, expone en su Fundamento Jurídico Segundo, que «(...) *la figura de contrata de obras o servicios está prevista legalmente en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores para permitir que una empresa necesitada de realizar un conjunto de actividades plurales y diversificadas pueda contratar una o varias de esas actividades con empresas que ya se dedican a ello, en lugar de realizarlo con personal propio... Para que la contrata sea válida es imprescindible que la empresa contratista exista como tal, es decir, que posea un conjunto de medios materiales y humanos ordenados a un fin industrial o de servicios, así como que tenga unos clientes reales o potenciales entre los que la empresa contratante sea uno más y que, por tanto, no dependa de dicha contrata para su subsistencia por ser su único y exclusivo cliente.*».

De otro lado, se advierte una tendencia en las grandes empresas a eliminar a una parte más o menos importante de sus recursos humanos, sustituyendo la labor que dichos trabajadores/as propios realizaban, por la contratación externa. Ello es debido a que estas grandes o medianas empresas tienen unos Convenios Colectivos que les obligan al pago a sus empleados de remuneraciones superiores a la media, de forma que una de las principales razones de dicha sustitución es el abaratamiento de los costes de personal, lo que se consigue con la contrata, al tener los trabajadores/as de la empresa contratista unas retribuciones ostensiblemente inferiores.

Dicha tendencia es cada día más acentuada y progresivamente se va forzando el concepto de la contrata para encuadrar en él actividades que no caben en el espíritu de la norma. De los transportes, la limpieza y los servicios de seguridad, actividades lícitamente contratables, se pasó después a otras actividades más atrevidas como el almacenaje, llevado a cabo por empresas que no tienen ningún almacén, sino que envían a sus trabajadores/as a gestionar los servicios de almacén a estas grandes empresas, lo que ya es mucho más dudoso. Ahora se da otro paso más, con un salto cualitativo y cuantitativo, creándose empresas sin más objeto social que la propia cesión de trabajadores/as y, en la convicción de que todo está permitido, no ocultan sus intenciones, sino que en el propio nombre de la empresa ya figura la palabra «externalización». Se trata de empresas que no tienen ni actividad ni vida propia, que jamás subsistirían al margen de las contratas para las que son llamadas por las grandes empresas porque no existen clientes particulares. Las contratas son «a la carta», enviando a la empresa contratante a los trabajadores/as que necesi-

ten, ya sea personal administrativo, ingenieros técnicos, telefonistas, ordenanzas, etc.. Esta forma de actuar es, evidentemente, la expresamente prohibida por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, porque, en el fondo, por mucho que adornen el objeto de la contrata, por más que se simule ocultando los aspectos y apariencias que más ponen al descubierto sus irregularidades, sólo captan mano de obra para ser cedida, sin más, a la empresa que se la requiere.

En el mismo sentido, para el sector del telemarketing (actual contact center), ha confirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 16.06.2003, apreciando así nuestro Alto Tribunal los argumentos de la CGT, en la que queda claro lo que suponen las subcontratas para el sector, sosteniendo que las empresas contratantes montan este subterfugio para no tener que emplear a los trabajadores/as directamente, abaratando costes, eliminando condiciones, sometiendo a la más absoluta temporalidad a los/as trabajadores/as y externalizando el posible coste social respecto a conflictos en la gestión de la mano de obra.

5.3. Consecuencias de la cesión ilícita

Las consecuencias del reconocimiento de la cesión ilícita para los trabajadores/as, es el adquirir la condición de fijos, en la empresa cedente o cesionaria, a su elección. Además, adquiere la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal.

Se adquieren los derechos y obligaciones del trabajador/a en la empresa correspondientes a las de un trabajador/a que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, en condiciones ordinarias.

Actualmente, aunque existe alguna sentencia dubitativa al respecto, podemos concluir que se pueden reclamar los derechos que hubieran correspondido al trabajador/a cedido de forma ilícita, con el único límite de la prescripción, y pudiendo retrotraernos en función de la misma, hacía atrás, en los derechos reclamados. En este sentido podemos invocar las SSTS de fechas 3 octubre 2005, 5 diciembre 2006 y 17 abril 2007.

Respecto de la prescripción, debemos citar la STSJ del País Vasco de fecha 09.10.2007 que clarificando la cuestión sostiene: *«La conclusión que ofrece la sentencia impugnada en cuanto al alcance de la prescripción es correcta y se acomoda a lo establecido en los artículos 59.2 del ET y 1973 del Código Civil, al haber transcurrido más de un año desde que la acción pudo ejercitarse respecto a las cantidades devengadas en periodo anterior a junio de 2005 —año anterior a la presentación de la papeleta de conciliación— ya que por más que exista conexión entre la sentencia que declara la cesión ilegal y la reclamación de cantidad a la empresa cedente y a la cesionaria, **la prescripción no comienza a computarse desde la sentencia declarativa de la cesión ilegal sino desde la fecha en que la retribución no se hizo efectiva en el momento legalmente previsto para su pago.** Y esta solución es la que se desprende de la doctrina unificada recogida en la sentencia de 24 de noviembre de 2004 (recurso 6369/2003) que cita en igual sentido las de 3 de julio de 1996 (recurso. 3685 / 1995), 1 de diciembre de 1993 (recurso 4203 / 1992), 23 de octubre de 1990, 5 de junio de 1992 (recurso 2314 / 1991), 23 de junio de 1994 (recurso 2410 / 1993), 29 de diciembre de 1995 (recurso 2213 / 1995), 21 de septiembre de 1999 (recurso 4162 / 1998), 8 de febrero de 2000 (recurso 2134 / 1999) Y 24 de julio de 2000 (recurso 2845 / 1999)».* **(negritas y subrayados propios).**

Para la cesión ilegal en la Administración Pública debemos destacar la creación jurisprudencial de considerar al trabajador/a en dicha situación en la condición de «indefinidos no fijos» de la Administración (SSTS 27.05.2002; 12.03.02; 28.10.03; 11.11.03, reiterando lo ya dispuesto antes en STS 20-1-1998). Esto conlleva que el trabajador/a es indefinido, pero hasta la cobertura reglamentaria de su puesto de trabajo, en que el mismo se extingue y sin tener derecho a indemnización alguna.

Antes no existía ninguna regulación que amparase dicha figura, y en la reforma laboral de 2010 (Ley 35/2010) se ha regulado expresamente la aplicabilidad de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos (15.1.a) y 15.5 ET reformados, si bien no tratan ambos de supuestos irregulares) a las Administraciones Públicas y sus Organismos Autónomos, que establece que dicha regulación no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo a través de los procedimientos ordinarios y conforme a la normativa aplicable, en relación con dicha construcción jurisprudencial de dudosa legalidad.

La cesión ilegal de trabajadores/as es una infracción laboral muy grave (art. 8 LISOS), pudiendo corresponder una multa de 6.251 euros a 187.515 euros (art. 40 LISOS).

Es fundamental luchar contra esta forma de precariedad, existiendo, como se ha reflejado anteriormente, posibilidades de acompañar la estrategia sindical con la impugnación judicial de dichas prácticas, tratando de eliminar esta realidad como forma de actuación sindical, pero que también deben plantearse con carácter individual por aquellos trabajadores/as afectados en su caso concreto, debido a que se requiere la concreta demanda para verse afectado por el reconocimiento jurídico de la cesión ilegal.

Decir para concluir, que es difícil haber realizado un estudio en estas líneas que sirvan al caso concreto, debiendo acudir a los Servicios Jurídicos y Sindicales de la CGT para analizar el supuesto concreto y para la elaboración de la concreta estrategia a seguir.

Se recomienda no obstante, en relación con los elementos antes expuestos que distinguen la contrata lícita de la cesión ilegal de trabajadores/as, que se realice acopio de todo tipo de pruebas que luego serán fundamentales en su impugnación tanto judicial como ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, acumulando pruebas, documentos de la empresa cesionaria que prueben que gestiona la mano de obra y la titularidad de los medios de producción, que es quien envía las instrucciones de trabajo etc, y así con los diferentes elementos expuestos.

Es interesante poder recabar datos para presentar ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de tal modo que la propia Inspección eleve Acta de Infracción que recoja los elementos de la cesión ilícita, para posteriormente poder presentar ante la jurisdicción social, así como la posibilidad por la propia Inspección de plantear demanda de oficio ante dichos supuestos, como ejemplo STSJ Castilla y León de 11 de febrero de 2002, si bien se recomienda personarse por los afectados en los referidos procedimientos de oficio para acreditar cuanto extremo se considere necesario, y afianzar la prueba a realizar en el procedimiento.

Entre las sentencias de cierto interés sobre cesión ilícita señalamos la STSJ País Vasco de 13 de julio de 2001, que determina la existencia de cesión ilícita en el supuesto de trabajador/a que realiza su labor en dependencias municipales, ajustando su horario al del Ayuntamiento, recibiendo instrucciones del responsable de éste sin existir dato que lo diferencie del resto de trabajadores/as.

Otra sería la STSJ País Vasco, de 26 de junio de 2001, que declara la existencia de cesión ilícita en una empresa que realiza contratación para que sus trabajadores/as presten servicios en una unión temporal de empresas, no correspondiente a su empleadora, sino a otra persona jurídica que goza de autonomía.

La STSJ Cataluña de 12 de julio de 2001 determina la cesión ilícita en una empresa sin centro de trabajo propio donde desarrollar su actividad, cuyos trabajadores/as prestaban servicios en otras empresas pertenecientes al sector con maquinaria, con idénticas tareas que los trabajadores/as de las mismas y bajo las órdenes de sus mandos intermedios.

La STSJ Madrid de 22 de febrero de 2002, establece la existencia de cesión ilícita en trabajadores/as contratados para una contrata cuyas funciones eran realizar operaciones contables del Banco BSCH.



La STSJ de Castilla y León de 11 de febrero de 2002, califica de ilícita la cesión de trabajadores/as, a partir de demanda de oficio instada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, entre dos empresas reales, pero una de las cuales pone personal al servicio de la otra, sin aportar organización empresarial, sin ejercer facultades de dirección.

La STSJ Madrid de 8 de febrero de 2002, en el supuesto de un contrato administrativo para la conservación y mantenimiento de instalaciones eléctricas en los edificios de RTVE en Madrid, meramente formal, produciéndose un caso de cesión ilegal.

La STSJ de Canarias de fecha 28.12.2009, en el supuesto de monitor en pabellón municipal realizando actividades para el propio Ayuntamiento.

La STSJ Madrid de fecha 22.12.2009, en supuesto de que la cesionaria (AENA) tiene a su cargo exclusivo o principal la estructura productiva, organizativa y de dirección.

La STSJ de Navarra núm 441/2016 de 26 de septiembre, declara cesión ilegal de trabajadores en la empresa Volkswagen Navarra, S.A. El Tribunal ratifica la sentencia de instancia que declaró la cesión ilegal, ya que, aunque era cierto que el objeto de la contrata podía tener una justificación técnica, no lo es menos que, aquella había consistido únicamente en la puesta a disposición de mano de obra, sin asumir función organizativa o directiva alguna respecto de los trabajadores destinados a la prestación de los servicios objeto de la contrata.

V

MATERNIDAD Y PATERNIDAD

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Directiva 2006/54/CE, 92/85/CEE, 2002/73/CE, 2004/113/CE Constitución Española de 1978, artículos 14, 39.1 y 40.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2017.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de esta Guía se han ido señalando en sus correspondientes capítulos (suspensión del contrato de trabajo, prestaciones de la seguridad social...), las normas que regulan la maternidad y paternidad. Sin embargo, parece conveniente abordar de una manera conjunta todas aquellas cuestiones relevantes relacionadas con la maternidad y paternidad.

Antes de pasar a desarrollar cómo se regula la situación de maternidad y paternidad queremos señalar algunas ideas:

- La maternidad no es simplemente el hecho biológico del embarazo, parto y lactancia natural (en su caso) que atañe en exclusiva a las mujeres, sino que tiene que ver directamente con el cuidado de hijos e hijas. En este sentido, nos estamos refiriendo a una responsabilidad que debería ser compartida y sostenida por mujeres y hombres, por lo que es conveniente hablar de maternidad / paternidad para subrayar que el cuidado de las personas dependientes también es una responsabilidad masculina, aunque generalmente no sea asumida.

No podemos dejar de citar que el disfrute de los permisos que a continuación se desarrollan, no son solicitados o lo son en un número muy escaso, por los hombres. De poco sirven los cambios legales si no van acompañados de transformaciones en los modelos sociales y en las relaciones de poder que los sustentan.

- La gran vulnerabilidad frente al mercado laboral de las mujeres que deciden ser madres, es un exponente de la subordinación de las necesidades humanas frente a las necesidades de los mercados. En este caso, la reproducción social, el cuidado de los niños y niñas, aparece como algo secundario frente a la necesidad de acumulación de capital por parte de las empresas, que exigen disponibilidad total de la fuerza de trabajo. Los derechos de las mujeres y el derecho de niños y niñas a ser cuidados, son papel mojado frente a la voracidad de las empresas.
- La legislación al respecto es claramente insuficiente e hipócrita para los problemas que se plantean en situaciones de maternidad y paternidad. El ordenamiento jurídico garantiza de forma prioritaria los intereses de las empresas, por lo que la normativa sólo ofrece unos derechos mínimos que es necesario ir ampliando a través de la lucha sindical.

2. ÁMBITO NORMATIVO. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Este principio de igualdad de trato no se refiere exclusivamente a aquellos tratamientos discriminatorios que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona, sino que también comprende esos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo relación directa e inequívoca, como sucede con el embarazo (STC 166/1998).

El principio de igualdad de trato viene consagrado tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el derecho internacional y comunitario.

Respecto al derecho internacional cabe destacar *La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por el Estado Español en 1983. Esta Convención en tanto norma convencional del derecho Internacional vincula a un amplio número de países entre ellos el estado español.

En cuanto al derecho comunitario el art. 141 del Tratado de Roma establece que **«cada Estado miembro garantizará ... la aplicación del principio de igualdad de retribución a idéntico trabajo para hombres y mujeres»**. Así pues, desde el derecho comunitario originario sólo se garantiza la igualdad de retribución, pero en el desarrollo del derecho derivado comunitario se han ampliado las garantías y por tanto existen Directivas Comunitarias relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato. El instrumento normativo más significativo es la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Esta Directiva tiene como objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. La directiva tiene importancia ya que en la misma se definen los conceptos de «discriminación directa», «discriminación indirecta», «acoso» y «acoso sexual».

Ya en el ámbito interno la Constitución Española (a partir de ahora CE) en diversos artículos ha establecido claramente el principio de igualdad, así como la obligación constitucional de asegurar la protección integral de los hijos y de la salud.



- La CE en su artículo 14, establece el principio de igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- El artículo 39.1 de la CE establece como principio rector de la política social y económica la obligación de las administraciones de asegurar la protección integral de los hijos/as y de las madres y familia.
- El mandato constitucional del artículo 40 de la CE implica la necesidad de desarrollo de políticas de protección de la salud de las personas trabajadoras, basadas en el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

En desarrollo del mandato constitucional, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 4.2.c) establece claramente el derecho de los trabajadores/as a no ser discriminados para el empleo por razones de sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, etc.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 1 se afirma que el objeto de la Ley es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres eliminando la discriminación de la mujer sea cual fuere su circunstancia o condición.

La «Ley de Igualdad» prevé distintas medidas destinadas a eliminar y corregir tanto en el sector público como privado, toda forma de discriminación por razón de sexo, proclamando **«Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo»**.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, recoge también normativa de protección de la maternidad. Cabe destacar de esta ley que establece la necesidad de la evaluación de los riesgos de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente. Si los resultados de esta evaluación revelan un riesgo el empresario debe adoptar las medidas para evitarlo.

El Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, que modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, facilita la identificación de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que en la evolución de riesgos deberán tenerse en cuenta.

Por último, las normas más recientes son el Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, que finalmente entró en vigor el pasado 1 de enero de 2017, después de haberse ido prorrogando en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El Real Decreto 295/2009 es el desarrollo reglamentario de la normativa introducida por la Ley 3/2007 y la Ley 9/2009 establece un conjunto de medidas para favorecer y fomentar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral incluyendo la ampliación del permiso por paternidad a cuatro semanas a partir del 1 de enero de 2017. La misma Ley de Igualdad ya contemplaba esta posibilidad, para lo que se establecía una ampliación gradual de este nuevo derecho a lo largo de seis años.

Pese a toda esta legislación, la realidad nos demuestra constantemente, que pese, a la diversa normativa tanto internacional como interna, la mujer en situación de embarazo y maternidad se encuentra en una posición débil frente al empresario produciéndose numerosas situaciones discriminatorias, desde el incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo o la no renovación de contratos hasta despidos manifiestamente nulos.

3. REDUCCIÓN DE JORNADA Y PERMISOS

3.1. Derechos en cuanto al tiempo de trabajo

El trabajador o trabajadora puede necesitar tiempo para la atención y el cuidado de los hijos/as. En previsión de ello el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores establece una reducción de jornada, sin pérdida de retribución durante la época de la lactancia de los hijos o durante etapas de hospitalización, asimismo se podrá solicitar una reducción de jornada con reducción proporcional de la retribución.

Así podemos distinguir 3 supuestos: lactancia, Neonatos hospitalizados y Guarda Legal. En todos estos supuestos, corresponde a la trabajadora o trabajador la concreción horaria. Junto a estos tres supuestos la trabajadora podrá ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

La presente guía ha desarrollado en su capítulo «Relación Individual de Trabajo» epígrafe «Vacaciones, permisos y licencias» cada tipo de permiso, por lo tanto, remitimos al referido Capítulo para más información. No obstante, es conveniente desarrollar específicamente aquellos permisos regulados para maternidad/paternidad.

3.1.1. Reducción de jornada por lactancia

Cuadro nº 17

Ámbito normativo	Artículo 37.4 ET
Circunstancia	<ul style="list-style-type: none"> — Lactancia de un hijo menor de nueve meses. — No se distingue entre lactancia natural o artificial, adopción o guarda legal o de hecho. — En caso de parto múltiple la reducción de la jornada se multiplica.
Derecho	<ul style="list-style-type: none"> — Una hora de ausencia al trabajo en el curso de la jornada una vez iniciada ésta, que puede dividirse en dos fracciones. Cabe acumulación del permiso en jornadas completas, si lo prevé el convenio o se acuerda — 0 reducción de media hora, bien al inicio o la finalización de cada jornada.
Beneficiarios/as	<ul style="list-style-type: none"> — Este permiso puede ser disfrutado indistintamente tanto por la madre como por el padre en el caso de que ambos sean asalariados, pero no pueden ser disfrutado simultáneamente por ambos progenitores.
Ejercicio	<ul style="list-style-type: none"> — Corresponde al trabajador/a la concreción horaria y determinación del período de su disfrute. De existir discrepancias, serán competentes los Juzgados de lo Social. — El trabajador/a deberá preavisar con 15 días (o según se determine en convenio) de antelación de la fecha de inicio del permiso y de incorporación a la jornada ordinaria.
Remuneración	<ul style="list-style-type: none"> — Es un permiso retribuido. Se retribuye en la cuantía que corresponde al valor hora de la jornada que se está realizando.
Compatibilidad	<ul style="list-style-type: none"> — Este derecho a ausencia al trabajo de una hora es compatible con la reducción de jornada por guarda legal

3.1.2. Reducción de jornada en caso de hospitalización de neonatos

Cuadro nº 18

Ámbito normativo	Artículo 37.5 ET
Circunstancia	— Nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados tras el parto.
Derecho	— Ausentarse una hora con derecho a remuneración, y a reducir su jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional de su salario. — En el segundo caso, aunque el artículo 35 hable de permiso, no estamos ante un verdadero permiso; es más, nos encontramos ante una simple reducción de jornada por circunstancias familiares y personales del trabajador/a.
Beneficiarios/as	Este permiso puede ser disfrutado indistintamente tanto por la madre como por el padre.
Ejercicio	Teniendo en cuenta que el Estatuto establece la expresión «asimismo», debemos entender que es posible el disfrute acumulativo, esto es, gozar de un permiso retribuido de una hora y reducir la jornada en dos horas con disminución de salario.
Remuneración	Derecho a remuneración en caso de ausentarse una hora del trabajo. En caso de reducción de jornada en dos horas hay una disminución proporcional del salario.

3.1.3. Guarda legal

Cuadro nº 19

Ámbito normativo	Artículo 37.6 y 7 ET
Circunstancia	Cuidado directo de algún menor de 12 años o una persona con discapacidad Cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.
Derecho	Reducción de jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.
Beneficiarios/as	Este es un derecho individual que corresponde tanto a hombres como a mujeres.
Ejercicio	Si dos trabajadores/as de la misma empresa generasen este derecho por cuidado de un mismo sujeto, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento de la empresa. No obstante, si el derecho se generase por cuidado de distintos sujetos causantes, no es posible limitar el ejercicio de este derecho.

3.1.4. *Permisos para asistir a exámenes médicos prenatales o para realizar técnicas de preparación al parto*

Cuadro nº 20

Ámbito normativo	Artículo 37.3.f) ET
Circunstancia	Realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación del parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.
Derecho	Ausencia durante el tiempo indispensable para los exámenes prenatales y técnicas.
Beneficiarias	Este es un derecho individual de la mujer.
Ejercicio	El estatuto establece claramente que el derecho comprende exclusivamente el tiempo «indispensable» de modo que si tales exámenes o técnicas pueden realizarse al margen de la jornada laboral no se causará derecho. Sin embargo, nada impide que mediante convenio colectivo se mejore tal situación.
Remuneración	Es un permiso retribuido

3.1.5. *Requisitos comunes para el ejercicio de los permisos anteriores*

El trabajador/a al que correspondan estos derechos deberá:

- Preavisar al empresario con un mínimo de 15 días de antelación.
- Justificar la concurrencia de los motivos previstos legalmente que traen causa de estos derechos.

La concesión del permiso no es una facultad discrecional del empresario, es más, si existe causa legal de interrupción de la prestación de servicios, deberá otorgar el permiso necesariamente.

La decisión extintiva o despido como consecuencia de la solicitud o durante el disfrute de estos permisos es considerado nulo, salvo que se acredite suficientemente que su procedencia es por motivos no relacionados con el embarazo o ejercicio de estos derechos (artículo 53.4 ET).

3.2. **Suspensiones del contrato de trabajo**

3.2.1. *Excedencia por cuidado de hijos/as*

La presente Guía ha desarrollado pormenorizadamente el concepto de excedencias, supuestos y efectos, en el Capítulo «Relación Individual de Trabajo». Por lo tanto, en este momento nos limitaremos a realizar una visión global del caso concreto de excedencia por cuidado de hijos/as, remitiendo al mencionado capítulo para más información.

Cuadro nº 21

Ámbito normativo	Artículo 46.3, 55.5.b y disp. Disp. Adc. 21º
Supuestos	Cuidado de un hijo/a, tanto por naturaleza como por adopción. Supuesto de acogimiento tanto permanente como preadoptivo.
Beneficiarios/as	Derecho individual de hombres y mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores/as de una misma empresa generan este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo.
Duración	Hasta tres años desde el nacimiento o bien resolución judicial o administrativa y puede ser disfrutada de forma fraccionada.
Efectos	Durante el primer año (o durante todo el periodo si así se dispone en convenio colectivo) de excedencia el trabajador/a tiene derecho a reserva de su puesto de trabajo. Esta reserva se extiende a 15 meses o 18 cuando se trata de familia numerosa general o especial. Durante el resto del tiempo de excedencia el trabajador/a tiene derecho a reserva de un puesto de trabajo en el mismo grupo profesional o categoría equivalente. Todo el periodo excedencia es computable a efectos de antigüedad. Durante el periodo de excedencia el trabajador/a tiene derecho a la asistencia a cursos de formación. El despido durante el disfrute de esta excedencia o cuando la hayan solicitado es considerado nulo.
Cotización	Durante los tres primeros años de excedencia se considera un periodo de cotización efectiva, esta consideración es relevante para: La cobertura del periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a las prestaciones. La determinación de su base reguladora Determinación del porcentaje aplicable para cálculo de prestaciones. Consideración de beneficiarios en situación de alta para acceder a prestaciones. Se mantiene el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

3.2.2. Descanso por maternidad o parto

La maternidad supone una suspensión del contrato, por lo tanto, se establece una prestación económica para compensar la pérdida de retribución durante el tiempo que dure dicha suspensión. (Artículo 45.1.d ET).

Se debe tener en cuenta que respecto al personal funcionario y estatutario no existe la figura de la suspensión del contrato. Las situaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo están previstas expresamente como licencias para el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Para más información sobre los efectos y causas de la situación de suspensión del contrato nos remitimos al Capítulo «Relación Individual de Trabajo».

Cuadro nº 22

Ámbito normativo	Artículo 45.1.d) ET y 48.4; RD 295/2009 art. 3.4,8 y 9
Supuesto	Parto
Beneficiario/a	El descanso por maternidad corresponde en exclusiva a la madre o, a opción de ésta, en caso de que ambos trabajen también por el otro progenitor
Duración	La duración de la situación suspensiva del contrato de trabajo es de 16 semanas, ampliables 2 semanas más por cada hijo a partir del segundo, esto es 16 semanas en caso de parto, 18 semanas en caso de mellizos, 20 semanas en caso trillizos y así sucesivamente. Se ha equiparado las 16 semanas de periodo de descanso a los supuestos de acogimiento preadoptivo o definitivo de menores de 6 años.
Disfrute	Corresponde a la madre decidir si disfrutará el descanso antes o después del parto, con la salvedad de que necesariamente 6 semanas serán después del parto. Esto implica que, una vez iniciado el descanso tras el parto, la beneficiaria no puede volver al trabajo hasta que haya transcurrido 6 semanas. En caso del fallecimiento del menor, la mujer tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten por completar el periodo de descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al parto si no se hubiesen completado. Posibilidades de disfrute: <ol style="list-style-type: none"> 1. Disfrute simultaneo. La suma de los periodos de descanso entre madre y padre no podrá exceder en ningún caso 16 semanas o las que correspondan por parto múltiple. 2. Disfrute sucesivo.
Forma de disfrute del descanso	Tras el Real Decreto 295/2009 se establece la posibilidad de disfrutar el descanso por maternidad: <ul style="list-style-type: none"> • En régimen de jornada completa • En régimen a tiempo parcial Debe existir un acuerdo entre el empresario y el trabajador/a afectado al iniciarse el periodo de descanso o momento posterior. El disfrute del descanso a tiempo parcial no puede alcanzar las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre. A partir de la séptima semana la beneficiaria podrá compatibilizar la situación de descanso con su trabajo a tiempo parcial. El periodo de permiso se amplía proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice. Durante el periodo de descanso en régimen a tiempo parcial no pueden realizarse horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. El tiempo de prestación de servicios a tiempo parcial tiene la consideración de trabajo efectivo. Es incompatible con la reducción de jornada por lactancia, ausencia o reducción de jornada por hijo prematuro, o reducción de jornada por guarda legal o excedencia por cuidado de familiares. Durante el periodo de trabajo parcial se restará de forma proporcional la prestación por maternidad.
Forma de ejercicio del derecho de opción	Basta con la simple comunicación al empresario, sin más requisitos formales, siendo este quien deba comunicarlo a la Seguridad Social. El ejercicio del derecho de opción deberá realizarse al iniciarse el periodo de descanso. No es posible que una vez iniciado el descanso la madre pueda decidir compartir el descanso con el padre.
Reincorporación suspensión	Tras el disfrute del descanso por maternidad hay derecho a reanudar el trabajo en el mismo puesto.
Remuneración	Subsidio por maternidad. 100% base reguladora.

3.2.3. Descanso en supuesto de adopción y acogimiento

Cuadro nº 23

Ámbito normativo	Art. 45.1.d) y 48.5 y 6 ET; RD 295/2009 art 8
Supuesto	Adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente, siempre que su duración no sea inferior a un año. Debemos distinguir modalidades: a) Menores de 6 años b) Menores de 18 y mayores de 6 años discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.
Duración descanso	16 semanas ininterrumpidas, ampliables en supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. También se amplía la duración en 2 semanas adicionales en caso de discapacidad. Estos periodos de suspensión se dan en torno a la fecha de resolución judicial por la que se constituye la adopción.
Titular del derecho	Este descanso puede ser solicitado tanto por el padre como la madre.
Ejercicio	En el caso de que ambos, padre y madre, sean asalariados, podrán optar entre que se distribuya el periodo de suspensión de forma simultánea o sucesiva, siempre que sea ininterrumpida.
Supuesto específico de Adopción internacional	En el caso de ser necesario desplazamiento previo del padre o madre al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión podrá adelantarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción.
<p>Maternidad e incapacidad temporal</p> <p>No es posible simultanear una situación de descanso por maternidad e incapacidad temporal, únicamente será posible la incapacidad temporal una vez agotado el descanso por maternidad.</p> <p>Durante el descanso por maternidad no procede el reconocimiento de subsidio por incapacidad temporal, puesto que se está percibiendo el subsidio por maternidad. Sólo será posible si se disfruta el descanso por maternidad a tiempo parcial</p>	

3.3. Prestaciones de la Seguridad Social

En el Capítulo X de la presente Guía, «Algunas prestaciones de la Seguridad Social», se exponen aquellas prestaciones de mayor interés. Nos remitimos por tanto al mencionado capítulo para una información global.

En este epígrafe nos limitaremos a establecer esquemáticamente todas aquellas prestaciones que tienen su causa en las situaciones de maternidad o paternidad.

3.3.1. Asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria durante el periodo de gestación, parto y puerperio, comprende la asistencia precoz y sanitaria del embarazo, preparación del parto y visitas durante el primer mes de posparto, tal y como se establece en la LGSS artículo 98 y en el ET artículo 37.3 y en el RD 1030/2006.

3.3.2. Subsidio por maternidad

Cuadro n° 24

Ámbito normativo	Art 177 LGSS, LO 3/2007 disp. Tran 7º, art. 45.1 d) y 48.4 del ET; RD 295/2009 art. 2
Supuesto	Durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por descanso por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar, se genera un derecho a prestación económica para compensar la pérdida de retribución durante la suspensión.
Beneficiarias/os	<p>- Trabajadores/as (madre o padre) que se encuentren en situación de alta o asimilada en cualquiera de los regímenes previstos legalmente.</p> <p>- Trabajadores/as que acrediten un periodo mínimo de 180 días de que varía según la edad del beneficiario en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o adopción.</p> <p>Si el padre y la madre deciden simultanear o disfrutar sucesivamente el descanso por maternidad deberán reunir ambos las condiciones de cotización mencionadas para tener la condición de beneficiarios.</p>
Procedimiento para el reconocimiento del subsidio	<p>1º Solicitud, a instancia del interesado/a, acompañada de la documentación requerida, mediante modelo normalizado por la Dirección Provincial de la entidad gestora correspondiente de la provincia donde tenga su domicilio.</p> <p>En el caso de pretender que el periodo de descanso por maternidad se disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial de deberá aportar documento que acredite el previo acuerdo con el empresario.</p> <p>2º La Dirección Provincial de la entidad gestora, ante la documentación presentada, dictará resolución expresa notificando en un plazo de 30 días el reconocimiento o no del derecho a la prestación económica por maternidad.</p>
Cuantía	La cuantía de la prestación económica por descanso por maternidad es del 100% de la base reguladora, equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
Cotización	Durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, así como en la situación de riesgo durante el embarazo se mantiene la obligación de cotizar.

Para las trabajadoras incluidas en el Régimen General que en caso de parto que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad salvo el período mínimo de cotización, se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva pero en cuantía diferente (La cuantía diaria será del 100 por 100 del IPREM vigente en cada momento, salvo que la base reguladora diaria establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes fue de cuantía inferior).

3.3.3. Prestación por paternidad

La regulación de la prestación por paternidad es muy similar a la prestación de maternidad. Su regulación se sustenta en un principio de equiparación al descanso y a las prestaciones sociales por maternidad pudiéndose afirmar que estamos ante un régimen laboral y prestaciones prácticamente idéntico.

La ampliación del permiso de paternidad de dos a cuatro semanas finalmente ha entrado en vigor el pasado 1 de enero de 2017.

Ámbito normativo	Artículo 183, 184 y 185 LGSS. RD 295/2009 art 22, 23 y 24; LO 3/2007 Disp. Trans. 7ª; art. 45.1.d y 48.7; Ley 9/2009, de 6 de octubre.
Supuesto	El nacimiento, la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento
Beneficiarias/os	Se distingue entre los supuestos de parto, en cuyo caso el permiso le corresponde en exclusiva al otro progenitor y los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, en cuyo caso el permiso le corresponde a uno de los progenitores, a elección de los interesados.
Compatibilidad con el disfrute de la licencia de maternidad	La suspensión por paternidad es independiente del disfrute compartido de la licencia por maternidad.
Cuantía	La cuantía de la prestación económica por descanso por paternidad es del 100% de la base reguladora (o 75% para trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje), equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
Duración	La duración par a los nacimientos, adopciones, guardas con fines de adopción o acogimiento que se produzca o constituyan a partir del 1 enero de 2017 es de 4 semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples en 2 días más por cada hijo a partir del segundo. La duración es la misma, aunque se produzca en el seno de una familia numerosa.
Disfrute	Puede ser durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.
Procedimiento para el reconocimiento del subsidio	Se gestiona directamente por el INSS, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. Se abona en un único pago. La solicitud, en modelo normalizado junto a la documentación requerida, se presenta dentro del plazo que va desde el inicio de la suspensión por maternidad hasta que finalice o inmediatamente después de dicha suspensión, incluido el tiempo de descanso ampliado por convenio colectivo ¹ . La dirección provincial dicta resolución y la notifica en 30 días desde la recepción de la solicitud.

>>

¹ STSJ Asturias 12-3-10; STSJ Cataluña 4-10-10

Paternidad, desempleo e incapacidad temporal

Agotado el periodo de paternidad/situación de IT: se considera al trabajador en dicha situación iniciándose a partir de este momento, si cumple requisitos y sin solución de continuidad, el pago del subsidio de IT y el cómputo para la duración de dicha situación, con independencia de los periodos de descanso por paternidad.

Si durante la paternidad se extingue el contrato, el interesado sigue percibiendo la prestación por paternidad hasta su extinción, pasando después a la situación legal de desempleo.

Se mantiene el derecho a la IT hasta el momento de inicio del descanso, dentro del periodo en que éste se puede disfrutar. Una vez percibido el subsidio, de persistir la incapacidad temporal anterior, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente a esta contingencia.

Situación de prórroga de efectos de la IT para la calificación de la incapacidad permanente: se puede causar la prestación por paternidad si reúne los requisitos exigidos para ello, interrumpiéndose el cómputo de dicha situación de prórroga, que se reanuda, si procede, una vez extinguido el subsidio por paternidad, sin que se paralice el procedimiento de declaración de la incapacidad permanente.

Durante la suspensión del contrato por paternidad no procede el reconocimiento de la IT derivada de contingencias comunes o profesionales sobrevenida durante dicho periodo, salvo si se percibe el subsidio por paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.

En los casos de extinción del contrato de un trabajador que ve interrumpida su situación de IT derivada de contingencias comunes o profesionales por pasar a la situación de descanso por paternidad, se aplican las siguientes reglas:

Si la extinción se produce iniciado el descanso, se mantiene el percibo de la prestación hasta el término de tal situación.

Si la extinción se produce durante el disfrute de periodo de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, a partir de ese momento se percibe en su totalidad el subsidio por paternidad y extinguido este, si persiste la incapacidad, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente.

Si la extinción se produce antes del inicio del descanso, se accede a esta prestación interrumpiéndose la incapacidad temporal.

3.3.4. Subsidio por riesgo durante el embarazo (Art. 48.5 ET, LGSS 106.4 y 135, RD 295/2009, Art. 22 al 30)

El artículo 26 de la LPRL establece la obligación específica del empresario de garantizar la protección de las trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos por sus propias características o estado biológico conocido.

Cuadro n°25

Ámbito normativo	Art. 45.1.e y 48.8 ET; LGSS 144.4, 186 y 187; Arts 31 a 39 y 49 RD 295/2009, de 6 de marzo; LO 3/2007 disp. Trans. 7ª; RD 2064/1995 art 13.2 y 68; RD 1993/1995 disp adic 11ª.
Situación protegida	<p>En el caso de que el empresario tenga la obligación legal de cambiar de puesto de trabajo a la gestante por riesgos que puedan influir negativamente en la salud de la mujer o el feto y no pueda hacerlo por motivos técnicos debidamente acreditados o porque no sea objetivamente posible, podrá SUSPENDER EL CONTRATO DE TRABAJO con reserva de puesto.</p> <p>El artículo 26.3 de la LPRL dice expresamente: «podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo». Pese a que el mencionado artículo establezca la expresión «podrá» no se trata de una opción facultativa del empresario, sino de un derecho de la trabajadora.</p>

Beneficiarias	Son beneficiarias aquellas trabajadoras por cuenta ajena que cumplan los siguientes requisitos: Estar afiliadas y en alta en la Seguridad Social, al momento en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo.
Procedimiento para el reconocimiento del subsidio	Para el reconocimiento de este derecho es necesario un procedimiento previo regulado en el RD295/2009, sobre prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo en su artículo 39. Solicitud a instancia de la trabajadora ante la Dirección Provincial de la Entidad Gestora de la provincia en que tenga su domicilio la interesada. La solicitud deberá ir acompañada de: <ul style="list-style-type: none"> - Informe médico del facultativo del Servicio Público de Salud, así como certificación médica expedida por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora o colaboradora que corresponda en la que se acredite que la situación de embarazo y las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o la del feto. - Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora o, cuando existan, sobre la imposibilidad, técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, acompañada de un informe del servicio de prevención propio o ajeno de la empresa. Esta declaración deberá expresar también la fecha en que la trabajadora ha suspendido la relación laboral, así como la cuantía de la base de cotización de la trabajadora.
Cuantía	La prestación económica por riesgo durante el embarazo consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora (75% para trabajadoras contratadas para la formación y el aprendizaje). La base reguladora es la misma que la de la incapacidad temporal por contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo.
Nacimiento y extinción del derecho	El derecho al subsidio nace el mismo día en que se produce la suspensión del contrato de trabajo. Se extingue: <ul style="list-style-type: none"> • Porque la trabajadora pase a situación de descanso por maternidad. • Por reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o a otro compatible. • Extinción del contrato de trabajo por causas no vinculadas con el ejercicio del derecho a suspensión del contrato de trabajo o a su condición de gestante. • Por interrupción del embarazo. • Por fallecimiento de la trabajadora.

3.4. Actuación y Denuncia

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia (décima directiva particular con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), en su artículo 11 establece que «**Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos internos las disposiciones necesarias para que toda trabajadora que se considere perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la presente directiva pueda hacer valer sus derechos por la vía judicial, sin perjuicio, en su caso, del recurso a otras instancias competentes**».

En el caso de ver restringidos los derechos y permisos descritos en este capítulo, las medidas posibles son:

Cuadro nº 26

<p>Denuncia ante la Inspección de Trabajo</p>	<p>Es posible acudir a la denuncia ante Inspección de Trabajo por vulneración de los derechos establecidos estatutariamente. Sin embargo, es conveniente recordar que un informe negativo de la Inspección dificultaría en gran medida un proceso judicial posterior.</p> <p>En cuanto a la forma de la denuncia, proceso y demás cuestiones remitimos al capítulo de la presente guía relativo a la Inspección de Trabajo.</p>
<p>Proceso Especial en los casos de concreción horaria y determinación del periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares.</p>	<p>Art. 139 y ss LRJS.</p> <p>En estos casos la persona afectada por la decisión empresarial contraria a los estos derechos deberá:</p> <p>Presentar demanda ante el Juzgado de lo Social en un plazo de 20 días desde que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél.</p> <p>Tras la admisión de la demanda se señalará el acto de la vista en los 5 días siguientes y la sentencia se dictará en los siguientes 3 días, sin posibilidad de recurrir.</p>
<p>Proceso de Tutela de Derechos Fundamentales.</p>	<p>Art. 177 y ss LRJS</p> <p>En el resto de vulneraciones se puede acudir a un PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. (Art. 177 LRJS), siempre y cuando se acredite que ha existido vulneración.</p> <p>En cualquier caso, ante una situación de vulneración de los permisos y derechos descritos, la CGT podría actuar en representación de sus afiliadas/os en defensa de los derechos individuales de éstas/os, siempre que se acredite la condición de afiliado/a y medie una autorización de él/ella al sindicato.</p>

3.5. Negociación colectiva

Los Convenios Colectivos pueden y deben cumplir la función de mejorar las condiciones de los diversos derechos analizados en el presente capítulo, así como de Seguridad y Salud fijadas en el ordenamiento, al atribuirse con carácter general, en virtud del artículo 82.2 ET, la finalidad de disciplinar las condiciones de trabajo.

Las posibilidades de los convenios colectivos son ilimitadas para mejorar las condiciones y prestaciones de maternidad, ampliando los periodos de descanso remunerados, incentivando la participación del hombre en las tareas de cuidados otorgando permisos o reconocimiento de las prestaciones para ambos progenitores.

<p>Incluir cláusulas de garantía de no discriminación basadas en el embarazo o maternidad.</p>
<p>Eliminar la titularidad de derechos causados por la maternidad o paternidad en exclusiva a las mujeres, estableciendo que cualquier derecho en torno a la maternidad/paternidad será ejercido tanto por el padre como la madre.</p>
<p>Garantizar el derecho al cambio del puesto de trabajo o actividad que pueda afectar negativamente al desarrollo o lactancia, sin merma de retribución ni categoría y del derecho a la reincorporación posterior.</p>
<p>En el caso de no ser posible un cambio de puesto de trabajo de la embarazada o lactante, asegurar que el subsidio por riesgo durante el embarazo la prestación económica sea de un 100% de la base reguladora, frente al 75% establecido por ley.</p>
<p>Regular convencionalmente que el permiso de maternidad interrumpirá el cómputo de vacaciones y será acumulable a éstas.</p>



Garantizar durante el periodo de disfrute de los diversos permisos, excedencias o descansos el acceso a los cursos de formación de las trabajadoras/es afectados.
Establecer una mejora en el permiso de lactancia, en el caso de que ambos progenitores sean asalariados y establecer una reducción de una hora de la jornada, a la entrada o salida del trabajo, sin merma en la retribución durante el primer año de edad del menor.
Establecer un permiso retribuido de dos días al año para la asistencia a reuniones escolares de hijos menores de 16 años. En el caso de que ambos progenitores trabajen en la misma empresa, garantizar convencionalmente, las medidas necesarias para adaptar el horario y turnos al cuidado de los hijos/as.
Ampliar el permiso retribuido del artículo 37.3 (Dos días por accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta segundo grado) a los casos de enfermedad infecto-contagiosa de hijos menores de edad.
Establecer un permiso retribuido de dos días para los trámites administrativos necesarios para la adopción internacional o nacional.
Hacer extensivos los derechos sobre licencias, permisos, excedencias, etc. a las Parejas de Hecho.
Establecer claramente en una cláusula convencional que el derecho al permiso por lactancia es un derecho que corresponde igual al padre como a la madre trabajadores/as, toda vez que el estatuto establece este derecho tanto para la lactancia natural como artificial.
Establecer en la medida de lo posible permisos retribuidos a padres trabajadores/as para el cuidado de hijos menores a cargo de la empresa.
Establecer medidas que faciliten asumir la tarea de cuidados tanto por el padre como la madre.
Establecer medidas que faciliten la flexibilidad en el disfrute del permiso por lactancia.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres

Así el título IV de la LO 3/2007 establece que las empresas deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación, medidas que deberán negociar con los representantes de los trabajadores/as.

En los casos de empresas de más de 250 trabajadores/as deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, que deberá ser, asimismo, objeto de negociación colectiva.

Para las demás empresas la implantación de estos planes de igualdad será voluntario salvo que lo establezca como obligatorio el convenio colectivo o cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan.

Estos planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y eliminar la discriminación por razón de género.

Los planes de igualdad fijarán concretos objetivos de igualdad, así como las estrategias y prácticas a adoptar. También deben contener el establecimiento de sistemas eficaces de seguridad y evaluación de los objetivos fijados.

4. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE LA MUJER EMBARAZADA Y LACTANTE

La administración debe asegurar, como principio rector de la política social y económica, la protección integral de los/as hijos / as y de las madres. (Art. 39.1 CE). Por ello la LPRL establece la obligación específica del empresario de garantizar la protección de las personas trabajadoras

especialmente sensibles a determinados riesgos, por sus propias características personales o estado biológico conocido.

- La LPRL en su artículo 26 protege el hecho biológico del embarazo, imponiendo al empresario la obligación de velar por la salud de las trabajadoras en su situación de gestantes o parto reciente frente a los riesgos derivados de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que tengan influencia negativa para su salud o la del feto o hijo/a lactante.
- Por otra parte, la LPRL, establece que, si detectase algún riesgo para la salud de la embarazada o lactante, la empresa deberá adoptar las medidas necesarias para evitar ese riesgo a través de la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada (supresión de trabajo nocturno o a turnos).

Es necesario decir en este momento que se pretende una protección integral de la salud, no sólo de carácter físico sino también psíquico y social, en cuanto que el artículo no diferencia entre riesgos que puedan generar daños físicos o riesgos que puedan generar daños psíquicos.

4.1. Medidas de evaluación y prevención de riesgos laborales

4.1.1. Evaluación de riesgos

La primera medida que debe adoptarse es la evaluación de riesgos, siendo competencia del empresario (artículo 16 LPRL).

Cuadro nº 27

Concepto evaluación de riesgos	La evaluación de riesgos implica un proceso dirigido a detectar si las condiciones de trabajo de la empresa afectan generando riesgos para la salud física, psíquica o social de la mujer embarazada.
Factores a tener en cuenta	Esta evaluación se realizará por el empresario con el asesoramiento de los Servicios de Prevención previstos en el artículo 31 LPRL, debiendo tenerse en cuenta: La incidencia sobre la función de procreación de los trabajadores/as. La naturaleza, el grado y duración de la exposición de las trabajadoras embarazadas o lactantes a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o la del feto. En este proceso se debe tener en cuenta la existencia de diversas directrices elaboradas por la Comisión de la Comunidad Europea al amparo del artículo 31 de la Directiva 92/85/CEE, y que señalan la lista de peligros de carácter general.



Consecuencias	<p>La LPRL establece que «si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad o la salud o una posible repercusión para el embarazo o la lactancia... el empresario adoptará las medidas oportunas...» adoptando las medidas necesarias para evitar la exposición de la embarazada a los riesgos, sin necesidad, en principio, de cambio de puesto de trabajo. Así, por ejemplo, pueden darse:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Adaptación de las condiciones en que se ejecuta el trabajo • Reducción del tiempo de permanencia en el puesto de trabajo sin reducción de salario. <p>Una de las medidas podría ser la no realización de trabajo nocturno o a turnos.</p>
----------------------	--

4.1.2. Cambio de puesto de trabajo

En el caso de que la adaptación de las condiciones de trabajo antes mencionadas no fuese posible o esta adaptación fuera insuficiente, se procederá al traslado de puesto de trabajo, siendo esta modalidad de movilidad obligatoria para el empresario.

Cuadro n°28

Requisitos	<p>El empresario deberá justificar la imposibilidad de adoptar medidas necesarias de adaptación de las condiciones de trabajo.</p> <p>Los Servicios Médicos de la Seguridad Social o de las Mutuas que asistan a la trabajadora deberán certificar la influencia negativa para la salud de la madre o del feto.</p>
Características del cambio de puesto:	<p>El empresario deberá asignar un puesto libre de riesgos, conforme al listado elaborado por el empresario previa consulta de los representantes de los trabajadores/as.</p> <p>El puesto deberá ser del grupo profesional o categoría equivalente. Si esto no es posible, la trabajadora puede ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría, conservando en todo caso el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Si esto tampoco fuera posible por razones técnicas u objetivas o por motivos justificados, puede declararse el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, durante el periodo necesario para la protección de su seguridad y salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.</p> <p>Si es posible el cambio de puesto de trabajo, el disfrute de este derecho nunca puede suponer una pérdida económica, si bien se ha de distinguir entre los complementos inherentes a la condición, cualificación y categoría de la embarazada, que deben ser abonados en todo caso, de aquellos otros que remuneran el ejercicio de funciones específicas en condiciones singulares, porque estos van dirigidos a compensar el gravamen que conllevan y que no se produce cuando el trabajo no tiene lugar en esas condiciones.</p>

4.2. Prevención de riesgos laborales de la mujer embarazada y lactante y negociación colectiva

Los Convenios Colectivos pueden y deben cumplir la función de mejorar las condiciones de seguridad y salud fijadas en el ordenamiento, al atribuirse con carácter general, en virtud del

artículo 82.2 ET, la finalidad de disciplinar las condiciones de trabajo, entre ellas la seguridad y salud de los trabajadores/as.

En este sentido, los Convenios Colectivos deberían incluir cláusulas de carácter general que regulen la evaluación de riesgos para la mujer embarazada y lactante, diseño de planes de prevención, mapas de riesgos y evaluaciones ambientales necesarias. Igualmente se podrán establecer, como funciones de los representantes legales de los trabajadores/as, el participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes de prevención.

En este sentido los Convenios Colectivos deberán:

Incorporar anexos de la Directiva 92/85/CEE sobre la relación de agentes químicos, biológicos y físicos y las condiciones de trabajo que pueden producir riesgos para la salud de la mujer y de su hijo/a durante el embarazo o periodo de lactancia.
Establecer de manera explícita en los Convenios la prohibición de realizar trabajos penosos, tóxicos o peligrosos durante el periodo de embarazo o lactancia.
Concretar con carácter previo a la situación de embarazo y lactancia los específicos puestos de trabajo en los que se ha detectado riesgo en la evaluación previa, facilitándose de este modo el proceso de cambio puesto de trabajo. Incluir la incidencia del estrés y fatiga acumulada como riesgo.
Definir los puestos de riesgo para la maternidad y puestos alternativos.
Garantizar el derecho al cambio de puesto de trabajo o actividad que puedan afectar negativamente al desarrollo del embarazo o lactancia sin merma de la retribución ni categoría.
Incorporar el periodo de lactancia en caso de cambio de puesto de trabajo.
Complementar a cargo de la empresa la prestación de la Seguridad Social, en el supuesto de suspensión por riesgo durante el embarazo, hasta complementar el 100% de la base reguladora de la trabajadora afectada por la suspensión.

5. DESPIDO. DECISIONES EXTINTIVAS

La prohibición de despedir por motivos discriminatorios por razón de género supone que se considerarán nulas, tanto las decisiones extintivas por causas objetivas como el despido disciplinario, en los supuestos siguientes:

- Trabajadores/as durante el periodo de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento.
- Trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de suspensión por maternidad.
- Trabajadoras que hayan solicitado permiso por lactancia o reducción de jornada por cuidado de un menor.
- Trabajadores/as que hayan solicitado excedencia para el cuidado de hijos/as o cuidado de un familiar.
- Trabajadores/as después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.



En estos casos el despido será nulo salvo que se considere procedente por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio de los derechos descritos en el presente capítulo. Por ejemplo, respecto a los despidos colectivos u objetivos, no está prevista la prioridad de permanencia en caso de reducción de jornada por guarda legal, por lo que puede ser procedente al acreditarse la causa en la que se sustenta la extinción (STSJ Cataluña 10-4-13), así como el de una trabajadora embarazada o en periodo de lactancia despedida por absentismo (STS 16-6-15, STSJ Burgos 13-7-10). O puede ser declarado nulo cuando no se acredite la causa de la decisión y que no obedecía a criterios estrictamente objetivos ajenos a cualquier tipo de móvil discriminatorio (STS 20-1-15). Pero hay que tener en cuenta que en materia de criterios de selección de trabajadores/as afectados por un despido colectivo, el control judicial queda reducido a aquellos casos en los que el trabajador aporte indicios de la concurrencia de discriminación, con la inversión de la carga probatoria (STSJ C. Valenciana 22-7-14).

Serán nulos solamente aquellos despidos en los que se acrediten que traen causa única y exclusivamente con la situación de embarazo.

Por otro lado, existe abundante jurisprudencia que considera discriminatoria la decisión empresarial de no prorrogar un contrato temporal a una persona embarazada y sí en cambio prorrogar los contratos del resto. (STCo 173/1994, STCo 175/2005; STSJ Madrid 22-09-16).

En este mismo sentido es discriminatoria hacer coincidir el fin del contrato temporal con el comienzo de la baja por maternidad.

VI SALUD LABORAL

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Constitución española de 1978, artículo 40.2.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y Real Decreto 337/2010 de 19 de marzo que desarrolla la citada ley.

Convenio 155 OIT.

Directivas 89/391/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/38/CEE.

En cuanto a la regulación específica por sectores, ver apartado 4.2 del presente Capítulo

1. INTRODUCCIÓN.

El concepto de salud y la salud laboral: una mirada crítica desde nuestra acción sindical.

La declaración de los derechos universales de la ONU, están asumidos e instituidos por la mayor parte de las Constituciones de los países del mundo occidental. Las mismas declaran como derechos fundamentales o inalienables de todos los seres humanos el **derecho a la vida, el derecho al trabajo, el derecho a la salud y el derecho a una vivienda digna.**

La primera pregunta que nos planteamos es si existe esa igualdad proclamada constitucionalmente: un tratamiento igualatorio para el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a todas las personas, o, por el contrario, los seres humanos ni nacemos iguales, ni todos somos portadores de los mismos derechos, a pesar de que el mundo del derecho formal insista, una y otra vez, en proclamar lo contrario.

Trabajadores/as murieron «legalmente» en su puesto de trabajo. No existe mayor sangre humana, ni violación legal tan flagrante del derecho a la vida, considerada un bien inalienable de las personas, como la que sucede en el sistema productivo y de intercambio, conocido como capi-

talismo. Otras manifestaciones del dolor en la modernidad (accidentes de tráfico, por ejemplo), son muy inferiores.

La ley, la norma como ciencia que rige las relaciones sociales (Constitución Española, Ley de Prevención de Riesgos Laborales), se demuestra impotente para resolver un conflicto y preservar el derecho fundamental por excelencia: el derecho a la vida de cualquier ciudadano/a. La ley, como ciencia, ha sustituido a la política y ha engendrado un monstruo, al crear una conciencia en los ciudadanos según la cual, el hecho de trabajar implica la inevitabilidad del dolor y la muerte. Es el precio que hay que pagar por la modernidad.

La accidentabilidad, la siniestralidad, la agresión a la salud, el sufrimiento, no sólo no disminuyen a un ritmo acorde al avance tecnológico y el mayor conocimiento científico, sino que crecen proporcionalmente a la introducción en el mercado de nuevas formas de producir, así como a la puesta en marcha de normas laborales desreguladoras.

La norma no determina la mayor o menor siniestralidad, como muestra la evolución de la misma desde el 94; es decir, la norma posibilita o facilita la protección en mayor o menor medida, pero lo que asegura es el **modelo de producción**. Si la ganancia es el objetivo, la vida (como valor inalienable), queda en segundo plano. Sólo es un medio, una mercancía anómala, al servicio de un fin: el beneficio.

El modelo de producción y distribución exige flexibilidad y «full-time». La precariedad, siendo necesaria en este nuevo modelo globalizado para la consecución del beneficio, no puede contemplar la variable del riesgo ni las consecuencias de actuar bajo este modelo. Los síntomas: más muertes en el proceso productivo, más muertes en los traslados, **más enfermedades profesionales**.

La siniestralidad y la accidentabilidad aparecen tanto en el origen, -diseño-, como en el posterior desarrollo del modelo, así como en la vida (cadena alimentaria). El trabajador ha perdido toda capacidad de control, desconoce el proceso y se da un deterioro integral de la vida.

Cientos de enfermedades profesionales con lesiones perennes que invalidan a la gente, cientos de miles de secuelas de tono menor, miles de muertos tapados como consecuencia del proceso productivo (típicas muertes por cánceres, enfisemas, paros cardíacos, etc.).

Son millones de personas con contratos temporales y a tiempo parcial; millones de personas carecen de hábitat adecuado; más de 55.000 personas están presas; varias centenas de personas inmigrantes mueren anualmente por el hecho de querer entrar a trabajar o formar parte de la modernidad, ante la miseria social, política y económica que el mundo accidentalizado ha impuesto a sus mundos; más de trece millones de personas pobres..., todo lo anterior, desvela la ficción jurídicamente construida.

Quienes sufren las mayores carencias de salud son quienes ocupan un papel de mayor subordinación en las relaciones sociales. En primer lugar las personas dependientes, esto es, quienes tienen una relación salarial, y dentro de éstas, su descenso en los niveles de salud se encuentra íntimamente conectado con la posición que ocupan en el mercado de trabajo. Gozan de mayor o mejores condiciones de salud quienes son hijos y, dentro de éstos, quienes trabajan en sectores de la producción o servicios que incorporan altas tecnologías y, muy especialmente protegidos los directivos, gerentes, ejecutivos, técnicos de alta cualificación, etc... A continuación, en escala descendente, los trabajadores temporales, luego los precarios, las personas de contrata y subcontratas, trabajadores sumergidos, para encontrarnos al final de la escalera a quienes son «la escoria de los niveles de salud», la población excluida: inmigrantes, pobres y marginados.

El actual mercado de trabajo configura una nueva norma social «donde el individuo, ni como trabajador, ni como miembro de una clase, ni como generación –menos aún como género-, puede prever de modo alguno cómo evolucionará su empleo y sus condiciones de trabajo y de



vida».¹ La precariedad, la arbitrariedad, «la contingencia y la aleatoriedad» son señas de identidad de la economía monetaria.

La misma incertidumbre sobre el futuro, no sólo el laboral, sino el social del individuo, aumenta las dificultades para conformar y afianzar identidades individuales y colectivas en torno al trabajo. Pero ésta no-identidad (del trabajo), no se hace desde la crítica a la relación salarial o, dicho de otra forma, desde la ruptura con la relación salarial obligatoria, sino que la misma no se constituye, por la ausencia de continuidad o permanencia del trabajo.

Tenemos que pensar, (además de poder medir, contar, cuantificar), que la temporalidad y la precariedad laboral producen un aumento del sufrimiento y un empeoramiento de la salud y calidad de vida de todas aquellas personas (son millones) que se encuentran en esta situación. Aún no conocemos los impactos que sobre la salud física (no sólo sobre sus muertes reales que son cuatro veces superiores a las personas con contratos fijos), y sobre su salud mental, tienen estas personas.

Los distintos grados de precariedad, afectan de forma diferente sobre la salud y el sufrimiento y, dentro de ellos, de manera distinta según el género, la etnia y la edad.

El accidente, el daño, es consustancial al hecho de trabajar; se indemniza si se demuestra culpabilidad. Aquí es hasta donde se ha llegado, tanto en los planteamientos doctrinales y normativos, como también en los institucionales y políticos.

Enmarcar el problema no es reducirlo sino explicarlo: si el daño se relaciona con el hecho de trabajar, se desvincula toda responsabilidad de la organización del trabajo, o dicho de otra forma, mientras exista un sistema de organización social donde la relación salarial sea obligatoria, la libertad de una parte (la del trabajador expresado en fuerza de trabajo) no existe, por lo tanto éste seguirá siendo dañado, pues la organización del trabajo escapa a su control.

Nos encontramos con dos principios de realidad: por un lado **el de la vida**, siendo éste un derecho inalienable de todo ser humano al que debería condicionarse todos los demás (procesos productivos, organización social, etc...), y por otro, **el principio de la economía**. Bajo este último, el accidente, la salud como proceso, se percibe como un daño al beneficio, como una anomalía no deseada, con lo cual, al abordar las soluciones, éstas se mueven entre el deseo (nadie quiere que esto suceda) y las promesas: el progreso, el desarrollo tecnológico, la economía perfeccionada, la racionalización de todos los factores, incluidas las instituciones políticas, posibilitará la eliminación del riesgo. **Día tras día se nos muestra la reiteración de su incumplimiento.**

Lo contradictorio y paradójico en las sociedades actuales es que la multiplicación de la fuerza productiva del trabajo, a través de los avances tecnológicos, la mejor gestión (más racionalidad), permite la mayor productividad del trabajo y la creación de riqueza con menos tiempo de trabajo humano, lo que nos debería situar en una posición contraria a la obligación del trabajo asalariado.

Sucede todo lo contrario: las condiciones de vida de la mayoría de la población se encuentran dramáticamente marcadas por el trabajo. Además, su baja calidad, su baja remuneración, la falta de protección, el riesgo, pasan a ser la condición necesaria para la revalorización del capital.

Nos encontramos en las antípodas del fin de la sociedad salarial. Además, **ahora se le exige al individuo asalariado que se responsabilice de su supervivencia** (seguro privado médico, si quiere tener un estándar de salud; plan de pensiones privado, si quiere mantener un estándar de consumo cuando sea «inactivo»; enseñanza privada, si..., etc...). La sociedad desaparece, por eso este individuo, precario social, económico y político, **asume el riesgo, el daño**,

¹ Carlos Prieto (2002) «Los años de la globalización: el empleo flexibilizado o el máximo de empleo con cualquier empleo»

como algo absolutamente necesario e inevitable, por el hecho al cual se ve sometido, el trabajo asalariado.

El principio de vida

Analizado el accidente desde una triple óptica, por una parte, desde aquella que considera la vida como un bien inalienable del ser humano y en consecuencia lo eleva a la categoría de derecho universal, lo que nos coloca en la posición social de entender que la vida y la integridad física de los seres humanos se encuentran por encima de cualquier consideración. Desde la óptica del mercado (la lógica económica), —ya hemos vistos que éste puede ser reducido a un mero cálculo económico (costes, beneficios)—, que considera y analiza la accidentabilidad y la siniestralidad como un coste, no sólo del empresario individual, sino un coste social, pues la sociedad tiene que hacer frente a la reparación de la fuerza de trabajo dañada. Y desde el lado de la concepción institucional (sindicatos, sociedad en general), se analiza como una anomalía no deseada, pero inevitable.

La accidentabilidad, abordada desde las consecuencias, no desde las causas, une el sufrimiento del individuo con las disfunciones que este sufrimiento origina para la sociedad; sólo es importante tener en cuenta la siniestralidad desde la limitación de la rentabilidad y así, todas las políticas de prevención que se contienen en el entramado de normas:

- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978: De los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 15 derecho a la vida, 35 derecho al trabajo, 39, 40, 41, 42 y 43 derecho a la salud, al bienestar a la cultura.
- **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.**
- **Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales: Capítulo II de la ley sobre prevención de riesgos laborales para proteger la salud y la seguridad en el mundo del trabajo, del artículo 5 al 13 ambos inclusive; artículo 14 derecho a la protección frente a los riesgos laborales; 21 riesgo grave e inminente; 22 vigilancia de la salud de los trabajadores; 24 riesgos y salud de los trabajadores de contratas o terceros en relación con el principal (ojo, súper importante sí tenemos en cuenta que la siniestralidad – accidentabilidad crece en estos segmentos de trabajadores precarios); 34 derechos de representación y participación; 42 responsabilidades y su compatibilidad; 44 paralización del trabajo; del 45 al 53 infracciones, sanciones.**
- **Ley 8/88 de Infracciones en el Orden Social: artículos 39, 40 y 41 referidos a seguridad, higiene y salud en el trabajo.**
- **Código Penal: delitos contra los derechos de los trabajadores, desde el artículo 311 al 318 y desde el 348 al 350 acerca de otros delitos de riesgo provocados.**

Las políticas tanto a niveles nacionales como supranacionales (UE exige armonización en las políticas de prevención a través de normas de calidad y seguridad, así como las que dimanen de la OIT), se acercan al accidente como una acción encaminada al mantenimiento de la rentabilidad y se alejan cada vez más del plano necesario: la defensa de la vida del ser humano como un derecho inalienable, haciendo desaparecer la intencionalidad en la consideración del mismo.

Vista la accidentabilidad y siniestralidad como descenso de la productividad desde el plano interno de la empresa y, desde el externo, como pérdida de rentabilidad/competitividad para la economía, nos lleva a la conclusión de que la misma no es funcional desde el punto de vista



económico y, qué duda cabe, que no encaja en la racionalidad económica; luego, si la penosidad en el trabajo, la siniestralidad laboral aparecen como económicamente irracionales, esta inevitable anomalía estará destinada a desaparecer tan pronto se extienda a ella la racionalidad (A. Bilbao.1997).

2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA LABORAL Y DE SALUD LABORAL ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA

2.1. Competencias del estado

En base al artículo 149.1 apartado 7) de la Constitución Española, la titularidad en materia de legislación laboral, le corresponde al Estado en exclusiva, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. Así mismo, corresponderá al estado la competencia de legislar en materia de prevención de riesgos y salud laboral toda vez se encuentran incluida en la materia laboral.

2.2. Competencias de la CCAA

Las CCAA ostentan la competencia en materia de ejecución de la legislación laboral, de la que forma parte la prevención de riesgos, así como de la sanidad e higiene. En virtud de ésta habilitación, desde 1.979 se iniciaron los procesos de transferencias a las CCAA, conforme a los correspondientes Estatutos de Autonomía de las competencias en materia de trabajo de ejecución de la legislación laboral, así como de traspaso de las funciones y servicios de los Gabinetes Técnicos Provinciales del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo «(INSHT)». Así mismo, se comenzó con la creación en cada una de las CCAA de los Institutos Regionales en donde existe la posibilidad de tener un cuerpo de técnicos de prevención que colaboren en las funciones de vigilancia y control con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Tanto los Institutos Regionales como el cuerpo de funcionarios de técnicos de prevención, se desarrollarán en apartados posteriores al presente capítulo.

Las CCAA, como titulares de la ejecución de la legislación laboral siempre en coordinación con las entidades de ámbito estatal, llevan a cabo en su ámbito territorial las funciones de:

- Asesoramiento técnico.
- Promoción técnica.
- Vigilancia y control.
- Sanción.

Gran parte de las citadas funciones, se llevan a cabo por órganos técnicos especializados. También, les corresponde distintas materias de prevención de riesgos, como acreditar a las entidades que pretendan ser servicios de prevención ajenos, así como autorizar a las entidades que pretendan llevar a cabo actividades de auditoría.

3. ORGANISMOS COMPETENTES NACIONALES Y AUTONÓMICOS

3.1. Organismos nacionales

3.1.1. *Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, INSHT*

Órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas, para lo que debe mantener la cooperación necesaria con los órganos de las CCAA con competencias en esta materia.

Actúa como órgano encargado de la relación con las instituciones de la Unión Europea y, en particular, con la Agencia Europea de Seguridad en el Trabajo.

El INSHT tiene las siguientes funciones encomendadas por la LPRL y demás normativa vigente y la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2015-2020).

- Asesoramiento técnico en la elaboración de la normativa legal y en el desarrollo de la normalización, tanto a nivel nacional como internacional.
- Promoción y realización de actividades de formación, información, investigación, estudio y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, con la adecuada coordinación y colaboración, en su caso, con los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus funciones en esta materia.
- Apoyo técnico y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el cumplimiento de su función de vigilancia y control, prevista en el artículo 9 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en el ámbito de las Administraciones Públicas.
- Colaboración con organismos internacionales y desarrollo de programas de cooperación internacional en este ámbito, facilitando la participación de las Comunidades Autónomas.
- Velar por la coordinación, apoyar el intercambio de información y las experiencias entre las distintas Administraciones Públicas y especialmente fomentar y prestar apoyo a la realización de actividades de promoción de la seguridad y de la salud por las Comunidades Autónomas.
- Prestar de acuerdo con las Administraciones competentes, apoyo técnico especializado en materia de certificación, ensayo y acreditación.
- Actuar como Centro de Referencia Nacional en relación con las Instituciones de la Unión Europea garantizando la coordinación y transmisión de la información que facilita a escala nacional, en particular respecto a la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo y su Red.
- Desempeñar la Secretaría de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo prestandole la asistencia técnica y científica necesaria para el desarrollo de sus competencias.
- Cualesquiera otras que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines y le sean encomendadas en el ámbito de sus competencias, de acuerdo con la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo con la colaboración, en su caso, de los órganos técnicos de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia.



ESTRUCTURA:

El INSHT está estructurado con unos Servicios centrales, situados en Madrid y con cuatro centros nacionales especializados en Barakaldo, Bizkaia, (Centro Nacional de Verificación de Maquinaria, CNVM), Barcelona (Centro Nacional de Condiciones de Trabajo, CNCT), Madrid (Centro Nacional de Nuevas Tecnologías, CNNT) y Sevilla (Centro Nacional de Medios de Protección, CNMP). También mantiene dos gabinetes provinciales en Ceuta y Melilla.

3.1.2. Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo

Órgano colegiado asesor de las Administraciones Públicas en la formulación de políticas de prevención y el órgano de participación institucional en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Se compone de representantes de la AGE, CCAA, organizaciones sindicales y empresariales más representativas. En el marco de su organización interna, pueden crear grupos de trabajo permanentes o temporales para el estudio de temas específicos o cuestiones concretas, determinando y especificando tanto las funciones como la composición de los mismos. Los grupos de trabajo informarán de sus actuaciones en cada reunión de la Comisión Permanente y realizarán un seguimiento de los acuerdos adoptados por la Comisión Nacional a propuesta del grupo. Una vez concluidos los trabajos encomendados, elevarán sus informes y propuestas a la Comisión Permanente para su oportuna presentación al Pleno de la Comisión Nacional. Los grupos de trabajo en funcionamiento a fecha de la edición de la presente Guía son:

- Amianto
- Construcción
- Sector Agrario
- Trabajadores Autónomos
- Valores límite
- Plan Prevea
- Educación y Formación en Prevención de Riesgos Laborales
- Empresas de Trabajo Temporal
- Trastornos Musculoesqueléticos
- Riesgos Psicosociales
- Seguridad Vial
- Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020

3.1.3. Autoridades Sanitarias

En los Capítulos IV y V del Título I (artículos 21-31) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad se establece la actuación sanitaria en la salud laboral, plasmándose más concretamente en la LPRL en su artículo 10, estableciendo que a las administraciones sanitarias les corresponde:

- El establecimiento de medios adecuados para la evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario que se realicen en las empresas por los servicios de prevención actuantes. Para ello, establecerán las pautas y protocolos de actuación, oídas las sociedades científicas, a los que deberán someterse los citados servicios.
- La implantación de sistemas de información adecuados que permitan la elaboración, junto con las autoridades laborales competentes, de mapas de riesgos laborales, así co-

- mo la realización de estudios epidemiológicos para la identificación y prevención de las patologías que puedan afectar a la salud de los trabajadores/as, así como hacer posible un rápido intercambio de información.
- La supervisión de la formación que, en materia de prevención y promoción de la salud laboral, deba recibir el personal sanitario actuante en los servicios de prevención autorizados.
 - La elaboración y divulgación de estudios, investigaciones y estadísticas relacionados con la salud de los trabajadores/as.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley General de Sanidad dice que cuando «(...) exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de .

La duración de esas medidas, no deberá exceder de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

Debemos llamar la atención en este punto, sobre la escasa o nula intervención de las autoridades sanitarias en el mundo de la siniestralidad laboral, y ello pese a las escandalosas cifras de accidentes, y de los riesgos para la salud que, de una forma evidente, se manifiestan en múltiples actividades empresariales. No obstante, cuando consideremos que concurren las circunstancias establecidas en el artículo 26 de la Ley General de Sanidad, debemos reclamar, a la autoridad laboral competente concreta, la intervención y la adopción de las medidas oportunas para salvaguardar la salud de los trabajadores/as.

3.2. Organismos Autonómicos

Las CCAA, en virtud de sus competencias, recibieron el traspaso de los Gabinetes Técnicos Provinciales de Seguridad e Higiene que dependientes de INSHT desarrollaban a nivel provincial fundamentalmente en asesoramiento técnico y colaboración con la ITSS.

Aparte de lo anterior, las distintas CCAA han creado una institución bajo la fórmula jurídica de Instituto Regional insertado en el ámbito de las Consejerías competentes en materia de trabajo y empleo. Las funciones asignadas, consisten en la promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en el ámbito autonómico.

Es importante conocer en cada una de las CCAA, todo lo concerniente a las diferentes entidades administrativas dedicadas a la promoción y control de la salud laboral, ya sea los antiguos Gabinetes Técnicos Provinciales o los Institutos Regionales, toda vez que llevan a cabo actividades de prevención en determinados sectores, producen materiales y estudios etc. que pueden contribuir a una mejor labor de prevención y control en favor de la salud y seguridad de los trabajadores/as. Por ello, a continuación, se facilita listado de las direcciones de cada Instituto Regional de cada CCAA.

Así, tal y como mencionaremos más adelante (apartado 14 del presente capítulo), las CCAA tienen la potestad de habilitar un cuerpo específico de funcionarios para que lleven a cabo funciones en materia de prevención de riesgos en coordinación con la ITSS.

Cuadro nº 29

INSTITUTO REGIONAL SALUD LABORAL	CCAA	DIRECCIÓN
Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales	Andalucía	C/ Johannes Kepler, 1 - 2ª planta. Isla de la Cartuja. 41092 – Sevilla (Tfo. 955049078)
Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo (IRSST)	Aragón	C/ Bernardino Ramazzini, 5 - CP. 50015 Zaragoza. (Tfo. 976716669) C/ Ricardo del Arco, 6-4º Edificio DGA, 22003 Huesca. (Tfo.974293032). C/ San Francisco, 1-1º. 44001 Teruel (Tfo. 978641177)
Instituto Asturiano de Prevención de Riesgos Laborales (IAPRL)	Asturias	Av. del Cristo, 107. 33006. Oviedo. Asturias. (Tfo. 985108275). www.iaprl.org
Instituto Cántabro de Seguridad y Salud en el Trabajo (ICSST)	Cantabria	Avda. Del Faro – Pintor Eduardo Sanz 19. 39012 Santander. (Tfo. 942398050). www.icasst.es
Centro de Seguridad y Salud Laboral de Castilla y León	Castilla y León	Avda. Portugal, s/n. C.P. 24071 León. (Tfo. 987344032)
Centre de Seguretat i Condicions de Salut en el Treball de Barcelona	Catalunya	Plaça d'Eusebi Güell, 4-5 08034 Barcelona
Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales (OSALAN).	Euskadi	Bizkaia: Camino de la Dinamita s/n (Monte Basatxu) 48903 Cruces-Barakaldo (Bizkaia) Gipuzcoa: Maldatxo bidea s/n 20012 Donostia Araba: José Atxotegi, 1 (Nueva dirección) 01009 Vitoria-Gasteiz
Centros Extremeños de Seguridad y Salud Laboral (CESSLA)	Extremadura	Badajoz: Avda. Miguel Fabra, 4. (Pol. El Nevero). 06006 Badajoz Cáceres. Ctra. de Salamanca, s/n. (Pol. Las Capellanías). 10005 Cáceres
Instituto Galego de Seguridade e Saúde laboral (ISSGA)	Galicia	Servicios Centrales Casa da Parra. Praza da Quintana, s/n 15704 Santiago de Compostela A Coruña Rúa Doutor Camilo Veiras, nº 8. 15006 A Coruña Lugo Ronda de Fingoi, 170. 27071 Lugo Ourense Rúa de Villaamil e Castro, s/n, 32872 Ourense Pontevedra Camiño Coto do Coello, nº 2. 36812 Rande - Redondela - Pontevedra

>>

INSTITUTO REGIONAL SALUD LABORAL	CCAA	DIRECCIÓN
Instituto de Salud Laboral de las Islas Baleares	Islas Baleares	Camino Viejo de Buñola nº 37-B-2º Polígono San Castelló. 07009 Palma de Mallorca
Instituto Canario de Seguridad Laboral.	Islas Canarias	Santa Cruz de Tenerife. Prolongación Ramón y Cajal, 3. Semisótano 1º, local 5. 38003 Santa Cruz de Tenerife. (Tfo. 922473770) Las Palmas de Gran Canaria C/ Alicante nº1, Polígono San Cristóbal 35016 Las Palmas de Gran Canaria Tfno: 928 452 403
Instituto Riojano de Salud Laboral (IRSAL)	La Rioja	Hermanos Hircio, 5. Pol. Cascajos. 26006. Logroño. La Rioja.
Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo (IRSST)	Madrid	C/ Ventura Rodríguez, 7. 28008 Madrid
Instituto de Seguridad y Salud Laboral (ISSL)	Murcia	C/ Lorca, nº 70, 30120, El Palmar, 35 Murcia
Instituto Navarro de Salud Laboral.	Navarra	Pol. de Landaben Calle E. 31012 Iruña, Navarra.
Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo (INVASSAT)	Valencia	C/ Cronista Carreres, 11- 3º A, 46003 Valencia Valencia. C/ Valencia, 32. 46100 Burjassot. (Tfo. 963424470) Alicante. C/ Hondón de los Frailes, 1. 03005 Alicante. (Tfo. 965934922) Castellón de la Plana. Ctra. N 340 Valencia Barcelona, km 68,4. (Tfo. 964558300)
Centro de Seguridad e Higiene Gabinete Técnico Provincial, Ceuta	Ceuta	Av.. de Otero, s/n. 51002. Ceuta.
Centro de Seguridad e Higiene Gabinete Técnico Provincial, Melilla	Melilla	Roberto Cano, 2. 52001. Melilla.

4. RÉGIMEN JURÍDICO

La protección de la salud de las personas trabajadoras, aparece en nuestro Derecho con anterioridad a la CE de 1978, pero es del mandato recogido en el artículo 40.2 de la CE que debemos partir. Este precepto establece textualmente que «(...) **los poderes públicos (...) velarán por la seguridad e higiene en el trabajo (...)**». Con posterioridad, en el artículo 19 del ET, se establece el derecho de los trabajadores/ as a prestar sus servicios bajo una protección eficaz en materia de seguridad e higiene.

De igual forma, la OIT con su Convenio 155 y diversas Directivas comunitarias pretenden proteger la salud de los trabajadores/as en el medio laboral. Las más importantes en este sentido



son la Directiva 89/391/CEE, que regula el marco general de la Prevención de Riesgos Laborales en el seno de la Unión Europea, así como la 92/85/CEE, la 94/33/CEE y la 91/383/CEE, que inciden, entre otras cuestiones, en la Protección de la Maternidad y del trabajo de los Jóvenes.

Estas Directivas se transponen a la normativa española con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), norma de Derecho necesario mínimo indisponible, sin perjuicio de los desarrollos que contengan los respectivos Convenios Colectivos, tal y como establece el artículo 2.2 de la LPRL. De igual forma, debemos resaltar el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (en adelante RP), reformado por el Real Decreto 780/1998, de 30 de abril.

La LPRL establece los pilares básicos del sistema de protección con el fin de evitar los riesgos laborales y promover la salud laboral en el trabajo y contiene los siguientes capítulos:

Capítulo 1.	Objeto, ámbito de aplicación y definiciones.
Capítulo 2.	Principios básicos sobre la política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y la salud en el trabajo
Capítulo 3.	Derechos y obligaciones de los trabajadores/as.
Capítulo 4.	Servicios de Prevención.
Capítulo 5.	Consulta y participación de los trabajadores/as.
Capítulo 6.	Obligaciones de los fabricantes, importadores y suministros.
Capítulo 7.	Responsabilidades y sanciones.

De igual forma, el RP contiene los siguientes:

Capítulo 1.	Disposiciones generales: integración de la actividad preventiva de la empresa y plan de prevención de riesgos laboral
Capítulo 2.	Evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva.
Capítulo 3.	Organización de recursos para las actividades preventivas
Capítulo 4.	Acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención ajenos a las empresas.
Capítulo 5.	Auditorías.
Capítulo 6.	Funciones y niveles de cualificación.
Capítulo 7.	Colaboración de los servicios de prevención con el sistema nacional de salud.

4.1. **Ámbito de aplicación**

La normativa de prevención de riesgos laborales afecta a todas las relaciones laborales contenidas en el ET, a los trabajadores/as de las Administraciones Públicas, fueren trabajadores/as laborales o estatutarios, así como a los trabajadores/as autónomos, e incluso a los socios de cooperativas que su labor consista en trabajar personalmente.

Se excluyen, entre otros, a los trabajadores/as del resguardo aduanero, así como a los servicios de protección civil. No obstante, la Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular las citadas actividades.

Tampoco será de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar en virtud del artículo 4.4 de la LPRL. No obstante, se añade que *«el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene»*. El Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar establece en su artículo 7.2 que *«el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. El incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del emplead»*. Dicho, esto se puede entender que existe una contradicción entre la exclusión de la aplicación de la LPRL con la situación que el empleador tenga la obligación de garantizar las debidas condiciones de seguridad y salud, mucho más teniendo en cuenta que no se ha regulado nada al respecto para entender el contenido de las citadas condiciones de seguridad. En base a lo anterior y pese a la exclusión del ámbito de la LPRL en el ámbito del servicio doméstico, la acción de control del cumplimiento de las «debidas condiciones de seguridad e higiene» así como del cumplimiento de la legislación laboral estará a cargo de la Inspección de Trabajo, salvaguardando eso sí, los derechos de inviolabilidad del domicilio y el debido respeto a la intimidad personal y familiar.

4.2. Normativa de aplicación

La normativa sobre prevención de riesgos laborales no sólo se constituye por la LPRL y el RP, espina dorsal en el que se establecen los pilares básicos donde se sostiene los grandes principios e instituciones del universo preventivo y de salud en el trabajo sino por todas las normativas de desarrollo o complementarias así como cuántas leyes o disposiciones convencionales, técnicas e instrucciones que regulen cualquier materia que afecte a la salud laboral.

El artículo 6 de la LPRL establece que el Gobierno, a través de las correspondientes normas reglamentarias y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, regulará las materias que a continuación se relacionan:

- Requisitos mínimos que deben reunir las condiciones de trabajo para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores/as.
- Limitaciones o prohibiciones que afectarán a las operaciones, los procesos y las exposiciones laborales a agentes que entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores/as.
- Condiciones o requisitos especiales para cualquiera de los supuestos contemplados en el apartado anterior, tales como la exigencia de un adiestramiento o formación previa o la elaboración de un plan en el que se contengan las medidas preventivas a adoptar.
- Procedimientos de evaluación de los riesgos para la salud de los trabajadores/as, normalización de metodologías y guías de actuación preventiva.
- Modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención.
- Condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos.
- Procedimiento de calificación de las enfermedades profesionales, así como requisitos y procedimientos para la comunicación e información a la autoridad competente de los daños derivados del trabajo.

Así, entre otras, podemos citar las siguientes normas reglamentarias en relación a los requisitos que se han de cumplir en cuanto a los **LUGARES DE TRABAJO, SEÑALIZACIÓN Y EQUIPOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL**, entendiendo por lugar de trabajo «las áreas del



centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder en razón de su trabajo» (art. 2 RD 486/1997).

- 1) Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.
- 2) Real Decreto 485/1997, 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo.
- 3) Real Decreto 138/2011, de 4 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento de seguridad para instalaciones frigoríficas y sus instrucciones técnicas complementarias.
- 4) Real Decreto 379/2001, de 6 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de almacenamiento de productos químicos y sus instrucciones técnicas complementarias MIE APQ-1, MIE APQ-2, MIE APQ-3, MIE APQ-4, MIE APQ-5, MIE APQ-6 y MIE APQ-7.
- 5) Real Decreto 3275/1982, de 12 de Noviembre, sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en centrales eléctricas y centros de transformación.
- 6) Real Decreto 57/2005, de 21 de enero, por el que se establecen prescripciones para el incremento de la seguridad del parque de ascensores existente.
- 7) Real Decreto 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico.
- 8) Para las instalaciones de lucha contra incendios en los edificios, se debe aplicar las «Exigencias básicas de seguridad en caso de incendio (SI)», establecidas en el art. 11 del RD 314/2006, de 17 marzo, que aprueba el Código Técnico de la Edificación. Para los locales de uso industrial, se aplica el Reglamento de Seguridad contra incendios en los establecimientos industriales aprobado por RD 2267/2004, de 3 diciembre (RCL 2004, 2601). A estas normas debe añadirse la regulación de las condiciones que deben cumplir los aparatos, equipos y sistemas, así como su instalación y funcionamiento, además de la regulación de los instaladores y mantenedores prevista en el Reglamento de Instalaciones de Protección contra Incendios (RD 1942/1993 de 5 de noviembre [RCL 1993, 3334]) y la Orden Ministerial de 16-4-1998 (RCL 1998, 1071); para los locales que no resulten encuadrables en ninguna de dichas normas, se seguirá aplicando el Capítulo VII de la OGSHT (RCL 1971, 539).
- 9) Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.

Algunos de los sectores de actividad que no entran en el ámbito de actuación del Reglamento de Lugares de Trabajo, y tiene una regulación específica:

- Obras de construcción: RD 1627/1997, de 24 de octubre (RCL 1997, 2525)
- Industrias de extracción: RD 150/1996, de 2 de febrero (RCL 1996, 893) y RD 1389/1997, de 5 de septiembre (RCL 1997, 2414)
- Buques de pesca: RD 1216/1997, de 18 de julio (RCL 1997, 2011)
- Sector de la construcción, está regulado en la Directiva 92/57/CEE y en el Real Decreto 1627/1997 referente a obras móviles de construcción y la Ley 32/2006 reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción;
- Buques como lugar de trabajo, están regulados en la Directiva 92/29/CEE y 93/103/CEE, en los Reales Decretos 1216/1997 y 1032/1999;
- Venta, suministro, consumo y publicidad de los productos del tabaco, en la Ley 28/2005.
- Ascensores, en la Directiva 95/16/CE y en el Real Decreto 57/2005;

- Minas y canteras. Ley de Minas de 21 de julio de 1973, Real Decreto 2857/1978, Real Decreto 3255/1983, Real Decreto 863/1985 (art. 168).
- Aprueba medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre

En relación a MANIPULACIÓN MANUAL DE CARGAS Y PANTALLAS DE VISUALIZACIÓN DE DATOS

- Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.
- Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores.

En cuanto a CLASIFICACIÓN, ENVASADO Y ETIQUETADO DE SUSTANCIAS PELIGROSAS:

- el Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.

Respecto a los AGENTES DE RIESGOS (FÍSICOS, QUÍMICOS, BIOLÓGICOS Y CÁNCERÍGENOS) que pueden derivar de las condiciones de trabajo, la regulación específica es la siguiente:

Físicos:

- Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al **ruido**.
- Real Decreto 1311/2005, de 4 de noviembre, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a **vibraciones mecánicas**.
- Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra **radiaciones ionizantes**.
- Real Decreto 413/1997, de 21 de marzo, sobre protección operacional de los trabajadores externos con riesgo de exposición a **radiaciones ionizantes por intervención en zona controlada**.

Químicos:

- Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los **agentes químicos** durante el trabajo.
- Real Decreto 119/2005, de 4 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.
- Trabajos con presencia de plomo metálico, en el Real Decreto 374/2001; con presencia de cloruro de vinilo, en la Orden Ministerial de 9 de abril de 1986.



Biológicos:

- 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.
- Agentes biológicos se regula en las Directivas 90/679/CEE, 93/88/CEE, 95/30/CE, 97/59/CE, 97/65/CE, el Real Decreto 664/1997 y en la Orden Ministerial de 25 de marzo de 1998.

Cancerígenos:

- Real Decreto 349/2003, de 21 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a **agentes cancerígenos** durante el trabajo, y por el que se amplía su ámbito de aplicación a los agentes mutágenos.
- Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.
- Orden de 7 de noviembre de 1984 que Rectifica el Reglamento sobre trabajos con riesgo por **amianto**.
- Riesgo cancerígeno, se regulan en los Reales Decretos 374/2001, 1124/2000 y la Directiva 90/394/CEE.
- Trabajos con riesgo de amianto, en las Ordenes Ministeriales de 31 de octubre de 1984, de 22 de diciembre de 1987 y 26 de julio de 1993; modificada por la Directiva 97/42/CE.

Eléctricos:

- Riesgos eléctricos, se regulan en el Real Decreto 614/2001;
- Vibraciones, regulado en el Real Decreto 1311/2005.

En relación a los **EQUIPOS DE TRABAJO**, se entiende por tales, «cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizada en el trabajo» (art. 4.6 LPRL). La regulación genérica se encuentra en la Directiva 89/655/CEE, la 95/63/CE y el Real Decreto 1215/1997 por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores/as de los equipos de trabajo. A continuación, la regulación específica en cada uno de los diferentes equipos de trabajo.

- Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.

La normativa de seguridad industrial obliga a los fabricantes a diseñar y construir los equipos de trabajo conforme a los requisitos de seguridad regulados, de forma que sólo puedan comercializarse y ponerse en servicio cuando garanticen la seguridad y la salud de las personas y la integridad de los bienes patrimoniales, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones y uso previstos por el fabricante del equipo de trabajo. Entre otros, se regulan los siguientes equipos:

- RD 2060/2008, de 12 diciembre (RCL 2009, 241) que aprueba el Reglamento de equipos a presión y sus instrucciones técnicas complementarias, que deroga la normativa anterior en esta materia, excepto la Instrucción Técnica Complementaria MIE-AP3,

- referente a generadores de aerosoles, aprobada por RD 2549/1994, de 29 de diciembre (RCL 1995, 198).
- RD 7/1988 (RCL 1988, 64), de aparatos eléctricos modificado por RD 154/1995 (RCL 1995, 772). Deben tenerse en cuenta la OM 6-6-1989 (RCL 1989, 1342), por la que se desarrolla y complementa el RD 7/1988 (RCL 1988, 64), y RD 65/1994 (RCL 1994, 530).
 - RD 1428/1992 (RCL 1992, 2617), de aparatos a gas, modificado por RD 276/1995 (RCL 1995, 984).
 - RD 2291/1985 (RCL 1985, 2920) sobre ascensores; RD 474/1988 (RCL 1988, 1075); RD 1314/1997 (RCL 1997, 2326).
 - RD 1644/2008, de 10 octubre sobre máquinas (RCL 2008, 1724).
 - RD 2085/1994 (RCL 1995, 245), instalaciones petrolíferas modificado por RD 2201/1995 (RCL 1996, 542); RD 1562/1998 (RCL 1998, 2025); RD 1427/1997 (RCL 1997, 2508); RD 1523/1999 (RCL 1999, 2653).
 - RD 1027/2007, de 20 julio (RCL 2007,1636) sobre instalaciones térmicas.
 - RD 138/2011, de 4 febrero (RCL 2011, 402), sobre instalaciones frigoríficas, vigente a partir del 8 de septiembre de 2001, derogando el RD 3099/1977 (RCL 1977, 2570), y sus instrucciones complementarias.
 - Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión (Vigente hasta el 30 de junio de 2015).
 - Riesgos nucleares, se regulan los equipos de trabajo en Decreto 2177/1967;
 - Aparatos de baja tensión, en el Real Decreto 842/2002;
 - Aparatos a presión, en el Real Decreto 2060/2008;
 - Tractores, en la Orden Ministerial de 28 de enero de 1981;
 - Pantallas de visualización se regulan en la Directiva 90/270/CEE, en la LPRL en su artículo 6 y en el Real Decreto 488/1997;
 - Manipulación de cargas se regula en la Directiva 90/269/CEE, en el Real Decreto 487/1997 y en el artículo 6 de la LPRL;
 - Trabajos de sondeos, la regulación viene en la Directiva 92/91/CEE;
 - Trabajos con aparatos de gas, se regula en el Real Decreto 1428/1992;
 - Clasificación, envasado y etiquetado peligroso, se regula en el RD 363/1995 y la comercialización y libre circulación intracomunitaria en el RD 1407/1992 modificado por el RD 1078/1993.

Por último, en cuanto a los **equipos de protección individual**, se regulan en los Reales Decretos 159/1995, 773/1997, 700/1998 363/1995, así como en la Directiva 86/656/CEE. Y en particular, referente a aparatos y sistemas de protección para uso en atmósferas potencialmente explosivas, se regulan en la Directiva 94/9/CEE y en el Real Decreto 400/1996.

5. PRINCIPIOS DE LA ACCIÓN PREVENTIVA Y ESPECIALIDADES PREVENTIVAS

5.1. Principios de la acción preventiva

El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en toda la normativa, con arreglo a los siguientes principios generales (Art. 15 LPRL):

- Evitar los riesgos.



- Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.
- Combatir los riesgos en su origen.
- Adaptar el trabajo a la persona, lo que se lleva a cabo a través de la Ergonomía en sus distintos aspectos: a) a la hora de concebir y diseñar los puestos de trabajo; b) al elegir los equipos y métodos de trabajo y de producción con miras a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo sobre la salud; c) tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas; d) garantizar que sólo los trabajadores con información adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico.
- Tener en cuenta la evolución de la técnica.
- Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.
- Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.
- Anteponer la protección colectiva a la individual.
- Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

5.2. Especialidades preventivas

La mayoría de las actuaciones preventivas se estructuran en varias especialidades preventivas que son aquellas disciplinas encaminadas a prevenir los posibles daños para la seguridad y salud de los trabajadores/as derivados de aquellas condiciones de trabajo que se pueden originar en los puestos de trabajo.

Cada una de las especialidades tiene unos objetivos perfectamente definidos y un ámbito de acción perfectamente delimitado, no obstante, en la práctica se plantea el problema de no poder considerar unas fronteras precisas entre cada una de ellas y tener que ampliar los límites para poder hacer frente a la problemática existente en cada situación.

Las especialidades son las siguientes:

- **Seguridad en el Trabajo:** disciplina preventiva constituida por todo aquel conjunto de técnicas y procedimientos que tienen por objeto eliminar o disminuir los riesgos que pueden llegar a provocar la aparición de accidentes de trabajo. Esa aquella técnica o especialidad que se dedica a la planificación de la prevención tanto antes de que se produzca el accidente como una vez se haya producido. Las principales actividades que se desarrollan en ésta especialidad son las siguientes:
 - Evaluación de riesgos, planificación de medidas preventivas, control y seguimiento de su implantación.
 - Implantación de las medidas preventivas y de protección necesarias para la protección de trabajadores/as de especial significación, en situación de embarazo y menores.
 - Investigación y análisis de los accidentes y propuesta de medidas preventivas.
 - Realización e implantación de planes de emergencia y de autoprotección.
 - Formación específica del puesto de trabajo derivada de la evaluación de riesgos.
 - Evaluación y control de riesgos específicos en máquinas, equipos e instalaciones.
 - Seguimiento de la implantación del plan de prevención, así como del plan de acción y planificación de las actividades preventivas.
 - Valoración de la integración de la prevención.

- Soporte técnico para la elaboración del procedimiento e instrucciones de trabajo.
- **Higiene Industrial:** disciplina que trata de identificar, evaluar y controlar los riesgos ocasionados por la presencia de contaminantes tanto de tipo físico, como químico o biológico presentes en los puestos de trabajo, entendiéndose como control a la reducción del grado de contaminación a los menores niveles posibles o hasta unos niveles que se pueden considerar como aceptables. A grandes rasgos, las principales actuaciones de la especialidad de Higiene se transcriben a continuación:
 - Estudios y mediciones específicas de agentes físicos, como el ruido, las vibraciones, la iluminación etc
 - Estudios y mediciones específicas de contaminantes químicos, como el polvo, el amianto, humos de soldadura etc
 - Estudios específicos de agentes biológicos.
 - Asesoramiento en utilización de equipos de protección individual y colectiva.
 - Formación en Higiene Industrial derivada de los estudios y mediciones específicas.
 - Propuesta de medidas preventivas de enfermedades profesionales.
- **Ergonomía y Psicosociología:** disciplina dirigida a la prevención de las posibles consecuencias que puede ocasionar la carga física y mental. Respecto a la especialidad de Psicosociología nos remitimos al Capítulo VII de la presente Guía en la que se tratará más detenidamente en relación al acoso laboral. Las principales actividades son las siguientes:
 - Evaluación de puestos de trabajo analizando aspectos como posturas forzadas, movimientos repetitivos, manipulación de cargas etc.
 - Concepción y diseño de puestos de trabajo.
 - Formación específica en Ergonomía derivada de los estudios y mediciones específicas.
 - Estudio de los factores psicosociales.
 - Desarrollo de herramientas en colaboración con institutos tecnológicos y universidades.
- **Medicina del trabajo:** disciplina que se ocupa de promocionar la salud en el trabajo, más concretamente de la protección de la salud de los trabajadores/as, colaborando con el resto de las disciplinas a la vez que se ocupa del tratamiento, curación y posterior rehabilitación de las enfermedades profesionales.

Para poder realizar la vigilancia de la salud es necesario disponer de personal capacitado (personal sanitario), así como las instalaciones adecuadas a tal fin. La vigilancia de la salud a los trabajadores/as puede realizarse en cualquiera de las modalidades de organización de la prevención (que se desarrollará en el apartado nueve del presente capítulo), con excepción de la asunción por el empresario que está expresamente prohibido.

Algunas de las principales medidas para la consecución de los fines de la especialidad de la medicina del trabajo son los siguientes:

- Exámenes médicos a los trabajadores/as.
- Prevención entre los trabajadores/as de pérdidas de salud causadas por las condiciones de trabajo.



- Protección de los trabajadores/as en su empleo contra los riesgos resultantes de factores adversos a la salud.
- Colocación y mantenimiento del trabajador/a en un ambiente de trabajo adaptado a sus condiciones fisiológicas y psicológicas.

6. PLAN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El Plan de Prevención es el instrumento a través del cual la actividad preventiva de la empresa se integra en su sistema de gestión y se establece su política de prevención.

Según establece el artículo 4.1 de la LPRL, «Se entenderá por prevención como el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo (...)».

Así mismo, en la LPRL establece que la prevención de riesgos deberá integrarse en el sistema general de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales en la que como se ha citado anteriormente, se establece su política de prevención.

La obligación de elaborar el Plan de Prevención, esto es, de garantizar la seguridad de los trabajadores/as, la ostenta el empresario a través del servicio de prevención. Por ello, los servicios de prevención deberán tener los recursos humanos, materiales y técnicos para proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes. Así, también asesorará en lo referente al diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa (art.31.3 a) LPRL).

Así mismo, el Comité de Seguridad y Salud participa en su elaboración, puesta en práctica y elaboración (art. 39 LPRL).

El plan de prevención debe ser aprobado por la dirección de empresa y se debe de conservar a disposición de la autoridad laboral, autoridades sanitarias y los representantes de los trabajadores/as.

El plan de prevención de riesgos laborales es un documento que planifica la prevención y ha de estar disponible para los representantes de los trabajadores/as.

No obstante, la misma LPRS en su artículo 16.2 bis prevé la posibilidad de que determinadas empresas, atendiendo a su número de trabajadores (pequeñas y medianas empresas) y a la naturaleza peligrosa de las actividades realizadas, ejecuten de forma simplificada la elaboración del plan de prevención de riesgos laborales, y la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, siempre que ello no suponga una merma del nivel de protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Así, el Reglamento de Servicios de Prevención, en su artículo 4.2 concreta que las empresas de hasta 50 trabajadores que no desarrollen actividades del anexo I podrán reflejar en un único documento el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva. Este documento será de extensión reducida y fácil comprensión, deberá de estar plenamente adaptado a la actividad y tamaño de la empresa y establecerá las medidas operativas pertinentes para realizar la integración de la prevención en la actividad de la empresa, los puestos de trabajo con riesgo y las medidas concretas para evitarlos o reducirlos, jerarquizadas en función del nivel de riesgos, así como el plazo para su ejecución.

Así mismo, y al margen del número de plantilla o magnitud de la empresa, el INSS elaborará y mantendrá actualizada una guía orientativa, de carácter no vinculante, sobre la integración de la prevención de riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa.

Como contenido básico el plan de prevención debe de incluir los siguientes elementos:

- Identificación de la empresa, actividad productiva, número y características de los centros de trabajo y número de trabajadores/as y sus características con relevancia en la prevención de riesgos laborales.
- Estructura organizativa de la empresa, identificando las responsabilidades y funciones que asume cada uno de los niveles jerárquicos y los correspondientes cauces de comunicación entre ellos en relación a la prevención de riesgos laborales.
- Organización de la producción con los diferentes procesos técnicos y sistemas de organización de la empresa.
- Organización preventiva en la empresa, indicando la modalidad preventiva elegida y los órganos de representación existentes.
- La política, objetivos y metas a corto, medio y largo plazo que en esta materia pretenda la empresa, así como los recursos humanos, técnicos, materiales y económicos de los que se vayan a disponer.

Fundamentalmente, **los instrumentos del plan de prevención son la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva.**

6.1. Evaluación de riesgos laborales

Según el artículo 3 del RSP, la evaluación de los riesgos laborales es el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada para la necesidad de adoptar medidas preventivas y en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse.

En este punto debemos hacer una reflexión, por cuanto la Evaluación de Riesgos no se puede convertir en un saco sin fondo. Es decir, bajo criterios puramente economicistas, le es más barato al empresario «evaluar» que «evitar» los posibles riesgos. Por tanto, la cuestión está en limitar al máximo los riesgos que deben evaluarse, y potenciar la prevención y la evitación de riesgos, pues en caso contrario, convertiríamos en una mal inevitable la alta siniestrabilidad laboral que sufren los trabajadores/as, tal y como está sucediendo, a lo que CGT frontalmente se opone. La actividad laboral, nunca puede ser incompatible con la vida y salud de los trabajadores/as.

El empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores/as, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores/as que deben desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos, del acondicionamiento de los lugares de trabajo, así como de tener en cuenta con la regulación específica señalada en el apartado segundo de éste capítulo.

La evaluación de riesgos tiene que ir más allá de cumplir un requisito meramente formal exigido por la ley y suponer un elemento principal de cara a contribuir garantizar la seguridad y la salud en el trabajo. Así mismo, en caso de que no exista en la empresa se ha instar a la empresa, así como comunicárselo a la Inspección para que se lleve a cabo.

La evaluación de riesgos se traduce en un documento recogido en el Plan de Prevención que cómo se ha señalado anteriormente ha de estar disponible tanto para los representantes de los trabajadores/as como para la Inspección de Trabajo, Autoridades Sanitarias.

La LPRL recoge distintos momentos o situaciones en los que ha de llevarse a cabo la evaluación de riesgos, partiendo de una evaluación inicial, que deberá realizarse en el momento mismo del diseño del proyecto empresarial o, si éste fue anterior a la entrada en vigor de la LPRL,



con ocasión de la entrada en vigor de la misma, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad de la empresa y la exposición de las personas trabajadoras a los riesgos especiales.

Lo concreto a evaluar son las condiciones de trabajo en su más amplio sentido; es decir:

- Los locales donde se desarrolla el trabajo, así como sus instalaciones.
- Los equipos de trabajo.
- Los agentes químicos, físicos o biológicos utilizados en la prestación laboral.
- La organización y ordenación del trabajo.
- Las condiciones personales de cada trabajador/a que vaya a desempeñar sus labores en un puesto de trabajo que pudiera ser peligroso para su salud. En particular, la LPRL establece la necesidad de tener en especial consideración la evaluación que se haga respecto de los trabajadores «que estén expuestos a riesgos especiales» (art. 16.1 LPRL), y el RSP concreta tal exigencia al tomar en consideración en la evaluación inicial «la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones» [art. 4.1.b)RSP]. Tal imposición conecta, aunque no la agota, con los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, a la protección de la maternidad, de los menores, o de los trabajadores temporales, supuestos en los que la LPRL subraya la obligación empresarial de evaluación (arts. 25, 26, 27 y 28 LPRL). En lo que respecta a la protección de la maternidad, debe estarse en particular, sin que ello agote todas las posibilidades de evaluación del riesgos, a las listas no exhaustivas de agentes, condiciones de trabajo y procedimientos que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora, del feto o del niño (si la madre está en período de lactancia natural) establecidos en los Anexos VII y VIII del Reglamento de Servicios de Prevención (Art. 4.1 b).

La Evaluación de los Riesgos, es un proceso permanente, esto es, debe realizarse al inicio de la actividad laboral, pero será revisada y actualizada tanto cuando se manifiesten riesgos que no hayan podido evitarse como cuando se vayan a usar en la actividad laboral nuevas tecnologías, sustancias, equipos, métodos de trabajo o se cambie de lugar de trabajo.

De igual forma, se deberán Evaluar los Riesgos, cuando se hayan detectado daños en la salud de los trabajadores/as, o se reciba nueva información al respecto de potenciales riesgos que afecten al trabajo.

Tal y como establece el artículo 3.2 del RSP, y en relación al artículo 33 de la LPRL que regula el derecho de consulta a los trabajadores/as en materia de prevención de riesgos, el empresario deberá someter a consulta con los representantes de los trabajadores/as, o a los propios trabajadores/as en caso de que no estén representados, el procedimiento de evaluación a utilizar en la empresa o centro de trabajo.

Según establece el artículo 5 del RSP, el procedimiento de evaluación deberá incluir las mediciones, análisis o ensayos que fueran necesarios para la correcta evaluación de los riesgos. Estas mediciones y análisis deben realizarse, primordialmente, bajo criterios recogidos en las Guías Técnicas del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, del Instituto Nacional de Silicosis o mediante protocolos o guías del Ministerio de Sanidad y Consumo, así como de las instituciones competentes en las distintas Comunidades Autónomas.

Si los resultados de la evaluación llevada a cabo pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y

controlar tales riesgos. Dichas actividades serán objeto de planificación por el empresario que se detalla en el apartado siguiente, incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos necesarios para su ejecución. Se ha de destacar que el incumplimiento de la obligación de llevar a cabo una evaluación de riesgos supone una infracción grave con sanción entre 2.046 a 40.985 € (Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social art. 12.1 b, 40.2). En éste punto no remitimos a la «Guía de la Salud Laboral para la Negociación Colectiva» editada por CGT que repasa todas éstas cuestiones desde un punto de vista práctico y sindical.

6.1.1. Procedimiento de la evaluación de riesgos laborales.

El artículo 5 del RSP, establece que se procederá a la determinación de los elementos peligrosos y a la identificación de las personas trabajadoras expuestas a las mismas, valorando a continuación el riesgo existente en función de criterios objetivos de valoración. Para juzgar el riesgo, el RSP establece que los criterios para llevarlo a cabo deben de ser objetivos según los conocimientos técnicos existentes, así como que deberá de proporcionar confianza sobre su resultado. La evaluación incluirá la realización de las mediciones, análisis o ensayos que se consideren necesarios, salvo que se trate de operaciones en donde sea innecesaria por la debida certificación de persona profesionalmente acreditada.

Para llevarlo a cabo, el RSP se remite a la normativa específica de aplicación al caso que exijan un tipo concreto de método que será forzosamente el aplicable y de obligado cumplimiento como son, entre otras, los reglamentos técnicos, aprobadas por Real Decreto y que se encuentran recogidas en el apartado 4.2 del presente capítulo. En el supuesto de que no existan éstos últimos o no detallen procedimientos técnicos de evaluación («mediciones, análisis y ensayos») y en consecuencia no existen referentes normativos de obligado cumplimiento, el artículo 5.3 del RSP manifiesta que se podrán utilizar, si existen, los métodos recogidos en:

- a) Normas UNE.
- b) Guías del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, del Instituto Nacional de Silicosis y protocolos y guías del Ministerio de Sanidad y Consumo, así como de Instituciones competentes de las Comunidades Autónomas. De las guías técnicas del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, anunciadas en las disposiciones de desarrollo de la LPRL para llevar a cabo la evaluación y prevención de los riesgos en actividades o sectores específicos, se han elaborado hasta la fecha las correspondientes:
 - RD 487/1997, de 14 de abril (RCL 1997, 976) sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores.
 - RD 488/1997, de 14 de abril (RCL 1997, 977) sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.
 - RD 486/1997, de 14 de abril (RCL 1997, 975) por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.
 - RD 485/1997 de 14 de abril (RCL 1997, 974), sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo.
 - RD 664/1997, de 12 de mayo (RCL 1997, 1273), sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.



- RD 773/1997, de 30 de mayo (RCL 1997, 1466), sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de los equipos de protección individual.
 - RD 1215/1997, de 18 de julio (RCL 1997, 2010), por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo (1ª parte).
 - RD 374/2001, de 6 de abril (RCL 2001, 1084), sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.
 - RD 614/2001, de 8 de junio (RCL 2001, 1481), sobre disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores frente al riesgo eléctrico.
 - RD 1627/1997, de 24 de octubre (RCL 1997, 2525) por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.
- c) **Normas internacionales:** (ISO [International Organisation for Standardisation], CEI [Comisión Electrotécnica Internacional], ETSI [Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación], etc.).
- d) En ausencia de los anteriores, guías de otras entidades de reconocido prestigio en la materia u otros métodos o criterios profesionales descritos documentalmente que cumplan lo establecido en el primer párrafo del apartado 2 de este artículo y proporcionen un nivel de confianza equivalente.

En primer lugar, se citan las normas UNE, teniendo en cuenta que, aunque se denominen «normas», carecen de valor normativo jurídico sin ser en puridad vinculantes y denominándose normas sólo desde un punto de vista técnico, en cuanto métodos, reglas o procedimientos de actuación. Si bien constituyen un referente útil para justar el comportamiento empresarial a las exigencias de seguridad. Se elaboran a través de un proceso en el que intervienen las partes interesadas: asociaciones empresariales, sindicales, representantes de fabricantes y administración.

En segundo lugar, se mencionan las Guías y Protocolos que establecen de forma práctica y detallada los procedimientos de evaluación de riesgos. El RSP cita expresamente a las guías de las entidades públicas como el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), del Instituto Nacional de Silicosis, del Ministerios de Sanidad y Consumo y, finalmente, de las entidades competentes de las Comunidades Autónomas.

En tercer lugar, se citan las normas internacionales, hay que señalar que no hace referencia a las normas internacionales en sentido propio, es decir incorporadas al ordenamiento español en cuyo caso sería fuente de derecho normativo y de obligado cumplimiento, sino que, de nuevo, se denominan *normas*, en el sentido apuntado anteriormente en el caso de las normas UNE. Al referirse a las normas internacionales son más bien el equivalente de las normas UNE, pero a nivel supranacional, en cuanto elaboradas por organismos especializados de ámbito internacional o supranacional como pudiera ser las normas EN o ISO.

En cuanto a la relación de jerarquía de los instrumentos citados anteriormente (UNE, guías y protocolos y normas internacionales), puesto que no se trata de normas jurídicas, el RSP no establece jerarquía entre las mismas, debiendo concluirse que el RSP las ofrece como alternativas en pie de igualdad ante supuestos de que no existan normas específicas de aplicación.

Donde sí hay preferencia o prioridad al margen de las normas propiamente jurídicas, es del conjunto de las normas UNE, guías y protocolos y normas internacionales (apartados a), b) y c) del 5.3 RSP), en relación con las mencionadas en el apartado d) del artículo 5.3 del RSP.

Esto es, en supuesto de existan los instrumentos del apartado a), b) y c) y siendo suficientes, no podrán ni deberán ser aplicadas los instrumentos del apartado d), lo que remite sin duda a una regla de subsidiariedad.

6.2. Planificación de la actividad preventiva

Tanto la LPRL (artículo 16 y siguientes) como el RSP (artículo 8 y siguientes) establecen que cuando el resultado de la evaluación de riesgos laborales pusiera de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario planificará la actividad preventiva que proceda con objeto de eliminar o controlar y reducir dichos riesgos, conforme a un orden de prioridades en función de su magnitud y número de trabajadores/ as expuestos a los mismos.

En la planificación de esta actividad preventiva se tendrá en cuenta la existencia, en su caso, de disposiciones legales relativas a riesgos específicos, así como los principios de acción preventiva señalados anteriormente.

De forma sintética, se pueden establecer las siguientes características de la planificación:

- Objetivos y finalidades del Plan.
- Establecimiento de plazos de ejecución para cada actividad preventiva.
- Designación de los responsables.
- Determinación de los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución.
- Empresa debe garantizar la efectividad del plan realizando un seguimiento continuo del mismo.
- Necesidad de modificación de las medidas cuando sean oportunas.
- Investigación por parte de la empresa cuando se produzca algún accidente.
- Formación de los trabajadores/as.

La planificación de la actividad preventiva incluirá, en todo caso:

- La designación de responsables y el plazo para llevar a cabo cada actividad preventiva, los medios humanos y materiales necesarios, así como la asignación de los recursos económicos precisos para la consecución de los objetivos propuestos.
- Las medidas de emergencia (primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de trabajadores).
- La forma de realizar la vigilancia de la salud.
- Información y la formación de los trabajadores en materia preventiva.
- Coordinación de todos estos aspectos.

El plan de prevención tiene por objeto la gestión preventiva y el mismo podrá estar integrado por diferentes aspectos:

- Plan de corrección de deficiencias técnicas observadas, profundización en la evaluación de riesgos.
- Plan de formación general y específico.
- Plan de información.
- Planificación del control periódico.
- Planificación de emergencias.
- Vigilancia médica de la salud de los trabajadores.
- Coordinación con otras empresas contratistas



- Protección de trabajadores especialmente sensibles.
- Organización y gestión de la prevención.
- Normativa interna de seguridad y uso material de la protección.

En el caso de que el período en que se desarrolle la actividad preventiva sea superior a un año, deberá establecerse un programa anual de actividades. El plan de prevención resultante deberá ser debatido en el seno del Comité de Seguridad y Salud.

7. DERECHOS Y DEBERES RELATIVOS A LA SALUD LABORAL

Tal y como hemos reseñado anteriormente, el artículo 40.2 de la CE establece la genérica obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad en higiene en el trabajo.

Con esta base, el ET, en relación a la salud laboral y a la prevención de riesgos laborales, nos ofrece un cruce de derechos y deberes en diversos preceptos. Así en el artículo 4.1.d el ET recoge el derecho de los trabajadores/as a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene; a su vez, el artículo 5.b del ET determina el deber de los trabajadores/as de observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten. Así mismo, el artículo 19.1 del ET recoge más concretamente el derecho de los trabajadores/as a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. Por otra parte, el apartado segundo del referido artículo 19, establece también la obligación de los trabajadores/as de observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene.

7.1. Art. 14 LPRL derecho a la salud del trabajador/a y deber de protección del empresario

Con la LPRL se amplían y concretan los derechos y obligaciones en el ámbito que nos ocupa, tanto de los empleadores como de los trabajadores/as. El Capítulo III de la LPRL regula los «Derechos y obligaciones», y en su artículo 14 se establece el «Derecho a la protección frente a los riesgos laborales». Así, según establece el artículo 14.1 de la LPRL, los trabajadores/as tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad en el trabajo. La concreción de este derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores/as frente a los riesgos laborales, englobándose en el concepto de «empresario» a estos efectos a las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio.

De igual forma, el derecho de los trabajadores/as a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, engloba también los derechos de información, consulta, participación y formación, así como la paralización de la actividad de la empresa en caso de riesgo grave e inminente, y el derecho a que se vigile su estado de salud (artículo 14.1, cuarto párrafo, de la LPRL), derecho éste último también recogido en la LGSS.

El artículo 14.2 de la LPRL establece, en aras al deber de protección que tienen los empresarios, que éstos deben garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores/as mediante la integración de la actividad preventiva de la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para lograr la citada protección, atendiendo a las especialidades que establece la ley en materia de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación. Esta obligación es permanente, esto es, se establece la obligación del empresario de perfeccionar los niveles de protección, así como su adaptación a las modificaciones de las circunstancias que afecten a la seguridad laboral.

Como colofón, el artículo 14.3 de la LPRL establece expresamente el deber del empresario de cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Importante es resaltar lo establecido en el artículo 14.5 de la LPRL, en cuanto que determina este precepto la prohibición de que el coste de las medidas relativas a las seguridad y la salud en el trabajo recaigan «en modo alguno sobre los trabajadores/as».

7.2. Derechos del trabajador/a: información, consulta, participación y formación

Conviene detenerse en concretar los diferentes derechos de información, consulta, participación y formación que derivan del deber de protección del empresario frente a los riesgos laborales en favor de los trabajadores/as. Estos derechos se citan en el artículo 18 y 19 y se desarrollan en el artículo 33 y 34 de la Ley de Prevención.

7.2.1. Derecho de información

Así, el artículo 18 de la LPRL establece el deber del empresario de adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores/as reciban todas las informaciones necesarias relativas a:

- Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores/as, ya afecten esos riesgos a la empresa, como al puesto de trabajo concreto de que se trate; así mismo, deberá informar de las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los referidos riesgos.
- Las medidas de emergencia adoptadas.

Esta información, si existen representantes de los trabajadores/as, debe facilitarse a éstos. Pero deberá informarse a cada trabajador/a sobre los riesgos y medidas de protección referentes al puesto de trabajo que desempeñe.

7.2.2. Consulta a los trabajadores/as y participación

El artículo 18.2 de la LPRL establece la obligación del empresario de consultar a los trabajadores/as, y permitir su participación, en todo lo referente a la salud y seguridad en el trabajo. Esta consulta y participación debe hacerse de acuerdo con lo establecido en el Capítulo V, artículo 33 a 40 de la LPRL, «Consulta y participación de los trabajadores/as», tal y como estudiamos a continuación.

Respecto al derecho de consultas, el empresario deberá consultar a los trabajadores/as, y permitir su participación, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo.

El empresario deberá consultar a los trabajadores/as, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y salud, con la debida antelación, a la adopción de las decisiones relativas a:

- La planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías.
- La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa, incluida la designación de los trabajadores/as encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo.
- La designación de los trabajadores/as encargados de las medidas de emergencia.
- Los procedimientos de información y documentación.



- El proyecto y la organización de la formación en materia preventiva.
- Cualquier otra acción que pueda tener efectos substanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores/as.

En las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores/as, las consultas a que se refiere el apartado anterior se llevarán a cabo con dichos representantes.

En cuanto al derecho de participación, los trabajadores/as tienen derecho a participar en la empresa en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo.

En las empresas o centros de trabajo que cuenten con seis o más trabajadores/as, la participación de éstos se canalizará a través de sus representantes y de la representación especializada que se regula en este capítulo.

Los trabajadores/as tendrán derecho a efectuar propuestas al empresario, así como a los órganos de participación y representación dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud en la empresa.

El propio artículo 34 de la LPRL, en su apartado segundo, establece la potestad de los representantes de los trabajadores/as, tanto unitarios como sindicales, de defender los intereses de los trabajadores/as en materia de prevención de riesgos laborales. Legítima también a los representantes sindicales y unitarios para ejercer las acciones que correspondan ante las propias empresas, la administración laboral y los tribunales.

7.2.3. Derecho a la formación

Así mismo, del artículo 19 de la LPRL, se establece una obligación por parte del empresario y en consecuencia, un derecho en favor del trabajador/a, consistente en garantizar que cada trabajador/a reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva tanto en el momento de su contratación (cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta) como cuando se produzcan cambios en las funciones o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.

La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador/a, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario.

La formación a que se refiere el apartado anterior deberá impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas, pero con el descuento en aquella del tiempo invertido en la misma. La formación se podrá impartir por la empresa mediante medios propios o concertándola con servicios ajenos, y su coste no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores/as.

A su vez, se establece la obligación en los centros de trabajo con seis o más trabajadores/as, que la participación de éstos se haga a través de sus representantes y de la «representación especializada», esto es, de los Delegados/as de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, a los que dedicamos el apartado siguiente de este Capítulo.

Son derechos de los trabajadores/as en materia de seguridad y salud en el trabajo, además de los derivados de las obligaciones de los empresarios (artículos 4.2.d, 19.1.3.5 y 30 del et, 14 y siguientes de la LPRL, y 36.1.9º del RD 84/1996):

- Información, consulta y participación.
- Formación.
- Paralización de la actividad laboral en caso de riesgo grave e inminente.
- Vigilancia de su estado de salud.
- Que el coste de las medidas de seguridad no recaiga en los trabajadores/as.

- Que su capacidad profesional en materia de seguridad y salud en el trabajo sean tenidos en cuenta por los empleadores en el momento de encomendarles tareas (artículo 15.2 de la LPRL).
- El trabajador/a puede abandonar el puesto de trabajo o interrumpir su actividad laboral, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud.

7.3. Obligaciones del empresario y del trabajador/a

En correlación al derecho de seguridad y salud en el trabajo que ofrece el artículo 14 de la LPRL en favor del trabajador/a, se establece también las correspondientes obligaciones a cargo del empresario que se citan a continuación.

También, en este epígrafe enumeraremos las obligaciones que se le adjudican al trabajador/a en esta materia.

7.3.1. Obligaciones del empresario

En virtud de los artículos 19 del ET, 186 de la Ley General de la Seguridad Social y 14 de la LPRL, el empresario tiene la obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores/as, en concreto en cuanto a:

- Entender e incorporar la actividad preventiva como otro ámbito más de la actividad empresarial.
- Evaluación de los riesgos, así como adaptarse a las modificaciones sobrevenidas que de esos riesgos se produzcan.
- Organización de los recursos.
- Planificación de las actividades de prevención.
- Vigilancia y control de la salud de los trabajadores/as.
- Información, consulta y participación de los trabajadores/as, así como la formación de éstos.
- Protección de la maternidad. La evaluación de los riesgos deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.
 - Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, 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 Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta



con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

- Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45. 1 d) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.
- Lo anterior, será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, 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 Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo.
- Protección por riesgo en el embarazo. Se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26. 3 de la Ley 31/ 1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3053) , de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.
- Actuación en casos de emergencia y riesgo grave e inminente. Para los supuestos de emergencia el empresario debe prever y adoptar las medidas necesarias relativas a primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores/as, comprobación periódica de las medidas preventivas, así como debe designar a los trabajadores/as encargados de poner en funcionamiento las medidas de emergencia (artículos 20 de la LPRL y 9.2 del RD 39/1997). El empresario, en caso de riesgo inminente, está obligado a informar cuanto antes a los trabajadores/as afectados, así como de las medidas adoptadas, a dar las instrucciones necesarias a los trabajadores/as para que interrumpan su trabajo y, si fuera necesario, a dar las instrucciones necesarias para que puedan abandonar el lugar de trabajo de forma inmediata; de igual forma, debe dar la formación necesaria a los trabajadores/as para que, en estos casos, el trabajador/a tenga los conocimientos y medios suficientes para evitar las consecuencias del peligro grave e inminente.
- Señalización de los lugares de trabajo.
- Adopción de las medidas necesarias para evitar o reducir riesgos en los lugares de trabajo.
- Tener a disposición de la ITSS y de los técnicos habilitados de prevención de las CCAA, el Libro de Visitas en cada centro de trabajo (Resolución de la DGITSS de 11 de abril de 2.006). La finalidad del Libro es tener un instrumento eficaz e inmediato de comunicación escrita entre la ITSS y la empresa en materia de salud laboral. Se podrá habilitar la utilización de un Libro de Visitas electrónico, previa autorización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De cada visita de la ITSS, se ha de practicar una diligencia en donde se ha de identificar aparte del titular de la empresa, el nombre del funcionario actuante, reflejando las materias examinadas y las incidencias que ocurran (artículo 14.3 Ley 427/1997 ordenadora de la ITSS). Así mismo, se reflejarán

los requerimientos que se efectúen a la empresa, la finalidad pretendida y el plazo de subsanación, así como la decisión justificada de la decisión de paralización o suspensión de trabajos (Artículo 11 Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social.) También se reflejarán las circunstancias de colaboración de los representantes de los trabajadores/as. En base al derecho de información, la ITSS debe informar a través del medio correspondiente (diligencias etc.) de los resultados de las visitas de prevención de riesgos laborales y las medidas adoptadas a los representantes de los trabajadores/as, por lo que se apuesta que el libro de Visitas es también un medio idóneo para satisfacer el citado derecho, con la inmediatez que merece la protección de la seguridad y salud de los trabajadores/as en el trabajo.

- La ausencia o indisponibilidad del libro de visitas, aparte de dificultar la labor de inspección y de adoptar las medidas inspectoras que procedas, constituye una infracción leve en el orden laboral sancionable con una multa entre 60 y 625 €.
- Con ocasión de la producción de cualquier tipo de daño que afecte a la salud de los trabajadores/as, ya sea accidente o enfermedad, el empresario se encuentra obligado a realizar una investigación sobre los citados daños, a fin de constatar la existencia de riesgos, así como determinar si las medidas preventivas son insuficientes.

Así mismo, según el artículo 23 de la LPRL, el empresario deberá elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral la siguiente DOCUMENTACIÓN relativa a las obligaciones establecidas en los artículos anteriores:

- Plan de prevención de riesgos laborales.
- Evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluido el resultado de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores/as.
- Planificación de la actividad preventiva, incluidas las medidas de protección y de prevención a adoptar y, en su caso, material de protección que deba utilizarse.
- Práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores/as y conclusiones obtenidas de los mismos.
- Relación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador/a una incapacidad laboral superior a un día de trabajo. La ley no establece una forma determinada pero sí llevarlo a cabo previa consulta con los trabajadores/as (artículo 33.1.d).
- Comunicación de manera individualizada a la autoridad laboral de cualquier tipo de accidente, enfermedad, alta o fallecimiento, por medio de dos procedimientos electrónicos, teniendo cada uno de ellos sus propias notificaciones:
- Programa Delta (OM TAS/2926/2002): a través de éste programa se notifican los siguientes partes cada uno con un determinado plazo de presentación por parte del empresario o la Mutua:
 - Parte de accidente de trabajo.
 - Relación de accidentes de trabajo sin baja médica
 - Relación de altas o fallecimientos de accidentados.
- Programa Cepross (OM TAS/1/2007): a través de éste programa se notifican las enfermedades profesionales. Quien emite y tramita el parte es el médico de la mutua o del sistema público de salud, según sea la entidad que tenga asumida las contingencias profesionales. Los delegados/as de prevención, podrán solicitar a la empresa, información sobre los daños a la salud de los trabajadores/as, la cual tiene la obligación de dár-



selo a conocer (Art. 18 L.P.R.L.), siempre de acuerdo a la legislación vigente sobre confidencialidad de datos.

La documentación a que se ha hecho referencia en deberá también ser puesta a disposición de las autoridades sanitarias.

7.3.2. Obligaciones de los trabajadores/as

En base a los artículos 5.b y 19.2.4 del ET y 29 de la LPRL, en materia de seguridad y salud en el trabajo, los trabajadores/as tienen que velar no sólo por su propia salud y seguridad, sino también por la de las personas a las que pueda afectar su actividad profesional y siguiendo las instrucciones del empresario y en atención a su formación deben:

- Usar adecuadamente los medios con los que desarrollen su labor, según su naturaleza y los riesgos previsibles.
- Utilizar correctamente, y siguiendo las instrucciones recibidas por el empresario, los medios y equipos de protección.
- No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad.
- Informar inmediatamente a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores/as designados para realizar actividades de protección y prevención frente a riesgos laborales, de cualquier situación que, a su juicio, entrañe un riesgo para los trabajadores/as.
- Contribuir, en la parte que les toca, al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad laboral para preservar la salud y seguridad en el trabajo.
- Los trabajadores/as tienen obligación de cooperar con los empresarios a fin de que éstos puedan garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores/as.

Tal y como establece el artículo 29.3 de la LPRL, el incumplimiento de estas obligaciones por parte de los trabajadores/as puede ser considerado incumplimiento laboral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 58 del ET, con lo que puede ser motivo de sanción, conforme a la legislación laboral y los respectivos Convenios Colectivos.

7.3.3. Obligaciones de fabricantes, importadores y suministradores

En cuanto a los fabricantes, importadores y suministradores, tal y como establece el artículo 41 de la LPRL, tienen determinadas obligaciones en función de su actividad. Así, en el caso de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo, deben asegurar que éstos no constituyan un riesgo para el trabajador/a, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines establecidos.

En el caso de sustancias y productos químicos utilizados en el trabajo, están obligados a que su envase y etiquetado permita su conservación y manipulación en condiciones de seguridad. De igual forma, deben identificar su contenido y los riesgos que para los trabajadores/as conlleva su utilización o almacenamiento.

En el caso de fabricantes, importadores o suministradores de productos para la protección de los trabajadores/as, están obligados a asegurar su efectividad. Deben informar al respecto de su uso, utilización y riesgos contra los que protegen.

Debemos resaltar que el etiquetado y el envase deben contener la información necesaria para la correcta utilización del producto, así como sobre los riesgos que supongan su uso normal o anormal.

El empresario tiene la obligación de que estas informaciones de los fabricantes, importadores y suministradores, llegue a los trabajadores/as en términos comprensibles.

8. DELEGADOS/AS DE PREVENCIÓN Y COMITÉS DE SEGURIDAD Y SALUD

8.1. Introducción

A falta de acuerdo o convenio que cree órganos específicos, la LPRL establece dos canales de participación y representación de los trabajadores/as en cuanto a la salud y seguridad en el trabajo: los Delegados/as de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud.

El artículo 35.4, segundo párrafo, de la LPRL, establece la posibilidad de que, mediante la Negociación Colectiva o incluso acuerdos específicos, se creen órganos concretos que ejerzan las facultades que la LPRL otorga a los Delegados/as de Prevención. Esta posibilidad también cabe en el marco de las Administraciones Públicas.

8.2. Delegados/as de prevención

El artículo 35 de la LPRL dice que los Delegados/as de Prevención, son los representantes de los trabajadores y las trabajadoras con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo, deben ser designados por y entre los representantes de los trabajadores/as y su número depende del número de trabajadores/as de la empresa en cuestión.

Así, según establece el artículo 35.2 de la LPRL, el número de Delegados/as de Prevención, se rige por la siguiente escala:

Cuadro n°30

Nº de Trabajadores/as en la empresa	Nº de Delegados/as de prevención
De 1 a 30	El propio Delegado/a de Personal
De 31 a 49	1 Delegado/a
De 50 a 100	2 Delegados/as
De 101 a 500	3 Delegados/as
De 501 a 1000	4 Delegados/as
De 1001 a 2000	5 Delegados/as
De 2001 a 3000	6 Delegados/as
De 3001 a 4000	7 Delegados/as
De 4001 en Adelante	8 Delegados/as

Para determinar el número de trabajadores y trabajadoras de cada empresa a estos efectos, se computarán como trabajadores/ as fijos/as, aquellos y aquellas con contratos temporales con una duración superior a un año. Los contratados hasta por un año, se computan según el número



de días trabajados en el periodo de un año anterior a la designación, de tal forma que cada doscientos días trabajados o fracción se computan como trabajadores/as fijos.

Este es el sistema establecido en la LPRL, pero también esta Ley faculta a los Convenios Colectivos para que establezcan su propio sistema de designación de Delegados/as de Prevención, garantizando siempre que la facultad de designación corresponda a los trabajadores/as o a los representantes de éstos. A falta de sistema establecido en Convenio Colectivo, la designación de los Delegados/as de Prevención se realiza tal como hemos visto.

8.3. Competencias y facultades de los delegados/as de prevención

Las competencias y facultades de los Delegados/as de Prevención, se establecen en el artículo 36 de la LPRL., según el cual,

Tienen las siguientes **competencias** (artículo 36.1 LPRL):

- Colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva.
- Promover y fomentar la cooperación de los trabajadores/as en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
- Ser consultados por el empresario, con carácter previo a su ejecución, acerca de las decisiones referentes a las materias susceptibles al derecho de consulta en favor de los trabajadores/as recogidas en el artículo 33 de la LPRL y citadas en la presente Guía en anteriores páginas
- Ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.
- En los centros de trabajo donde, por el número de trabajadores/as no deba constituirse un Comité de Seguridad y Salud, los Delegados/as de Prevención asumirán sus competencias (artículo 36.1, segundo párrafo de la LPRL).

Y tienen, al objeto de poder desarrollar sus competencias, las siguientes facultades (artículo 36.2 LPRL):

- Acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo, así como a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas y verificaciones que realicen en los centros de trabajo. Además, podrán efectuar ante los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social cuantas observaciones estimen pertinentes.
- Tienen acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones. Este derecho de información y documentación no es absoluto y tiene limitaciones tales como no poder usar esa información con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador/a. Así mismo, a la información médica de carácter personal tampoco podrán tener acceso sin consentimiento del trabajador/a (a esta información sólo podrán acceder los servicios médicos y las autoridades sanitarias).
- Ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores/as cuando el primero tenga conocimiento de los mismos. Se faculta a su vez a los Delegados/as de Prevención a personarse, aun fuera de jornada laboral, en el lugar donde hayan ocurrido los hechos para conocer las circunstancias de los mismos.
- Recibir del empresario las informaciones obtenidas por éste, procedentes de las personas u órganos encargados de las actividades de protección y prevención en la empresa, así como de los organismos competentes para la seguridad y la salud de los trabajadores/as.

- Realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo. Así mismo, podrán acceder a cualquier zona de los centros de trabajo y comunicarse con los trabajadores/as en su horario de trabajo, sin alterar el desarrollo del proceso productivo.
- Recabar del empresario la adopción de medidas de carácter preventivo y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores/as, de tal manera que pueden hacer como Delegados/as de Prevención las propuestas que estimen pertinentes, tanto al empresario, como al Comité de Seguridad y Salud para su discusión. El empresario, en el caso de negarse a adoptar las medidas propuestas por los Delegados/as de Prevención, deberá hacerlo de forma motivada artículo 36.4 de la LPRL.
- Proponer al órgano de representación de los trabajadores/as (Delegados/as de Personal, Comités de Empresa, o Junta de Personal en el caso de funcionarios), la adopción del acuerdo de paralización de actividades en caso de peligro grave e inminente de los trabajadores/as, y el empresario no adopte las medidas oportunas. En este caso, tal y como establece el artículo 21 de la LPRL, el acuerdo deberá ser adoptado por acuerdo mayoritario de los representantes de los trabajadores/as; pero si no fuera posible reunir a éstos con la urgencia requerida, los Delegados/as de Prevención podrán adoptar, también por mayoría, el acuerdo de paralización de la actividad de la empresa, siempre en caso de peligro grave e inminente de los trabajadores/as (artículo 36.2.g, en relación con el 21.3 de la LPRL)

8.4. Garantías de los Delegados/as de Prevención

En atención a lo establecido en el artículo 37 de la LPRL, los Delegados/as de Prevención gozan de las mismas garantías que los Delegados/as de Personal y de los miembros de los Comités de Empresa, garantías enumeradas en el artículo 68 del ET, sin perjuicio de las mejoras o ampliaciones que se puedan establecer en los Convenios Colectivos. Para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos en este punto al Capítulo I de esta Guía. Estas garantías, así como el deber de sigilo, se extiende también en los mismos términos a los Delegados/as de Prevención en el ámbito de las administraciones públicas, ya sean personal laboral o funcionario, tal y como establece el artículo 37.4 de la LPRL.

No obstante, conviene hacer una puntualización con respecto al tiempo empleado por los Delegados/as de Prevención en el desarrollo de sus funciones. Así, el tiempo utilizado por los Delegados/as de Prevención para el desempeño de sus funciones será considerado como ejercicio de funciones de representación de los trabajadores/as, a los efectos de cómputo de las horas mensuales retribuidas que prevé el artículo 68 del ET. Pero será considerado tiempo de trabajo efectivo, es decir, sin cargo al crédito horario establecido en el artículo 68 ET, el tiempo utilizado a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud, y cualquier otra convocada por el empresario en materia de prevención de riesgos laborales. Tampoco se cargarán al crédito horario del artículo 68 ET el destinado a las visitas a los centros de trabajo en compañía de los técnicos ni de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, ni en caso de visitas a los centros de trabajo para conocer las circunstancias de los daños a la salud de los trabajadores/as.

Los empresarios, en atención a lo establecido en el artículo 37.2 de la LPRL, deben proporcionar a los Delegados/as de Prevención los medios y la formación en materia de prevención de riesgos laborales que les sean necesarios para el desarrollo de sus funciones. Esta formación es de cuenta del empresario, que debe prestarla con sus medios, o concertarla con organismos o entidades especialistas en esta materia. La formación de los Delegados/as de Prevención debe ser «continua», en el sentido de que debe ir adaptándose a la evolución y aparición de los riesgos.



Es importante resaltar que el tiempo dedicado por los Delegados/as de Prevención será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, no pudiendo recaer su coste nunca sobre los propios Delegados/as de Prevención.

Establece a su vez el artículo 37.4 de la LPRL el deber de sigilo de los Delegados/as de Prevención, en los mismos términos que lo hace el artículo 65.2, que a su vez remite al artículo 64.1, apartados 1 a 5 del ET que se establecen para los Delegados/as de Personal, a cuya explicación en esta Guía nos remitimos.

8.5. Comité de Seguridad y Salud

El artículo 38 de la LPRL instaura el Comité de Seguridad y Salud, como el órgano paritario y colegiado de participación, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos. Se deberá constituir en todos los centros de trabajo o empresas que cuenten con más de cincuenta trabajadores/as.

El Comité de Seguridad y Salud está formado por los Delegados/as de Prevención y el empresario (o el representante o representantes de éste), en igual número por cada parte. Por tanto, no está sometido este órgano a las reglas de proporcionalidad que rigen otros órganos de representación, tal y como se ha establecido, entre otras, en STS de 14 de junio de 1999, o en STS de Unificación de Doctrina de 30 de abril de 2001.

El Comité de Seguridad y Salud deberá reunirse trimestralmente y siempre que lo solicite alguna de las partes, tal y como se establece en el artículo 38.3 de la LPRL. En esas reuniones podrán participar con voz, pero sin voto, los Delegados/as Sindicales y los responsables técnicos de la prevención de riesgos laborales. A su vez, también pueden participar en las mismas condiciones trabajadores/as de la empresa que cuenten con cualificación o información al respecto, así como técnicos en prevención de riesgos laborales, siempre que lo solicite alguna de las partes del Comité de Seguridad y Salud.

En cuanto a las normas de funcionamiento, las elabora el Comité de Seguridad y Salud. Las empresas que cuenten con varios centros de trabajo que a su vez tengan sus respectivos Comités de Seguridad y Salud, pueden, previo acuerdo con los trabajadores/as, crear un Comité Intercentros, que tendrá las funciones que el acuerdo con los trabajadores/as determine.

En el supuesto de empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, cabe la posibilidad de celebrar reuniones conjuntas de los respectivos Comités de Seguridad y Salud (o de los Delegados/as de Prevención y empresarios en su caso). Además de estas reuniones conjuntas, al LPRL faculta en este supuesto a adoptar otras medidas de actuación coordinada.

8.5.1. Competencias y facultades del comité de Seguridad y Salud

Las competencias se establecen en el artículo 39 de la LPRL y son las siguientes.

- a) Participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos de la empresa. A tal efecto, en su seno se debatirán, antes de su puesta en práctica y en lo referente a su incidencia en la prevención de riesgos, la elección de la modalidad organizativa de la empresa y, en su caso, la gestión realizada por las entidades especializadas con las que la empresa hubiera concertado la realización de actividades preventivas; los proyectos en materia de planificación, organización del trabajo e introducción de nuevas tecnologías, organización

- y desarrollo de las actividades de protección y prevención a que se refiere el artículo 16 de esta Ley y proyecto y organización de la formación en materia preventiva.
- b) Promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes.

Las facultades del Comité de Seguridad y Salud, en aras a hacer efectivas sus competencias arriba reflejadas son:

- a) Conocer directamente la situación relativa a la prevención de riesgos en el centro de trabajo, realizando a tal efecto las visitas que estime oportunas.
- b) Conocer cuántos documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como los procedentes de la actividad del servicio de prevención, en su caso.
- c) Conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas.
- d) Conocer e informar la memoria y programación anual de servicios de prevención.

9. MODALIDADES DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y RECURSOS PREVENTIVOS

9.1. Modalidades de los Servicios de Prevención

En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará a un número determinado de trabajadores/as o constituirá un servicio de prevención propio o ajeno para llevar a cabo las obligaciones establecidas en la extensa normativa de prevención. Existen diferentes modalidades de los servicios de prevención, siendo los siguientes.

- El propio empresario.
- El trabajador/a designado para ello por el empresario.
- El servicio de prevención de la empresa, propio o mancomunado.
- Un servicio de prevención ajeno.

Estas posibilidades no quedan a elección del empresario, sino que la LPRL y el RSP establecen ciertos márgenes dependiendo del número de la plantilla, actividad empresarial que conlleve riesgos etc., para determinar la modalidad del servicio de prevención de la empresa.

9.1.1. *Por el propio empresario*

El artículo 11 del RSP recoge que el empresario podrá desarrollar personalmente la actividad de prevención, con excepción de las actividades relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que se trate de empresa de hasta diez trabajadores.
- b) Que las actividades desarrolladas en la empresa no estén incluidas en el anexo I.



- c) Que desarrolle de forma habitual su actividad profesional en el centro de trabajo.
- d) Que tenga la capacidad correspondiente a las funciones preventivas que va a desarrollar, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VI.

Así, la LPRL reconoce la misma posibilidad al empresario de asumir personalmente la actividad de prevención para aquellas empresas que ocupen hasta 25 personas trabajadoras, cumpliendo determinados requisitos y siempre y cuando la empresa disponga de un único centro de trabajo.

La vigilancia de la salud de los trabajadores/as, así como las actividades preventivas que no realice el empresario personalmente, deben ser realizadas mediante alguna de las modalidades que siguen.

9.1.2. Designación de trabajadores/as

Según establece el artículo 12 de RSP, el empresario deberá designar a uno o varios trabajadores/as para encargarse de la prevención de riesgos:

- Si no ha asumido personalmente la actividad preventiva, ni ha constituido un servicio preventivo propio o contratado uno ajeno.
- Y si la empresa cuenta con más de seis trabajadores/as, y menos de quinientos, salvo si desarrolla alguna actividad de riesgo y tienen entre doscientos cincuenta y quinientos trabajadores/as.

El número de trabajadores/as designados deben ser los necesarios para el desarrollo de la actividad preventiva. De igual forma, se deben poner a su servicio los medios adecuados para desarrollar su labor preventiva. De igual forma, los trabajadores/as designados deben tener la capacidad y formación correspondiente a las labores preventivas a desarrollar.

9.1.3. Servicio de prevención propio y mancomunado

Servicio de prevención propio:

Se entenderá como servicio de prevención propio el conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de las actividades de prevención. El empresario, según establece el artículo 14 del RSP, deberá constituir un servicio de prevención propio cuando:

- La empresa tenga más de quinientos trabajadores/as.
- En empresas que cuenten con más de doscientos cincuenta trabajadores/as y menos de quinientos, y desarrollen una actividad considerada de riesgo.
- Por decisión de la autoridad laboral.

Los integrantes del servicio de prevención propio deberán dedicarse íntegra y exclusivamente a las labores de prevención asignadas, y deberán contar con los medios e instalaciones necesarios para el desarrollo de su labor.

El servicio de prevención habrá que contar, como mínimo, con dos especialidades o disciplinas preventivas (vistas en el apartado quinto del presente capítulo), desarrolladas por expertos con la capacitación requerida para las funciones a desempeñar. Las actividades preventivas que no sean asumidas a través del servicio de prevención propio deberán ser concertadas con uno o más servicios de prevención ajenos.

La empresa debe elaborar anualmente y poner a disposición de la autoridad laboral y sanitaria la memoria y programación anual del servicio de prevención propio (artículo 15.5 del RSP).

Servicios de prevención mancomunados:

Según el artículo 21 del RSP, podrán constituirse servicios de prevención mancomunados por varias empresas:

- Cuando las empresas desarrollen simultáneamente su actividad en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial, siempre que quede garantizada la operatividad y eficacia del servicio de prevención.
- Cuando así se establezca mediante la negociación colectiva.
- En su defecto, por decisión empresarial, siempre y cuando las empresas afectadas pertenezcan a un mismo sector productivo o grupo empresarial, o desarrollen su labor en un mismo polígono industrial o área geográfica limitada.

Las empresas que pretendan constituir un servicio de prevención mancomunado, deberán, previamente, someter su decisión a consulta con los representantes de los trabajadores/as.

9.1.4. Servicios de prevención Ajenos

Se regulan en el artículo 16 del RSP, según el cual, el empresario deberá acudir a uno o varios servicios de prevención ajenos cuando:

- La designación de uno o varios trabajadores/as es insuficiente para la realización de la actividad preventiva en la empresa, y no concurra la obligación de constituir un servicio de prevención propio (ver punto anterior)
- Por decisión de la autoridad laboral.
- Para la realización de las actividades preventivas que no asuma el servicio de prevención propio.
- En el caso de que la actividad preventiva haya sido asumida personalmente por el empresario, para garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores/as.

El artículo 17 del RSP establece los requisitos de las entidades especializadas para actuar como servicios de prevención; y son:

- Obtener la aprobación y acreditación de la administración sanitaria y de la administración laboral.
- Disponer de la organización, instalaciones, personal y equipos necesarios para el desarrollo de su actividad.
- No mantener con las empresas concertadas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo. Hay una excepción, y es en el caso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que sí podrán actuar como servicios de prevención.
- Que constituyan una garantía que cubra su posible responsabilidad.

Cuestiones comunes a las diferentes modalidades de los servicios de prevención.

En virtud del artículo 18 el RSP las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención deberán contar con las instalaciones y los recursos materiales y humanos que les permitan desarrollar adecuadamente la actividad preventiva que hubieran concertado.



Respecto a la determinación de las funciones, capacidades y aptitudes necesarias que han de tener los miembros que formen parte de los servicios de prevención para la evaluación de los riesgos y el desarrollo de la actividad preventiva, las funciones a realizar se clasifican en los siguientes grupos:

- Funciones de nivel básico.
- Funciones de nivel intermedio.
- Funciones de nivel superior, correspondientes a las especialidades y disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada.

En el RSP se recogen las diferentes funciones de cada nivel, siendo las que orienten los distintos proyectos y programas formativos a desarrollar (Anexos III a VI del RSP).

Anteriormente, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social podían desarrollar para las empresas a ellas asociadas las funciones correspondientes a los servicios de prevención. No obstante, desde la Ley de Mutuas (Ley 35/2014, de 26 de diciembre) que, entre otras muchas cuestiones, modifica la propia denominación de las mutuas, éstas no podrán desarrollar las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos, ni participar con cargo a su patrimonio histórico en el capital social de una sociedad mercantil en cuyo objeto figure la actividad de prevención.

Las mutuas que con anterioridad a la ley de mutuas hubiesen aportado capital de su patrimonio histórico en las sociedades mercantiles de prevención constituidas por las mismas deberán presentar las correspondientes propuestas de venta antes del 31 de marzo de 2015 y enajenar la totalidad de las participaciones con la fecha límite de 30 de junio de ese mismo año, incurriendo en caso contrario en causa de disolución (DT 3ª Ley 35/2014).

9.2. Recursos preventivos

9.2.1. Presencia de los recursos preventivos

Tanto la LPRL (Art. 32 bis) como el RSP (Art. 22 bis), establecen y desarrollan la presencia en la empresa de los llamados «recursos preventivos» en los siguientes supuestos que se resumen a continuación, determinadas situaciones de riesgo o peligrosidad, así cuando la Inspección así lo exija.

- 1) Cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados, en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo.

En este tipo de riesgos, la evaluación de riesgos laborales, ya sea la inicial o las sucesivas, deberá de identificar aquellos riesgos que puedan verse agravados o modificados por la concurrencia de operaciones sucesivas o simultáneas.

Cuando se realicen las siguientes actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales:

- Trabajos con riesgos especialmente graves de caída desde altura (...).
- Trabajos con riesgo de sepultamiento o hundimiento.

- Actividades en las que se utilicen máquinas que carezcan de declaración CE de conformidad por ser su fecha de comercialización anterior a la exigencia de tal declaración con carácter obligatorio, (...) cuando la protección del trabajador no esté suficientemente garantizada no obstante haberse adoptado las medidas reglamentarias de aplicación.
- Trabajos en espacios confinados (...)
- Trabajos con riesgo de ahogamiento por inmersión (...)

En estos supuestos, la evaluación de riesgos laborales identificará los trabajos o tareas integrantes del puesto de trabajo ligados a las actividades o los procesos peligrosos o con riesgos especiales.

En ambos casos, la forma de llevar a cabo la presencia de los recursos preventivos quedará determinada en la planificación de la actividad preventiva.

- 2) Cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas.

En este caso, sin perjuicio del cumplimiento del requerimiento efectuado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el empresario procederá de manera inmediata a la revisión de la evaluación de riesgos laborales cuando ésta no contemple las situaciones de riesgo detectadas, así como a la modificación de la planificación de la actividad preventiva cuando ésta no incluyera la necesidad de la presencia de los recursos preventivos.

No obstante lo anterior, el RSP establece que la presencia de recursos preventivos en el centro de trabajo podrá también ser utilizada por el empresario en casos distintos de los descritos anteriormente, siempre que sea compatible con el cumplimiento de sus funciones.

9.2.2. Modalidades de recursos preventivos

Se consideran recursos preventivos, a los que el empresario podrá asignar la presencia, los siguientes:

- Uno o varios trabajadores/as designados de la empresa, es decir, cualquier trabajador/a sin formar parte del servicio de prevención.
- Uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa.
- Uno o varios miembros del o los servicios de prevención ajenos concertados por la empresa. Cuando la presencia sea realizada por diferentes recursos preventivos éstos deberán colaborar entre sí.

No obstante a lo anterior, el empresario podrá asignar la presencia de forma expresa a uno o varios trabajadores/as de la empresa que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores/as designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios y cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones del nivel básico. En este supuesto, tales trabajadores/as deberán mantener la necesaria colaboración con los recursos preventivos del empresario.

La presencia de los recursos preventivos es una medida preventiva complementaria que tiene como finalidad vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas en relación con los riesgos derivados de la situación que determine su necesidad para conseguir un adecuado control de dichos riesgos.



La ubicación en el centro de trabajo de las personas a las que se asigne la presencia deberá permitirles el cumplimiento de sus funciones propias, debiendo tratarse de un emplazamiento seguro que no suponga un factor adicional de riesgo, ni para tales personas ni para los trabajadores de la empresa, debiendo permanecer en el centro de trabajo durante el tiempo en que se mantenga la situación que determine su presencia.

Dicha vigilancia incluirá la comprobación de la eficacia de las actividades preventivas previstas en la planificación, así como de la adecuación de tales actividades a los riesgos que pretenden prevenirse o a la aparición de riesgos no previstos y derivados de la situación que determina la necesidad de la presencia de los recursos preventivos.

Cuando, como resultado de la vigilancia, se observe un deficiente cumplimiento de las actividades preventivas, las personas a las que se asigne la presencia:

- Harán las indicaciones necesarias para el correcto e inmediato cumplimiento de las actividades preventivas.
- Deberán poner tales circunstancias en conocimiento del empresario para que éste adopte las medidas necesarias para corregir las deficiencias observadas si éstas no hubieran sido aún subsanadas.

Cuando, como resultado de la vigilancia, se observe ausencia, insuficiencia o falta de adecuación de las medidas preventivas, las personas a las que se asigne la presencia deberán poner tales circunstancias en conocimiento del empresario, que procederá de manera inmediata a la adopción de las medidas necesarias para corregir las deficiencias y a la modificación de la planificación de la actividad preventiva y, en su caso, de la evaluación de riesgos laborales.

Todo lo concerniente a los recursos preventivos, no exime al empresario del cumplimiento de las restantes obligaciones que integran su deber de protección de los trabajadores, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la LPRL así como en las disposiciones preventivas específicas referidas a las actividades, procesos, operaciones, equipos o productos particulares en cada actividad.

10. LAS AUDITORÍAS O EVALUACIONES EXTERNAS DE LOS SISTEMAS DE PREVENCIÓN

La auditoría es un instrumento de gestión que persigue reflejar la imagen fiel del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, valorando su eficacia y detectando las deficiencias que puedan dar lugar a incumplimientos de la normativa vigente para permitir la adopción de decisiones dirigidas a su perfeccionamiento y mejora.

Según establece el artículo 29.2 del RSP, «(...) las empresas que no hubieran concertado el servicio de prevención con una entidad especializada, deberán someter sus sistemas de prevención al control de una auditoría o evaluación externa (...)».

No obstante, aquellas empresas de hasta seis trabajadores/as cuyas actividades no estén incluidas en el Anexo I (actividades peligrosas) del RSP, en las que el empresario hubiera asumido las funciones de prevención o hubiera designado a uno o más trabajadores/as y cuya eficacia del sistema preventivo resultara evidente, se considerará que han cumplido la obligación de la auditoría cuando así lo hagan saber a través de notificación del Anexo II del RSP a la autoridad laboral.

La primera auditoría del sistema de prevención de la empresa deberá llevarse a cabo dentro de los doce meses siguientes al momento en que se disponga de la planificación de la actividad preventiva.

La auditoría deberá ser repetida cada cuatro años, excepto cuando se realicen actividades incluidas en el Anexo I del RSP en que el plazo será de dos años. Estos plazos de revisión se ampliarán en dos años en los supuestos en que la modalidad de organización preventiva de la empresa haya sido acordada con la representación especializada de los trabajadores en la empresa. Deberá repetirse cuando así lo requiera la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia preventiva de las comunidades autónomas.

La auditoría del sistema de prevención de las empresas que desarrollen las actividades preventivas con recursos propios y ajenos tendrá como objeto las actividades preventivas desarrolladas por el empresario con recursos propios y su integración en el sistema general de gestión de la empresa, teniendo en cuenta la incidencia en dicho sistema de su forma mixta de organización, así como el modo en que están coordinados los recursos propios y ajenos en el marco del plan de prevención de riesgos laborales.

De conformidad con el artículo 18.2 de la LPRL, el empresario deberá consultar a los trabajadores/as y permitir su participación en la realización de la auditoría.

Los resultados de la auditoría deberán quedar reflejados en un informe que la empresa auditada deberá mantener a disposición de la autoridad laboral competente y de los representantes de los trabajadores/as. La empresa adoptará las medidas necesarias para subsanar aquellas deficiencias que los resultados de la auditoría hayan puesto de manifiesto y que supongan un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Las auditorías deben ser realizadas por personas, físicas o jurídicas, que deberán poseer un conocimiento suficiente de las materias o aspectos técnicos objeto de la auditoría. Así mismo, el auditor no podrá mantener relaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas de la auditoría. De igual forma, el auditor no podrá constituirse como servicio de prevención para la empresa sometida a auditoría.

Las empresas o personas físicas que pretendan desarrollar labores de auditoría en la materia que nos ocupa, debe obtener la autorización de la autoridad laboral competente.

11. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SALUD LABORAL

En cuanto a la incidencia que puede tener la negociación colectiva en garantizar la seguridad y salud laboral, viene avalada ya por el artículo 2.2 de la LPRL, que establece que las disposiciones legales contenidas en la LPRL y en su reglamento tienen carácter de mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los Convenios Colectivos.

Con este precedente legal, es clara la importancia de la negociación colectiva a la hora de hacer valer la salud y seguridad de los trabajadores/as, sobre todo en cuanto a la ampliación de los derechos de los trabajadores/as en esta materia, así como en lo relativo a las facultades y competencias de los representantes de los trabajadores/as. Por este motivo, CGT editó la «Guía de la Salud Laboral para la Negociación Colectiva» a la que nos remitimos, no sin llamar de nuevo la atención en la importancia que tiene la capacidad negociadora que podamos ejercer como sindicato en los distintos centros de trabajo, llegado el momento de pactar las condiciones, derechos, garantías y recursos relativos a la salud y seguridad en el trabajo.

Aspectos importantes que volvemos a resaltar:

- La posibilidad de lograr mediante la negociación colectiva la ampliación del número de Delegados/as de Prevención, así como la forma de su elección. Así, el artículo 35.4 de la LPRL establece que los Convenios Colectivos podrán establecer sistemas de elección de los Delegados de Prevención alternativos al planteado en la LPRL, con



el límite de que su elección ha de corresponder siempre a los trabajadores/as o a sus representantes.

- De esta forma, podremos superar, mediante la negociación colectiva, el número de Delegados/ as de Personal establecido en el artículo 35 de la LPRL, así como superar que los Delegados/ as de Prevención no sean elegidos entre los representantes de los trabajadores/as, sino entre los propios trabajadores/as.
- De igual forma, y en base a lo establecido en el artículo 38.3 de la LPRL, mediante la negociación con los trabajadores/as cabe la creación de un Comité de Seguridad y Salud Intercentros, y será también mediante esta negociación colectiva como se fijen su composición y funciones.

12. LA SALUD LABORAL EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

La LPRL en su artículo 24, así como el RD 171/2004, de 30 de enero, en materia de coordinación de actividades empresariales, brindan una base normativa para garantizar que los trabajadores/as de empresas contratadas o subcontratadas reciban una protección eficaz de su salud y seguridad.

Así mismo, establece diferentes medidas obligatorias, dependiendo de las diferentes situaciones que puedan darse siendo las siguientes:

- Mera concurrencia de trabajadores/as de diferentes empresas en un mismo centro de trabajo.
- Los trabajadores/as han de conocer con carácter previo al inicio de la relación laboral, toda la información sobre los riesgos derivado de esta situación de concurrencia, para ello, se establece un deber de cooperación entre las distintas empresas concurrentes.
- Concurrencia de trabajadores/as, siendo una de las empresas titular del centro de trabajo, esto es, la empresa que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo. Aparte del deber de cooperación, el empresario titular tiene la obligación específica de informar y dar instrucciones al resto de empresas sobre los riesgos, las medidas a adoptar, así como el plan de emergencia, con el fin de que las empresas incorporen esa información e instrucciones en la actividad preventiva, así como den traslado a sus trabajadores/as de la citada información.
- Concurrencia de trabajadores/as, cuando un empresario es titular, es decir, cuando existe contratación o subcontratación, con otras empresas en la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de titular y en el propio centro de trabajo.

Deber de vigilancia del cumplimiento de la normativa por parte del titular sobre las empresas contratadas, verificando la existencia del plan de prevención en cada una de las empresas, así como los derechos de información y formación.

En todas las situaciones anteriormente mencionadas, se tendrá que cumplir lo siguiente:

- Establecimiento por parte de las empresas de los medios de coordinación para garantizar el deber de cooperación. La normativa establece que dichos medios de coordinación no es una lista cerrada, por tanto, se deberá detallar y completar en la negociación colectiva.

- La información y las instrucciones deberán darse antes del inicio de la actividad y cuando se produzca un cambio en los riesgos con relevancia en la protección y salud de los trabajadores/as.
- Los trabajadores/as deberán recibir por escrito aquellas instrucciones que hagan referencia a riesgos graves o muy graves.
- Los deberes de cooperación, información e instrucción serán de aplicación a los trabajadores/as autónomos.

Así mismo, y no sólo por interés en materia de salud laboral, hay que tener en cuenta la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción que establece diferentes requisitos a los contratistas y subcontratistas y límites dentro de la cadena de subcontratación. Para mayor información de contratas y subcontratas, nos remitimos al Capítulo IV de la presente Guía.

13. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL ²

El artículo 40 de la LPRL establece la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales.

En virtud del apartado primero del artículo 40 de la LPRL, están legitimados para «recurrir» a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social los trabajadores/as y sus representantes, si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo. No especifica este artículo 40.1 de la LPRL a qué representantes de los trabajadores/as se refiere, con lo que debemos entender que son, tanto los unitarios como los sindicales.

El Inspector de Trabajo y Seguridad Social debe comunicar su presencia al empresario (o a su representante o a la persona inspeccionada), al Comité de Seguridad y Salud, al Delegados/as de Prevención, o los representantes de los trabajadores/as si no existieran aquellos, para que le acompañen en su visita al centro de trabajo o empresa en cuestión, así como realizarle las observaciones que estimen convenientes. El realizar estas observaciones es un derecho condicionado a que el Inspector de Trabajo y Seguridad Social no considere que puedan perjudicar el éxito de sus funciones (artículo 40.2 de la LPRL).

Sintéticamente, podemos exponer en esta Guía, que las funciones de la Inspección de Trabajo (artículo 9 de la LPRL), al respecto de la salud y seguridad en el trabajo son:

- Realizar visitas a las empresas a instancias de los trabajadores/as y sus representantes cuando, tal y como hemos visto, consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo.
- Comunicar el resultado de la visita, así como de las medidas adoptadas en consecuencia, a los Delegados/as de Prevención y al empresario afectado. Esta información se realiza mediante diligencia en el libro de visitas libro que, por otra parte, y como ha quedado dicho en el presente capítulo, debe existir en cada centro de trabajo.

² El presente apartado versa sobre la Inspección de Trabajo vinculado específicamente a la Salud Laboral. Para una mayor comprensión de la Inspección de Trabajo y Seguridad Laboral nos remitimos al Capítulo principal del mismo, es decir, el Capítulo IX de la presente Guía



- Vigilar el cumplimiento de la normativa de salud y seguridad laboral, así como proponerla sanción que corresponda.
- Esta «vigilancia» incluye el examen de los documentos que la normativa laboral exige al empresario.
- Asesoramiento e información a empresarios y trabajadores/as al respecto de la salud y seguridad en el trabajo.
- Elaborar los informes requeridos por los Juzgados de lo Social en los pleitos por accidentes de trabajo, tal y como determina el artículo 140.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 9 de la LPRL.
- Si existe infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, requerir al infractor al respecto de que cese en su incumplimiento. El requerimiento debe ser por escrito, y ha de ser notificado en esta forma al empresario y a los Delegados/as de Prevención.
- Levantar el «acta de infracción» correspondiente, en caso de que no se dé cumplimiento a los requerimientos realizados.
- Informar al INSS en el caso de posibles recargos en las prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que hayan sido consecuencia de incumplimientos empresariales en materia de salud y seguridad en el trabajo.
- Ordenar la paralización o suspensión inmediata de los trabajos y tareas cuando, a su juicio, exista un riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores/as (artículos 9 y 44 de la LPRL). Esta medida debe ser notificada a la autoridad laboral, así como a la empresa interesada. Esta decisión puede hacerse cumplir inmediatamente, sin perjuicio de que sea recurrida por el empresario afectado. Ordenada la paralización de los trabajos por este motivo, la empresa debe informar inmediatamente a los trabajadores/as afectados, al Comité de Seguridad y Salud, así como a los Delegados/as de Prevención o, en su ausencia, a los representantes de los trabajadores/as. La paralización de los trabajos se entiende realizada sin perjuicio de los salarios de los trabajadores/as o de las indemnizaciones que les correspondieran.

14. TÉCNICOS DE PREVENCIÓN HABILITADOS EN LAS CCAA

Tal y como establece el artículo 9.2 y 3 de la LPRL, así como se desarrolla en el Real Decreto 689/2005, las CCAA podrán habilitar a determinados funcionarios en materia de prevención de riesgos con el fin de que efectúen tales funciones junto con la ITSS.

14.1. Funciones

Llevarán a cabo funciones de comprobación y control en las empresas y centros de trabajo, esto es, las referidas a las condiciones de trabajo materiales o técnicas de seguridad y salud como las siguientes:

- Características de los locales e instalaciones, así como las de los equipos, herramientas, productos o sustancias existentes en el centro de trabajo.
- Naturaleza y procedimientos de utilización de agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo, características y utilización de los equipos de protección, tanto colectiva como individual.
- Realización de los reconocimientos médicos.
- Adaptación de los puestos de trabajo a las exigencias de naturaleza ergonómica etc.

14.2. Competencias

A diferencia del Inspector de Trabajo, el técnico habilitado³ sólo puede ejercer su acción frente al empresario que no cumplan con la normativa de prevención. Por tanto, se encuentran excluidos de la facultad de inspección y control por parte de los técnicos habilitados el trabajador autónomo, promotor de la obra, el servicio de prevención ajeno, la entidad formativa o la auditoría.

Así mismo, la capacidad sancionadora únicamente le corresponde en exclusiva a la ITSS, sin tener tal potestad los técnicos habilitados de las CCAA.

La actuación del técnico habilitado debe producirse en el marco de los planes y programas comunes establecidos por parte del Instituto al que corresponda en coordinación con la ITSS.

14.3. Facultades:

Los técnicos habilitados, en el ejercicio de las actuaciones de comprobación y control de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud a las que nos hemos referido anteriormente, y en su condición de colaboradores con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, están facultados para:

- Entrar libremente y sin previo aviso en las empresas y centros de trabajo sujetos a dichas actuaciones, en los cuales podrán permanecer, sin perjuicio de la inviolabilidad del domicilio.
- Hacerse acompañar durante las visitas por los peritos y técnicos de la empresa o habilitados oficialmente que estime necesarios para el mejor desarrollo de su actuación, todo ello sin perjuicio del cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 63.2.b.
- Proceder a practicar cualquier comprobación o realización de examen, medición o prueba que considere necesarios a tales fines.
- Recabar información adicional o documental sobre cualquier condición material o técnica sujeta a comprobación.
- Obtener información del empresario o del personal de la empresa sobre cualquier asunto relacionado con la comprobación de condiciones materiales o técnicas.
- Exigir la comparecencia del empresario, de sus representantes y encargados, de los trabajadores o de sus representantes, tanto en el centro de trabajo sujeto a comprobación como en la oficina o sede del organismo público al que el técnico acreditado esté adscrito, así como exigir, en su caso, la identificación y acreditación de la representación con la que actúan.
- Examinar en el centro de trabajo, o en la oficina pública correspondiente, la documentación, memorias e informes técnicos relacionados con las condiciones materiales y de seguridad, así como sobre la organización preventiva, el plan de prevención, la evaluación de riesgos, la planificación preventiva y demás cuestiones relativas a la gestión de la prevención, en tanto en cuanto se relacionan con las condiciones materiales y técnicas sujetas a comprobación.
- Sacar muestras de sustancias, agentes y materiales utilizados o manipulados en establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, vídeos, grabación de imágenes.

³ También existen técnicos de prevención de las CCAA, no habilitados cuya actividad también se circunscribe a la salud laboral.



nes y levantar croquis y planos siempre que se notifique al empresario o su representante, y obtener copias y extractos de los documentos a que se refiere el párrafo anterior.

Procedimiento de inspección e instrumentos en caso de incumplimiento empresarial en materia preventiva.

- Comprobación del cumplimiento de las condiciones de trabajo materiales o técnicas de seguridad y salud a través de la visita o bien en la posterior comparecencia. Es necesario, dejar constancia de la actividad comprobatoria en el Libro de Visitas.
- Comprobada la anomalía, el técnico habilitado emite el requerimiento por escrito en el Libro de Visitas o mediante documento oficial. En este requerimiento, se citan únicamente los riesgos producidos en el centro de trabajo que deriven de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud. En ningún caso se produce la calificación jurídica por parte del Técnico de las CCAA, ya que ésta función le corresponde en exclusiva al Inspector de Trabajo.
- En caso de mantenerse la vulneración, se emite el informe comunicativo de infracción a la ITSS. La labor del Inspector consiste en supervisar el contenido del informe, a efectos de que concurren todos los requisitos formales así como que el relato de los hechos sea suficiente como para poder calificar el citado contenido dentro de una infracción recogida en la normativa sancionadora en materia de prevención. En éste último caso, se producirá el inicio del procedimiento sancionador a través del acta de infracción.

Así, se ha de tener en cuenta que cuando se quiera presentar una denuncia por irregularidad en materia de prevención, aparte de presentarla ante la Inspección, también se podrá presentar de forma simultánea o sucesiva, según conveniencia, ante los Técnicos de Prevención de la Comunidad correspondiente.

15. DROGODEPENDENCIAS⁴

El consumo de drogas, así como los aspectos colaterales (marginación, mafias, sobredosis, enganche...), vinculados a este consumo y especialmente a las situaciones de dependencia, es uno de los aspectos más polémicos y problemáticos de nuestra sociedad actual lo que tiene consecuencias directas en el mundo laboral.

Desde un escrupuloso respeto a la libertad individual entendemos que la utilización de drogas, bien sean legales e integradas en nuestros hábitos culturales ó bien sean ilegales, tiene consecuencias evidentes desde el punto de vista de la seguridad y la salud de las personas. Este aspecto, así como las consecuencias legales derivadas de la utilización de drogas han de ser necesariamente tenidos en cuenta.

La dimensión económica hace que se establezca una curiosa relación entre el mundo laboral y el consumo: una situación económica difícil, el paro, la precariedad en la contratación, el subempleo ... etc. son factores que incrementan el consumo, como opción individual, pero implican recursos restringidos.

⁴ Reproducimos y sintetizamos en este punto, el contenido de la «Guía Laboral Juvenil» editada por CGT en mayo de 2000.

Una situación de trabajo estable, complementada con la conflictividad laboral, el estrés en el trabajo, jornadas abusivas, alteración del horario... etc., influye en el incremento del consumo; facilitado por la disponibilidad de recursos económicos y en el caso de trabajadores/as jóvenes, la ausencia de responsabilidades familiares.

Lo cierto es que sustancias como los fármacos, el café, el tabaco y el alcohol son consumidos por un gran número de trabajadores/as (por encima del 70%).

La utilización de drogas y especialmente la drogodependencia, tiene múltiples efectos sobre el trabajador/a con las consiguientes consecuencias laborales. En el ámbito jurídico, conforme a lo recogido en el artículo 54.1.f del ET, le da al empresario la posibilidad de sancionar con despido disciplinario la embriaguez habitual o la toxicomanía, siempre y cuando repercutan negativamente en el trabajo.

Es importante señalar que la detección analítica de un consumo ocasional o episódico NO es sancionable (salvo cuando el trabajo desarrollado suponga una responsabilidad especialmente importante sobre la seguridad y la salud de terceros afectados o la propia, tal y como ha sido recogido en la jurisprudencia sobre el tema).

En cuanto a Seguridad y Salud, es preciso tener en cuenta que el consumo de determinadas sustancias altera los sistemas de percepción y reacción de la persona, tanto da si se trata de sustancias legales, (alcohol, estimulantes, sedantes... etc.) como si se trata de sustancias ilegales. Cualquier alteración en la percepción o en las capacidades de respuesta a los estímulos, afecta directamente a la seguridad de la propia persona tanto como a las de aquellos que la rodean.

La baja por incapacidad temporal para el tratamiento médico sanitario de la drogodependencia o el alcoholismo es la mejor prevención si existe habitualidad.

Los análisis y reconocimientos que se realizan a los trabajadores/as a lo largo de su vida laboral, comienzan a incluir las pruebas de concentración de metabolitos en la orina, que sirven, en teoría, para detectar que trabajadores/as tienen problemas de drogadicción, y prevenir así los posibles problemas de seguridad y salud laboral que se puedan derivar.

Sin embargo, en la medida en que un trabajador/a puede ser sancionado por consumo en su vida privada, el asunto de las analíticas toma una dimensión distinta. Si la pretensión del análisis es detectar un peligro para la seguridad de terceros y para la seguridad y la salud del mismo trabajador/a, obviamente este análisis no puede ser utilizado como elemento de prueba para sancionar. En la medida en que esto se produzca hay que considerar el planteamiento de oponer el derecho «a la vida privada de las personas» y a la «intimidad», derechos avalados por la CE.

Aunque la LPRL que enmarca las obligaciones del empresario en materia de la protección colectiva de los trabajadores/as contra riesgos derivados, establece los reconocimientos médicos y la realización de analíticas, es conveniente definir claramente en cada empresa o sector el nivel de responsabilidad inherente a cada puesto de trabajo, para así poder graduar la incidencia del consumo de drogas en el trabajo.

Aún con todo, cualquier medida de vigilancia y protección de la salud ha de contemplar:

- El respeto a la intimidad y a la dignidad del trabajador/a.
- La confidencialidad de toda la información generada.
- El no uso de los datos con fines discriminatorios o perjudiciales para el trabajador/a.

De igual forma, no podemos dejar de hacer una referencia, aunque sea breve, sobre las Ludopatías, problema que sufre un importante número de trabajadores/as, y del que no debemos olvidar las graves consecuencias, no sólo económicas, sino personales, familiares y sociales, que un problema como éste nos puede acarrear.



La actuación que nuestro Sindicato puede llevar a cabo ante estos problemas, no es irrelevante. Como anteriormente se ha expuesto, el alcoholismo, la drogodependencia y la ludopatía, no son problemas nuevos, pero sí parece que, con los tiempos que corren para los trabajadores/as, se están acentuando. Y ello debido a que estos problemas forman parte de todo el «lote» de consecuencias que trae consigo la precariedad en nuestro mundo del trabajo.

El Sindicato, al identificar estos problemas, debe poner en marcha todos sus mecanismos de alarma y ayuda, desde una perspectiva solidaria de apoyo entre trabajadores/as, sin «moralinas», pero con la realidad y practicidad necesaria para enfrentarse a estos graves problemas de manera conjunta.

VII

ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

«En las sociedades de nuestro mundo occidental altamente industrializado, el lugar de trabajo constituye el último campo de batalla en el que una persona puede matar a otra sin ningún riesgo de llegar a ser procesado ante un tribunal»

—Heinz Leymann,
«Mobbing, La persecución en el trabajo». 1996.

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Convenio sobre Seguridad y Salud de los trabajadores y Medio Ambiente en el trabajo, núm. 155, OIT.

Directiva 2000/78/CE, relativa a un Marco General para la Igualdad de Trato en el Empleo.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (diciembre 2000). Resolución del Parlamento Europeo sobre Acoso Moral en el lugar de trabajo (2001/2339), de 20 de septiembre de 2001, por la que se propone la elaboración de un Libro Verde por parte de la Comisión.

Constitución Española, Artículos 10, 15, 18, 40.2 y 53.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

Ley 62/2003 art. 28 apdo. d.

Real Decreto 306/2007, de 2 de marzo, por el que se actualizan las cuantías de las sanciones establecidas en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Disposición Adicional 11ª y disposición Adicional 14ª.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Concepto de acoso moral en el trabajo

Acoso moral se define como el fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana), durante tiempo prolongado (más de seis meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo¹.

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo lo ha definido como «*el ejercicio de violencia psicológica externa que se realiza por una o varias personas sobre otra en el ámbito laboral, respecto de la que existe una relación asimétrica de poder*».

Por lo tanto, cabe afirmar que:

El acoso moral tiene como única finalidad la destrucción psíquica de la persona y aislarla del entorno laboral.

Constituye un atentado contra la dignidad personal e integridad física y moral de la persona, poniendo en peligro su salud.

Para una mayor información sobre las formas de expresión, etapas, consecuencias psíquicas, remitimos al Boletín Informativo núm. 78, CGT (noviembre 2002) «Acoso psicológico en el trabajo. Mobbing».

El derecho español no ha regulado explícitamente el concepto de acoso moral en el trabajo, por lo tanto, debemos acudir a la jurisprudencia, encontrando diversos pronunciamientos judiciales sobre este asunto. Así pues, el TSJ de Madrid, Sala de lo Social, en su sentencia 160/03, establece que «*Tales actos (...) revelan una indiscutible conducta empresarial dirigida a menoscabar la dignidad de un trabajador y atentar contra su integridad personal, tanto moral como psíquica, por lo que deben entenderse constitutivos de acoso moral que la demanda denuncia y la sentencia de instancia acogió. Según pone de manifiesto la Sala de lo Social del TSJ de Navarra, en su sentencia de 30 de abril de 2001, «dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la mima (...) La doctrina especializada en esta materia —López y Camps— incluyen esta categoría de mobbing las siguientes conductas 1) Ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior limita las posibilidades de comunicarse, cambia de ocupación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestiona sus decisiones. 2) Ataque mediante aislamiento social. 3) Ataque a la vida privada. 4) Agresiones verbales como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona. 5) Rumores; criticar y difundir rumores contra esa persona. Como síntomas de las personas sometidas a mobbing se señalan: ansiedad, pérdida de la autoestima, ulcera gastrointestinal y depresión*»².

¹ Heinz Leymann, «The definition of mobbing at Workplaces».

² La STS Sala 3ª Sección 6ª de 27 de junio de 2001 afrontó esta temática en el ámbito del empleo público, la STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo de 25 de septiembre de 2001, ST Juzgado de lo Social de Madrid núm. 33 de 18 de junio de 2001, Sentencia de 27 de febrero de 2002 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria-Gasteiz, Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 Bilbao de 22 de marzo de 2002.

1.2. Tipos de acoso

Tal y como establecen la mayor parte de los autores existen subespecies dentro del amplio concepto de acoso moral, encontrando así:

- **Bossing.** Acoso descendente, entendiéndose por tal aquella situación en que es el superior jerárquico el sujeto activo del acoso, estableciéndose un conflicto asimétrico entre las dos partes, donde la parte hostigadora tiene más recursos, apoyos, una posición superior a la del trabajador/a. La STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo de 25 de septiembre de 2001 reafirma la vulneración del derecho a la dignidad de los trabajadores/as incardinable en el denominado bossing, violencia psicológica por el superior jerárquico.
- **Mobbing horizontal,** como la situación en la que un trabajador/a se ve acosado por un compañero/a con su mismo nivel.
- **Mobbing vertical o ascendente,** situación en la que el un subordinado/a ejerce acoso sobre un superior/a jerárquico/a, si bien no nos encontramos ante una situación de inferioridad jerárquica, pero si de hecho, así por ejemplo, sería el caso de aquellas situaciones en que se incorpora un superior/a jerárquico/a y sus métodos o formas no son aceptadas por los/as subordinados, tomando éstos/as una actitud agresiva y acosadora frente a aquél.

Por otro lado, hay que destacar otros fenómenos que, aunque no es un tipo de acoso, sí que se encuentran relacionados. Tales como el **estrés y el síndrome Bournout**. El acoso sexual o por razón de sexo nos remitimos al capítulo XII de la presente guía.

El estrés según el INSHT es «la respuesta fisiológica, psicológica y de comportamiento de un individuo que intenta adaptarse y ajustarse a presiones internas y externas». El estrés se produce cuando hay un desajuste entre el puesto de trabajo y la organización. Entre los estresores (o demandas exteriores) podemos señalar:

- **Estresores del ambiente físico:** iluminación ruido, temperatura, trabajo en ambientes contaminados.
- **Estresores de la tarea:** carga mental del trabajo, control sobre la tarea.
- **Estresores de la organización:** conflicto y ambigüedad de rol, la jornada de trabajo, las relaciones interpersonales, promoción y desarrollo de la carrera profesional.

EL Síndrome Bournot o síndrome de estar quemado en el trabajo (SQT), ha ido evolucionando en su definición y un par de definiciones son las siguientes: En 1988 Pines y Aronso proponen la siguiente: «Es el estado de agotamiento mental, físico y emocional, producido por la involucración crónica en el trabajo en situaciones de demanda emocional». Brill, otro investigador, lo entiende como un estado disfuncional relacionado con el trabajo en una persona que no padece otra alteración psicopatológica significativa. Este último autor entiende que el síndrome de Bournot, puede aparecer en cualquier trabajo y no sólo en los trabajos donde hay un trato directo con el usuario, como algunos autores han sostenido. El Bournot se ha conceptualizado como un síndrome con síntomas de agotamiento emocional, despersonalización y baja realización personal en el trabajo. Todo ello producido, no por cuestiones intrínsecas de la persona trabajadora sino por las condiciones del puesto de trabajo, ya sean organizativas, de roles o internas.

El estrés y el síndrome Bournot aunque son figuras diferentes, están estrechamente relacionadas. En el INSHT hay materiales que pueden completar esta información (NTP, materiales,

guías etc.) así como que han de ser necesariamente incluidas y tenidas en cuenta como riesgo psicosocial, con la correspondiente evaluación.

1.3. Delimitación con figuras afines

No todo conflicto interpersonal (estrés laboral, síndrome del quemado Bournout, acoso sexual) en el ámbito del trabajo puede ser considerado mobbing o acoso psicológico en el trabajo.

Los rasgos que lo diferencian de cualquier otro tipo de conflicto interpersonal son:

- La intencionalidad de dañar a la víctima.
- La duración, repetición, relación asimétrica o desigual entre las dos partes en conflicto.
- El hostigamiento debe estar dirigido hacia una o varias personas, no siendo una actitud dirigida al conjunto de los trabajadores/as.

2. ÁMBITO NORMATIVO

2.1. Derecho europeo

La Resolución del Parlamento Europeo sobre acoso moral en el lugar de trabajo (2001/2339), de 20 de septiembre de 20001, en su considerando A) establece que un 8% de los empleados/as en la Unión Europea, es decir, unos 12 millones de personas, afirman haber sido víctimas de acoso moral en el lugar de trabajo, señalando que el aumento creciente de los contratos temporales y de la precariedad en el empleo, especialmente entre las mujeres, crea condiciones propicias para la práctica de diferentes formas de acoso. Esta resolución pide a la Comisión Europea que, desarrolle un Libro verde sobre la responsabilidad social de las empresas, teniendo en cuenta los factores psíquicos, psicosociales o sociales del entorno laboral, incluida la organización del trabajo.

Esta resolución recomendó a los Estados miembros que obligaran a las empresas a poner en práctica políticas de prevención eficaces en esta materia, pero sin embargo tal obligación no ha sido cumplida por los Estados.

Además, y debido a las dificultades para establecer un concepto de acoso moral en el trabajo que respondiera a las pretensiones de todos los Estado miembros, todavía no existe Directiva europea alguna que regule expresamente esta figura, debiendo por tanto acudir a directivas generales sobre empleo e igualdad, encontrando así:

- La Directiva 2000/78/CE, relativa a un marco general para la igualdad de trato en el empleo, donde se proporciona una definición de acoso a efectos de discriminación, si bien no asume un carácter general.
- La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (Diciembre 2000) donde se regula el principio de no discriminación.

2.2. Derecho español

2.2.1. Derechos fundamentales

El derecho español no ha contemplado expresamente el acoso moral en el trabajo, no obstante, es posible acudir a otras reglas por vía interpretativa.

Por lo tanto, cabe afirmar que el acoso moral en el trabajo es un atentado contra la integridad moral del trabajador/a³, así pues, el trabajador/a ve lesionado:

- El respeto a la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes (Artículo 10CE), siendo la dignidad de la persona un valor fundamental del ordenamiento jurídico.
- El derecho a la vida y a la integridad física y moral (Artículo 15 CE). La integridad moral del trabajador/a es una expresión concreta de la protección de la dignidad de toda persona.
- El derecho al honor, esto es, su derecho a la «autoestima personal» (Artículo 18 CE).

Por otro lado, los poderes públicos están obligados a «velar por la seguridad e higiene en el trabajo», en virtud del artículo 40.2 de la CE

2.2.2. Derecho laboral y penal

Si bien es cierto que no existe norma alguna que contemple expresamente el acoso moral, no es menos cierto que sí existe un ámbito normativo que permite la actuación:

- El artículo 4.2.e del ET regula expresamente el derecho de los/as trabajadores/as al respeto de su intimidad y a la consideración debida, así como a su dignidad, comprendida la protección frente a las ofensas verbales o física de naturaleza sexual
- El artículo 20.3 ET en relación con el artículo 4.2.e ET, limita las facultades de vigilancia y control del empleador para que estas se realicen con la consideración debida la dignidad humana.
- En el ámbito preventivo existe un deber de protección eficaz de la salud integral del trabajador/a (Artículo 14 y 15 de la LPRL).

El legislador ha regulado la responsabilidad del empresario, así la LPRL establece en su artículo 14 que es «obligación del empresario la prevención de riesgos laborales garantizando una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo» debiendo adoptar en el marco de sus responsabilidades cuantas medidas sean necesarias.

El empresario/a tiene la obligación de analizar y evaluar los riesgos, adoptando las medidas que considere necesarias para evitar el riesgo laboral.

El artículo 8.11 de la LISOS considera falta muy grave «los actos del empresario que fueran contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores».

En la legislación penal y a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica de 22 de junio de 2010 por la que se modificó el Código Penal, se tipificó en el artículo 173.1, el delito de acoso laboral. Este artículo establece: «*Con la misma pena (pena de prisión de 6 meses a 2 años) serán castigados los que en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro e forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*».

³ Mediavilla, Gerardo, ¿Por qué la han tomado conmigo? Casos reales de mobbing. Ed. Grijalbo. Epílogo de M^a Jose Blanco.

3. VÍAS DE ACTUACIÓN

3.1. Vías de actuación en el ámbito de la empresa

Cuadro nº 31

Investigación Comité de Seguridad y Salud en el trabajo o, en su defecto, de la Representación legal de los Trabajadores/as.	<p>Ante una situación de acoso el trabajador/a debe poner en conocimiento del Comité de Seguridad y Salud o en su caso a la representación legal de los trabajadores/as, iniciando éstos un proceso de investigación objetiva.</p> <p>Debemos recordar que en todo caso, la confidencialidad es fundamental, toda vez que la publicidad del caso podría ser perjudicial para el éxito de la investigación</p>
Comunicación a la dirección de la Empresa.	<p>Antes de iniciar cualquier tipo de acción legal, el trabajador/a deberá poner en conocimiento del empresario/s la situación, toda vez que entendemos que el empresario es responsable del daño que sufra el trabajador/a en el ámbito laboral.</p> <ul style="list-style-type: none">• La comunicación deberá ser por escrito donde conste un recibo de la empresa, a fin de poderlo acreditar. En todo caso, la redacción de esta comunicación deberá ser asumida por un profesional, toda vez que de su contenido y eficacia dependerá en gran medida de diversos aspectos.• La comunicación en esta fase, es fundamental, con el fin de poder acreditar de una manera fehaciente que el empresario/s conocía la situación y no tomó las medidas adecuadas, siendo por lo tanto responsable.• En todo caso, se debe exigir a la empresa que en toda reunión con el acosado esté presente su asesor legal o sindical.
Denuncia a la Inspección de Trabajo.	<p>Nos remitimos en este punto a lo expuesto en partes precedentes de la presente Guía referentes a denuncias ante la inspección de trabajo.</p> <p>El artículo 4.2 de la LPRL define riesgo laboral como la posibilidad de que un trabajador/a sufra un determinado daño derivado del trabajo, entendiendo que los daños derivado del trabajo, son las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo, por lo tanto cabe afirmar que la prevención de lesiones y trastornos psicológicos entran dentro de la obligación de protección del empresario/a.</p> <p>La falta de adopción de las medidas procedentes para evitar el riesgo por parte del empresario supone un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16.2 LPRL y el Reglamento de los Servicios de Prevención.</p> <p>Es complicado que un Inspector de Trabajo se anime a elevar un acta de infracción que certifique la situación de acoso moral, sin embargo, pese a las escasas posibilidades, es una vía que debe intentarse, con el oportuno asesoramiento legal.</p>

3.2. Actuación fuera del ámbito de la empresa

Cuadro nº 32

Demanda de Tutela de derechos Fundamentales.	Es posible recabar la tutela de derechos fundamentales conforme al procedimiento establecido en el artículo 177 de la LRJS, en relación con el artículo 4.2. para restituir los bienes constitucionales infringidos solicitando el cese del comportamiento, así como obtener una indemnización por daños y perjuicios, dirigiendo la demanda contra cualquier persona que protagonice el acoso.
Resolución del Contrato por voluntad del trabajador. Art. 50 ET.	<ul style="list-style-type: none"> • Se podrá interponer demanda de resolución de contrato por voluntad del trabajador/a, en aplicación de artículo 50 ET. Siendo el acoso una causa justa para que el trabajador/a solicite la extinción del contrato toda vez que supone un menoscabo de su dignidad. En tal caso el trabajador/a tendrá derecho a una indemnización equivalente la de despido improcedente. (STSJ Cataluña de 28 de noviembre de 2001) .- así como la posibilidad de una indemnización adicional por daños y perjuicios como en la STSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 2010 <p>Notas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Corresponde al trabajador/a la carga de la prueba, esto es, es el trabajador/a quien debe probar que el empleador ha puesto en peligro su salud no actuando con la diligencia debida. • El trabajador/a durante la tramitación del procedimiento deberá estar en su puesto de trabajo salvo que esté en situación de IT. <p>Al ejercitar esta acción debemos tener en cuenta que el condenado no será el acosador sino el empresario.</p>
Acciones ante la Seguridad Social⁴	<p>En el caso de que el trabajador/a se encuentre en situación de baja laboral por IT por contingencia común podría solicitarse que sea declarada como accidente laboral.</p> <p>La Ley General de la Seguridad Social considera accidente de trabajo todas aquellas enfermedades que se contraigan como consecuencia de la realización de un trabajo. Existe diversa jurisprudencia que ha considerado el acoso moral como una accidente de trabajo.</p> <p>Será determinante el informe médico, toda vez que no se encuentra en el listado de enfermedades profesionales.</p>
Denuncia penal	Es posible la interposición de una denuncia penal por si los hechos fuesen constitutivos de delito (coacciones, amenazas, lesiones, etc.). No obstante antes de proceder a una denuncia penal es conveniente acudir al oportuno asesoramiento legal.

⁴ La STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001 calificó el acoso moral en el trabajo como accidente de trabajo. Considera la sentencia que el proceso de incapacidad temporal por acosos psicológicos en el trabajo debe reconocerse como accidente de trabajo, el cual entendido en sentido amplio, incluiría también lesiones psicológicas. En este mismo sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Jaén de 10 de mayo de 2002, la STSJ Navarra de 15 de junio de 2001, STS 15 de abril de 2001, STSJ País Vasco de 9 de mayo de 2002, STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2001.

3.3. Especial referencia a la jurisdicción contencioso-administrativa. Trabajadores/as de la administración pública

La STSJ de lo contencioso administrativo de Castilla y León, Valladolid, de 14 de noviembre de 2014, ha establecido que el acoso moral es una práctica intolerable para una administración, que merece ser sancionada con una indemnización al afectado/a.

La Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, en el artículo 95, apartado 0) tipifica el acoso laboral como infracción administrativa, reconociendo el derecho de los funcionarios/as al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

Por lo tanto, cabe afirmar que el funcionario/a tiene derecho a recabar de sus superiores jerárquicos una conducta tendente a evitar el daño, prevenirlo y repararlo. En el caso de no obtenerlo se podrá interponer demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa por la inactividad material de la administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa, solicitando la ejecución material de esta conducta.

Ejercitar acción por responsabilidad patrimonial de la Administración en base a los artículos 67 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pudiendo solicitar una indemnización por daños y perjuicios provocados por la conducta de la Administración. (STS Sala Tercera Contencioso Administrativo de 23 de julio de 2001).

4. ACOSO MORAL EN EL TRABAJO Y ACTUACIÓN SINDICAL

La CGT debe crear un ambiente de confianza y seriedad por el cual las personas afectadas puedan comunicar la situación sintiéndose suficientemente comprendidas, pero más allá de la comprensión es indispensable que toda actuación sindical esté precedida de la máxima confidencialidad.

Además de las medidas legales oportunas no podemos olvidar la labor sindical que desde la CGT se puede hacer para combatir estas situaciones:

- Integrar las evaluaciones de riesgo de carácter psicológico en el marco general de actividad preventiva de las empresas.
- Exigir de la empresa el cumplimiento de sus obligaciones en materia preventiva.
- Detección de posibles casos distinguiéndolo de otros conflictos laborales, para ello, en el Boletín Informativo núm. 78 «Acoso Psicológico en el Trabajo» hay un Cuestionario para Identificar el Terror Psicológico en el Trabajo que facilitará la detección del problema.
- Formación delegados de prevención en riesgos psicosociales con el fin de estar capacitados para detectar casos de acoso moral, sobre qué es el mobbing, cómo se desarrolla, y cuáles son sus consecuencias.
- Tras detectar casos de acoso moral, la CGT deberá informar al trabajador/a sobre las vías de actuación. Asesorando sobre cómo realizar la comunicación por escrito, estar presente en todas las fases de solución del conflicto asesorando y prestando apoyo al trabajador/a.
- Difundir la información entre los y las trabajadores/as para que sean capaces de detectar por sí mismos los comportamientos relacionados con el mobbing.
- Puesta en práctica de mecanismos sindicales de orientación, asesoramiento y apoyo a víctimas.

5. ACOSO MORAL EN EL TRABAJO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los Convenios Colectivos pueden y deben cumplir la función de mejorar las condiciones de trabajo, así como seguridad y salud fijadas en el ordenamiento, al atribuirse con carácter general, en virtud del artículo 82.2 ET, la finalidad de disciplinar las condiciones de trabajo, entre ellas la seguridad y salud de los trabajadores/as.

El artículo 2.2 de la LPRL, establece que *«las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas en los Convenios Colectivos»*, **por lo tanto es posible y además necesario incluir determinadas cláusulas que sirvan para combatir el acoso moral en el trabajo y establecer regímenes de investigación y sanción eficaces, por ello y a modo de ejemplo se propone incluir en los Convenios las siguiente ideas:**

- Introducir la definición de acoso moral en el trabajo en el articulado del Convenio como riesgo psicosocial.
- Tipificar las conductas de acosos moral en los Convenios Colectivos a través de su inclusión en el capítulo o sección que aquellos dedican al régimen disciplinario, estableciendo grados y gamas de sanciones en función de la gravedad.
- Establecimiento de un procedimiento predisciplinario o interno, esto es, un protocolo de actuación, que facilite la imposición en su caso de una posterior sanción. (Obligatoriedad de apertura de expediente, nombramiento de una figura instructora), garantizando cláusulas de confidencialidad.

Por último, para abordar el acoso moral en el trabajo, debemos tener en cuenta que estas situaciones son problemáticas, toda vez que:

- Son situaciones difíciles de probar. Por ello debemos aconsejar que la víctima debe intentar hacerse con todo tipo de pruebas posibles, en este mismo sentido los informes médicos, psicológicos y psiquiátricos serán determinantes a la hora de probar e iniciar cualquier tipo de acción.
- No existe legislación específica que defina qué es acoso moral frente a otras situaciones. Tal y como se ha establecido en partes precedentes de este capítulo pese a no existir definición legal si podemos acudir a la diferente doctrina y jurisprudencia emitida al respecto, por ello recomendamos acudir en todo caso a un abogado/a que podrá asesorar en todo su contenido.

Es una realidad constante en la empresa y se mantiene en silencio por el temor a las posibles consecuencias de una denuncia pública, por ello la CGT debe mantener en todo momento la sensibilidad adecuada a este tipo de situaciones.

VIII

CONFLICTOS COLECTIVOS, HUELGA Y CIERRE PATRONAL

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la jurisdicción social, artículos 153 y siguientes.

Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, artículos 17, 18, 19, 20, 21, 24 y 25.

Quinto Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC-V).

INTRODUCCIÓN

¿La Huelga como gestión del conflicto? o ¿la Huelga como el ejercicio de un derecho fundamental para radicalizar el conflicto y más en tiempos de crisis-estafa?

Los estados miembros de la U€, así como la propia U€ a través de su Tribunal de Justicia de las CEE (TJUE), han declarado el «derecho de huelga» como un derecho fundamental (Carta Social Europea) que corresponde a los sindicatos y a los trabajadores y trabajadoras ejercer, ahora bien, no sólo le han equiparado con otros derechos fundamentales, libertad de competencia y libertad de movimiento de los capitales (TFUE), que corresponden al empresariado, sino que estos derechos del capital, son derechos fundamentales pero de «mayor rango» que el derecho de huelga (SSTJUE caso Viking de 11 de diciembre de 2007 y caso Laval de 18 de diciembre de 2007).

Se ha procedido a una mutación en la concepción del derecho del trabajo, por medio de reformas estructurales en las legislaciones de cada estado (no en todos), y las instituciones supranacionales han dictaminado como «norma común de interpretación para todos los estados miembros» que los intereses de una minoría social (capital, empresariado) en nombre de la libertad de mercado y, en consecuencia, la «libertad sagrada para que ese mercado funcione» (la libre competencia), se encuentran por encima de los intereses y derechos de la mayoría social, es decir, esta «libertad de competencia y de circulación de los capitales»...es la que garantiza «el bien común».

Resulta muy elocuente y, en consecuencia, «pura construcción ideológica» parte de la argumentación jurídica del TSJUE, pues según estos pronunciamientos, los derechos sociales (concretamente, de sindicación y de negociación colectiva) habrían quedado sometidos a una lógica económica que los subordina a los imperativos de la libre circulación y la libre competencia. En ambos pronunciamientos, ubican los derechos fundamentales de acción colectiva de los trabajadores y trabajadoras en la categoría de «derechos fundamentales de segundo rango».

Se fundamenta por qué el derecho a la libre competencia no puede verse limitado por el derecho a huelga y el razonamiento es muy simple: «si el empresario que decide invertir en ese estado (libertad de movimiento de los capitales) para crear riqueza y crecimiento económico y, por extensión, puestos de trabajo, se ve limitado por «imposiciones de cómo competir» (salarios del sector, jornadas del sector, convenios colectivos, etc...) a través del ejercicio del derecho de huelga en la defensa de intereses particulares de los trabajadores que van a realizar la prestación del servicio, la acción sindical está violando directamente la realización del interés general...», más allá de que los empresarios deben respetar los mínimos salariales y de jornada establecidos en las distintas directivas.

Esta jurisprudencia está siendo impugnada por el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa (CEDS), especialmente en las medidas autoritarias del estado griego en materia de Pensiones, Funcionarios Públicos y empresas públicas de electricidad y, por extensión, en «la libertad sindical, negociación colectiva y medidas de conflicto» en base a la defensa de todos los aspectos importantes de la determinación de las condiciones de trabajo en la empresa.

Se considera que la Carta Social Europea es de aplicación en cualquier condición económica y social y los derechos de los trabajadores y trabajadoras (negociación colectiva y medidas de conflicto) deben ser protegidos en los mínimos necesarios para unas condiciones de trabajo y salariales decentes.

El problema es muy grave, especialmente para los sindicatos (por extensión para todos y todas las asalariadas y asalariados), pues nos enfrentamos a la percepción social de «la inutilidad de los derechos democráticos fundamentales en tiempos de crisis económica».

En el estado español, la Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto de la Huelga de los Futbolistas (AFE) contra la Liga Profesional (Empresariado), convocada previamente al inicio de la liga de fútbol española, fue declarada «ilegal» antes de poderla realizar.

La argumentación «jurídica» del Presidente de la Audiencia Nacional, Ricardo Bodas (antiguo abogado laboralista de CC.OO) bebe de la doctrina del TSJUE en nombre del interés general que saldría muy perjudicado, respecto a los concretos intereses particulares de «jugadores de fútbol supermillonarios...» Este Magistrado comparte con la Comisión Europea y la Troika que «en tiempos de crisis económica», las cargas (políticas estructurales y/o de recortes y/o flexibilizadoras) o el coste de la salida de la crisis, deben ser asumidas por todos los «actores sociales».

DERECHO DE HUELGA Y EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA

La liberalización de los mercados de bienes y servicios, de la energía, de las telecomunicaciones, de los transportes, las finanzas, así como la desregulación laboral y el desmantelamiento y entrega al mercado privado de los denominados servicios públicos, recorre toda la época de finales del siglo XX (años 90) y fija las reglas de las políticas económicas, fiscales, sociales y laborales.

Liberalizan hasta tal punto los mercados laborales que los sistemas de organización del trabajo pasan a tener un eje sobre el cual gira todo el modelo: la descentralización productiva, los sistemas de trabajo donde las contratas y subcontratas, apalancan el modelo precario, inseguro y vulnerable del mismo y la libertad absoluta del capital, pasa a constituir el único principio de la vida.

Nos encontramos con un marco de relaciones laborales precario e inseguro jurídicamente para millones de trabajadores y trabajadoras (quienes trabajan en contratas y subcontratas), donde lo que se pone en cuestión, desde un principio, es si el sistema constitucional de garantías es aplicable en el caso de la subcontratación laboral.

Los tribunales de primera instancia (Juzgados de lo Social), de suplicación (Tribunales Superiores de Justicia) y el propio Tribunal Supremo, desde los años 90, justificaban el despido como legal, al hecho de la rescisión del contrato mercantil entre la empresa principal y la contra-

ta, condenando de «facto» a este segmento tan mayoritario de personas asalariadas, a la más absoluta «inseguridad jurídica», pues sus contratos dependían no del Derecho, sino de la voluntad mercantil y económica del empresariado.

Es el Tribunal Constitucional, fundamentalmente a partir de las Sentencias 75 y 76 del 2010, quien pone en cuestión el modelo «neoliberal» del empresariado en los supuestos de afectación de derechos fundamentales, como el de tutela judicial y de huelga.

Los y las trabajadoras y trabajadores de las contratatas y subcontratas, son ninguneados en base a no tener los mismos derechos y condiciones laborales que sus homólogos de las Empresas para las cuales realizan la prestación de su trabajo y, cuando éstos y éstas reivindicán, por medio de demandas colectivas y/o individuales y/o huelgas, el derecho a percibir los mismos salarios y condiciones que sus homólogos de las empresas principales, ambos empresarios —principal y contratista—, suelen emplear los recursos clásicos, o bien el despido o bien la represión.

El TC establece algo que es no sólo de justicia social, sino la base y el fundamento del «supuesto estado de derecho y social» en que se constituyó el «estado español en el 78», que las garantías constitucionales, es decir, los derechos fundamentales son aplicables a la subcontratación laboral, y además, dicho modelo de subcontratación, no hace sino resaltar que el concepto de empresario es algo más amplio que el empresario tradicional de otras épocas, y que existen más sujetos que el empresario contratista, es decir, el empresario principal, el cual deviene, en este modelo liberal de organizar el trabajo, en el principal responsable, pues es quien recibe el trabajo concreto de los y las trabajadoras y trabajadores de la contrata.

La Sentencia del Tribunal Supremo (caso Altrad Rodisola) sobre la «legalidad» del esquirolaje por medio de contratatas y subcontratas, intenta dar un «giro» en la defensa incondicional del derecho fundamental a la Huelga (bajo la excusa de que no corrige su anterior doctrina, casos Coca-Cola y grupo PRISA, pues estas contratatas que ejercen esquirolaje, no estaban bajo el nexo del grupo de empresas... ¡¡¡), a la vez que ni tan siquiera realiza alguna referencia a lo dictado por el TC.

Los tribunales del estado español, Supremo y Constitucional y el Tribunal de Justicia de la U€ (TJU€), avalan por encima de todo la «libertad de empresa», la «libertad de competencia y de prestación de servicios», por la sencilla razón de que sus «sentencias» se dictan según los tiempos sociales y políticos que corren, y estos tiempos del «neoliberalismo global» son de claro dominio del capital (financiero e industrial), ante la ausencia de empoderamiento de las clases asalariadas.

El capital y sus representantes políticos y judiciales, ante la no existencia de un conflicto serio, firme y constante con las clases asalariadas, han alcanzado sus grandes metas: la homogeneización a la baja de las condiciones de trabajo en torno al criterio de flexibilidad y se permiten una de las reestructuraciones más salvajes de los mercados de trabajo que el empresariado ha llevado y está llevando a cabo en todos los sectores de actividad.

Sin límites institucionales y sin resistencia sindical y social suficiente y eficiente, solamente es cuestión de «tiempo» que nuestros «jueces y juezas» interpreten que «la esclavitud laboral y social, es funcional para la economía y por lo tanto buena para el interés general».

Los propios legisladores, asumen la subordinación de los derechos fundamentales de la mayoría social (trabajadores y trabajadoras, pensionistas, parados y paradas), a la lógica económica, y los jueces «fundamentan dicha ideología», es decir, son copartícipes del «golpe de estado a los estados de bienestar y a los derechos sociales», y volvemos al mismo punto, «lo hacen en nombre del interés general».

Un segundo problema, lo importante no es la reacción del poder público, sea nacional o supranacional, ignorando el significado y la función del derecho de huelga, sino la percepción del mismo por parte de una gran parte de la «opinión pública» como un hecho ritual e inútil y, además, contrario el «interés general».

Esta percepción pública, nos conduce al segundo problema, que nos es otro que la influencia que esta «percepción» ha tenido en el sindicalismo confederal y en el movimiento sindical.

En los distintos estados, con excepción del estado griego y, el año y medio de huelgas en Francia (2010?), los Sindicatos han prescindido en la práctica y, como no, en una no declaración sobre su decisión, de prescindir de la huelga general como forma de reacción inmediata y necesaria contra las sucesivas medidas austerizadas de los gobiernos.

El ejemplo, nuevamente del estado español, es paradigmático y los distintos movimientos sociales, mareas, sindicatos alternativos, que habíamos logrado constituir un recipiente magnífico de cooperación y lucha, como fueron y son «Las Marchas de la Dignidad», no hemos sido capaces de plasmar y concretar una Huelga General laboral, social y de consumo, a pesar de que en el 2012, posiblemente se fue capaz de ilusionar a esa mayoría social en una movilización sostenida en el tiempo y que recorre todo el estado español y todo el tejido social, con cuatro consignas muy sencillas: PAN, TRABAJO, TECHO e IGUALDAD» y concentra en Madrid cerca de 2 millones de personas en el 2012.

Nuestro trabajo sindical, nuestras convicciones ideológicas acerca del conflicto y sus auténticos dueños, los trabajadores y trabajadoras y la mayoría social, afirmamos que la huelga es un acto de resistencia y de actuación colectiva, donde la autonomía de los sujetos sociales (asalariados/as, pensionistas, mujeres, jóvenes, parados/as, etc.) es la única legitimada para organizar, convocar y fijar los fines y los objetivos, y no debe estar limitada en su práctica sino es para preservar aquellos derechos esenciales para la vida (salud, cuidados de personas dependientes y poco más).

1. CONFLICTOS COLECTIVOS Y SUS FÓRMULAS DE SOLUCIÓN

En el mundo de las relaciones económicas y laborales que sufrimos, constantemente se producen enfrentamientos entre los dos sujetos titulares de intereses: los trabajadores/as de un lado, y los empresarios de otro.

Además de las movilizaciones y la propia negociación directa entre empresario y trabajadores/as, existen dos medios de solución de «conflictos laborales»:

- Extrajudicial.
- Y judicial.

Debemos por tanto, al menos resumidamente, estudiar estos dos cauces de solución de conflictos.

1.1. Medios extrajudiciales

Los procedimientos articulados en nuestro Derecho para solucionar extrajudicialmente conflictos colectivos son, con carácter general:

- La Conciliación,
- La Mediación,
- El Arbitraje,
- El ASAC,
- La intervención de la Autoridad Laboral.



Dependiendo de la causa por la que se inician estos medios de solución de conflictos, así como del ámbito geográfico, estos procedimientos extrajudiciales se llevan a cabo ante distintos organismos. Así, y de forma genérica, si el conflicto supera el ámbito de una comunidad autónoma, y no está dentro del ámbito del ASAC, la conciliación, mediación o arbitraje, se realizará ante la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Si el ámbito del conflicto no supera una comunidad autónoma, los intentos de solución extrajudicial se realizarán ante el organismo correspondiente de esa comunidad autónoma.

Dentro del ámbito de aplicación del ASAC, los intentos de conciliación, mediación o arbitraje, se realizan en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), sin perjuicio de acuerdos similares al ASAC que existen a nivel autonómico o provincial.

En definitiva, debemos estar al ámbito material y territorial del conflicto concreto, para determinar qué organismo es el competente para realizar estos intentos extrajudiciales de solución de conflictos.

1.1.1. Conciliación

En la Conciliación interviene un tercero, pero no aporta soluciones al conflicto laboral; este sistema tan sólo se limita a facilitar un cauce de negociación entre las partes en conflicto, pero sin intervención activa de un tercero. Es además, un trámite previo obligatorio en la mayoría de los procedimientos ante los Tribunales. Esta obligatoriedad de la conciliación, viene establecida en el artículo 63 de la LRJS y específicamente para los procesos de conflictos colectivos en el artículo 153 y siguientes de la LRJS señalando, como requisito necesario, el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, o ante los órganos de conciliación que puedan establecerse a través de los acuerdos interprofesionales o en los Convenios Colectivos.

Lo acordado en Conciliación en el caso de conflictos colectivos, tiene la misma consideración que lo pactado en un Convenio Colectivo pero, y es muy importante, quien llegue a ese acuerdo conciliatorio debe estar legitimado para ello; de lo contrario, el acuerdo llevado a cabo en conciliación sería nulo. Por otra parte, en el caso de que exista procedimiento judicial abierto, puede llegarse a un acuerdo conciliatorio en cualquier momento, siempre y cuando se haga antes de que se dicte Sentencia.

El artículo 63 de la LRJS, al establecer la obligatoriedad del intento de conciliación en los procedimientos, entre los que se encuentran los conflictos colectivos que se pretendan interponer ante los Tribunales, hace dos reseñas:

- La primera, respecto de que esta conciliación se deberá hacer ante el servicio administrativo correspondiente al ámbito territorial del conflicto (por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Madrid es el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, SMAC).
- También el artículo 63 de la LRJS establece, textualmente, «(...) o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo.(...)».

Esta reseña de la LPL nos abre la puerta al «Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales-ASAC», así como a las diferentes posibilidades que establezcan los distintos Convenios Colectivos, además de a las comisiones paritarias o mixtas de los convenios, con funciones específicas en estos asuntos, donde habrá que acudir con carácter obligatorio y previo a la interposición de la papeleta de conciliación y, en su caso, de la demanda ante el órgano jurisdiccional. Importante es reseñar que la jurisprudencia ha considerado defectuosa la tramitación de procedimiento judicial, si se ha omitido la reclamación ante la comisión paritaria establecida en el Convenio Colectivo; en este sentido, entre otras, por citar algunas más recientes la STJS Galicia nº 4104/2015 de 8 de julio ó la STSJ Cataluña nº 33/2016 de 2 de diciembre.

Si estamos en el ámbito de aplicación y competencia del ASAC, la mediación regulada en este sistema sustituye al trámite de conciliación.

1.1.2. Mediación

En la Mediación, el tercero que interviene puede ser designado oficialmente o por las partes, y propone soluciones al conflicto, pero sin poder imponérselas a los enfrentados. Son éstos que serán los que tienen la potestad de adoptarla.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si así lo admiten las partes enfrentadas, puede ejercer funciones de mediación en determinados supuestos, por ejemplo, en situaciones de huelga, supuesto en el que, el RD-Ley17/1977 de Relaciones de Trabajo, les confiere la posibilidad de mediar entre trabajadores/as y empresarios durante todo el conflicto.

En las distintas Comunidades Autónomas, se han creado también determinados órganos, destinados a la mediación en situaciones de conflicto.

1.1.3. Arbitraje

En el Arbitraje, interviene un tercero, y su decisión es de obligado cumplimiento para los sometidos al arbitraje, sin perjuicio de que su esta se impugne posteriormente ante los tribunales competentes. Así, la intervención del árbitro en un conflicto colectivo, es determinante, pues su grado de implicación en la toma de soluciones al conflicto es cuasi absoluta. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, también puede intervenir en procedimientos de arbitraje, siempre y cuando le sea solicitado y aceptado por las partes en conflicto. De intervenir un Inspector, éste no podrá desarrollar en esa empresa concreta, o en el ámbito del conflicto, simultáneamente labor inspectora alguna.

Existen a su vez, dos fórmulas de arbitraje: el voluntario, y el obligatorio. En el primero, el sometimiento al arbitraje es voluntario para los enfrentados. En el segundo, como su nombre indica, es imperativo para las partes en conflicto.

1.1.4. *El ASAC-V*

El Quinto Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC-V), debe su existencia al pacto suscrito entre Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores, con la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEOE y CEPYME).

La CGT y el ASAC.

Desde el ASEC-I la CGT ha venido manteniendo la misma postura al respecto de este tipo de acuerdos. El ASAC es un acuerdo innecesario y poco práctico, ya que existen medios en nuestro Derecho diseñados con anterioridad para la solución de conflictos y, sobre todo, tampoco ha demostrado ser un medio que evite los posteriores pleitos ante la Jurisdicción Social. Además, no deja de ser un acuerdo impuesto a los no firmantes, pues, aun no suscribiendo el acuerdo, los trabajadores/as están sometidos a su aplicación, quieran o no quieran, como consecuencia de haberlo suscrito los sindicatos mayoritarios.

En definitiva, el ASAC es un acuerdo poco útil e impuesto por los sindicatos mayoritarios a todos los trabajadores/as, que no ha logrado impedir que los litigios sindicales acaben en los Juzgados de lo Social, burocratizando aun más la acción sindical y la labor de las organizaciones sindicales, limitando a éstas la posibilidad de usar medidas de fuerza ante situaciones de conflicto.

Este acuerdo es el quinto suscrito en estos términos por CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, realizado al amparo del artículo 83.3 del ET y, reproduce casi literalmente, los anteriores ASEC I, II, III y IV. De la continuidad y modificaciones de éste, surge el ASAC-V.

- En su artículo 5, el ASAC-V establece el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), como un ente de naturaleza paritaria, constituido a partes iguales entre las organizaciones sindicales y las organizaciones patronales suscriptoras del mismo. Los fondos que sostienen al SIMA son públicos, y es una entidad tutelada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Ante el SIMA se presentan los escritos instando los respectivos procedimientos, y es el SIMA quien notifica y cita a las partes, registra y certifica los documentos, elabora la lista de mediadores y árbitros, y nombra a éstos para cada conflicto, en el caso de que no se pongan las partes de acuerdo en este punto. Todos los servicios del SIMA son gratuitos.
- El artículo 2 del propio acuerdo establece el ámbito territorial y temporal del ASAC. Se aplica por tanto el acuerdo a la totalidad del territorio nacional y para los conflictos contemplados en su artículo 4¹.

¹ *Art. 4 del ASAC: Serán susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo, y en el caso de suscitarse en los ámbitos a que se refiere el número 2 de este artículo, los siguientes tipos de conflictos laborales:*

a) Los conflictos colectivos de interpretación y aplicación definidos de conformidad con lo establecido en el artículo 153 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y sin perjuicio de la intervención de las comisiones paritarias a la que se refieren los artículos 85.3 h) 1º y 91.3 de la LET en los conflictos de interpretación y aplicación de convenios colectivos.

b) Las controversias en las comisiones paritarias de los convenios colectivos que conlleven el bloqueo en la

El SIMA se ubica en la Calle San Bernardo nº20, 5ª Planta, de Madrid.

En el caso de que existan acuerdos vigentes similares a nivel de Comunidad Autónoma, habrá que acudir a éstos y a sus procedimientos, si el ámbito del conflicto no supera el de la Comunidad Autónoma en cuestión.

El ASAC obliga a todos los sectores y empresas, en los que los representantes de los trabajadores/as, empresarios o sus respectivas organizaciones legitimadas, suscriban correspondiente instrumento de «ratificación» o «adhesión». El sometimiento al ASAC, de hacerse, ha de ser a la totalidad del acuerdo y absolutamente incondicionado.

adopción de acuerdos, para la resolución de las funciones que legal o convencionalmente tengan atribuidas. La iniciativa de sometimiento a los procedimientos previstos en este Acuerdo deberá instarse por quien se disponga en el convenio colectivo o, en su defecto, por la mayoría de ambas representaciones.

c) Los conflictos surgidos durante la negociación de un convenio colectivo que conlleven su bloqueo. No será preciso el transcurso de plazo alguno para someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo, cuando sea solicitado conjuntamente por quienes tengan capacidad para suscribir el Convenio con eficacia general. Si el bloqueo se produce transcurrido cinco meses desde la constitución de la mesa negociadora, podrá solicitar la mediación, tanto la representación de empresarios como de los trabajadores que participen en la correspondiente negociación, no obstante deberá contar con la mayoría de dicha representación. No se exigirá la mayoría, si así está previsto en el convenio colectivo, cuando se hayan superados los plazos máximos de negociación previstos en el artículo 85.3 f) del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores o en el convenio que se esté renovando. En cualquiera de los casos, se deberán manifestar las diferencias sustanciales que han provocado el bloqueo de la negociación.

d) Los conflictos surgidos durante la negociación de un acuerdo o pacto colectivo, que conlleven el bloqueo de la negociación correspondiente, por un período de tres meses a contar desde la constitución de la mesa negociadora, salvo que se trate de la renovación de un acuerdo o pacto que contemple un período distinto al precedente, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo. En este supuesto podrá solicitar la mediación, tanto la representación de empresarios como de trabajadores que participen en la correspondiente negociación, no obstante deberá contar con la mayoría de dicha representación. No será preciso el transcurso de este período cuando la mediación sea solicitada conjuntamente por ambas representaciones. En cualquiera de los casos, se deberán manifestar las diferencias sustanciales que han provocado el bloqueo de la negociación.

e) Los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47, 51 y 82. 3, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

f) Los conflictos derivados de las discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por el artículo 44.9 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que no se refieran a traslados colectivos o a modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

g) Los conflictos que motiven la impugnación de convenios colectivos, de forma previa al inicio de la vía judicial.

h) La sustitución del período de consultas, acordada por el juez, por la mediación y el arbitraje, a instancia de la administración concursal o de la representación legal de los trabajadores, en los supuestos del Art. 64.5 párrafo último de la Ley Concursal.

i) Los conflictos derivados de las discrepancias surgidas durante la negociación entre empresa y representación legal de los trabajadores, de acuerdos de inaplicación de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, cuando dichos convenios contemplen su inaplicación negociada.

j) Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos.

k) Los conflictos que den lugar a la convocatoria de huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga.

Los medios posibles de ratificación o adhesión al ASAC son:

- Acuerdos entre sindicatos y empresarios, sobre materias concretas, en virtud de lo establecido en el artículo 83.3 del ET.
- Mediante adhesión realizada en un Convenio Colectivo de empresas, con centros de trabajo en distintas Comunidades Autónomas, o en un Convenio Colectivo de sector de ámbito nacional o supra autonómico.
- Mediante su inserción en un Convenio Colectivo de sector de ámbito nacional o supra autonómico, o en un Convenio Colectivo de empresa, siempre que ésta tenga centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma.
- Mediante la suscripción de un acta de adhesión entre la empresa y el Comité de Empresa (o Intercentros si existe), o lo sindicatos de la empresa concreta, siempre que suponga la mayoría de los representantes de los trabajadores/as, en empresas con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma.

En relación a los ASEC I, II, III y IV, todos los sectores y empresas que se adhirieron o acogieron a aquel primer acuerdo, quedaron inmediatamente sometidos a este ASAC-V, salvo que expresamente, por escrito y en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor (15 de marzo de 2010), manifestaran a la Comisión de Seguimiento lo contrario.

Los conflictos laborales incluidos en el ámbito de aplicación del ASAC, son los reseñados en el artículo 4 (ver nota a pie de página anterior). Están excluidos sin embargo, del ámbito de aplicación del ASAC, los conflictos sobre Seguridad Social (excepto los conflictos colectivos que recaigan sobre Seguridad Social complementaria, incluidos los planes de pensiones) y los conflictos en los que sea parte el Estado, las Comunidades Autónomas, entes locales y organismos administrativos dependientes de ellos. También, en virtud al artículo 4.3 del ASAC, están excluidos los conflictos individuales.

1.1.4.1. Procedimientos derivados del ASAC. Mediación y Arbitraje

En su artículo 8 el ASAC establece dos procedimientos como cauces de solución de conflictos colectivos: la Mediación y el Arbitraje.

No obstante, según establece el artículo 10 del ASAC-V en el caso de conflictos que versen sobre la interpretación o aplicación de un Convenio Colectivo, se requiere comparecer previamente ante la Comisión Paritaria establecido por el Convenio Colectivo en cuestión, siempre y cuando la comisión paritaria concreta, tenga atribuciones de interpretación o aplicación del convenio. Sin ese trámite previo, no se tramitarán procedimientos ante el SIMA.

Ambos procedimientos ante el SIMA, esto es, la Mediación y el Arbitraje, se rigen por los principios de gratuidad, celeridad, igualdad procesal, audiencia de las partes, contradicción e imparcialidad (artículo 9 del acuerdo).

La Mediación derivada del ASAC-V se regula en el artículo 12 del acuerdo. La Mediación es un procedimiento obligatorio, en el caso de que lo solicite alguna de las partes enfrentadas (artículo 12.3 del acuerdo), y siempre, como requisito preprocesal, en los supuestos de interposición de demandas de conflicto colectivo ante la jurisdicción laboral. De igual forma, la convocatoria de huelga en el ámbito de aplicación del ASAC-V, requerirá, con anterioridad a su comunicación

formal, haber agotado el procedimiento de mediación ante el SIMA; así mismo, es preceptiva la Mediación ante el SIMA, si así lo pide una de las partes, en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión de los contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y en supuestos de despidos colectivos aunque en estos casos no se amplía el plazo legal de interposición de las demandas.

Se debe resaltar que, en todos estos supuestos, no se amplía el plazo legal de interposición de las correspondientes acciones judiciales por deber someterse a Mediación ante el SIMA. (entre otras STS de 9 de diciembre de 2013)

En el SIMA existen «listas» de mediadores, designados por las organizaciones sindicales y patronales firmantes del ASAC-V. No obstante, las partes enfrentadas pueden designar de mutuo acuerdo un mediador ajeno a las «listas» de mediadores que constan en el SIMA.

El procedimiento de mediación se insta por escrito ante el SIMA (artículo 14 del ASAC).

El escrito debe contener lo siguiente:

- Identificación del empresario o de los sujetos colectivos legitimados para acogerse al procedimiento en el ámbito del conflicto.
- El objeto del conflicto, con especificación de su génesis y su desarrollo, de las razones en las que se funda, y su pretensión.
- El colectivo de trabajadores/as a los que afecta y el ámbito territorial.
- Si se trata de un conflicto de interpretación o aplicación de un Convenio Colectivo, debe acreditarse ante el SIMA la intervención en el conflicto de la Comisión Paritaria, y si emitió en su caso, dictamen.
- Domicilio, fecha y firma del empresario o del sujeto colectivo que inicia el procedimiento.

Instado el procedimiento de Mediación ante el SIMA, ha de durar diez días; en los tres primeros días hábiles, el SIMA designa (si no lo hicieron las partes) y convoca al mediador, que deberá comenzar su actuación de inmediato. Se celebra una comparecencia, en la que el mediador intentará el acuerdo de las partes, no estando sujeta esta comparecencia a reglas especiales ni a limitaciones en las intervenciones de las partes, garantizando en todo caso, el derecho de audiencia de los personados, así como el principio de igualdad y contradicción, sin que se produzca indefensión.

En el caso de convocatoria de huelga (artículo 17 del ASAC), antes de la comunicación formal de la misma, debe celebrarse la mediación, a solicitud de los convocantes, que deberán formular por escrito su solicitud, incluyendo los objetivos de la huelga, las gestiones realizadas y la fecha prevista para su inicio. Este escrito debe enviarse también al empresario. Ente la solicitud al SIMA y la comunicación formal de la huelga deben pasar más de setenta y dos horas, plazo que puede prorrogarse por acuerdo entre las partes.



En el supuesto de huelga, es preceptivo haber agotado el intento de mediación ante el SIMA, tal y como establece el artículo 12 del ASAC. Así, en la convocatoria formal de la huelga, debe acreditarse que se ha intentado la mediación ante el SIMA. Debemos entender que, de no acreditarse este intento de solución ante el SIMA, la convocatoria de huelga no está debidamente realizada.

Las partes deben, obligatoriamente, acudir a la comparecencia señalada por el SIMA.

Tras la comparecencia, el mediador ha de proponer soluciones al conflicto, que puede incluir el sometimiento del conflicto al procedimiento de arbitraje, que más adelante estudiaremos. La propuesta del mediador puede ser aceptada por las partes, con lo que el conflicto finaliza aquí. El acuerdo aceptado ha de plasmarse por escrito, y debe trasladarse una copia a la autoridad laboral competente, así como al SIMA para su registro.

Los acuerdos logrados en esta sede, surten los mismos efectos que un Convenio Colectivo.

Si no aceptan lo propuesto por el mediador, se levanta acta, donde deben registrarse la propuesta del mediador, aun no habiendo sido aceptada, la ausencia de acuerdo y las alegaciones de cada parte.

El Arbitraje establecido en el ASAC-V, se regula en sus artículos 18 y siguientes del acuerdo. En el apartado primero del referido artículo 18, se establece la definición de este procedimiento extrajudicial:

«(...) Mediante el procedimiento de arbitraje, las partes acuerdan voluntariamente encomendar a un tercero y aceptar de antemano la solución que éste dicte sobre el conflicto suscitado (...).»

Así, tal y como se apuntó anteriormente, la nota más destacada del arbitraje, es que la solución que dé el árbitro al conflicto concreto, ha de ser acatada por las partes, además de que ha de ser solicitado por ambas partes (partes en conflicto que estarán legitimadas para instarlo conjuntamente, en los mismos términos que las legitimadas para instar mediación, respecto del conflicto y del ámbito del mismo).

Deberá instarse el arbitraje por escrito, que ha de contener, al menos:

- Nombre del árbitro (o árbitros designados), o en su caso, la solicitud al SIMA de que sea éste quien lo designe.
- Identificación del empresario y de los sujetos colectivos legitimados para acogerse al arbitraje. A su vez, debe identificarse las organizaciones sindicales y empresariales representativas en el ámbito del conflicto, por si desearan sumarse al procedimiento arbitral.

- Cuestiones que se someten al arbitraje, con sus antecedentes, así como las pretensiones de las partes y sus fundamentos.
- El compromiso de aceptación del laudo arbitral que solucione el conflicto.
- Domicilio de las partes afectadas, así como la fecha y firma de los representantes de las partes enfrentadas.

Del escrito instando ante el SIMA el arbitraje, se debe enviar copia también a la autoridad laboral, que deberá registrar y publicar el ulterior laudo.

Las partes pueden instar el arbitraje, sin previamente haber instado el procedimiento de mediación, salvo que aquél derive de una decisión de las partes, inmersas en un procedimiento de mediación, tal y como hemos visto anteriormente. Claro está, pueden instar el arbitraje, una vez agotada la mediación o en el transcurso de ésta.

Instado por las partes el procedimiento arbitral, éstas deben abstenerse de promover cualquier otro procedimiento respecto de las cuestiones sometidas al arbitraje.

Los árbitros se designan libremente por las partes, entre «expertos imparciales», dice el apartado tercero del artículo 18 del ASAC-V. No obstante, el SIMA debe tener una lista de árbitros a disposición de las partes, a fin de que éstas puedan escoger.

El arbitraje se somete a los principios de contradicción e igualdad entre las partes, tal y como establece el apartado quinto del artículo 18 del ASEC-IV. Así mismo, debe garantizarse el derecho de audiencia a las partes, y velar que no se produzca indefensión a ninguna de las partes.

El Laudo que pone fin al arbitraje, se emitirá en el plazo que estimen las partes; de no señalar ninguno, deberá emitirse en diez días hábiles a partir de la designación del árbitro o árbitros. Este plazo es prorrogable en diez días más, si el árbitro, motivadamente, estima que conflicto es dificultoso o de gran trascendencia.

Dictado el Laudo, éste es ejecutivo y vinculante inmediatamente. El Laudo debe motivar su decisión, y debe también notificarse a las partes inmediatamente. La decisión arbitral excluye cualquier otro procedimiento, demanda de conflicto colectivo, o huelga sobre la materia sometida al procedimiento de arbitraje.

Tal y como se explicó para la mediación, el laudo tiene la misma eficacia que un Convenio Colectivo, en función de las partes, la legitimación de éstas, y el ámbito al que afecta el Laudo.

Si no se recurre el Laudo, supuesto que explicamos a continuación, tiene efectos de sentencia firme (art. 68.2 y 237 LRJS).

El Laudo puede ser impugnado y solicitar su nulidad ante los tribunales en treinta días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67.2 de la LPL, en relación o lo establecido en el artículo 65.4 y 163.1 de la LRJS y al 91 del ET. Las causas de este recurso son tasadas, y se establecen en el art. 65.4 de la LRJS, y son:



- Con fundamento en exceso sobre el arbitraje o haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo.
- Vicio esencial de procedimiento o
- Infracción de normas imperativa

1.1.5. *Intervención de la Autoridad Laboral*

Ésta es otra fórmula de solución extrajudicial de conflictos, ajena al ASEC y a las otras fórmulas vistas anteriormente, que como Conflictos Colectivos de Trabajo, se establece en los artículos 17 y siguientes del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

Para que la Autoridad Laboral intervenga, deben solicitarlo las partes en conflicto.

Esta solución a los conflictos tiene un límite, establecido en el artículo 20 del RD Ley 17/1977, que es la imposibilidad de solicitar la intervención de la autoridad laboral para modificar lo pactado en un convenio colectivo, o para cuestionar la solución plasmada en un Laudo arbitral.

La solicitud de este procedimiento por parte de los trabajadores/as, excluye la posibilidad de convocar huelga, según establece el artículo 17.2 del RD Ley 17/1977.

En interpretación de los apartados segundo y tercero del referido artículo 17, según establecen algunas sentencias, entre otras la del STSJ de Andalucía, de 13 de marzo de 1996 o la más reciente STSJ de Castilla y León 1830/2016 de 6 de noviembre si los trabajadores/as instan primero la intervención de la autoridad laboral (o cualquier órgano de mediación como el SIMA) por medio del procedimiento de Conflicto Colectivo de Trabajo, posteriormente no podrán convocar huelga referente al mismo conflicto colectivo; pero, si primero fue la convocatoria de la huelga, pueden cesar en ésta, o desconvocarla, e instar la intervención de la autoridad laboral. Por otra parte, tal y como establece el artículo 18.2 del RD-Ley 17/1977, si el procedimiento ante la autoridad laboral, lo instan los empresarios, y los trabajadores/as ejercitan su derecho a huelga, el procedimiento se archiva sin finalizar.

Pueden instar la iniciación del Conflicto Colectivo de Trabajo ante la autoridad laboral, según establece el artículo 18 del RD-Ley 17/1977, sólo los representantes de los trabajadores/as en el ámbito correspondiente al conflicto, ya sea por su propia iniciativa, o a petición de los trabajadores/as a los que representan. Así mismo, están legitimados también los empresarios, o los representantes legales de éstos, afectados en el ámbito del conflicto laboral.

La autoridad laboral que ha de intervenir, la determina el artículo 19 del RD-Ley 17/1977, norma que ha de adecuarse a la delegación de las competencias que, en cuanto a la materia que nos ocupa, se han efectuado a favor de las Comunidades Autónomas. Así, según el referido artículo 19, la competencia para conocer de los Conflictos Laborales de Trabajo corresponde a la Delegación Provincial de Trabajo de la provincia en que se plantee el conflicto y si éste excede de una provincia, la competencia es de la Dirección General de Trabajo. Esta afectación a trabajadores/as de varias provincias, ha de ser real y no potencial, tal y como establecieron, entre otras, la STCT de 30 de abril de 1980. Pero, delegadas las competencias de las Direcciones

Provinciales de Trabajo, debemos entender que son competentes los órganos de la comunidad autónoma correspondiente.

El procedimiento se insta ante la autoridad laboral correspondiente, mediante escrito.

El contenido mínimo de ese escrito se establece en el artículo 21 del RD-Ley 17/1977, y es:

- Nombre, apellido, domicilio y carácter de quien insta el procedimiento, su firma y la fecha.
- Determinación de los empresarios y trabajadores/as afectados, los hechos sobre los que verse el conflicto, las peticiones concretas que se planteen, y demás datos que procedan a juicio del que insta el procedimiento.

VER ANEXO X.

(MODELO SENCILLO DE ESCRITO DE INICIACIÓN DE CONFLICTO COLECTIVO ANTE LA AUTORIDAD LABORAL)

Es importante el consignar correctamente el contenido del escrito, dado que el no recoger en el escrito la petición concreta produce la nulidad de las actuaciones, tal y como han establecido distintas sentencias, entre ellas, las SSTCT de 4 de junio de 1980 y 27 de abril de 1988.

Presentado el escrito, en las veinticuatro horas siguientes, la autoridad laboral correspondiente, ha de remitir copia del escrito a la parte frente a la que se insta el procedimiento, y debe convocar a una y otra al acto de comparecencia que se celebra en su presencia. La comparecencia debe celebrarse dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito.

La labor de la administración laboral consiste en intentar lograr un acuerdo entre las partes, pero el acuerdo ha de ser adoptado por mayoría simple de cada una de las representaciones. Según establece el artículo 24 del RD-Ley 17/1977, de llegarse a adoptar algún acuerdo, éste tendrá la eficacia de un Convenio Colectivo, y sus efectos partirán desde el momento en que se adopta el acuerdo, a no ser que las partes pacten otra cosa (en este sentido, STCT de 13 de febrero de 1979)

De no haber acuerdo entre las partes, éstas pueden designar que sean uno o varios árbitros los que medien de cuenta de la autoridad laboral. En el caso de que no haya acuerdo y sea designado uno o varios árbitros, deben emitir un laudo solucionando el conflicto en los cinco días siguientes a su designación.

Según determina el artículo 25 del RD-Ley 17/1977, si las partes no consiguen llegar a un acuerdo, ni tampoco designan árbitro o árbitros, y el conflicto colectivo deriva de discrepancias relativas a la interpretación de una norma, ya sea legal o convencional, la autoridad laboral debe remitir todo lo actuado junto con su informe, a la jurisdicción social, a fin de que se inicie el correspondiente proceso de Conflicto Colectivo, de acuerdo a lo establecido en los artículos 151 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral.

1.2. Medios judiciales

Existe un procedimiento judicial específico, destinado a resolver los conflictos colectivos, y se regula en los artículos 153 y siguientes de la LRJS, y recibe el nombre en esta norma de «Proceso de Conflicto Colectivo».

El artículo 153 de la LRJS, determina el ámbito material de este tipo de procesos. Así, tal y como establece la referida norma, mediante el proceso de conflicto colectivo ante la jurisdicción social, se han de tramitar las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores/as y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, Convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia, así las decisiones o prácticas de empresa.

Son obligadas en este punto algunas reflexiones al respecto del tema que nos ocupa. Así, la STS de 19 de mayo de 1997, de 17 de noviembre de 1999, configura el Conflicto Colectivo o Conflicto Laboral aquí analizado desde dos perspectivas: la objetiva y la subjetiva. Así, el elemento subjetivo sería «la afectación del conflicto a un grupo de trabajadores/as estructurado a partir de un elemento de homogeneidad», y no como una mera pluralidad o suma de trabajadores/as. Y el elemento objetivo estaría presente si existe un «interés general», indivisible y correspondiente al grupo de trabajadores/as en su conjunto, y no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros.

En otro análisis realizado por parte de la doctrina, deben concurrir tres elementos para la existencia de un Conflicto Colectivo de los ahora analizados:

- Debe afectar a un grupo de trabajadores/as.
- Debe versar sobre intereses generales de carácter indivisible, esto es, que pretenda satisfacer los intereses de los trabajadores/as como grupo y no como individuos. El concepto de interés general, tal y como hemos visto, se define por la doctrina como un interés indivisible correspondiente al grupo de trabajadores/as en su conjunto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros. Este interés general puede individualizarse sólo en sus consecuencias, pero no en su configuración general.
- Y que se inste la interpretación de normas laborales o colectivas.

En base a estas definiciones o interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales de lo que es un «conflicto colectivo», debemos distinguir a éste de lo que se denomina doctrinalmente «conflicto plural» y del concepto de «conflicto de intereses».

Así, como hemos visto, que en un conflicto entre el empresario y los trabajadores/as se vean afectados una pluralidad de éstos, no significa que estemos ante un «conflicto colectivo».

En un «conflicto plural», los trabajadores/as se presentan como una mera suma de intereses individuales. Por ejemplo, en el caso de que un empresario incumpla el deber de pagar a varios de los trabajadores/as diversos meses, y éstos acuden conjuntamente a los Juzgados de lo Social a reclamar el pago.

- En un «conflicto colectivo», los trabajadores/as son considerados como grupo con independencia de los intereses particulares de cada uno de ellos (en este sentido, la STC 92/1988, la STS Unificación de Doctrina, de 3 de enero de 1994). A menudo, la diferencia entre «conflicto colectivo» y «conflicto plural» es difícil de discernir. Lo que sí es claro, es que en un «conflicto plural» se ven afectados varios (o muchos) trabajadores/as, aunque no en virtud de un interés que afecte al conjunto del colectivo de trabajadores/as del cual forman parte, con lo que su reivindicación

no lo es de carácter colectiva, aunque la presenten varios (o, insistimos, muchos trabajadores/as). A esta distinción no ayuda nuestro ordenamiento procesal, que ha optado en ocasiones, por derivar al procedimiento judicial de conflicto colectivo determinados litigios, basándose exclusivamente en parámetros numéricos respecto de los trabajadores/as afectados.

Ya decididos a instar el correspondiente proceso de conflicto colectivo, recuérdese la obligatoriedad de haber intentado la conciliación ante el organismo competente, antes de instar el procedimiento judicial ante el órgano jurisdiccional competente. De igual forma, recuérdese que a estos efectos, es válida la conciliación realizada ante el SIMA, dentro del ámbito de ASAC-IV, aunque más adelante se volverá a hacer referencia a este extremo.

1.2.1. *Legitimación*

Están legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos, según determina el artículo 153 LRJS:

- Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda, o sea más amplio que el del conflicto. Debemos no obstante matizar, que la Jurisprudencia exige que para que los sindicatos puedan instar un procedimiento de conflicto colectivo es preciso que tengan implantación en el ámbito en el que se sitúa el conflicto (entre otras, STS de 11 de diciembre de 1991 o la STS de 6 de junio de 2011). A su vez, esta implantación no supone la exigencia de un porcentaje concreto, tal y como recoge, entre otras la SAN de 7 de junio de 1990 ó la STS de 12 de mayo de 2009. Otro requisito jurisprudencialmente establecido, es la necesidad de que el sindicato que inicia ante los tribunales un procedimiento de conflicto colectivo, debe tener «relación directa» con el objeto del proceso, ya sea por su notoria implantación en el centro de trabajo en cuestión, o en el marco general en el que el conflicto ha surgido, tal y como se ha establecido, por ejemplo, en la SSTCl 70/1982 y 37/1983, así como en la STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 1991.
- Las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa. Las especificaciones realizadas respecto de los sindicatos, son de aplicación también respecto de las asociaciones empresariales.
- Los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores/as, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior. Respecto a las secciones sindicales, están legitimadas cuando se trate de conflictos de empresa o ámbito inferior, tal y como ha manifestado la STS de 21 de mayo de 1995, así como el SSTSJ de Madrid, en Sentencia de 30 de abril de 1991 y 20 de abril de 1993. No obstante, la legitimidad de las secciones sindicales, al igual que la de los delegados/as sindicales, dependerá del ámbito del conflicto colectivo, con lo que estarán legitimados en conflictos colectivos cuyo ámbito coincida con el de su representatividad.

Si la decisión de instar el procedimiento de conflicto colectivo ante los tribunales proviene del Comité de Empresa, es necesario que el Comité adopte esta decisión por mayoría de sus miembros, sin que pueda iniciar el procedimiento aisladamente ninguno de sus miembros (en este sentido, STSJ de Asturias, de fecha 10 de enero de 1997. Así mismo, algunas resoluciones judiciales exigen que el acuerdo del comité de empre-

sa, se aporte a las actuaciones (en este sentido, STSJ de Canarias, de 23 de marzo de 1998).

En caso de existir un Comité Intercentros, para estar legitimado éste a fin de iniciar procedimientos de conflicto colectivo, debe tener expresamente conferida esta competencia en el Convenio Colectivo que lo cree, y así lo exige la SAN de 4 de marzo de 1991.

Diversas sentencias, entre otras, las SSTCT de 3 de marzo de 1983 y 27 de junio de 1980, entienden que no está legitimada para instar este tipo de procedimientos la Comisión Paritaria de un Convenio Colectivo.

- En cuanto a la autoridad laboral, ésta puede de oficio instar el procedimiento de conflicto colectivo ante los tribunales, pero a instancia de las partes enfrentadas en el conflicto. Esta posibilidad se encuentra avalada por el artículo 158 de la LRJS

1.2.2. Trámites

Tal y como se ha apuntado anteriormente, es necesario el haber intentado la conciliación previa antes de instar el procedimiento ante la jurisdicción social, pues repetimos, así lo exige específicamente para este procedimiento el artículo 156 de la LRJS. Y como se ha dicho, es válido el procedimiento de mediación ante el SIMA. También será necesario acudir con antelación al intento de conciliación a la comisión paritaria del convenio si así lo establece.

Se debe aportar junto a la demanda iniciadora del procedimiento, la copia del acta de conciliación, tal y como exige el artículo 157.2 de la LRJS.

La Demanda, que recordemos debe ir acompañada del acta de intento de conciliación, tiene que contener unos mínimos, que vienen establecidos en el artículo 157 de la LRJS; así, debe contener, además de los requisitos generales:

- a) La designación general de los trabajadores y empresas afectados por el conflicto y, cuando se formulen pretensiones de condena que aunque referidas a un colectivo genérico, sean susceptibles de determinación individual ulterior sin necesidad de nuevo litigio, habrán de consignarse los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y el cumplimiento de la sentencia respecto de ellas.
- b) La designación concreta del demandado o demandados, con expresión del empresario, asociación empresarial, sindicato o representación unitaria a quienes afecten las pretensiones ejercitadas.
- c) Una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión formulada.
- d) Las pretensiones interpretativas, declarativas, de condena o de otra naturaleza concretamente ejercitadas según el objeto del conflicto

El proceso tiene carácter urgente, y es preferente sobre cualquier otro, excepto los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales (artículo 159 de la LRJS).

El Juicio, debe celebrarse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda. Como es sabido, previo al acto del juicio, se ha de intentar de nuevo la conciliación, ya en sede judicial.

La Sentencia debe dictarse dentro de los tres días siguientes a la celebración de la vista, y es ejecutiva desde que se dicte. Puede ser recurrida no obstante la sentencia en Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma correspondiente, o en Casación si la sentencia la dictó un Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia Nacional.

Estos plazos tan perentorios, en la mayoría de las ocasiones no se cumplen por parte de los Juzgados.

2. EL DERECHO DE HUELGA

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo. Constitución española de 1978, artículo 28.2.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.art. 4.1 e)

Entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril, y 13/1986, de 30 de enero.

Código Penal, artículo 315.

2.1. Introducción

La huelga se configura como una medida de conflicto, de fuerza y presión, a fin de que los trabajadores/as adopten una posición más equilibrada con respecto a la del empresario correspondiente.

La huelga como instrumento, como forma que expresa el conflicto por antonomasia en la relación laboral, se encuentra muy arraigada en la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores/as.

Esa relación entre la organización de la defensa de los intereses de los trabajadores/as y las formas de tutelar los mismos por medio de la huelga, pertenece a la experiencia social y a la cultura política de este último siglo, como elemento central de cualquier sistema democrático de relaciones laborales.

La huelga trasciende a la relación laboral y penetra el mundo social y político, como manifestación de protesta y ejercicio real de democracia directa, es decir, como contrapoder. Es la in-subordinación social en un sentido genérico, la cual obliga a variar las decisiones políticas —políticas de protección social, vivienda, educación, medioambiente, etc— que atentan contra los intereses y condiciones de vida de la mayoría de la sociedad.

La huelga como medio de lucha, tiende a restablecer el principio de equilibrio ante las fuerzas del mercado, —hoy más que nunca, mercado como expresión de poder «absoluto» el cual desplaza al poder político o/y es parte de ese poder—, que impone todo tipo de obstáculos para el ejercicio efectivo por parte de los ciudadanos de la libertad e igualdad.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de huelga y su ejercicio se recoge en distintas normas, desde el *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones Laborales*, en su artículo 1, que reconocía el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de las relaciones laborales. La CE de 1978, en su artículo 28, configura el derecho de huelga como derecho funda-



mental de los trabajadores/as. Así mismo, y como derecho de carácter subjetivo reconocido a todos los trabajadores/as, se establece este derecho en el artículo 4.1.e del ET, lo que implica una atribución individual a cada uno de los trabajadores/as, con las limitaciones en cuanto al ejercicio de este derecho que existen para ciertos estamentos y que más adelante se desarrollan. De igual forma, sumamente importantes han sido diversas Sentencias entre las que destacamos la STC 11/1981, de 8 de abril.

La CE, enmarca el derecho de huelga como un derecho fundamental, en idéntico plano de reconocimiento y protección que el derecho a la intimidad, la igualdad ante la Ley, la no discriminación, la vida e integridad física, la libertad ideológica y religiosa, la libertad y seguridad o la inviolabilidad del domicilio o la correspondencia, con lo que está dotado de una especial protección, extremo que agrava la sanción de todas aquellas conductas tendentes a limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga, sanciones que pueden venir desde la jurisdicción penal, social o laboral, y que más adelante veremos.

2.2. El derecho de huelga, sus límites y su protección

2.2.1. Titulares del derecho de huelga

En principio, todos los trabajadores y trabajadoras tienen reconocido el derecho a la huelga. Así, el artículo 4.1. e del ET reconoce el derecho de huelga, derecho que es de carácter indisponible, lo que significa que los pactos o acuerdos, individuales o colectivos, que limiten o anulen el ejercicio de este derecho, son nulos.

- El derecho de huelga se circunscribe a los trabajadores/as por cuenta ajena, españoles o extranjeros tengan o no el permiso para trabajar.²
- Los trabajadores/as al servicio de las administraciones públicas tienen derecho a la huelga, con determinadas peculiaridades en cuanto al preaviso y al mantenimiento de los servicios de la administración correspondiente.
- Los funcionarios/as públicos también tienen reconocido el derecho a la huelga.

El personal civil al servicio de establecimientos militares, según establece la Disposición Adicional 1ª del RD-L 17/1977, no se rige por la normativa general del resto de trabajadores/as, sino por las propias del los estamentos militares, aunque sí tienen reconocido el derecho a la huelga, y a pesar de que el Tribunal Constitucional, en Sentencia 26/1986, haya declarado contrarias al derecho de huelga, las instrucciones dictadas por el Ministerio de Defensa en momentos de conflicto laboral, y que puedan limitar el ejercicio del derecho de huelga.

- Los trabajadores/as de la administración de justicia, tienen reconocido el derecho de huelga si forman parte del cuerpo de gestión procesal, tramitación procesal y auxilio judicial así como el personal administrativo al servicio de esta administración.

² La sentencia del Tribunal Constitucional nº 259/2007 de 19 de diciembre de 2007 reconoció el derecho a los trabajadores extranjeros aunque no tengan permiso de trabajo ni residencia.

Los jueces, fiscales y letrados de la administración de justicia, tienen limitado el derecho a sindicarse, pero no aparece limitado o restringido expresamente en nuestro ordenamiento su derecho a la huelga con lo que, pese a que en la práctica la mayoría no ejercen ni reclaman este derecho, es dudoso que no lo tengan reconocido.

2.2.2. Ejercicio y límites del derecho de huelga

La huelga podrá ejercerse en los términos previstos en el RD-L 17/1977, en su interpretación dada por la STC 11/1981, de 8 de abril.

La participación en la huelga tiene el efecto inmediato de dejar en suspenso el contrato de trabajo de los trabajadores/as que ejercen su derecho, y no puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador/a, durante la huelga, incurriera en falta laboral, tal y como establece el artículo 6 RD-L 17/1977.

El ejercicio del derecho de huelga no es ilimitado, existen una serie de restricciones que de ser incumplidas podrían convertir la huelga en ilícita o abusiva; siendo el TC el encargado de establecer los límites del derecho de huelga dentro de los parámetros establecidos en el RD-L 17/1977.

Existen circunstancias que limitan el ejercicio del derecho; y son:

- La necesidad de preaviso de celebración de la huelga (convocatoria y su legalización).
- Mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.
- Publicidad de la huelga en los sectores que afecten a los servicios públicos de la comunidad
- No ocupación del Centro del trabajo.
- Suspensión del Derecho de Huelga en supuestos de declaración de estados de alarma, excepción y sitio.
- La violencia física o psíquica, ejercidos por los huelguistas contra sus compañeros o el empresario, o contra los bienes o instalaciones de la empresa.

2.2.3. Protección del derecho de huelga

La protección del derecho de huelga viene determinada desde varias perspectivas:

- Desde la Jurisdicción Social, así el artículo 8.10 de la LISOS, establece, como infracción muy grave «(...) los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento (...)»
- El artículo 40.1 también de la LISOS, establece para las sanciones por faltas muy graves multas de en su grado mínimo, de 40.986 a 163.955 euros; en su grado medio, de 163.956 a 409.890 euros; y en su grado máximo, de 409.891 a 819.780 euros.



- Desde la Jurisdicción Penal. Así, la protección penal del ejercicio del derecho de huelga, viene dada mediante el artículo 315 del Código Penal, en el que se establece la pena de prisión de seis meses a tres años, y multa de seis a doce meses, para quien, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio del Derecho de Huelga, incluyendo también la coacción como supuesto censurable penalmente.

En consecuencia, cuando se produce una trasgresión del derecho de huelga de los trabajadores/ as, se puede acudir a la vía jurisdiccional correspondiente para depurar las responsabilidades que hubiera lugar.

2.2.4. ¿Quiénes pueden convocar huelga?

El artículo 3 del RD-L 17/1977, determina en su apartado primero determinadas exigencias, que fueron moderadas por distintas resoluciones del Tribunal Constitucional, entre otras la STC11/1981, de 8 de abril.

Así, están legitimados para convocar huelga:

- Los/as representantes de los trabajadores/as y los Sindicatos; debemos entender por representantes tanto los unitarios (Comités de Empresa y Delegados/as de Personal), como los representantes sindicales y los Sindicatos con implantación en el ámbito al que afecte la huelga. Esta «implantación» debemos entenderla en sentido amplio; esto es, tiene «implantación» un sindicato que en el ámbito del conflicto tiene afiliados, representantes electos o incluso fuerza y capacidad suficiente para convocar la huelga.

El acuerdo por el que se convoca la huelga debe haberse tomado en reunión conjunta de los representantes de los trabajadores/as y por mayoría. Debe redactarse de igual forma un acta de esta reunión reflejando la decisión.

Debemos destacar que no es necesario acuerdo expreso en cada centro de trabajo, dado que esta exigencia recogida en el artículo 3.1 del R-DL 17/1977, fue declarada inconstitucional por STC 11/1981, de 8 de abril. La misma Sentencia declara también inconstitucional la exigencia del artículo 3.2.a del R-DL 17/1977, en cuanto a que si la convocatoria de huelga la realizan el Comité de Empresa o los Delegados/as de Personal, a la reunión debe asistir al menos el 75% de estos representantes de los trabajadores/as.

- Los propios trabajadores/as. Existen varios supuestos en este caso:
 - En asamblea de trabajadores/as.

Asamblea que deberá ser convocada por al menos el 33% de la plantilla del centro de trabajo o empresa en cuestión, tal y como establece el artículo 77.1 del ET). En el orden del día de esta asamblea deberá constar como punto la discusión y votación de la convocatoria de huelga. El acuerdo de convocatoria de huelga deberá ser adoptado por la mitad más uno de los trabajadores/ as de la empresa.

- Cuando los trabajadores/as afectados por el conflicto acuerden someter a votación la convocatoria de huelga; en este caso es necesaria la mayoría simple.

Fue declarada inconstitucional la exigencia del artículo 3.2.b del R-DL 17/1977 de que sea al menos un 25% de la plantilla la que acuerde someter a votación la declaración de huelga (STC 11/1981, de 8 de abril).

En el caso de huelga de sector o con una incidencia territorial amplia, no es necesario que se convoque centro de trabajo por centro de trabajo, bastando con la comunicación a las empresas afectadas o a sus asociaciones, además de a la autoridad laboral correspondiente (STC 13/1986, de 30 de enero).

En los anexos se recogen tres modelos de Actas:

VER ANEXO XI

(ACTA DEL ACUERDO ADOPTADO POR LOS TRABAJADORES/AS DE SOMETER A VOTACIÓN LA HUELGA)

VER ANEXO XII

(ACTA DE VOTACIÓN DE LOS TRABAJADORES/AS SOBRE LA CONVOCATORIA DE HUELGA)

VER ANEXO XIII

(ACTA DE ACUERDO DE CONVOCATORIA DE HUELGA ADOPTADO POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES/AS)

2.3. El preaviso. Comunicación formal de la jornada de huelga

Para la convocatoria de una jornada de huelga debe realizarse, en tiempo y forma, la oportuna comunicación formal de huelga tanto al empresario como a la autoridad laboral.

Esta comunicación, según establece el artículo 3 del RD-L 17/1977, debe hacerse por escrito, y ha de notificarse al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral, con al menos cinco días naturales de antelación a la fecha de iniciación de la huelga.

En el caso de que la huelga afecte a empresas encargadas de cualquier tipo de servicio público, esta comunicación o preaviso debe realizarse, como mínimo con 10 días naturales de antelación, tanto ante la Autoridad laboral como ante la empresa, y ello en virtud de lo establecido en el artículo 4 del RD-L 17/1977.

El preaviso debe contener al menos:

- Objetivos de la huelga.
- Gestiones realizadas para solucionar el conflicto.
- La fecha del comienzo del huelga.
- Y la composición del Comité de Huelga.

La necesidad de este preaviso o comunicación cumple dos funciones:



- Ofrecer una posibilidad de negociación a quienes, en el ámbito de la convocatoria de la huelga, tengan legitimidad para negociar de cara a la posible solución del conflicto con antelación a la celebración de la jornada de huelga.
- Dar a conocer a los usuarios la realización de la huelga, y que éstos adopten las medidas oportunas para resolver sus propias necesidades.

La falta de comunicación de la huelga la convierte en ilícita o abusiva.

La jurisprudencia constitucional, entre ellas en STC 11/1981, ha determinado que es posible no preavisar en los supuestos de fuerza mayor o estado de necesidad, situaciones éstas que por otra parte, deben probar los convocantes que no preavisaron (STC 11/1981). En estos supuestos, es necesario además, que concurran los siguientes requisitos:

- Que el mal causado por la falta de preaviso no sea más grave que el que se trata de evitar.
- Que la falta de comunicación no se haya provocado voluntariamente por los trabajadores/as.
- Que la agresión sufrida por los trabajadores/as sea súbita e inmediata, y exija en ese sentido una respuesta en iguales términos (en este sentido, la STS, de 8 de mayo de 1986).

Un modelo de preaviso de huelga, puede ser el siguiente:

VER ANEXO XIV
(MODELO DE PREAVISO DE HUELGA)

2.4. El comité de huelga

El Comité de Huelga se articula como un órgano de representatividad excepcional u ocasional, y que se crea como consecuencia de la situación de huelga y con la misma duración de ésta. Es el órgano que representa a los trabajadores/as durante la misma y viene obligado a participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales, se realicen para la solución del conflicto. Los acuerdos que pongan fin a la huelga tienen eficacia de un Convenio Colectivo.

Las funciones del Comité de Huelga son:

- Negociación para intentar llegar a un acuerdo que solucione el conflicto.
- Garantizar durante la Huelga los servicios necesarios de seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de locales y maquinaria.

La composición del Comité de Huelga debe ser comunicada junto con el escrito de convocatoria a la autoridad laboral y a los empresarios afectados. A su vez, no puede exceder su composición de doce miembros, según establece el artículo 3.3 del RD-L 17/1977, y debe estar compuesto únicamente por trabajadores/as del propio centro de trabajo afectado por el conflicto, salvo que la huelga sea de ámbito superior. Si el comité de empresa no está correctamente compuesto la huelga se podría declarar ilegal (entre otras la STSJ de Castilla la Mancha nº 665/2015 de 5 de junio o la más reciente STSJ Galicia nº 491/2017 de 24 de Enero).

2.5. Publicidad sobre la huelga

En el caso de que la huelga afecte a empresas encargadas de cualquier servicio público, el artículo 4 del RD-L 17/1977, exige a los representantes de los trabajadores/as dar a la Huelga, antes de su inicio, la publicidad necesaria para que sea conocido por los usuarios del servicio.

La información a los usuarios también puede contener las vicisitudes sobre el desarrollo de la convocatoria de huelga, tales como obstáculos para el desenvolvimiento de la misma, a los efectos de recabar la solidaridad o apoyo de terceros, o superar la oposición de los empresarios (en este sentido, la STC 120/1983).

En consecuencia, la publicidad de la huelga cumple dos funciones:

- Avisar a los ciudadanos de la celebración de un cese en la actividad laboral que, en el caso de los servicios públicos, podrán adoptar las medidas necesarias para solventar sus necesidades.
- Informar, tanto a los ciudadanos como a los trabajadores/as afectados por el conflicto, de los motivos que conducen a la necesidad de adoptar una medida de conflicto, tal como es la Huelga.

2.6. Los Piquetes

Dentro del concepto de publicidad de la huelga, el artículo 6.6 del RD-L 17/1977 permite a los trabajadores/as en huelga efectuar publicidad de la misma de forma pacífica, además de llevar a efecto recogida de fondos «sin coacción alguna». Para ello, se configuran los llamados «piquetes informativos».

Los piquetes informativos son un derecho de los trabajadores/as en huelga, sin el cual se verían privados de la necesaria publicidad y demanda de solidaridad que toda medida de presión necesita.

Este derecho no sólo se extiende a los trabajadores/as en huelga, sino también a los representantes de los trabajadores/as, tanto unitarios como sindicales.

La presencia de seguridad prevista en las empresas afectadas, ya sea por seguridad privada o por fuerzas del orden público, no debe ser un obstáculo para la legítima actuación de los piquetes, siempre que ésta sea pacífica. La actuación de los piquetes, dentro del marco de lo establecido en el RD-L 17/1977, está constitucionalmente protegida.

El impedir a los piquetes o a sus componentes, el realizar la debida publicidad de la huelga, así como el resto de funciones establecidas en el RD-L 17/1977, es una actuación absolutamente ilegítima, y que se podrá denunciar en instancias administrativas (Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social) y judiciales.

Por otro lado, el artículo 315.3 del vigente Código Penal, establece penas de prisión y multa a los que, actuando en grupos o individualmente, coaccionen a otras personas a

iniciar o continuar una huelga. El art 315.3 ha sido profusamente utilizado para la represión de los trabajadores que integran piquetes de huelga

La actuación de los piquetes está conectada con la prohibición de ocupar los locales y dependencias de las empresas; sin embargo, esta prohibición se ve limitada con el derecho de información y reunión de los trabajadores/as, necesario para el desenvolvimiento del derecho de huelga (artículo 7 del RD-L 17/1977), debiendo quedar preservados los referidos derechos, de conformidad con los principios del ET (artículos 77 y siguientes).

Con respecto a la ocupación de los locales y dependencias de la empresa, es importante reseñar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en una Sentencia determinante, la 11/1981, que interpretó esta cuestión tal como sigue:

«(...) La ocupación se tornaría en ilícita si se vulnera el derecho de libertad de otras personas o el derecho sobre las instalaciones y los bienes. En todos los casos en que exista notorio peligro de violación de otros derechos o de producción de desórdenes, la interdicción de permanencia en los locales puede decretarse como medida de policía.

(...), el artículo 7 debe de ser objeto de una interpretación restrictiva. Por ocupación hay que entender un ilegal ingreso en los locales o una ilegal negativa de desalojo frente a una orden de abandono, pero no, en cambio la simple permanencia en los puestos de trabajo (sin trabajar).»

El artículo 7.1. del RD-L 17/1977, establece para los trabajadores/as en huelga la prohibición de ocupar «el centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias». No obstante, esta prohibición tan categórica ha sido perfilada por la jurisprudencia, sobre todo por la limitación que hace del derecho de reunión de los trabajadores/as en huelga.

Así, no es ilegal la mera permanencia de los trabajadores/as en huelga en el centro de trabajo, si no intentan, o consiguen, impedir a la empresa disponer de los lugares ocupados (STS de 30 de septiembre de 1980). Tampoco es ilegal la simple permanencia en el centro de trabajo (STS de 9 de junio de 1982).

No es ilegal de igual forma, la reunión de los trabajadores/as en huelga en locales sindicales, o, por ejemplo, en los vestuarios del centro de trabajo.

En cuanto a las funciones de los piquetes, debemos matizar que el derecho a dar publicidad a la huelga no se restringe a la mera invitación genérica a sumarse a la protesta, sino también a distribuir propaganda, hablar con los trabajadores/as a la entrada del centro de trabajo con el fin de explicarles los motivos que la provocan, y a contradecir los fundamentos de quienes se oponen a la huelga; en este sentido la STC 120/1983.

La grabación o toma de fotografías de un piquete por parte de las fuerzas de seguridad, lesiona la libertad sindical y el derecho de huelga, y ello en virtud de lo establecido en la STC 37/1998.

Por supuesto, la participación en un piquete de huelga no puede ser en ningún caso motivo de despido por parte del empresario (STS de 6 de febrero de 1990).

El Tribunal Constitucional en su sentencia nº 69/2016 de 14 de abril ha declarado la responsabilidad civil extracontractual de miembros de un piquete y la obligación de indemnizar por lucro cesante a un establecimiento.

Los supuestos son tan múltiples como las soluciones judiciales que se han dado en relación con la actuación de los piquetes. El problema surge al compatibilizar la actuación de los piquetes con el derecho al trabajo de los que niegan la huelga. Con lo cual, siempre vamos a estar entre la legalidad que nos ampara y protege para convocar la huelga, informar sobre la misma, convencer a nuestros compañeros y comprobar el desarrollo de ésta en los distintos centros para que no haya abusos con los trabajadores/as, y la posibilidad de que se nos considere intrusos o infractores de la norma.

Con carácter meramente orientativo, además de los anteriormente reseñados, citaremos algunos puntos básicos de actuación:

- No atenta a la libertad de trabajo la actitud de quienes a la entrada de un centro de trabajohablan con los trabajadores/as para que firmen un documento (STCT de 1 de mayo de 1980).
- El límite de actuación lo constituye el respeto a la dignidad personal e integridad moral (STC 2/1982).
- Se excluye de la sanción penal la simple alegación de una presión moral intimidante sobre la voluntad del ofendido (STC 254/1988).
- Se permite la captación y recogida de fondos de apoyo y sostenimiento a la huelga (STCT de 7 de julio de 1979).

2.7. Servicios mínimos

El artículo 10.2 del RD-L 17/1977 que, «(...) Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad Gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas (...)».

Según la interpretación constitucional de este precepto, la fijación de los servicios mínimos corresponde al empresario y al Comité de Huelga, tal y como establecen, entre otras, las SSTC 11/1981 y 66/1983. No obstante, las negociaciones entre el Comité de Huelga y el empresario en torno a la fijación de los servicios mínimos, no vinculan a la autoridad gubernativa. También se recoge en la referida STC 11/1981, que el incumplimiento por parte del Comité de Huelga de los servicios mínimos, convierte a la huelga en ilegal por abusiva.

En sentido contrario, sentencias como la del 24 de abril de 1986 del Tribunal Constitucional, establece que, aunque la negociación con el Comité de Huelga es deseable, su ausencia no invalida, por sí misma, la fijación de mínimos por parte de la Autoridad Gubernativa.

El derecho de Huelga tiene un límite expreso: el aseguramiento de la prestación de servicios esenciales a la comunidad.



¿Qué se entiende por el concepto de servicio esencial de la comunidad? Éste no deriva de los bienes o servicios que se prestan, sino de la naturaleza de los intereses que satisfacen. Así, por ejemplo, se han considerado servicios esenciales:

- La alimentación básica.
- La producción y distribución de electricidad (RD 727/86, RD 127/8).
- El suministro de derivados del petróleo (RD 425/1993).
- La gestión de los medios de transporte, incluido el aéreo, el ferrocarril, por carretera y el marítimo (RD 495/80, RD 266/1980, RD 2878/1983, RD 58/94).
- Administración de justicia y prisiones (RD 755/87, RD 1642/1983, respectivamente).
- La enseñanza (RD 417/88), y más concretamente los centros de educación especial con residentes
- Las finanzas (Fábrica Nacional de Moneda y Timbre) (RD 993/1983 y RD 1138/1984).
- El sector hospitalario, esto es, sanidad (STC 27/89), y más concretamente, los servicios especiales de urgencias, servicio de urgencias hospitalarias, el servicio de hemodiálisis, UCIS y todos aquellos esenciales para la población.
- Sociedad Estatal Hispasat (RD 57/1994).
- Los medios de comunicación (RD 2393/1996 RTVE).

En síntesis, los criterios básicos para determinar los servicios mínimos han de responder a un criterio de proporcionalidad, acorde con los intereses de los huelguistas y los de la comunidad, lo que implica:

- Que el establecimiento de un servicio mínimo no tiene que garantizar el funcionamiento normal del servicio.
- Que el interés general ha de ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables.
- Que se debe valorar el ámbito personal y territorial, la duración de la huelga, las necesidades del servicio y los intereses constitucionalmente protegidos por el servicio.

Las autoridades competentes para adoptar las medidas necesarias, tendentes a garantizar el funcionamiento de los servicios esenciales son, el Gobierno de la Nación y los respectivos Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

El procedimiento para la determinación de los servicios mínimos suele tener como inicio un periodo de consultas que abre la administración o administraciones afectadas por el conflicto, con los/as huelguistas y sus representantes. El periodo de consulta resulta facultativo, y como hemos reseñado anteriormente, no vincula a la autoridad competente para la fijación de los servicios esenciales, por lo que, si no se realiza periodo de consultas, y aunque en alguna ocasión sí que se ha considerado por parte del TS que la falta de llamamiento a los huelguistas incide en el núcleo esencial del Derecho de Huelga, la adopción de los servicios mínimos por la autoridad gubernativa no supone la nulidad de los mismos (en este sentido, la STS 4 de abril de 1986). No obstante, la decisión de la administración competente en cuanto a los Servicios Mínimos, es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La empresa es quien debe designar los trabajadores/as que han de mantener los servicios mínimos, y que pueden ser trabajadores/as que tengan intención de ejercer su derecho a la huelga, siempre que la decisión de la empresa no responda a fines de represalia o a la persecución sindical contra estos (STC 23/1990). El trabajador/a señalado para la realización de servicios míni-

mos, no puede valorar la decisión empresarial (en este sentido, STSJ de Cataluña, de 5 de febrero de 1996).

La notificación de la empresa a los trabajadores/as requeridos se realiza mediante la «cartade servicios mínimos», en la que debe constar:

- Nombre y apellidos del trabajador/a, así como su categoría laboral.
- Si ha sido la autoridad gubernativa quien ha fijado los servicios mínimos, Resolución Ministerial que autoriza el establecimiento de los servicios mínimos, así como en su caso la Circular de Presidencia.
- Periodo y servicios que debe realizar para asegurar los servicios mínimos impuestos por la Resolución Ministerial, si ha sido la autoridad laboral la competente para señalar los servicios mínimos.

En el caso de que sea la administración la que fija los servicios mínimos, la resolución ministerial o autonómica no va a contener la relación de trabajadores/as necesarios para asegurar la realización de los Servicios Mínimos. Únicamente va a establecer que no deberán superar los imprescindibles para el estricto cumplimiento de los Servicios Mínimos, dando potestad, como hemos visto anteriormente, a la empresa para la asignación concreta de los trabajadores/as. Por ello, es importante vigilar la concreción que hace el empresario de los trabajadores/as que deben mantener estos servicios mínimos, a fin de evitar discriminaciones o persecuciones entre los afiliados o los huelguistas. También se debe observar, que no se den más cartas de Servicios Mínimos que las establecidas en la relación que nos comunica la empresa, pues de ser así, el empresario estaría vulnerando el derecho de huelga.

- A su vez, el cumplimiento de los servicios mínimos está limitado en todo caso, a las normas establecidas en el ET o en el Convenio Colectivo correspondiente, en cuanto a:
 - Jornada, que no puede exceder de la establecida en el ET o en el convenio;
 - Descansos, que no pueden verse reducidos a los establecidos en el ET o en convenio;
 - Funciones, que deberán ser las que cada trabajador/a realiza habitualmente;
 - No está permitida la movilidad geográfica, esto es, no cabe distribuir los trabajadores/as en lugares distintos en los que presta sus servicios.

De no respetarse estos límites, se vulneraría lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores/as y en el Convenio Colectivo correspondiente, y en casos más graves, como por ejemplo la sustitución de trabajadores/as que ejercen su derecho a la huelga, constituye un atentado contra la mima.

El cumplimiento de los servicios mínimos, es una responsabilidad que también atañe al Comité de Huelga. Éste debe de garantizar el normal desarrollo de los mismos, y así lo establece las SSTC 11/1981 y 66/1983.



2.8. Servicios de seguridad y mantenimiento

Existe una distinción entre los Servicios Mínimos derivados del artículo 28.2 de la Constitución y 10 del RD Ley 17/1977, y los «(...) servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa (...)», establecidos en el artículo 6.7 del RD Ley 17/1977, que son de naturaleza distinta a los Servicios Mínimos destinados al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Se declaró inconstitucional en la STC 11/1981, que el empresario unilateralmente determine los trabajadores/as que durante la huelga deben velar por el mantenimiento de la seguridad, los locales, maquinaria e instalaciones. Es decir, en interpretación del Tribunal Constitucional, debe ser una decisión conjunta entre el Comité de Huelga y el empresario. En cualquier caso, a falta de acuerdo, o en el supuesto de que el empresario imponga su criterio, será la jurisdicción social la que dirima, mediante un procedimiento urgente que puede instar cualquiera de las partes en conflicto.

2.9. Adhesión a la huelga

Conviene puntualizar que no existe obligación legal de pronunciarse con antelación en cuanto a si se va a secundar o no la huelga correspondiente, y no hay obligación de hacerlo ni verbalmente y menos por escrito. Es más, sindicalmente interesa que nadie se pronuncie con anterioridad al día del paro.

El ejercicio del derecho de Huelga es un derecho de ejercicio personal, que se da a conocer en el mismo instante del inicio de los paros por el hecho de dejar de trabajar. Por ello, la empresa tiene que dar previamente, bajo recibí, las cartas de Servicios Mínimos a los trabajadores/as que hayan sido asignados para asegurar la realización de los Servicios Mínimos.

Recordamos que por ejercer el derecho de huelga o garantizar exclusivamente los Servicios Mínimos por los trabajadores/as asignados, ningún trabajador/a podrá ser sancionado en aplicación de lo que determina el artículo 6, punto 1 del Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo.

2.10. Posibles actuaciones del empresario ante la huelga

El artículo 6.1 del RD-L 17/1977, establece que «(...) el ejercicio del derecho de huelga *no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador;* durante la misma, incurriera en falta laboral (...)», lo que significa que el legítimo ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores/as, no puede acarrear más consecuencias que las legales, y desde luego, no puede ocasionar el despido, sanciones, ni cualquier otra represalia que al empresario se le ocurriera.

La conducta del empresario contraria al derecho de huelga se considera por la administración laboral infracción grave. Infracción muy grave es la sustitución de trabajadores/as en huelga

por otros no vinculados a la empresa al tiempo del preaviso de huelga. El RD-L 17/1977, establece en su artículo 6.5 que, en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores/as que no estuviesen vinculados a la empresa. De igual forma, tampoco puede el empresario sustituir a los trabajadores/as huelguistas en sus puestos y tareas habituales, por otros trabajadores/as de la empresa que no ejerzan su derecho a la huelga. En este sentido, el poder de dirección del empresario queda limitado por el ejercicio del derecho a la huelga de los trabajadores/as.

A su vez, el Código Penal, en su artículo 315, castiga con pena de prisión de seis meses a tres años, y multa de seis a doce meses a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidan o limiten el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Supuestos más significativos de conductas reprochables al empresario:

- Tal y como hemos reflejado antes, los trabajadores/as no tienen obligación de comunicar con anterioridad al empresario su intención de participar en una convocatoria de huelga; y el empresario no puede exigir a los trabajadores/as que se pronuncien al respecto de una convocatoria de huelga.
- Se considera de igual forma ejercicio abusivo del derecho a la movilidad derivado del poder de dirección del empresario, sustituir trabajadores/as huelguistas por otros no huelguistas de un mismo centro de trabajo.
- La sustitución de unos trabajadores/as en huelga por otros de otro centro de trabajo que no secundan la huelga (STC 123/1992).
- Es contrario a la libertad sindical y vulnera el derecho de huelga, la discriminación en las condiciones de trabajo por participar en una convocatoria de huelga (STC 90/1997).
- Es contrario al derecho de huelga, el que el empresario prime o gratifique a los trabajadores/as que no han participado en una convocatoria de huelga (STC 189/1993).

El esquirolaje tecnológico ha sido objeto de tratamiento dispar en la jurisprudencia. En la STS de 5 de diciembre de 2012, se prohíbe tajantemente el esquirolaje tecnológico por ser contrario al derecho de huelga mientras. El Tribunal Constitucional en su sentencia 17/2017 de 2 de febrero ha matizado esta interpretación.

Importante a estos efectos es la actuación del Comité de Huelga que, debido a sus funciones de control y seguimiento, debe de vigilar que no se den ninguna de las conductas antes reseñadas, y proceder a su denuncia ante la autoridad laboral o judicial.

2.11. Contrato, salario y huelga

El contrato de trabajo durante el tiempo de huelga queda suspendido y la obligación de cotizar a la Seguridad Social por parte del empresario y del trabajador/a.

Los trabajadores/as en huelga, a efectos de la Seguridad Social, no causan baja, sino que, mientras dure la huelga, se encuentran en situación de «alta especial».

En cuanto al salario, el empresario sólo puede descontar a los trabajadores/as en huelga:

- La parte proporcional del salario y complementos salariales (por ejemplo, el plus de antigüedad) por el día o días de huelga.



- La parte proporcional de las pagas extraordinarias, incluida la participación beneficios.
- La parte correspondiente del descanso semanal.
- También puede descontar la parte proporcional de los descansos compensatorios por trabajo en festivo, si la huelga se ha desarrollado en alguno o algunos de estos días festivos.

En cambio, no puede descontar concepto alguno por vacaciones ni por complementos extrasalariales, esto es, propinas, plus familiar o dietas y suplidos. De igual forma, la huelga no incide sobre los festivos oficiales, no pudiendo descontar a los trabajadores/as en huelga ninguna cantidad por este concepto.

2.12. Mecanismos de denuncia

Ante las situaciones de vulneración de nuestro derecho fundamental de huelga, o ante posibles represalias del empresario, podemos actuar ante la jurisdicción laboral, penal y ante la administración laboral.

Sintetizamos algunas de las principales vulneraciones que se producen contra el ejercicio de nuestro derecho de huelga.

- No comunicar la relación de Servicios Mínimos.
- Impedir el acceso al centro de trabajo.
- Suplantación de trabajadores/as que ejercen su derecho de huelga, por otros de la misma u otra empresa.
- Coacciones, amenazas o cualquier tipo de presión que trate de impedir el libre ejercicio del derecho de huelga.

Las vías de denuncia ante estas situaciones son:

- Denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Demanda ante la Jurisdicción Social.
- Denuncia o querrela ante el Juzgado de Guardia (que será el Juzgado de Instrucción del partido judicial correspondiente, que el día en que vayamos a presentar la denuncia o la querrela, esté en funciones de guardia). De igual forma, también podremos presentar la denuncia, ante la Policía Nacional, Policía Local, Guardia Civil o, incluso, ante el Ministerio Fiscal.

Pueden denunciar las situaciones de abuso o presión del empresario, los trabajadores/as afectados, la representación unitaria y sindical de los trabajadores/as y las organizaciones sindicales.

2.13. Fin de la huelga

En otro capítulo de esta Guía, hemos visto los medios, judiciales y extrajudiciales, de solución de conflictos laborales.

- Sin perjuicio de los vistos, y ya inmersos en la huelga, ésta puede finalizar por el desistimiento unilateral de los representantes de los trabajadores/as.

Este desistimiento deben realizarlo los representantes de los trabajadores/as que la convocaron, y ello en virtud de la doctrina contenida en las SSTs de 25 de febrero de 1981 y 21 de diciembre de 1982.

- A su vez, también puede finalizar la huelga, porque las partes en conflicto lleguen a un acuerdo que acerca sus posiciones. Este acuerdo tiene la misma eficacia que un Convenio Colectivo, pero de eficacia limitada, si no resulta aplicable a todos los trabajadores/as de su ámbito porque los firmantes ostenten la representatividad suficiente para suscribir acuerdos de eficacia general de acuerdo al Título III del Estatuto de los Trabajadores.
- También cabe la intervención de la autoridad gubernativa, a través de lo que se llama el arbitraje obligatorio, establecido en el artículo 10 del RD-L 17/1977, y consagrado constitucionalmente en la anteriormente referenciada STC 11/1981. La autoridad gubernativa a estos efectos es el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, o los Gobiernos de las Comunidades Autónomas en el caso de que la huelga afecte a servicios cuya competencia esté delegada.

Así, en el caso de huelgas que afecten a empresas encargadas de servicios públicos, puede ordenar el sometimiento de las partes a un arbitraje obligatorio. Es absolutamente excepcional (STS de 9 de mayo de 1988), y deben darse determinadas circunstancias acumuladas, tales como que la duración de la huelga sea prolongada, que las posturas de las partes estén muy distanciadas, y que se esté causando un perjuicio grave a la economía nacional. No someterse a este arbitraje, puede acarrear sanciones administrativas.

No existe un procedimiento para este arbitraje pero, como es obvio, debe estar sometido al principio de imparcialidad de los árbitros (STC 11/1981). El arbitraje obligatorio termina con un Laudo, que da a su vez por finalizado el conflicto, y que es de obligado cumplimiento para las partes en conflicto.

Parte de la doctrina entiende que el Laudo derivado del arbitraje obligatorio es irrecurrible. Pero otra parte de la doctrina, con la que nosotros estamos de acuerdo, entiende que sí es impugnabile:

- Vía contencioso-administrativa, si entendemos que no existe fundamento o causa para aplicar esta fórmula del arbitraje obligatorio por parte de la autoridad laboral, o no ha sido respetado el principio de imparcialidad.
- Vía jurisdicción social, si entendemos que el Laudo ha vulnerado reglas del procedimiento de arbitraje, o la impugnación versa sobre el «fondo del asunto».

2.14. Actuación ante situaciones de conflicto durante la huelga

En el desarrollo de la huelga, son distintas las situaciones de tensión en las que nos podemos ver inmersos.



La primera de ellas, podría ser que se nos requiera por parte de las fuerzas de seguridad para nuestra identificación.

La Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana, más conocida como «Ley Mordaza» autoriza a los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad a requerir la identificación de personas mediante exhibición de DNI o Pasaporte (art. 9), siempre que el conocimiento de esta identidad sea necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad. La acreditación de dicha necesidad, queda de modo absoluto a criterio de los propios agentes que la solicitan, que podrán acreditar fácilmente dicha necesidad de identificación. De no lograrse la identificación, los agentes podrán requerirnos para que les acompañemos a dependencias próximas Comisaría o Cuartel de la Guardia Civil (art. 16.2).

En estas dependencias debe haber un Libro-Registro (específico para las identificaciones), en el que se harán constar las diligencias de investigación, los motivos y la duración de las mismas. A este Libro-Registro sólo tienen acceso los jueces y fiscales.

Se estará retenido/a hasta que se logre la identificación, y por un espacio temporal orientativo de dos horas, tiempo que en todo caso nunca podrá ir más allá del necesario para la identificación, y en modo alguno superar los tiempos de detención.

Durante la identificación no se está detenido/a, por lo que no corresponden los derechos de esta situación (abogado/a, lectura de derechos...). Por otra parte, tampoco se podrá ser interrogado/a por ningún motivo, más allá de lo necesario para la identificación.

En los casos de resistencia, negativa a identificarte o realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, podremos ser detenidos.

En el mismo sentido, se tiene derecho a solicitar al agente su número de carné profesional. Dicho número tiene que llevarlo inscrito en la placa de forma visible en el uniforme, salvo los pertenecientes a las Unidades de Intervención Policial (antidisturbios). Si no lleva visible el número, podemos exigirle que exhiba su carné profesional. En caso negativo, se puede solicitar al mando de la unidad policial su número de carné, que es igualmente válido, dado que es el responsable de la intervención de los otros agentes.

Hay que valorar en todo momento la oportunidad y ejercicio de estos derechos, así como la identificación de los agentes que normalmente se niegan directamente a identificarse, o se limitan a indicar un número policial sin mostrar dicho carné, con la veracidad que ello merece. También deberá valorarse posteriormente, la posibilidad de denuncia de los hechos en los que nos hemos visto afectados, en caso de que hayamos sido víctimas de alguna actuación contraria a derecho.

- En cuanto a los registros, es difícil establecer unas líneas de actuación sobre los que cada vez son más habituales, tanto en manifestaciones como en otros actos reivindicativos. Si bien es cierto que éstos deben estar justificados y motivados, y no pueden ser aleatorios ni discriminatorios. Es importante no obstante, conocer los derechos que nos

asisten y, según las circunstancias, valorar en cada momento qué hacer o exigir, dependiendo del número de personas afectadas, hora del día, lugar donde ocurre la circunstancia, existencia de testigos y demás circunstancias a valorar.

En cualquier caso recomendamos:

- Pedir una explicación de los motivos de control.
 - Petición de identificación del agente que realiza la actuación.
 - Recoger el mayor número posible de datos y testigos, contra quién se dirige la actuación, número de agentes, vehículos policiales (número de unidad y matrícula).
 - Acceder al registro de mochilas, bolsas, etc...
-
- En relación a los cacheos, decir que deben ser aún más motivados y restringidos que los registros, aunque pueden realizarlos, pero nunca de manera aleatoria ni discriminatoria, y debemos recordar que los que van a justificar el cacheo, si llega el caso, son los propios agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Los cacheos deben realizarse por agentes del mismo sexo que la persona que va a ser cacheada; de no ser así, nos podemos negar al mismo. Por supuesto, en ningún caso el cacheo puede atentar contra la dignidad del que lo sufre y debe realizarse en las condiciones y situación que garanticen el respeto a la dignidad de la persona.
 - En caso de detención, el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece los siguientes derechos:
 - Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
 - Derecho a no declarar contra sí mismo/a y a no confesarse culpable.
 - Derecho a designar abogado/a y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido/a o preso/a no designara abogado/a, se procederá a la designación de oficio.

En previsión de detenciones es muy importante saber el nombre del abogado/a de tu confianza. Tu sólo debes dar el nombre y apellidos, no pudiéndote exigir que des ni su teléfono ni su dirección. Para contactar deben ponerse ellos en contacto con el Colegio de Abogados que se lo comunicará a quien tu hayas designado).

- Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.
- Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se; trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.
- Derecho a ser reconocido por el Médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.



En caso de detención, hay que tratar de mantener la calma, pues es la mayor garantía de actuar conforme a tus intereses.

No te sorprendas de la actitud del forense respecto a tu estado y las indicaciones, y por eso cuando salgas de la comisaría o del Juzgado acude inmediatamente a un hospital.

El tiempo máximo de detención ordinaria son 72 horas, ampliables otras 48 horas previa autorización judicial si se acusa de delitos de terrorismo. Estos tiempos se fijan como máximo, lo que no quiere decir que haya que agotarlos. Es inconstitucional el prolongar innecesariamente la detención aunque sea dentro de los márgenes legales.

En cuanto a la declaración, nunca debemos declarar en comisaría o en el cuartel de la Guardia Civil, si los hechos por los que se nos ha detenido son graves. Hay que tener en cuenta que, antes de la declaración ante la Policía o la Guardia Civil, no has tenido acceso a las diligencias policiales que motivan tu detención, ni tampoco has podido hablar con tu abogado. Tras la declaración tienes derecho a una entrevista reservada con tu abogado, momento en que deberás aprovechar para diseñar tu defensa y preguntar todas las dudas que te surjan.

En caso de malos tratos, hay que distinguir los posibles malos tratos ocurridos con ocasión de la detención, de los sufridos sin que ésta se haya producido. Respecto de los malos tratos ocurridos sin posterior detención, se debe acudir inmediatamente a un hospital a urgencias para ser examinado, y nunca decir que la agresión la ha realizado la policía.

Pese a que tienen obligación de remitir el parte de lesiones de cualquier agresión al Juzgado de Guardia, debemos pedir una copia del informe de atención de urgencias, para adjuntarla a la posterior denuncia.

Respecto de los malos tratos ocurridos en comisaría, recordar que la actitud de la policía no va depender de lo que digas o no, ni de tu actitud, sino solo de su voluntad, por lo que, se recomienda no declarar nada ante la policía y esperar a ser asesorado por tu abogado/a.

3. CIERRE PATRONAL

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Constitución española de 1978, artículo 37.2.

Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, artículo 12 y 13. Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981, 72/1982 y 41/1984.

3.1. Introducción

El artículo 37.2 de la CE reconoce el derecho de los trabajadores/as y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. En lo que respecta a los empresarios, el cierre patronal no se configura «per se» como un elemento de presión a los trabajadores/as en caso de conflicto; su naturaleza es otra. El derecho al cierre patronal, se configura en nuestro derecho como un mero dere-

cho ordinario, no como un derecho fundamental. Este derecho de los empresarios ha sido objeto de interpretación en distintas sentencias del Tribunal Constitucional, entre la que resaltamos, la STC 11/1981.

El cierre patronal no puede suponer nunca una agresión al derecho de huelga de los trabajadores/as.

La diferencia entre el derecho a la huelga y el derecho al cierre patronal, viene dada en relación a la libertad de trabajo, ya que los huelguistas adoptan esta posición individual y libremente, sin coacción de terceros, mientras que el cierre patronal afecta a los trabajadores/as de la empresa, quieran o no quieran trabajar.

El artículo 12 del RD-L 17/1977, determina que «(...) los empresarios podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga o cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, cuando concurra alguna de las circunstancias que siguen: a) existencia de notorio peligro de *violencia para las personas o de daños graves para las cosas*³; 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 la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción (...)»⁴.

Fuera de estas causas el cierre patronal es ilegal.

En cuanto a si las asociaciones empresariales pueden convocar un cierre patronal sectorial, provincial, autonómico o estatal, entendemos que no, por cuanto no existe justificación, dentro de las causas establecidas en el artículo 12 del RD-L 17/1977, para que estén legitimadas las asociaciones empresariales para decretar un cierre patronal de esa amplitud.

El empresario es quien debe acreditar que concurren estas causas en cada supuesto, y no se presumen por la existencia de huelga; en este sentido, SSTCT de 14 de febrero de 1980 y 27 de abril de 1981.

A su vez, la legalidad del cierre patronal, no depende de la ilegalidad o legalidad de la huelga, sino de la concurrencia de las circunstancias recogidas en el artículo 12 del RD-L 17/1977. En este sentido, la STCT de 1 de octubre de 1987.

En cuanto a los supuestos concretos, en el caso de cierre patronal frente a huelgas intermitentes, es legal si no existe posibilidad de desarrollar la actividad laboral, tal y como ha establecido el TC, en SSTC 72/1982 y 41/1984. También es legal en opinión de los tribunales, el cierre patronal

³ El «peligro», según la jurisprudencia, ha de ser notorio, real y darse en el presente, sin relación a situaciones potenciales o futuras, tal y como se determina en la STCT 29.03.1989

⁴ No basta una simple disfuncionalidad en el proceso de producción, sino que se debe fundar en hechos y no en previsiones, y así lo han interpretado los tribunales, entre otras, en STCT de 7.06.1985

en el caso de huelgas en servicios estratégicos o «de tapón», si la huelga en estos servicios conlleva la imposibilidad de realizar la labor productiva del centro de trabajo (STCT, de 16 de enero de 1985). En el caso de huelgas rotatorias, es legal el cierre patronal, si la huelga impide el desenvolvimiento normal de la actividad industrial; en este sentido, la STCT, de 21 de enero de 1981.

Es ilegal el cierre ofensivo o de agresión que se lleva a cabo para impedir la huelga o presiona para que se ponga fin a la misma o sancionar a los huelguistas.

Por otro lado, es ilegal el cierre patronal, si va más allá de la estricta defensa y protección de sus intereses, y se convierte en una sanción económica para los trabajadores/as, orientada a desvirtuar el derecho de huelga de éstos (STCT de 27 de octubre de 1986, STS 31 de marzo de 2000).

También es ilegal el cierre patronal decidido por el empresario para el mismo día de huelga, y así se declara entre otras, en STS de 29 de marzo de 1989.

Según la STCT de 6 de noviembre de 1987, es desproporcionado, e ilegal por tanto, el cierre patronal decretado en un centro de trabajo con mil trabajadores/as, cuando sólo tres de ellos se han declarado en huelga, fueren cuales fueren la función o labores que tengan encomendado los huelguistas.

Es ilegal el cierre encubierto que es el que se produce por la vía de hecho al margen de los supuestos y el procedimiento previsto en el RD 17/1977 (Sentencia del TS de 7 de julio de 1998).

3.2. Duración

El artículo 13.2 del RD-L 17/1977, determina que el cierre patronal ha de durar el tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa, o para que desaparezcan las causas que motivaron el cierre.

La duración del cierre patronal, no se circunscribe a la duración o a la existencia de la huelga (STCT de 10 de octubre de 1987). El prolongar el cierre más allá de las circunstancias que lo motivaron, lo convierte en ilegal; en este sentido, la STCT de 28 de abril de 1981.

El cierre puede finalizar por uno de los siguientes modos:

- A iniciativa del empresario. El empresario está obligado a la reapertura del centro de trabajo cuando desaparezcan las causas que lo motivaron.
- A instancia de los trabajadores/as. Cuando los trabajadores/as y, en su caso, el comité de huelga, soliciten la reapertura del centro de trabajo por no concurrir las circunstancias que lo determinaron. En el supuesto de que el empresario no proceda a la reapertura se puede formular denuncia ante la inspección de trabajo.
- Por requerimiento de la autoridad laboral. El empresario está obligado a reabrir el centro a requerimiento de la autoridad laboral cursado de oficio o a instancia de los trabajadores/as. Si el empresario desoye el requerimiento, está obligado a abonar el salario a sus trabajadores/as (TSJ de Extremadura 10-12-98) e incurre en las pertinentes sanciones.

3.3. Procedimiento

El cierre patronal, tal y como determina el artículo 13.1 del RD-L 17/1977, debe ser comunicado a la autoridad laboral en el término de doce horas (aunque la ley no lo exige expresamente, la notificación debe hacerse por escrito). La autoridad laboral a estos efectos es el organismo correspondiente de la comunidad autónoma afectada, y, si el cierre afecta a centros o empresas que superan el límite de una sola comunidad autónoma, a la Dirección General del Trabajo.

3.4. Cierre patronal, contrato y salario

Durante el cierre patronal, si éste es acorde a la legislación vigente, el contrato queda en suspenso, tal y como en el caso de huelga; además, se suspende la obligación de cotizar del empresario y trabajadores/as, pasando éstos a situación de «*alta especial*». Los trabajadores/as pierden su derecho al salario, hayan o no participado en la huelga. No procede de igual forma, la reducción de las vacaciones proporcionalmente al tiempo del cierre.

En caso de querer impugnar el cierre patronal decretado por un empresario, es competente la Jurisdicción Social quien, en última instancia, decidirá sobre la legalidad o no de la medida adoptada por el empresario. En caso de declararse ilegal, no se produce la suspensión del contrato de trabajo, y por tanto, los trabajadores/as afectados tienen derecho a su salario y a la cotización ante la seguridad social.

3.5. Actuaciones del sindicato ante el cierre patronal

Como hemos visto, las causas que pueden dar lugar a un cierre patronal legal son muy limitadas y exigentes, con lo que nuestra labor principal deberá ser la vigilancia sobre si concurren o no verdaderamente causas legales del cierre patronal.

En caso de que entendamos que no existen causas legales para decretar el cierre patronal, deberemos ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, además de emprender las acciones legales pertinentes ante la jurisdicción social, para así hacer valer nuestro derecho a la huelga, o cualquier otro derecho que entendamos vulnerado.

IX

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO. INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

LEGISLACIÓN APLICABLE:

*Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y
Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ROFIT).*

Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto

Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Convenios 81 y 129 de la OIT.

1. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1.1. Introducción

En el Estado Español, las primeras normas relativas a la labor inspectora en el ámbito del trabajo, datan de 1906. Posteriormente, en el año 1939, se crea el Cuerpo Nacional de Inspección de Trabajo. En el ámbito de la OIT y prácticamente desde su creación, se recomienda el establecimiento de cuerpos de inspección (Recomendación de la OIT número 5 de 1919 y número 20 de 1923). Estas recomendaciones de la OIT posteriormente se convierten en los Convenios números 81 y 129.

Con la ratificación de España en enero de 1960 del Convenio número 81 de la OIT, de fecha 11 de julio de 1947, y su adecuación en nuestro Derecho con la Ley 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo, se da carta de naturaleza a la intervención inspectora del Estado en el mundo de las relaciones laborales.

En el año 1997 se promulga la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que adecúa por fin los principios de la Inspección Trabajo Seguridad Social al Estado de las Autonomías que pretende ser el español. Esta normativa se mantuvo vigente hasta la aprobación de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, (LITSS) norma que subsiste a día de hoy. No obstante, el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo. (ROFIT) que se redactó como desarrollo de la anterior normativa legal continúa vigente.

1.2. La Función Inspectoria

La intervención y control del Estado en el mundo de las relaciones laborales, se realiza a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El artículo 1 de la LITSS define el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y lo configura como el conjunto de principios legales, normas, órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas laborales, de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social y protección social, de colocación, empleo y protección por desempleo, cooperativas, migración y trabajo de extranjeros.

El apartado segundo del referido artículo 1 de la LITSS, califica a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como un servicio público, cuyo cometido es ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social, además de exigir las responsabilidades derivadas de su incumplimiento.

Esto es, la ITSS vigila y requiere, y en su caso, inicia el procedimiento sancionador correspondiente. Es por tanto la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la plasmación de las «funciones de policía» del Estado en nuestro mundo de las relaciones laborales, que debemos diferenciar de las «funciones de la judicatura» en cuanto que la ITSS carece del poder de obligar a la empresa a cumplir una normativa (poder que reside en la jurisdicción social), pero si puede vigilar por el cumplimiento, constatar las infracciones cuando se producen, requerir a las empresas para que observen la normativa vigente en el desarrollo de su actividad, e iniciar el procedimiento sancionador que proceda cuando se detectan infracciones.

Se ha de precisar que la LITSS encomienda al personal de la ITSS la fiscalización del cumplimiento en el mundo laboral de las reglas de eficacia normativa, esto es, aquellas establecidas en leyes, reglamentos y en las cláusulas normativas de los convenios colectivos, no estando por tanto bajo su vigilancia las cláusulas pactadas en contratos laborales individuales ni en los convenios extra estatutarios (pactos de eficacia limitada).

En concreto, el artículo 1 de la LITSS y el 2 de su reglamento establecen las funciones generales que se encomiendan a la ITSS, definiendo 3 bloques de materias: de vigilancia de la legalidad, de asistencia técnica, y de mediación y arbitraje.

Vigilancia de la legalidad

Es la función clásica de la ITSS, y la más importante, entre los principales cometidos que señala la ley destacan:

- Vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y de los convenios colectivos en cuanto a la ordenación del trabajo y las relaciones sindicales, la protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores/as.
- La prevención de riesgos laborales.
- El sistema de Seguridad Social, en cuanto a su aplicación, inscripción, afiliación, altas, bajas, cotizaciones y recaudación de cuotas.
- Empleo, migraciones y trabajo de trabajadores/as extranjeros.
- Empresas de trabajo temporal y agencias de colocación.
- Cooperativas y otros entes de economía social, siempre que la legislación autonómica de aplicación no encomiende su control a otros órganos inspectores.

Asistencia Técnica

Además de la tradicional función de vigilancia, la LITSS encomienda a los funcionarios de la ITSS funciones de información y asesoramiento a trabajadores/as y empresarios y a los representantes de ambos. Esta función está vinculada con el especial deber de colaboración con las organizaciones de trabajadores/as y empresarios que se establece en el art. 10 de la LITSS.

Se encomienda también a la ITSS funciones de asistencia técnica y colaboración con las administraciones públicas, en especial con la autoridad laboral, con organismos y entidades de la Seguridad Social así como con Juzgados y Tribunales. En materia de prevención de riesgos laborales, hay un deber recíproco de colaboración y coordinación entre la ITSS y los Servicios Técnicos de prevención de riesgos laborales dependientes de las Comunidades Autónomas (Art. 9 LPRL).

Arbitraje, Mediación y Conciliación

Con la entrada en vigor de la actual LITSS de 2015, la ITSS mantiene sus las funciones clásicas de mediación en los conflictos laborales de carácter colectivo la conciliación y el arbitraje en todo tipo de conflictos (no solamente los colectivos), con un reconocimiento expreso a la mediación en las huelgas (art.12.3 LITSS).

La mediación y la conciliación pueden activarse de oficio por la ITSS, pero el resultado de la misma debe ser aceptado por las partes en conflicto. Por el contrario el arbitraje solo puede pedirse a instancia de todas las partes afectadas, sin embargo su resultado expresado en un laudo arbitral es de obligada aceptación, aunque quepa su impugnación ante la jurisdicción. Se prohíbe que los inspectores que realicen estas funciones desempeñen a su vez funciones de vigilancia sobre las mismas empresas en las que se produce el conflicto que da lugar a la mediación.

Ley 23/2015, de Ordenación del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Una de las novedades de la nueva regulación operada mediante Ley 23/2015 es la creación de un Organismo Estatal de Inspección de Trabajo y Seguridad Social como organismo autónomo, *con personalidad jurídica propia y diferenciada de la del Estado y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines*. Sus competencias más destacadas son: conocer y aprobar los planes y programas generales de actuación de la ITSS; adoptar propuestas en relación con la posición estatal en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito europeo, y la ejecución de las acciones y programas que impulse la Unión Europea y la cooperación administrativa transnacional y adoptar propuestas sobre procesos de ingreso, selección, formación y provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de los Cuerpos Nacionales de Inspección.

En cuanto a las competencias sancionadoras art 48 LISOS que introduce la Reforma de 2015, hay que destacar que según su disposición transitoria segunda, en tanto en cuanto no entren en vigor las disposiciones reglamentarias que se aprueben en desarrollo del artículo 48.1 de la LISOS, continuará siendo de aplicación la regulación en materia de atribución de competencias sancionadoras existente con anterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley 23/2015.

Otra de las novedades de la nueva Ley de Inspección es la creación de dos escalas dentro del Cuerpo de Subinspectores de Trabajo, ahora Laborales: Una Escala de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, conformada por el actual Cuerpo de Subinspectores y otra nueva, de Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral, con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales.

1.3. Extensión material de la acción de la ITSS

¿Hasta dónde alcanza el ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social? Según determina el artículo 19.1 de la LITSS, este ámbito de aplicación se extiende a las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, y a las comunidades de bienes.

La labor inspectora se realiza sobre las empresas, los centros de trabajo y, en general, en cualquier lugar en que se ejecute la prestación laboral. A estos efectos, es irrelevante que las empresas o centros de trabajo estén regidos o gestionados por administraciones públicas. Además, la labor inspectora se extiende a los vehículos y los medios de transporte en los que se preste el trabajo, incluyendo los buques de marina mercante y pesquera, aviones y aeronaves civiles, y sus instalaciones auxiliares en tierra.

Se extiende esta labor inspectora a su vez sobre los puertos, aeropuertos, vehículos y puntos de salida, escala y destino; a las entidades y empresas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social; a las entidades, públicas o privadas, que colaboren con las distintas administraciones públicas en materia de protección y promoción social; a las sociedades cooperativas en relación con su constitución y funcionamiento, así como en lo relativo al cumplimiento de las normas referentes a sus trabajadores/as o socios de trabajo, y a las sociedades laborales en lo relativo a su calificación como tales.

Se excluyen las minas y canteras, pues la Inspección de Trabajo no tiene competencias en éstas, siendo los Ingenieros de Minas los que realizan las inspecciones. Se debe tener en cuenta además el límite que constituye la inviolabilidad del domicilio, por lo que cuando el centro de trabajo coincida con el domicilio del inspeccionado, se deberá contar con su consentimiento para proceder a la inspección o bien con una autorización judicial.

Existen peculiaridades, respecto de la actuación de los inspectores o subinspectores en centros o dependencias de la administración pública, ya que en estas actuaciones la ITSS carece de facultades sancionadoras, lo que limita notablemente su capacidad coercitiva. En materia de prevención de riesgos laborales, el art. 45 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y el R.D 707/2002 sobre actuación de la ITSS en materia de PRL en el seno de las administraciones públicas, establecen un sistema de imposición de medidas correctoras de incumplimientos de obligaciones. Es importante destacar de este «procedimiento correctivo», que tanto en la LPRL (art. 45 a.) como en el R.D. 707/2002 (art. 3.1) se establece que su iniciación podrá ser tanto de oficio como a petición de los representantes del personal (ver Cap. Prevención riesgos laborales).

2. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE ITSS

2.1. Estructura territorial de la ITSS

La anterior normativa legal, la LITSS de 1997 y también su desarrollo reglamentario (ROFIT) configuraron un Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social unitario para todo el territorio del Estado, con una doble dependencia funcional (de la administración estatal y de las correspondientes CCAA). Con la reforma operada mediante la Ley 23/2015, se mantiene la unidad del sistema de ITSS, con independencia de que la competencia para resolver los expedientes que se deriven de las actuaciones de los inspectores y subinspectores de la ITSS corres-



ponda a la administración autonómica o a la del estado. El esquema organizativo básico de la ITSS se estructura en tres niveles:

Autoridad Central

Es el órgano central dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración desde al que corresponde la dirección, coordinación y fiscalización del sistema de inspección. Además, desde este órgano directivo se dictan los denominados «criterios técnicos e interpretativos» que vinculan la actuación inspectores y subinspectores. La Autoridad Central tiene entre sus competencias el establecimiento de Criterios Técnicos sobre múltiples materias que condicionan la actuación de los inspectores (art. 12 R.D. 928/1998), y apartarse de los mismos puede suponer la invalidez de las actas de infracción. Además existen en la AC diversas Direcciones Especiales sobre materias concretas (Seguridad Social, inspección en sedes de centrales de la AGE).

Dirección Territorial

En cada Comunidad Autónoma (excepto en Ceuta y Melilla) existe una Dirección Territorial de la ITSS que dirige y coordina la actuación de las distintas jefaturas provinciales de inspección. En las CC.AA uniprovinciales, la Inspección Provincial se integra en la Dirección Territorial. El nombramiento de los directores territoriales depende del Ministerio de Trabajo, previa consulta a la autoridad competente de cada CC.AA.

Inspección Provincial

En cada provincia y en Ceuta y Melilla existe una Inspección Provincial desde la que se realiza la actividad de la ITSS en cada territorio, al frente de la cual está un Jefe cuya designación se hace de la misma forma que la del Director Territorial. Dentro de las Inspecciones Provinciales se encuentran las Unidades Especializadas, divididas por materias: Laboral, Prevención y Seguridad Social. Sólo hay obligación de constituir la Unidad de Seguridad Social, la creación del resto dependerá de la voluntad de cada Inspección Provincial. La Inspección Provincial es la base de funcionamiento de la ITSS.

2.2. Otros Órganos

Además de lo que son propiamente los órganos del sistema de ITSS, existen órganos bilaterales de Gobierno y CC.AA en los que se definen los programas de objetivos de la ITSS, así como la disposición general de medios del sistema y su distribución territorial, entre los que cabe destacar:

Conferencia Sectorial de Asuntos laborales

Se constituye entre órganos del gobierno central (Ministerio de Trabajo e Inmigración) y de las distintas Comunidades Autónomas. En su seno se deciden cuestiones relativas al estatuto de los funcionarios adscritos la ITSS, se definen programas generales y territoriales de objetivos del sistema, así como sobre distribución de medios entre los distintos órganos de la ITSS. A su vez en cada CC.AA existen Comisiones Territoriales cuyas facultades son similares.

Comisión consultiva Tripartita de la ITSS

Se trata de un órgano colegiado asesor adscrito a la Autoridad Central de la ITSS con la finalidad de realizar informes y formular propuestas en materia de diseño de actuación de la ITSS, criterios de actuación de la misma, definir prioridades y objetivos del sistema, etc, etc. Se compone de representantes de la Administración General del Estado, y de los sindicatos y asociaciones patronales más representativas.

Organismo Estatal de Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Esta entidad de nueva creación en la Ley 23/2015 es un organismo autónomo, con personalidad jurídica propia y diferenciada de la del Estado. Sus competencias como hemos visto son, entre otras: conocer y aprobar los planes y programas generales de actuación de la ITSS; adoptar propuestas en relación con la posición estatal en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito europeo o la cooperación administrativa transnacional y adoptar propuestas sobre procesos de ingreso, selección, formación y provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de los Cuerpos Nacionales de Inspección.

2.3. Funcionarios de la Inspección

Los funcionarios que desempeñan las tareas de la inspección son los pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y de Seguridad Social y al Cuerpo de Subinspectores de Empleo. Son distintas las facultades de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, que las de los jerárquicamente inferiores, los Subinspectores de Empleo. Las facultades de los primeros, vienen establecidas en el artículo 13 y 22 de la LITSS y de su reglamento; las de los segundos, en el artículo 14 también de la LITSS y de su reglamento.

Cuadro n°33

Así, el artículo 22 de la LITSS establece que los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, podrán:

- Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores/as.
- Requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social, incluso con su justificación ante el funcionario actuante.
- Requerir al empresario a fin de que, en un plazo determinado, lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores/as.
- Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción, de infracción por obstrucción, o requiriendo a las Administraciones públicas por incumplimiento de disposiciones relativas a la salud o seguridad del personal civil a su servicio; iniciar expedientes liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, mediante la práctica de actas de liquidación.

- Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores/as en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.
- Promover procedimientos para el encuadramiento de empresas y trabajadores/as en el régimen de la Seguridad Social que proceda, sin perjuicio del inicio del expediente liquidatorio a que se refiere el anterior apartado 4, si procediese.
- Instar del correspondiente organismo la suspensión o cese en la percepción de prestaciones sociales, si se constatase su obtención o disfrute en incumplimiento de la normativa que las regula.
- Instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene.
- Proponer recargos o reducciones en las primas de aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en relación a empresas por su comportamiento en la prevención de riesgos y salud laborales, con sujeción a la normativa aplicable.
- Ordenar la paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores/as. Esta paralización de la actividad, se realiza mediante la correspondiente diligencia en el libro de visita de la inspección o por comunicación escrita, y el empresario se lo debe comunicar a los representantes de los trabajadores/as; si no hay representantes legales, debe comunicárselo directamente a los trabajadores/as.
- Comunicar al organismo competente los incumplimientos que compruebe en la aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento del empleo, formación profesional ocupacional y promoción social.
- En supuestos en que de la actuación inspectora se afecte a empresas establecidas en otro estado de la UE, comunicar a la autoridad competente en dicho estado para que inicie el procedimiento sancionador.
- Proponer a su respectivo jefe la formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social en la forma prevista en la Ley reguladora de dicho Orden Jurisdiccional.
- Cuantas otras medidas se deriven de la legislación en vigor.

Los inspectores forman y coordinan Equipos de Inspección con los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, cuyas competencias se determinan los artículos mencionados de la LITSS.

Cuadro nº 34

El artículo 14 de la LITSS, establece las funciones de los Subinspectores Laborales (antes de Empleo y Seguridad Social) que, recordemos, están bajo al dirección y supervisión de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social; y son:

- Apoyo, gestión y colaboración con los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social.
- Comprobación del cumplimiento en la contratación de las normas en materia de empleo, acceso al empleo, fomento del empleo, bonificaciones, y subvenciones, obtención y percepción de las prestaciones y subsidio por desempleo.
- Comprobación del cumplimiento de las normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, cotización, altas y bajas de trabajadores/as, recaudación del sistema de la Seguridad Social, así como de colaboración obligatoria de

las empresas en la gestión de la Seguridad Social, y de la obtención y percepción de las prestaciones de Seguridad Social.

- Comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas sobre trabajo de extranjeros.
- Colaboración de la investigación y señalamiento de los bienes susceptibles de embargo para la efectividad de la vía ejecutiva y la identificación del sujeto deudor o responsable solidario o subsidiario cuando proceda, en todos aquellos casos que hagan referencia al ordenamiento jurídico laboral, de seguridad social, de emigración y de empleo.
- Asesoramiento a los empresarios y trabajadores/as en orden al cumplimiento de sus obligaciones, con ocasión de su actuación en los centros de trabajo.

Cuantas otras funciones de similar nivel y naturaleza les fueren encomendadas por los responsables de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el desarrollo de los cometidos de la misma.

2.4. Organismos colaboradores con la ITSS

Las Administraciones Públicas, así como los funcionarios y el personal laboral que ejerzan funciones públicas tienen un deber general de colaboración con la ITSS. Algunas de las AA.PP con deberes propios de colaboración con la ITSS son:

- **La Administración Tributaria:** Tiene obligación de ceder datos y antecedentes a requerimiento de la ITSS en virtud del art. 11.3.1 c) de la Ley General Tributaria.
- **Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social:** Están obligadas asimismo a la comunicación de datos, antecedentes e información relevante a la ITSS cuando sean requeridas para ello (art. 16.3 LITSS)
- **Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo:** Presta colaboración a la ITSS en materia de prevención de riesgos laborales (art. 9.2 LPRL) y tiene el deber de informar periódicamente sobre la evolución de la siniestralidad laboral.
- **Servicios Técnicos de prevención de riesgos laborales dependientes de las Comunidades Autónomas:** Desde la reforma de la Ley de prevención de Riesgos Laborales de 2003 se han venido creando organismos técnicos autonómicos con funciones de asesoramiento y de comprobación de la situación de las condiciones de seguridad y salud en las empresas (Servicios Regionales de Prevención). Estos servicios están obligados a prestar a la ITSS colaboración técnica y pericial así como de informar de las irregularidades que puedan conocer en ejercicio de sus funciones. Los funcionarios públicos de estos servicios pueden formular requerimientos a las empresas en materia de prevención de riesgos, y si éstos se incumplen, deben informar a la ITSS para que ésta levante, si procede, Acta de Infracción.

3. ACTUACIÓN DE LA ITSS

3.1. Origen de actuaciones

La actuación de la ITSS es siempre «de oficio», si bien la LITSS distingue cuatro orígenes posibles de esa actuación: que sea a consecuencia de orden superior (orden de servicio), por petición



de otro órgano (judicial o administrativo), por propia iniciativa del inspector actuante o a consecuencia de denuncia.

La actuación como consecuencia de orden superior la realiza el personal inspector en cumplimiento de las denominadas «órdenes de servicio» (art. 23 ROFIT), que emiten por escrito los Jefes de las Inspecciones Provinciales de la ITSS o bien los Jefes de las Unidades Especializadas, en las que señalan las actuaciones a realizar. La actividad regular de las Inspecciones Provinciales de ITSS debe ser congruente con los Programas Generales y Territoriales de actuación de la ITSS que dictan órganos político-administrativos, (Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y Comisiones Territoriales).

Si bien, el art. 31.2 del ROFIT establece actuaciones que en todo caso tienen carácter prioritario: las relativas a accidentes de trabajo o denuncias de riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores/as, las derivadas de órdenes de servicio con carácter urgente, y las que se correspondan con la programación de objetivos establecidos para la correspondiente Inspección Provincial o Unidad especializada.

Por otra parte, los Inspectores de Trabajo (los subinspectores no tienen reconocida esa facultad) pueden actuar por iniciativa propia, decidiendo por sí mismos la empresa y la materia a inspeccionar. Si bien, esto tampoco puede entenderse como una libertad absoluta de actuación inspectora, ya que el art. 22.3 del ROFIT exige que su actividad se rija por criterios de oportunidad y eficacia, en el marco de la programación general de objetivos establecida.

No obstante los subinspectores con esta reforma amplían sus competencias en aquellas funciones relativas a la comprobación de las condiciones materiales de trabajo u otras análogas en materia preventiva, que hasta ahora desarrollaban los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, podrán ser también desempeñadas por los Subinspectores, bajo la coordinación y dirección de un Inspector.

3.2. Modalidades de actuación

La normativa reguladora de la ITSS dispone distintos medios de actuación para el cumplimiento de las funciones de vigilancia de la legalidad. Estas formas de actuar son complementarias, y de hecho o habitual es que en la actuación de la ITSS se utilicen todas en función de los hechos a investigar.

a) Visita a los centros y lugares de trabajo (art. 21.1 LITSS):

La personación del personal inspector en los centros de trabajo es el modo clásico y fundamental de actuación de la ITSS. Se basa en la facultad de inspectores y subinspectores para entrar libremente y sin previo aviso en cualquier centro de trabajo. Esta facultad se extiende a las personas que acompañen al inspector para prestarle asesoramiento.

En el desarrollo de la visita el personal inspector tiene el deber de comunicar su presencia al empresario, siempre que no considere que ello pueda poner en riesgo el objetivo de la inspección. En visitas relacionadas con seguridad y salud laboral el personal inspector debe comunicar su presencia a los Delegados de Prevención y al Comité de Seguridad y Salud. Así mismo tiene un deber de guardar la máxima corrección con los sujetos inspeccionados, así como de perturbar en la menor medida posible la actividad de la empresa durante la visita. También tiene obligación de prestar atención debida a las indicaciones que les formulen los representantes de los trabajadores/as en el transcurso de las visitas (art.9.4 ROFIT).

Esta facultad comprende la posibilidad de acceder a toda dependencia de la empresa, la de recabar toda documentación de la empresa que esté relacionada con los motivos de la visita, así como la de identificar y entrevistar a cualquier persona presente en el centro de trabajo, y a la

representación de los trabajadores/as. También pueden realizar cualquier prueba necesaria para los fines de la inspección (art. 13.3 LITSS) tales como la toma de muestras, toma de fotografías, grabación de vídeo, realización de mediciones, levantar croquis o planos.

De todas las acciones que realice el personal inspector en el transcurso de la visita se debe dejar constancia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, documento oficial cuyo modelo emite la Autoridad Central de la ITSS que debe obrar en todo centro de trabajo (art. 20 ROFIT).

En todas estas funciones de los Inspectores de Trabajo y de los Subinspectores de Empleo, los empresarios, los trabajadores/as y los representantes de ambos, tal y como establece el artículo 18 de la LITSS, están obligados a atender debidamente a los inspectores y subinspectores, a acreditar su identidad si éstos les requieren a ello, a colaborar en las actuaciones y visitas de la inspección, a declarar ante el inspector o subinspector sobre las cuestiones que afecten a la visita o actuación concreta de la inspección, a facilitar a ésta la información y documentos que precise. Más genérica y contundentemente, el apartado 2 del artículo 18 de la LITSS, establece que, toda persona natural o jurídica está obligada a proporcionar a la inspección de trabajo toda clase de datos, antecedentes e información, si tienen relación económica, profesional, empresarial o financiera con terceros implicados en la labor inspectora.

b) Comparecencia (art. 21.1 LITSS y 15.1.b ROFIT):

Consiste en requerir a los sujetos inspeccionados para que comparezcan ante la oficina de ITSS, acompañando en su caso la documentación que les sea requerida. Es habitual que sea un medio de complementar las visitas de la ITSS, dado que con frecuencia las empresas argumentan no disponer de la documentación requerida durante las visitas, por lo que se les cita para que la aporten en momento posterior.

c) Expediente Administrativo (art. 21.1 LITSS y 15.1d. ROFIT):

Consiste en la apertura de un expediente administrativo en el que la ITSS deja constancia de las comprobaciones de datos obrantes en registros de administraciones públicas (AEAT, TGSS, INEM, etc, etc) referentes a los sujetos inspeccionados.

Igualmente, la ITSS podrá actuar mediante comprobación de datos o antecedentes que obren en poder de las Administraciones Públicas, o de autoridades dentro estado miembro de la UE.

Libro de Visitas (20 ROFIT):

Todos los centros de trabajo se debe disponer de un Libro de Visitas para las actuaciones de los funcionarios de la ITSS, en el que estos deben extender diligencia de su actuación. Se trata de un documento oficial que emite la Autoridad Central de la ITSS. Es el principal medio de acreditar las actuaciones inspectoras. Actualmente puede sustituirse por un Libro de Visitas Electrónico, que se puede solicitar en la Inspección Provincial de la ITSS de la provincia en que se ubique el domicilio social de la empresa. La falta de Libro de Vistas es motivo de infracción leve (art. 50.3.b LISOS), sancionable con multa de 60 a 625 euros.

3.3. Duración de las actuaciones

El art. 21.4 de la LITSS establece dos límites temporales a la actuación inspectora. El proceso investigador que realizan los funcionarios de la ITSS sobre un mismo objeto inspeccionado no puede prolongarse por más de 9 meses desde el comienzo de las actuaciones, ni interrumpirse por más de 5 meses, siempre que la interrupción no sea debida al propio sujeto inspeccionado. A estos efectos, se debe considerar como fecha de inicio de estos plazos la fecha de la primera visita, o la fecha en que se produce la comparecencia ante la ITSS del sujeto requerido para ello.

Para el cómputo de la caducidad de las actuaciones inspectoras, **el *dies a quo* es la fecha de inicio de la actividad inspectora**, que no tiene por qué ser la misma que la fecha en que se formula la denuncia (STSJ País Vasco 442/2016).

Si se rebasa el límite de estos plazos, la consecuencia es la invalidez de las actuaciones practicadas en orden a determinar la posible infracción cometida por la empresa inspeccionada. Nada obsta por el contrario a que se inicien nuevas actuaciones para investigar los mismos hechos, y determinar la responsabilidad que proceda conforme a estas nuevas actuaciones, pero no se considera interrumpido el plazo de prescripción de la infracción.

El plazo general de prescripción de las infracciones en el orden social es de 3 años a contar desde la fecha de la infracción. En materia de prevención de riesgos laborales, el plazo de prescripción es de 1 año para las infracciones leves, de 3 para las graves, y de 5 años para las muy graves. En materia de Seguridad Social, el plazo de prescripción de las infracciones es de 4 años. (art. 4 LISOS y 7 del R.D. 928/1998 sobre Reglamento general para la imposición de sanciones en el orden social).

3.4. Obstrucción a la labor inspectora

El art. 50.2 de la LISOS establece que con carácter general las acciones encaminadas a obstruir la actuación del empresario tendrán la consideración de «falta grave» (sanción de 626 a 6.250 euros), excepto en los supuestos establecidos en los arts. 50.3 y 50.4, que se consideran *falta leve o muy grave*.

- Son faltas leves (sanción de 60 a 625 euros):
 - Las que impliquen un mero retraso en el cumplimiento de las obligaciones de información, comunicación o comparecencia, salvo que dichas obligaciones sean requeridas en el curso de una visita de inspección y estén referidas a documentos o información que deban obrar o facilitarse en el centro de trabajo.
 - La falta del Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el centro de trabajo.
- Son faltas muy graves (sanción de 6.251 a 187.515 euros):
 - Las acciones u omisiones del empresario, sus representantes o personas de su ámbito organizativo, que tengan por objeto impedir la entrada o permanencia en el centro de trabajo de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, así como la negativa a identificarse o a identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encuentren en dicho centro realizando cualquier actividad.
 - Los supuestos de coacción, amenaza o violencia ejercida sobre los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y Seguridad

Social así como la reiteración en las conductas de obstrucción calificadas como graves.

- El incumplimiento grave de los deberes de colaboración con los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o la no aportación de documentos en soporte informático de datos en materia de régimen económico de la Seguridad Social cuando se esté obligado a ello.

Durante la visita de la Inspección de Trabajo, los empresarios deben asistir en lo que les sea exigido por la misma, de lo contrario podemos encontrarnos con infracciones tales como la obstrucción de la labor inspectora. En este sentido, la Audiencia Nacional en Sentencia de 28 de enero de 2004 ha declarado la existencia de obstrucción de la labor inspectora por parte de la empresa al no identificar debidamente a 120 trabajadores que se ausentaron del Centro de Trabajo durante la visita de inspección, ni posteriormente en las comparencias realizadas por el asesor laboral representante de la empresa en citaciones ante la Inspección de Trabajo. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía también declaró la obstrucción empresarial durante la visita al centro de trabajo de la Inspección de Trabajo por vigilantes al servicio de la empresa, denegando su acceso al centro de trabajo (STSJ Andalucía 28 de abril de 2000).

Además, y según establece el artículo 50.6 de la LISOS, y sin perjuicio de lo anterior, en caso necesario, los Inspectores y Subinspectores podrán recabar de la autoridad competente o de sus agentes el auxilio oportuno para el normal ejercicio de sus funciones.

4. ACTA DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

El Acta de la ITSS es un acto administrativo de la ITSS, por el que tras haber realizado las comprobaciones pertinentes, se da cuenta de las actuaciones realizadas y de las infracciones detectadas y se determina la sanción que corresponde. El Acta conlleva la terminación de las actividades propiamente inspectoras. Hay dos tipos de actas, por una parte están las «actas de infracción», que conllevan la iniciación de un procedimiento sancionador, y las «actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social», que como su nombre indica dan lugar un procedimiento liquidatorio de cuotas en el ámbito de la Seguridad Social.

Solamente los Inspectores de Trabajo pueden levantar actas de infracción, en caso de que las actuaciones hayan sido realizadas por un Subinspector de Empleo, el Acta debe ser visada por un Inspector.

El Acta de la ITSS goza de «presunción de certeza», lo que significa que su contenido se presume cierto para el procedimiento sancionador subsiguiente, y aunque el sujeto infractor puede oponer prueba en contra sus posibilidades son muy limitadas. Por este motivo, la normativa exige que las actas cumplan con una serie de requisitos, no solamente que se haga constar la infracción cometida y el sujeto infractor, sino que se indique el motivo de iniciación de la actuación inspectora, se identifique el inspector actuante y demás personal de la ITSS que haya intervenido en la actuación, se dé cuenta de los todos los medios de comprobación utilizados en la misma, se especifique la duración de las actuaciones, se haga constar el número de trabajadores/as de la empresa inspeccionada, y se indique la infracción o infracciones que se imputan, así como la propuesta de sanción que corresponda.



Esta presunción de veracidad de las actas de la Inspección de Trabajo, como expone el Tribunal Constitucional en Sentencia 7/1979, no es incompatible con el principio consuetudinario de presunción de inocencia, pues se trata de una presunción iuris tantum que permite prueba en contra y por lo tanto este estatus jurídico de las actas no atenta contra el artículo 25 de la Constitución Española. En este sentido también se pronuncia la Sentencia de 4 de diciembre de 2009 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

4.1. Otros resultados de la Actuación Inspectora

Cabe reseñar aquí algunos de los objetivos distintos a la iniciación del procedimiento sancionador mediante la extensión de Acta de Infracción que contempla la normativa sobre ITSS.

a) Advertencia y Requerimiento (art. 22.1 LITSS):

Se contemplan en la normativa como medidas de aviso que la ITSS puede adoptar en lugar de iniciar el procedimiento sancionador, cuando las circunstancias así lo aconsejen y no se esté produciendo un perjuicio directo a los trabajadores/as. En la práctica son bastante usuales. El requerimiento debe notificarse al sujeto infractor, advirtiéndole de las irregularidades detectadas y dando un plazo para su subsanación bajo apercibimiento de adoptar medidas más gravosas en caso de incumplimiento. En materia de prevención de riesgos laborales el requerimiento tiene normas específicas que se regulan en el art.43. LPRL.

b) Paralización de Trabajos (art. 22.12 LITSS y 44 LPRL):

Cuando se produce una situación de «riesgo laboral grave e inminente», la ITSS debe ordenar el cese inmediato de la actividad laboral y el abandono del lugar de trabajo. Es un proceso expeditivo mucho más rápido que el del requerimiento, previsto exclusivamente para situaciones de riesgo inminente, que en el art.4.4 de la LPRL se define como «aquél que resulte probable racionalmente se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores». La orden de paralización de trabajos es ejecutiva desde el primer momento, si bien el empresario la puede impugnar en el plazo de 3 días desde su recepción ante la autoridad laboral competente.

La doctrina judicial analiza en cada caso concreto si la decisión de paralización de la actividad empresarial es acorde a derecho. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia 497/2003, estableció que la realización de trabajos con riesgo de caída sin medida alguna de seguridad, previa sustracción de los elementos de protección por parte de la empresa, suponía un evidente riesgo grave e inminente para la integridad física o salud de los trabajadores/as y por tanto la paralización de la actividad empresarial estaba totalmente justificada.

c) Imposición de medidas correctoras en el ámbito de las Administraciones Públicas (art. 45 LPRL y R.D. 707/2002 sobre reglamento para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado):

Como se ha avanzado en el punto 1.3 del presente capítulo, el control de incumplimientos en materia de prevención de riesgos en el ámbito laboral de la Administración no se regula por el régimen normal, sino mediante un procedimiento para la corrección de estos incumplimientos regulado en el citado R.D. 707/2002. Si bien éste reglamento es aplicable por su título tan solo al personal de la Administración General del Estado, por su régimen transitorio se debe aplicar

también al resto de las Administraciones Públicas (autonómicas y locales) hasta que adopten un reglamento propio. País Vasco y Catalunya ya elaboraron sus propios Reglamentos (Decreto 20/2008 y Decreto 193/2007 respectivamente).

El reglamento establece un proceso de culmina con la emisión por la ITSS de una «propuesta de requerimiento» destinada al órgano director de la dependencia pública en la que se detecte la infracción, a fin de que se adapte a lo establecido en las normas de prevención de riesgos laborales. Debe destacarse que el reglamento otorga un plus de participación a los representantes de los trabajadores/as, al prever que el procedimiento pueda iniciarse de oficio a petición de los representantes del personal (art. 3.1 R.D. 707/2002).

Este procedimiento «corrector» regulado en el R.D. 707/2002 comprende una fase de desarrollo de la actuación inspectora, durante la cual podrá recabarse el asesoramiento técnico necesario y solicitarse informe al Comité de Seguridad y Salud competente (si la actuación fuera promovida por los representantes del personal dicho informe deberá acompañar a la denuncia inicial), y una subsiguiente fase, si de las comprobaciones inspectoras se dedujera la existencia de infracciones a la normativa preventiva, de tramitación del requerimiento que es de gran complejidad, lo que en la práctica hace el procedimiento poco o nada operativo.

d) Propuesta de recargo de prestaciones (art. 27 ROFIT):

La ITSS tiene la facultad de promover ante la Seguridad Social expediente de recargo de las prestaciones económicas de Seguridad Social que tengan su causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional producido como consecuencia de una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, con arreglo a lo previsto en el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social.

e) Promoción de procedimientos en materia de Seguridad Social y Empleo:

Dentro de las funciones que como «policía social» la normativa atribuye al sistema de ITSS hay varias referentes a preservar el orden social, tales como el instar de oficio la inscripción de empresas y afiliación altas y bajas de trabajadores/as en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, la promoción del procedimiento para el encuadramiento de empresas y trabajadores/as en el Régimen de Seguridad Social que corresponda, la comunicación a los organismos competentes de incumplimientos constatados en aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento del empleo, formación profesional, ocupacional y promoción social, etc, etc, (art. 22 LITSS).

f) Emisión de Informes:

Además de las facultades concretas de la ITSS contempladas en el art. 22 de la LITSS, numerosos preceptos de la legislación laboral requieren que la ITSS emita informe sobre determinada cuestión, lo que ha de comprenderse dentro de la función general de asistencia técnica que tiene la Inspección.

Cabe destacar de entre estos, el informe preceptivo no vinculante que debe realizar la ITSS en los expedientes de regulación e empleo (art. 51.2 ET), en todo procedimiento de extinción o suspensión colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; en la resolución de las discrepancias que puedan surgir sobre disposición y uso de los locales y tabloneros de anuncios por los representantes unitarios de los trabajadores/as la autoridad laboral debe pedir informe a la ITSS (art. 81 E.T.); o los informes sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 9. LPRL).

4.1.1. Los trabajadores/as ante la ITSS

«Conoce al Inspector»

Tomando en consideración lo explicado sobre las funciones de la ITSS, se trata en este apartado de remarcar los aspectos más relevantes de la relación entre la representación de los trabajadores/as y la ITSS. El punto de partida de esta relación lo tenemos en el artículo 17.2 de la LITSS, que establece el deber de la ITSS de mantener una necesaria colaboración con las organizaciones de trabajadores/as. Sobre esta base, y tomando en cuenta que uno de los cometidos de la función inspectora es el de prestar asistencia técnica a los trabajadores/as, es conveniente mantener un contacto fluido con el inspector o los equipos de inspección a cuya vigilancia se haya encomendado nuestra empresa o ámbito empresarial.

De esta manera, podemos actuar ante la ITSS no solo como denunciante, sino también solicitar el asesoramiento técnico de la ITSS en cuestiones de su competencia como medida previa a otras actuaciones, o instar su mediación en conflictos con la empresa. Debe tomarse en cuenta que la actuación de la ITSS en este ámbito va a depender en gran medida del perfil individual de los funcionarios de la ITSS actuantes, por lo que es muy importante mantener un conocimiento de los inspectores asignados a la vigilancia de las empresas en las que trabajamos, y disponer de información y antecedentes de los mismos, para poder adecuar la utilización que hagamos de la institución ITSS en la defensa de los intereses de los trabajadores/as a criterios de oportunidad.

Es frecuente que las actividades de comprobación de la ITSS no terminen necesariamente en un acta de infracción, porque se considere que la resolución de lo planteado es competencia de la jurisdicción social (p.ej. conflictos colectivos de interpretación de convenios). En estos casos es importante tener conocimiento de las diligencias de comprobatorias efectuadas por la ITSS, que pueden ser de gran utilidad al plantear judicialmente el conflicto de que se trate.

A nivel general, podemos encontrar numerosa información sobre normativa y criterios interpretativos de la ITSS, así como formularios de denuncia y de otros escritos ante la ITSS en su Web: <http://www.mtin.es/itss/web/index.html>

4.1.2. La Denuncia ante la ITSS

Se trata del único medio directo que tienen los trabajadores/as para poner en conocimiento de la ITSS los hechos del empresario o sus representantes que puedan suponer infracciones de la normativa social, y se regula en el art. 20.4 de la LITSS.

La denuncia es pública, esto es, puede efectuarla cualquier persona. Además el origen de la denuncia es confidencial, es decir, el Inspector o cualquier otro funcionario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no puede revelar la identidad del denunciante al empresario inspeccionado (artículo 10 de la LITSS y 10 RD 138/2000). En el escrito de denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deben constar:

- Los datos personales del denunciante, datos que deben ser suficientes para identificarlo (nombre, DNI, domicilio...). Por supuesto, debe ir firmado por el denunciante.
- Los hechos que se denuncian, así como el lugar y fecha en que ocurrieron, si son susceptibles de poder ser concretados de tal forma, además de cualquier otra circunstancia que se considere importante y de la fecha de la denuncia.
- Identificación de los responsables de los supuestos hechos. Debemos tener en cuenta que esta identificación ha de ser lo más concreta y precisa posible.

- Medios de prueba: para facilitar dentro de lo posible la función de la inspección, es importante suministrar todos los medios por los que consideremos que pueden comprobarse las presuntas infracciones, identificar las personas que pueden declarar sobre los hechos especificando la ubicación y la hora en la que pueden ser hallados en el centro de trabajo, señalar el lugar donde puedan hallarse documentos u otros medios de prueba acreditativos de los hechos etc, etc.
- Medidas Cautelares: La adopción de medidas preventivas para garantizar la efectividad de la inspección corresponde al inspector actuante pero podemos proponerlas en el escrito de denuncia, (por ejemplo el requerimiento de paralización de trabajos en materia de prevención de riesgos laborales)

La LITSS no establece requisitos formales para la formulación de denuncias, tan solo especifica que no se tramitarán las denuncias anónimas, las que resulten ininteligibles, las manifiestamente infundadas, las que denuncie asuntos que no sean competencia de la ITSS y las que coincidan con asuntos cuyo conocimiento este sometido a un órgano judicial.

El denunciante no tiene la condición de interesado en la fase de investigación de los hechos que realizan los funcionarios de la ITSS. No obstante, de extenderse Acta de Infracción e iniciarse el subsiguiente procedimiento sancionador, si cabe la personación en el mismo como organización representativa de los intereses de los trabajadores/as, con arreglo a lo dispuesto en el art. 5.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Asegurar la confidencialidad de la identidad de quien formula denuncia es un requisito de la función inspectora. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en Sentencia de, ha establecido es perfectamente legal denegar el ejercicio del derecho de acceso a los registros y archivos públicos cuando lo que se pretende conocer es la identidad de la persona que realiza la denuncia. Entiende el Tribunal, que tal y como ocurre con la mayoría de los derechos subjetivos, no es absoluto y encuentra una serie de limitaciones en atención a la protección de otros derechos e intereses públicos o de terceros.

Si bien no existe un modelo formal de redacción de la denuncia, se adjunta en Anexo un modelo básico de denuncia ante la ITSS.

VER ANEXO XV

(MODELO BÁSICO DE DENUNCIA ANTE LA ITSS)

4.2. Actuación indebida de los ITSS, así como de los Subinspectores de Empleo (artículos 12 de la LITSS y 11 del RD138/2000)

Con arreglo a lo establecido en los artículos 10.3 de la LITSS y en el art. 11 del ROFIT, los funcionarios de la ITSS están sujetos al régimen de incompatibilidades general de los funcionarios públicos, que se determina en el art. 23 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. Por ello, los funcionarios de la ITSS están obligados a abstenerse de actuar cuando:

- Tengan interés directo o indirecto en empresas o grupos de empresas que sean objeto de su actuación. También si prestan o han prestado servicios para empresas objeto de su actuación en los últimos dos años. Se les prohíbe asimismo prestar servi-



cios a título privado a personas físicas o jurídicas con actividades susceptibles de ser inspeccionadas.

- Tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con alguno de los sujetos objeto de su actuación, o mantengan relación de amistad o enemistad manifiesta.
- No pueden realizar funciones resolutorias en procedimientos sancionadores en los que hayan realizado actividad de inspección y levantado acta de infracción o liquidación de cuotas. No pueden participar en ningún procedimiento sancionador en el que hayan actuado como testigos o peritos.

El art. 11 del ROFIT prohibía asimismo a los funcionarios de la ITSS actuar en cualquier asunto en el que concurriera interés para el sindicato de su afiliación, pero dicha prohibición fue anulada por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2003, por entenderse que era contraria a la libertad sindical.

Con arreglo a los Convenios 81 y 129 de la OIT, los inspectores deben regir su actuación con un criterio de absoluta imparcialidad y objetividad, actuando siempre de con independencia (en teoría solo sujeta a los criterios interpretativos que emite la Autoridad Central de la ITSS). Además están sujetos a un deber cualificado de sigilo profesional (art. 10 LITSS), especialmente en lo referente a considerar absolutamente confidencial cualquier queja o denuncia sobre incumplimientos de normativa laboral.

En caso de que los representantes de los trabajadores/as tengan conocimiento de actuación indebida por parte de funcionarios de la ITSS, por no haberse abstenido del conocimiento de asuntos cuando tuvieran una causa de incompatibilidad, o de haber incumplido sus deberes de sigilo profesional, cabe denuncia y promover la recusación del funcionario actuante, con arreglo a lo establecido en el art. 11.3 del ROFIT y en el art. 29 de la Ley 40/2015.

La recusación del inspector debe promoverse ante la Jefatura Provincial de la ITSS a la que pertenezca. Si el Jefe Provincial es sobre quien recae la causa de recusación, ésta se debe promover ante su Dirección Territorial o, de no haber por ser una comunidad uniprovincial, ante la Autoridad Central de la ITSS.

La recusación debe promoverse por escrito explicando la causa o causas en la que se funda, y puede hacerse en cualquier momento del procedimiento (en el momento en que se conozca su causa). El superior jerárquico del inspector recusado debe resolver en el plazo máximo de cuatro días.

5. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Las especificidades del procedimiento sancionador en materia de infracciones del orden social se regulan en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, mientras que los aspectos materiales del procedimiento, es decir, la norma que señala las infracciones u las sanciones que pueden corresponder es la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, LISOS.

Muy brevemente, reseñaremos los trámites por los que, obligatoriamente, debe caminar un expediente que se inicia ante la Inspección de Trabajo para que concluya, si llega el caso, en la pertinente sanción. El procedimiento debe realizarse en el plazo de seis meses, contados desde el acta; en caso contrario, caduca y procede el archivo del procedimiento. Excepcionalmente, puede acordarse la ampliación de estos seis meses.

El procedimiento se inicia mediante la correspondiente Acta de Infracción, que se notifica a los «sujetos responsables». Éstos, en el plazo de quince días hábiles, pueden formular las alegaciones que estimen pertinentes para su defensa, teniendo acceso al expediente (expediente en el que recordemos, no pueden constar los datos del denunciante) a efectos de estudiar y conocer los documentos que consten en el mismo¹.

El órgano competente para resolver el procedimiento sancionador, y en su caso imponer la sanción que corresponda, se determina en el art. 48 de la LISOS en función de la naturaleza de la infracción y de la cuantía de la sanción a imponer, siempre que la competencia sancionadora la tenga la Administración General del Estado. En las CC.AA que en virtud de convenios suscritos con la AGE tienen determinadas competencias sancionadoras en el orden social, hay que estar a la normativa autonómica.

Con arreglo al art. 20.4 de la LITSS los sindicatos pueden personarse como interesados en el procedimiento administrativo sancionador en materia social (esto es, una vez se haya iniciado por acta de infracción, no antes).

Acabada la instrucción del expediente, este finaliza con la Resolución (que se debe dictar en el plazo de 6 meses), en la que constará la decisión definitiva de la autoridad competente. En caso de que se trate de deudas de Seguridad Social, se levantará el acta de liquidación correspondiente.

Esta Resolución, debe notificarse a los interesados, y además debe contener al menos los recursos que caben contra ellas, el órgano administrativo o judicial ante los que hay que presentar el correspondiente recurso, así como el plazo.

Si impone sanciones económicas, la resolución debe contener también, el importe de la sanción, el plazo, lugar y forma de pago voluntario, así como la advertencia de, si no se realiza el pago en el plazo correspondiente, el pago del recargo de apremio e intereses de demora.

Las sanciones pueden consistir en pérdidas de derechos que previamente tenga reconocidos el sancionado, o pueden ser sanciones dinerarias, que pueden ir desde los 60 €, de las infracciones leves en su grado mínimo, hasta los 187.515 € de las sanciones muy graves en su máximo grado.

Así mismo, caben «sanciones accesorias» a las principales, tales como la prohibición de contratar con la administración, pérdida de ayudas y bonificaciones o el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

Las Resoluciones emitidas por la autoridad competente, y que ponen fin al procedimiento sancionador, son recurribles mediante Recurso de Alzada ante el superior jerárquico que corresponda, en el plazo de un mes desde que fue notificada la Resolución. A su vez, la Resolución que resuelve el Recurso de Alzada, pone fin a la vía administrativa, pero se puede recurrir ante los tribunales competentes.

¹ Debemos recordar, que las actas realizadas por los inspectores de trabajo, tienen carácter de documento público. Respecto de su valor probatorio, los hechos constatados directamente por los inspectores o subinspectores en un acta de infracción y liquidación, siempre que se haga bajo los requisitos legales correspondientes, tienen «presunción de certeza», aunque admiten prueba en contrario.

6. INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL

Las infracciones y posibles sanciones que se pueden dar en el mundo del trabajo, se recogen en nuestro Derecho esencialmente en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). Esta Ley tuvo diversas modificaciones a lo largo del año 2007, debido a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad entre mujeres y hombres (disp. Adic. 14^a) y a la Ley 44/2007 de regulación de las empresas de inserción. Además con la reforma laboral de la Ley 35/2010 se han modificado sanciones en materia de actividad de las ETTs.

Para una mejor exposición y claridad en este punto, vamos a desarrollarlo a través del cuadro que sigue, en el que se sintetizan las infracciones y sanciones que nos han parecido más importantes y usuales.

No obstante, sí decir que tanto las infracciones, como las sanciones que en su caso correspondieran, pueden darse en distintos ámbitos y materias de la relación laboral: desde las infracciones en el ámbito del contrato de trabajo, pasando por las cuestiones relativas a los representantes de los trabajadores/as, hasta en materia de la Seguridad Social, así como por supuesto en materia de Seguridad y Salud Laboral.

Cuadro nº 35

Art. LISOS	En materia de relaciones laborales individuales y colectivas	Graduación	Sanción en €.
6.1	No exposición del calendario laboral.	Leve	60 a 625
6.2	Retraso de entrega de nómina o no utilizar el modelo preceptivo.	Leve	60 a 625
6.3	No poner a disposición de los trabajadores/as a domicilio el documento de control de la actividad laboral.	Leve	60 a 625
6.4	No informar por escrito al trabajador/a sobre los elementos esenciales del contrato y de las condiciones de trabajo.	Leve	60 a 625
6.5	No informar a los trabajadores/as a tiempo parcial y con contratos de duración determinada o temporales sobre las vacantes existentes en la empresa, en relación, en relación a los artículos 12.4 y 15.7 del ET, o no entrega de documento justificativo del paso de jornada parcial a completa con arreglo al art. 15.9 del E.T.	Leve	60 a 625
6.6	Cualquier otro incumplimiento relativo a las obligaciones formales o documentales.	Leve	60 a 625
7.1	No realizar por escrito el contrato de trabajo cuando así lo exija la ley o el convenio colectivo de aplicación.	Grave	626 a 6.250
7.2	Incumplir la normativa relativa a la contratación, en cuanto a su modalidad y duración.	Grave	626 a 6.250
7.3	No consignar en la nómina las cantidades realmente percibidas por el trabajador/a.	Grave	626 a 6.250
7.4	Incumplir la normativa relativa a la tramitación del finiquito.	Grave	626 a 6.250
7.5	La vulneración de la normativa, legal o establecida en convenio o contrato de trabajo, en cuanto a jornada, turno, horas extraordinarias, descansos, vacaciones o permisos.	Grave	626 a 6.250

Art. LISOS	En materia de relaciones laborales individuales y colectivas	Graduación	Sanción en €.
7.6	La modificación de las condiciones de trabajo, en relación a lo establecido en el artículo 41 del ET	Grave	626 a 6.250
7.7	Vulnerar los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores/as.	Grave.	626 a 6.250
7.8	La vulneración de los derechos de los representantes de los trabajadores/as, en cuanto a crédito horario, locales o tableros.	Grave	626 a 6.250
7.9	La vulneración de los derechos de las secciones sindicales, en cuanto a derecho de éstas a la recaudación de cuotas y distribución o recepción de información.	Grave	626 a 6.250
7.10	Establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o en convenio colectivo.	Grave	626 a 6.250
7.11	El incumplimiento del deber de información a los trabajadores/as, en supuestos de contratas y sucesión de empresa.	Grave	626 a 6.250
8.1	Impago o retraso reiterado en el pago de salarios.	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.2	Cesión ilegal de trabajadores/as.	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.3	El cierre patronal o el cese de actividad, si no hay previa autorización de la autoridad laboral.	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.4	Vulneración de la normativa relativa al trabajo de menores.	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.5	Impedir el derecho de reunión de los trabajadores/as o sus representantes.	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.6	La vulneración del derecho de asistencia y acceso al centro de trabajo de los representantes sindicales.	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.7	Incumplimiento deber de colaboración electoral	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.8	La vulneración de las cláusulas establecidas en convenio colectivo, relativas a materia sindical	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.9	La negativa del empresario a la reapertura del centro de trabajo, en caso de cierre patronal.	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.10	Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, tales como la sustitución de trabajadores/as en caso de huelga.	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.11	Los actos del empresario contrarios al derecho a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores/as	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.12	Las decisiones del empresario que supongan discriminación por sexo, edad, raza, estado civil, ideas políticas, creencias religiosas, pertenencia o no a un sindicato, disminuciones físicas	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.13	El acoso sexual.	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.14	El incumplimiento del empresario de la paralización del traslado del trabajador/a	Muy Grave	6.251 a 187.515
8.15	El incumplimiento empresarial de la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones	Muy Grave	6.251 a 187.515

Art. LISOS	Infracciones en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores/as en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria	Graduación	Sanción en €.
9.1.a	No facilitar la información solicitada sobre el número de trabajadores/ as a efectos de definir la existencia de una empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria con el fin de constituir un comité de empresa europeo o de establecer un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores/as.	Grave	626 a 6.250
9.1.b	No dar traslado a la dirección central de la petición de inicio de las negociaciones para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta.	Grave	626 a 6.250
9.1.c	La transgresión de los derechos de reunión de la comisión negociadora, del comité de empresa europeo, y, en su caso, de los representantes de los trabajadores/as en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta, así como de su derecho a ser asistidos por expertos de su elección.	Grave	626 a 6.250
9.1.d	La transgresión de los derechos de la comisión negociadora, del comité de empresa europeo y, en su caso, de los representantes de los trabajadores/as en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta, en materia de recursos financieros y materiales para el adecuado funcionamiento y desarrollo...	Grave	626 a 6.250
9.1.e	La falta de convocatoria, en tiempo y forma, de las reuniones, ordinarias y extraordinarias, del comité de empresa europeo con la dirección central.	Grave	626 a 6.250
9.1.f	La transgresión de los derechos y garantías de los miembros de la comisión negociadora, del comité de empresa europeo y de los representantes de los trabajadores/as en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta, en los términos legal o convencionalmente establecidos.	Grave	626 a 6.250
9.2.a	Las acciones u omisiones que impidan el inicio y desarrollo de la negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores/as.	Muy Grave	6.251 a 187.515
9.2.b	Las acciones u omisiones que impidan el funcionamiento de la comisión negociadora, del comité de empresa europeo y del procedimiento alternativo de información y consulta, en los términos legal o convencionalmente establecidos.	Muy Grave	6.251 a 187.515
9.2.c	Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio efectivo de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores/as, incluido el abuso en el establecimiento de la obligación de confidencialidad en la información proporcionada o en el recurso a la dispensa de la obligación de comunicar aquellas informaciones de carácter secreto.	Muy Grave	6.251 a 187.515
9.2.d	Las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores/ as en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación, favorable o adversa, por razón del sexo, nacionalidad, lengua, condición social, ideas religiosas o políticas y adhesión a sindicato o ejercicio de actividad sindical.	Muy Grave	6.251 a 187.515

Art. LISOS	Infracciones de las obligaciones relativas a las condiciones de trabajo de los trabajadores/as desplazados temporalmente a España en el marco de una prestación transnacional	Graduación	Sanción en €.
10.1	Defectos formales de la comunicación de desplazamiento de trabajadores/as a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, en los términos legalmente establecidos.	Leve	60 a 625
10.2	La presentación de la comunicación de desplazamiento con posterioridad a su inicio.	Grave	626 a 6.250
10.3	La ausencia de comunicación de desplazamiento, así como la falsedad o la ocultación de los datos de la misma	Muy Grave	6.251 a 187.515
10.4	No garantizar a los trabajadores/as desplazados a España, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española, y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de la actividad de que se trate.	Leve, Grave o Muy Grave	60 a 625 625 a 6.250 6.250 a 187.515

Art. LISOS	Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales	Graduación	Sanción en €
11.1	La falta de limpieza del centro de trabajo de la que no se derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores/as	Leve	40 a 2.045
11.2	No dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales declaradas, cuando tenga la calificación de leves.	Leve	40 a 2.045
11.3	No comunicar a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos	Leve	40 a 2.045
11.4	Los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores/as	Leve	40 a 2.045
11.5	Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones de carácter forma o documental exigidas por la normativa de prevención de riesgos laborales y que no estén tipificadas como graves o muy graves.	Leve	40 a 2.045
11.6	No disponer el contratista en la obra de construcción del Libro de Subcontratación exigido por el artículo 8 de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.	Leve	40 a 2.045
12.1	Incumplimiento de la obligación de realizar un plan de prevención. No realizar las evaluaciones de riesgos previstas en normativa de prevención de riesgos laborales.	Grave	2.046 a 40.985
12.2	No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica de la salud de los trabajadores/as, que sean preceptivas de acuerdo con la normativa.	Grave	2.046 a 40.985
12.3	No dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales declaradas graves, muy graves o mortales, así como no realizar la investigación correspondiente en caso de existir daños a la salud.	Grave	2.046 a 40.985
12.4	No registrar y archivar los datos obtenidos en las evaluaciones, controles, reconocimientos, investigaciones o informes recogidos según dispone la LPRL.	Grave	2.046 a 40.985

Art. LISOS	Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales	Graduación	Sanción en €
12.5	No comunicar a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, si se trata de una industria calificada como peligrosa, insalubre o nociva.	Grave	2.046 a 40.985
12.6	Incumplir la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, o no realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.	Grave	2.046 a 40.985
12.7	La adscripción de trabajadores/as a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de muy grave.	Grave	2.046 a 40.985
12.8	El incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores/as acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.	Grave	2.046 a 40.985
12.9	La superación de los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, origine riesgo de daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores/as, sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.	Grave	2.046 a 40.985
12.10	No adoptar las medidas previstas en el artículo 20 de la LPRL en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores/as.	Grave	2.046 a 40.985
12.11	El incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores/as reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.	Grave	2.046 a 40.985
12.12	No proporcionar la formación o los medios adecuados para el desarrollo de sus funciones a los trabajadores/as y delegados/as designados para las actividades de prevención.	Grave	2.046 a 40.985
12.13	No adoptar los empresarios y los trabajadores/as por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, o los empresarios a que se refiere el artículo 24.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales.	Grave	2.046 a 40.985
12.14	No informar el promotor o el empresario titular del centro de trabajo, a aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.	Grave	2.046 a 40.985
12.15	No designar a uno o varios trabajadores/as para ocuparse de las actividades de protección y prevención en la empresa o no organizar o concertar un servicio de prevención cuando ello sea preceptivo.	Grave	2.046 a 40.985

Art. LISOS	Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales	Graduación	Sanción en €
12.16	Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores/as afectados.	Grave	2.046 a 40.985
12.17	La falta de limpieza del centro o lugar de trabajo, cuando sea habitual o cuando de ello se deriven riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores/as.	Grave	2.046 a 40.985
12.18	El incumplimiento del deber de información a los trabajadores/as designados para ocuparse de las actividades de prevención o, en su caso, al servicio de prevención de la incorporación a la empresa de trabajadores/as con relaciones de trabajo temporales, de duración determinada o proporcionados por empresas de trabajo temporal.	Grave	2.046 a 40.985
12.19	No facilitar al servicio de prevención el acceso a la información y documentación.	Grave	2.046 a 40.985
12.20	No someter, en los términos reglamentariamente establecidos, el sistema de prevención de la empresa al control de una auditoria o evaluación externa cuando no se hubiera concertado el servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa.	Grave	2.046 a 40.985
12.21	Aportar datos falsos o inexactos relativos a la prevención de riesgos en la empresa a la autoridad laboral o a los servicios de prevención concertados.	Grave	2.046 a 40.985
12.22	Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios concertados, de acuerdo con la normativa aplicable.	Grave	2.046 a 40.985
12.25	Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con la normativa aplicable.	Grave	2.046 a 40.985
12.26	Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales.	Grave	2.046 a 40.985
13.1	No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.2	No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de los menores.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.3	No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores/as, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.4	La adscripción de los trabajadores/as a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores/as.	Muy Grave	40.986 a 819.780

Art. LISOS	Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales	Graduación	Sanción en €
13.5	Incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores/as, en los términos previstos en LPRL.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.6	Superar los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores/as sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.7	No adoptar, los empresarios y los trabajadores/as por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.8	No informar el promotor o el empresario titular del centro de trabajo, a aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.9	Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores/as a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el art. 21 de la LPRL.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.10	No adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores/as.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.11	Ejercer sus actividades las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas o las que desarrollen y certifiquen la formación en materia de prevención de riesgos laborales, sin contar con la preceptiva acreditación o autorización, cuando ésta hubiera sido suspendida o extinguida, cuando hubiera caducado la autorización provisional, así como cuando se excedan en su actuación del alcance de la misma.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.12	Mantener las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas o las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, con las empresas auditadas o concertadas, distintas a las propias de su actuación como tales, así como certificar, las entidades que desarrollen o certifiquen la formación preventiva, actividades no desarrolladas en su totalidad.	Muy Grave	40.986 a 819.780
13.13	La alteración o el falseamiento, por las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, del contenido del informe de la empresa auditada.	Muy grave	40.986 a 819.780
13.14	La suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 de esta Ley (responsabilidad solidaria de contratistas y subcontratistas en materia de prevención de riesgos laborales)	Muy Grave	40.986 a 819.780

Art. LISOS	Infracciones de los empresarios y de las agencias de colocación en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general, formación profesional ocupacional y formación profesional continua	Graduación	Sanción en €
14.1	No comunicar a la oficina de empleo las contrataciones realizadas en los supuestos en que estuviere establecida esa obligación.	Leve	60 a 625
14.2	No comunicar a la oficina de empleo la terminación de los contratos de trabajo, en los supuestos en que estuviere prevista tal obligación.	Leve	60 a 625
14.3	La falta de registro en la oficina de empleo del contrato de trabajo y de sus prórrogas en los casos en que estuviere establecida la obligación de registro.	Leve	60 a 625
14.4	Incumplir, los empresarios y los beneficiarios de las ayudas y subvenciones Públicas, las obligaciones de carácter formal o documental exigidas en la normativa específica sobre Formación Profesional Continua u Ocupacional, siempre que no estén tipificadas como graves o muy graves.	Leve	60 a 625
15.1	No informar las empresas de selección de sus tareas al servicio público de empleo.	Grave	626 a 6.250
15.2	El incumplimiento de las medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo dictadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 y 3 del ET.	Grave	626 a 6.250
15.3	El incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional.	Grave	626 a 6.250
15.4	No notificar a los representantes legales de los trabajadores/as las contrataciones de duración determinada que se celebren, o no entregarles en plazo la copia básica de los contratos cuando exista dicha obligación.	Grave	626 a 6.250
15.5	La publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente.	Grave	626 a 6.250
15.6	Incumplir, los empresarios y los beneficiarios de ayudas y subvenciones públicas, las obligaciones establecidas en la normativa específica sobre Formación Profesional Continua u Ocupacional siguientes: no ejecutar acciones formativas sin haber comunicado al órgano competente su cancelación; no controlar la asistencia de los participantes en acciones formativas; realizar subcontrataciones indebidas para la gestión y ejecución de acciones formativas; expedir certificaciones de asistencia o diplomas falsos o inexactos, así como negar su entrega a los participantes en actividades formativas a pesar de haber sido requerido por los órganos de control.	Grave	626 a 6.250
16.1	Ejercer actividades de intermediación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores/as sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o exigir a los trabajadores/as precio o contraprestación por los servicios prestados.	Muy Grave	6.251 a 187.515

Art. LISOS	Infracciones de los empresarios y de las agencias de colocación en materia de empleo, ayudas de fomento del empleo en general, formación profesional ocupacional y formación profesional continua	Graduación	Sanción en €
16.2	Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado.	Muy Grave	6.251 a 187.515
16.3	Obtener o disfrutar indebidamente de subvenciones, ayudas de fomento del empleo o cualesquiera establecidas en programas de apoyo a la creación de empleo o formación profesional ocupacional o continua concedidas, financiadas o garantizadas, en todo o en parte, por el Estado o por las Comunidades Autónomas en el marco de la ejecución de la legislación laboral, ajenas al régimen económico de la Seguridad Social.	Muy Grave	6.251 a 187.515
16.4	La no aplicación o las desviaciones en la aplicación de las ayudas o subvenciones de fomento del empleo, de reinserción de demandantes de empleo, de la formación profesional ocupacional y de la formación profesional continua, concedidas, financiadas o garantizadas, en todo o en parte, por el Estado o por las Comunidades Autónomas en el marco de la ejecución de la legislación laboral, ajenas al régimen económico de la Seguridad Social.	Muy Grave	6.251 a 187.515
16.5	Incumplir, los empresarios y los beneficiarios de ayudas y subvenciones públicas, las obligaciones establecidas en la normativa específica sobre Formación Profesional Continua u Ocupacional siguientes, salvo que haya dado lugar al disfrute indebido de bonificaciones en el pago de cuotas sociales: a) Solicitar cantidades en concepto de formación a participantes cuando la acción formativa sea con cargo a fondos públicos gratuitos; b) Simular la contratación laboral con la finalidad de que los trabajadores/as participen en programas formativos.	Muy Grave	6.251 a 187.515

Art. LOLS	Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias	Graduación	Sanción en €
18.1	<p>No cumplimentar, en los términos que reglamentariamente se determinen, los contratos a que se refiere el artículo 10 LETT, que regula las empresas de trabajo temporal y los contratos de puesta a disposición.</p> <p>No incluir en la publicidad de sus actividades u ofertas de empleo su identificación como empresa de trabajo temporal y el número de autorización.</p> <p>No entregar a la empresa usuaria la copia básica del contrato de trabajo o la orden de servicio de los trabajadores/as puestos a disposición de la misma; así como la restante documentación que esté obligada a suministrarle.</p>	Leve	626 a 6.250

Art. LOLS	Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias	Graduación	Sanción en €
18.2	<p>No formalizar por escrito los contratos de trabajo o contratos de puesta a disposición, previstos en la LETT.</p> <p>No remitir a la autoridad laboral competente, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la información a que se refiere el artículo 5 de la LETT, o no comunicar la actualización anual de la garantía financiera.</p> <p>Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 6 de la LETT, o para la cobertura de puestos de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos.</p> <p>No destinar a la formación de los trabajadores/as temporales las cantidades a que se refiere el artículo 12 de la LETT.</p> <p>Cobrar al trabajador/a cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación.</p> <p>La puesta a disposición de trabajadores/as en ámbitos geográficos para los que no se tiene autorización administrativa de actuación, salvo lo previsto en el apartado 3 del artículo 5 de la LETT.</p>	Grave	626 a 6.250
18.3	<p>No actualizar el valor de la garantía financiera, cuando se haya obtenido una autorización administrativa indefinida.</p> <p>Formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad o la salud en el trabajo o formalizarlos sin haber cumplido los requisitos previstos para ello conforme a lo establecido legal o convencionalmente.</p> <p>No dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de la empresa de trabajo temporal.</p> <p>La falsedad documental u ocultación de la información facilitada a la autoridad laboral sobre sus actividades.</p> <p>Ceder trabajadores/as con contrato temporal a otra empresa de trabajo temporal o a otras empresas para su posterior cesión a terceros.</p>	Muy Grave	6.251 a 187.515
19.1	<p>No cumplimentar, en los términos que reglamentariamente se determine, el contrato de puesta a disposición.</p> <p>No facilitar los datos relativos a la retribución total establecida en el convenio colectivo aplicable para el puesto de trabajo en cuestión, a efectos de su consignación en el contrato de puesta a disposición.</p>	Leve	60 a 625

Art. LOLS	Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias	Graduación	Sanción en €
19.2	<p>No formalizar por escrito el contrato de puesta a disposición. Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los previstos en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, o para la cobertura de puestos de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos.</p> <p>Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio por los trabajadores/ as puestos a su disposición de los derechos establecidos en el artículo 17 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La falta de información al trabajador/a temporal en los términos previstos en el artículo 16.1 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, y en la normativa de prevención de riesgos laborales.</p> <p>Formalizar contratos de puesta a disposición para la cobertura de puestos o funciones que, en los doce meses anteriores, hayan sido objeto de amortización por despido improcedente, despido colectivo o por causas objetivas, o para la cobertura de puestos que en los dieciocho meses anteriores hubieran estado ya cubiertos por más de doce meses, de forma continua o discontinua, por trabajadores/as puestos a disposición por empresas de trabajo temporal, entendiéndose en ambos casos cometida una infracción por cada trabajador/a afectado.</p> <p>Permitir el inicio de la prestación de servicios de los trabajadores/as puestos a disposición sin tener constancia documental de que han recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, poseen la formación específica necesaria y cuentan con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar.</p>	Grave	626 a 6.250
19.3	<p>Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores/as en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal.</p> <p>La formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad o la salud en el trabajo o formalizarlos sin haber cumplido los requisitos previstos para ello conforme a lo establecido legal o convencionalmente, entendiéndose cometida una infracción por cada contrato en estas circunstancias.</p>	Muy Grave	6.251 a 187.515

Art. LISOS	Infracciones en materia de empresas de inserción	Graduación	Sanción
19 bis 1.	<p>El incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos para la creación de las empresas de inserción en la normativa aplicable. Ocultar o falsear la documentación acreditativa de las modificaciones estatutarias que afectan a la calificación como empresa de inserción. No facilitar el plan de actividades y el presupuesto de cada año, así como las cuentas anuales, el informe de gestión y el balance social correspondientes al cierre de cada ejercicio económico.</p> <p>No facilitar a los Servicios Sociales Públicos competentes y a los Servicios Públicos de Empleo la información a que se refieren los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Ley para la regulación del régimen de las empresas de inserción.</p> <p>Incumplir las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo en relación con el proceso personal de inserción de cada trabajador/a o no poner en práctica las medidas concretas previstas en dicho proceso.</p>	Grave	626 a 6.250
19.bis.2	<p>Desarrollar las actividades sin cumplir el fin primordial de las empresas de inserción de integración sociolaboral de las personas en situación de exclusión social.</p> <p>Obtener o disfrutar indebidamente subvenciones o ayudas establecidas en los programas de apoyo a la inserción sociolaboral, financiadas o garantizadas en todo o en parte por el Estado o por las Comunidades Autónomas en el marco de la ejecución de la legislación laboral ajenas al régimen económico de la Seguridad Social.</p>	Muy Grave	6.251 a 187.515

Cuadro nº 36

PRESCRIPCIÓN INFRACCIONES. LISOS.	
1. INFRACCIONES ORDEN SOCIAL (GENÉRICO)	Prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción.
2. INFRACCIONES MATERIA SEGURIDAD SOCIAL.	Prescriben a los cuatro años contados desde la fecha de la infracción.
3. INFRACCIONES EN MATERIA DE PREVISIÓN DE RIESGOS LABORALES.	<p>Contadas a partir de la fecha de la infracción, prescriben:</p> <p>a) Faltas leves: Prescriben al año.</p> <p>b) Faltas graves: A los tres años.</p> <p>c) Faltas muy graves: Prescriben a los cinco años.</p>
4. INFRACCIONES A LA LEGISLACIÓN DE SOCIEDADES COOPERATIVAS.	<p>A partir de la fecha de la infracción,</p> <p>a) Las faltas leves prescriben a los tres meses;</p> <p>b) Las graves a los seis meses</p> <p>c) Las muy graves al año.</p>

X

DELITOS CONTRA TRABAJADORES/AS

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Constitución Española de 1978, artículos 28 y 40.2.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículos 31, 120, 307, 311, 312, 314, 315, 316, 317 y 318.

*Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica el Código Penal
Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro Derecho Penal, los derechos de los trabajadores/as están protegidos desde diversas perspectivas:

- La protección a la vida, salud e integridad física de los trabajadores/as;
- La protección a sus derechos como trabajadores/as individuales;
- La protección de los derechos colectivos.

El artículo 40.2 de la CE establece la obligatoriedad de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo.

En esta Guía, y resumidamente, vamos a reseñar los delitos de los que pueden ser víctimas los trabajadores/as, y de los delitos que se dan en el marco de las relaciones laborales en nuestro país. Incidimos no obstante más detalladamente en los delitos contra la salud, vida e integridad física de los trabajadores/as, por cuanto la situación en nuestro mundo de la siniestralidad laboral, merece más detalle en este punto.

2. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

La Ley Orgánica 7/2012, por la que se modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, modifica la pena estipulada para el delito contra la Seguridad Social.

El artículo 307 del Código Penal establece ahora la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía para aquellos que, por acción u omisión, defrauden a

la Seguridad Social, cuantía que se calculará atendiendo a la defraudación durante cuatro años naturales.

La conducta punible consiste tanto en eludir el pago de sus cuotas y conceptos de recaudación conjunta entre trabajadores/as y empresarios, como la obtención indebida de devoluciones de la Seguridad Social o para lograr deducciones por cualquier concepto.

Eso sí, la cuantía ha de exceder de 50.000 €. Además, queda exento de responsabilidad el que regularice su situación con la Seguridad Social, antes de que se le notifique la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de las deudas con la Seguridad Social, o antes de que el Letrado de la Seguridad Social o el Fiscal presente la correspondiente denuncia o querrela.

La reforma también introduce un tipo agravado para esta conducta cuando la cuantía defraudada exceda de los 120.000 €, se produzca en el seno de un grupo u organización criminal o cuando se utilicen entes sin personalidad jurídica, paraísos fiscales o cualquier otro instrumento que dificulte la identificación del responsable del delito, o bien su patrimonio o la determinación de la cuantía defraudada.

3. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES/AS

El delito contra los derechos de los trabajadores/as también fue modificado por la Ley Orgánica 7/2012 mediante la adición de un tipo colectivo de la conducta y elevando la pena del delito base.

El Código Penal, en su artículo 311, establece la pena de prisión de seis meses a seis años, y multa de seis a doce meses, para aquellos que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores/as contratados condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos en la leyes, Convenios Colectivos o su propio contrato de trabajo. Como engaño se entiende cualquier conducta de hacer creer a alguien con palabras o de cualquier modo, algo que no es verdad, todo ardid o maquinación fraudulenta por parte del empresario acerca de las condiciones o derechos laborales y/o de Seguridad Social que ocasione error en los trabajadores/as (SAP Barcelona de 6 de junio de 2001). La conducta engañosa también puede realizarse cuando el empresario o empleador oculta su intención de no cumplir de acuerdo a lo que la relación laboral exige (SAP Las Palmas de 25 de enero de 2000). Por situación de necesidad se entiende como cualquier clase de aprovechamiento o uso indebido o excesivo de una especial posición de ventaja en el ámbito de las relaciones laborales, debida a causas económicas, familiares, de edad, salud, ignorancia o cualquier otra causa (SAP Bizkaia de 13 de febrero de 2001).

También serán castigados con la misma pena quienes den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social o sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo.

Y la misma pena recoge el Código Penal para los que, en el supuesto de transmisiones de empresas, mantenga las condiciones impuestas por el empresario al que sustituye, si éstas son las descritas en el párrafo anterior. En este supuesto, es necesario que el sujeto que recibe la empresa conozca la situación laboral y conociéndola mantenga esas condiciones lesivas para los trabajadores/as.



La reforma también introdujo un nuevo tipo penal mediante la redacción del artículo 311 bis con el que se castiga con pena de 3 a 18 meses al empresario que emplee o dé ocupación a personas extranjeras o menores de edad sin permiso de trabajo.

Ni qué decir tiene que para que prospere un procedimiento penal por estos delitos, se han de cumplir ciertas exigencias jurisprudenciales, que hacen casi imposible la aplicabilidad del referido precepto penal. A modo de ejemplo, han de concurrir dos elementos para que se entienda cometido el delito: uno, el «engaño»; y dos, el «perjuicio» a los trabajadores/as. El «engaño» se cumple con la creación de una empresa con apariencia de solvencia y rigor comercial, pero sin intención de cumplir ninguno de los compromisos adquiridos con los trabajadores/as; el «perjuicio» de los trabajadores/as, se cumple cuando no se les da copia del contrato, ni de alta en la Seguridad Social, ni tampoco reciben salario alguno por su trabajo. Estas exigencias, entre otras sentencias, se encuentran en la STS de 5 de febrero de 1999.

Así, lo que en el Código Penal parece de aplicabilidad múltiple a tantos y tantos supuestos que se dan en nuestro mundo laboral, la doctrina y jurisprudencia se han encargado de ir perfilándolos y aumentando las exigencias, con la consiguiente inaplicabilidad de los preceptos penales vistos.

El artículo 312 del Código Penal, establece la pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra. La misma pena se establece en este artículo para los que recluten personas o las convencen para abandonar su puesto de trabajo, con el pretexto de proporcionarle un empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, así como a aquellos que empleen personas extranjeras sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos reconocidos en las leyes, Convenios Colectivos o en su contrato individual. Se considera tráfico ilegal de mano de obra la obtención de un permiso de residencia a través de una concesión de permiso de trabajo, aparentando una futura relación laboral favorecimiento de las migraciones laborales de ciudadanos extranjeros para obtener trabajo en España (SAP Barcelona 204/2000).

Y la misma pena de prisión de dos a cinco años, y multa de seis a doce meses, se establece en el artículo 313 del Código Penal, para aquellos que promuevan o favorezcan por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores/as a España, así como para aquellos que, simulando un contrato o colocación, o usando de otro engaño similar, favorezca la inmigración de alguna persona a otro país.

La ley Orgánica 13/2007 introdujo expresamente un tipo delictivo que pena igualmente la inmigración clandestina promovida a un país de la Unión Europea.

La jurisprudencia y la doctrina asocian este delito al de estafa, ya que a través de una modalidad engañosa se fuerza al trabajador/a a perjudicar su patrimonio. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 13 de noviembre de 2000).

El artículo 314 del Código Penal, tipifica el llamado delito de «discriminación laboral». Así, el responsable de una «grave discriminación» en el empleo, ya sea público o privado, contra alguna persona por razón de ideología, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ser representante de los trabajadores/as, por ser pariente de otro empleado, o por usar alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, será castigado con pena de seis meses a dos años de prisión, o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de la «gravedad» de la discriminación, cuestión ésta que queda al arbitrio de los jueces, es necesario para que el delito se consume, que el responsable, tras el requerimiento o sanción por parte de la administración, no restablezca la situación a la igualdad deseada, reparando a su vez los daños económicos que su actitud haya ocasionado. De hacerlo, no existe el delito, aunque la discriminación se haya producido, y por ende el perjuicio al trabajador/a o trabajadores/as afectados.

Sin embargo, la mera reparación pecuniaria no supone por sí sola, el mero restablecimiento de la situación ilícitamente creada, aunque sea condición necesaria para conseguir la reparación.

Asimismo, es importante la Directiva de la Unión Europea 2006/54/CE que tiene como finalidad garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato en materia de empleo y ocupación mediante:

- El acceso al empleo, incluida la promoción y la formación profesional.
- Las condiciones de trabajo, incluida la retribución.
- Los regímenes profesionales de seguridad social.

En este orden de cosas, se considera discriminación directa cuando una persona es tratada de manera desfavorable respecto a otra en una situación comparable. La discriminación indirecta concurre cuando una disposición, criterio o práctica de empresa aparentemente neutra sitúa al trabajador/a en desventaja particular con respecto a otro/a/s/as, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente por perseguir una finalidad legítima.

El artículo 315 del CP que regula el delito contra la libertad sindical ha sido modificado por la LO 1/2015 reduciendo la pena máxima del tipo base. La pena ahora estipulada para esta conducta es prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses para aquellos que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidan o limiten el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. Existe delito contra la libertad sindical cuando la empresa impide que los candidatos de un sindicato puedan concurrir a las elecciones, procediendo a su despido haciendo constar en la carta causas inciertas (SAP Lugo de 1 de septiembre de 2006).

Se establece un tipo delictivo con una pena más elevada (de 1 año y 9 meses a 3 años) para quienes actuando en grupo o individualmente coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga. Es decir, este delito orientado a penar a los trabajadores/as está más penado que el delito contra la libertad sindical (derecho fundamental recogido en el artículo 28 de la Constitución Española).

4. DELITOS CONTRA LA VIDA, SALUD O INTEGRIDAD FÍSICA DE LOS TRABAJADORES/AS

En los artículos 316 y siguientes del CP, se tipifican los delitos contra la Vida, Salud o Integridad Física de los Trabajadores/as, delitos sobre los que, como ya hemos anunciado, nos vamos a detener más en este capítulo.

Así, en cumplimiento del mandato constitucional de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, recogido como hemos visto en el artículo 40.2 de la CE, se tipifican determinadas conductas, tales como las recogidas en los artículos 316 y siguientes del CP.

El artículo 316 del CP, establece que los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores/as desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de

Cuadro n° 37: Accidentes de trabajo

AÑOS	ACCIDENTES DE TRABAJO CON BAJA								
	Total	En Jornada de Trabajo				In Itinere			
		Total	Leves	Graves	Mortal	Total	Leves	Graves	Mortal
2002	1.024.402	948.896	936.071	11.721	1.104	75.506	72.477	2.576	453
2003	977.013	899.737	887.309	11.395	1.033	77.276	74.390	2.434	452
2004	961.240	876.596	865.167	10.474	955	84.644	81.616	2.540	488
2005	999.041	906.836	896.063	9.783	990	92.205	89.517	2.309	379
2006	1.033.440	911.561	902.062	8.552	947	91.879	89.631	1.892	356
2007	1.022.067	924.981	915.574	8.581	826	97.086	94.885	1.860	341
2008	1.149.636	626.953	561.132	4.835	563	60.423	59.147	1.102	174
2009	696.577	617.440	611.626	5.182	632	79.137	77.624	1.314	199
2010	569.523	564.019	419.291	4.935	569	76.441	75.035	1.218	188
2011	590.150	512.584	507.637	4.396	551	68.566	67.384	1.017	165
2012	471.223	408.537	404.347	3.738	452	62.686	61.550	1.024	112
2013	468.030	404.284	400.447	3.390	447	63.746	62.745	890	111
2014	491.099	424.625	420.829	3.329	467	66.474	65.477	884	113
2015	529.248	458.023	454.029	3.479	515	71.225	70.181	930	114
2016	555.772	480.051	476.032	3.543	476	75.671	74.573	967	131

forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

El problema de este artículo es que se trata de una norma penal en blanco, es decir, que se remite a una normativa no penal. Esto incide, en múltiples ocasiones con el derecho a la seguridad jurídica ligado al principio de legalidad basado en que todo delito debe estar recogido expresamente en el Código Penal. Para determinar este tipo de delitos debemos acudir a la normativa laboral. Esto trae como consecuencia que, frecuentemente, estos delitos quedan impunes una vez se ha ventilado el correspondiente procedimiento penal.

El artículo 317 del Código Penal por su parte, establece que cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.

El artículo 318 es importante en cuanto a la clarificación que hace de los responsables de estos delitos; así, determina que, cuando los hechos previstos en los artículos 316 y 317 del CP se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello.

En estos casos, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las medidas recogidas en el artículo 129 del Código Penal, medidas consistentes en: clausura de la empresa, disolución, prohibición de realizar actividades mercantiles, intervención de la empresa, etc. todas ellas encaminadas a evitar la continuidad de la actividad delictiva y a paralizar los efectos de la misma. El juez está facultado para imponer alguna de estas medidas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y

de los titulares o los representantes legales de la empresa con el fin de evitar la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos.

Por aclarar, conviene puntualizar que la «conducta delictiva» descrita en los artículos 316 y siguientes del CP necesita de tres elementos:

- No facilitar los medios necesarios para que los trabajadores/as desempeñen su actividad con los medios de seguridad e higiene adecuados.
- Infringir normas de prevención de riesgos laborales.
- Puesta en peligro grave de la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores/as.

A su vez, es necesario hacer algunas matizaciones a estos elementos. En cuanto a la «gravedad de la infracción», lo que puede ser susceptible de catalogarse como grave en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales o en la Ley de Infracción y Sanciones del Orden Social, no tiene por qué ser determinante para configurar la actuación como delictiva. Por ejemplo, en la LPRL y ahora en la LISOS, se catalogan como graves infracciones de deberes de comunicación, información y consulta a la autoridad laboral u organismos representativos de los trabajadores/as, y estos incumplimientos no generan la peligrosidad exigida en el CP. No obstante, calificaciones también graves recogidas en el artículo 12 de la LISOS, apartados 7, 9, 10, 13 y 16, y casi todos los supuestos de infracciones muy graves del artículo 13 de la LISOS, sí darían lugar a la calificación criminal de la conducta¹. En cuanto al tercer elemento, la «puesta en peligro grave de la vida, salud e integridad física de los trabajadores/as», debemos puntualizar que el peligro penalmente reprochable es tan sólo el «grave», relacionando esta apreciación con el bien jurídico protegido, requiriéndose un peligro concreto, o como recoge la LPRL y la LISOS, «un peligro grave e inminente».

La protección de la vida, salud e integridad física de los trabajadores/as, también viene dada en el CP con la aplicación, en determinados supuestos, de ciertos delitos imprudentes.

Así, resumidamente, se tipifican en el artículo 142 la muerte por imprudencia; en el 146 el aborto ocasionado por imprudencia; en el 152 las lesiones por imprudencia; en los 157 y 158 las lesiones al feto; y por último el artículo 621.1 la falta de lesiones imprudentes.

5. SUJETOS RESPONSABLES: DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES/AS

Nos detendremos también más en este punto en los potenciales responsables de los delitos contra la vida, salud e integridad física de los trabajadores/as. No obstante, debemos señalar los

¹ Ver tabla de sanciones contenida en el Capítulo anterior de esta Guía.



posibles responsables de los distintos delitos que pueden sufrir los trabajadores/as en relación con la prestación de su actividad laboral.

Así, debemos traer a colación el artículo 31 del CP, el cual establece, que el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

En el apartado segundo de este artículo se establece que, si se impone pena de multa, será responsable directo y solidario la persona jurídica en cuyo nombre y por cuya cuenta actuó.

De igual forma, el artículo 120 del CP, y en cuanto a la responsabilidad civil derivada de un delito de los que aquí nos interesan, hace responsables, en defecto de los que los que hayan sido condenados penalmente, a las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el delito cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción; también responden civilmente las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios; y se amplía la responsabilidad civil a las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

El artículo 121 del CP establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, las Comunidades Autónomas, los municipios, provincias, y en definitiva, de todo ente público, por los daños que hayan causado personas que estuvieran a su servicio, y que hayan sido condenados penalmente.

En cuanto a los sujetos responsables de los delitos contra la vida, salud e integridad física de los trabajadores/as, señala el artículo 316 del CP a «... los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten ...». Y para determinar los «obligados», debemos acudir a la LPRL y a la LISOS para concretar esa obligación legal que, en caso de incumplimiento, determinará la responsabilidad penal.

La LPRL en su artículo 42.1 hace responsable directo y principal de las obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo a los empresarios. De igual forma, el artículo 2 de la LISOS hace responsables a los efectos que aquí interesan a las personas físicas y jurídicas y a las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la propia Ley, y en concreto debemos destacar los siguientes:

- El empresario en la relación laboral.
- Las agencias de colocación, las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias.
- Los promotores, propietarios de obra y trabajadores/as por cuenta propia que incumplan sus obligaciones derivadas de la prevención de riesgos laborales.
- Las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención de riesgos ajenos a las empresas, así como las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría de sistema de prevención de riesgos de las empresas además de las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa.

También la LISOS, en su artículo 42.3, establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal con los contratistas y subcontratistas, del cumplimiento durante el periodo de la con-

trata de las obligaciones impuestas en la LPRL, en relación con los trabajadores/as contratados por la contrata o subcontrata, y que trabajen en el centro de trabajo de la empresa principal.

De igual forma, también el artículo 42.3 de la LISOS en su segundo párrafo, y para el supuesto de relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal, establece la responsabilidad de la empresa usuaria en cuanto a la ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores/as.

En los actuales sistemas de producción, es habitual que el empresario delegue su responsabilidad en materia de seguridad laboral, ya sea en empleados o servicios, propios o exteriores. Tal y como se ha reseñado anteriormente, ni la LPRL ni la LISOS eximen de responsabilidad al empresario en caso de delegación o contratación, y por lo tanto, en el momento de determinar los responsables penales, se alcanzará en todo caso al empresario, aunque no exclusivamente. La obligación de cumplir con el deber de seguridad también repercutirá en otras personas.

La responsabilidad penal, y en su caso la civil, derivada del incumplimiento o inobservancia de normas de seguridad es exigible también a cualquier persona de la organización, ya sea de alta dirección, media o con meras funciones de ejecución.

Para la configuración de la responsabilidad en estos supuestos es importante recordar aquí la STS de 10 de mayo de 1980:

«(...) Todos los que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como intermedios y subalternos, incluso de hecho, están inexcusablemente obligados a cumplir y hacer cumplir cuantas prevenciones y cautelas establece la legislación del trabajo para evitar accidentes laborales y para preservar y tutelar la vida, integridad corporal y salud de los trabajadores (...).»

Así, la imputación del empresario no excluye la de otras personas, según las circunstancias de cada caso concreto. La determinación de los responsables que recoge el artículo 318 del CP en los supuestos de personas jurídicas, esto es, «administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolo y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello», sirve también para los supuestos en los que el titular de la empresa sea una persona física, que haya Delegados/as/a o contratado el servicio el deber de cuidado de la seguridad laboral.

Más concretamente, son potenciales responsables del delito recogido en el artículo 316 del CP, además del empresario, los encargados de los servicios de prevención que puedan adoptar decisiones por su cuenta en este ámbito, y hayan puesto en peligro la salud, vida o integridad física de los trabajadores/as, además de los que conociendo esa falta de medidas de seguridad y pudiendo remediar esa situación de peligro cierto y grave, no hubieren tomado, pudiendo hacerlo, las decisiones adecuadas al respecto, además de los que tengan reconocida legalmente la facultad de suspender el trabajo en las situaciones de riesgo inminente y grave y no lo hicieren.

De modo más ilustrativo, recoge el Catedrático Javier Rivero Lamas, los siguientes ejemplos de extensión de la responsabilidad penal:

Los responsables de seguridad y miembros de los servicios, propios o concertados, de prevención que, conforme a la LPRL, se puedan constituir en la empresa, siempre que haya habido delegación de facultades por parte del empresario para garantizar la adecuada protección de la seguridad y al salud, y no se limiten a asesorar al empresario.

- Los representantes legales de los trabajadores/as en las situaciones de riesgo inminente y grave, siempre que hayan sido informados de tal situación por los delegados/as de prevención o por otro conducto, ya exista o no propuesta de aquellos para suspender las actividades (artículo 21.3, en relación con el 36.2 g de la LPRL). No obstante, debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 21.4 de la LPRL, en cuanto determina que los trabajadores/as o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas entre las que se encuentra la recogida en el 21.3, a menos que obraran de mala fe o cometido negligencia grave.
- Los ingenieros técnicos y directores de obra sólo adquieren una posición de garantes de la seguridad en la medida en que ostenten el carácter de encargado ejecutivos.

Sin embargo, no es posible imputar a:

- Los delegados/as de prevención ni a los componentes de los Comités de Seguridad y Salud, ya que, en virtud de los artículos 36 y 39 de la LPRL tan sólo ostentan funciones de colaboración, consulta e información (no obstante, recordar el punto anterior, en cuanto a lo recogido en el artículo 21.4 de la LPRL).
- Los trabajadores/as sin poder de decisión sobre comportamientos ajenos, aunque haya algunos autores, entre ellos Lascuarín Sánchez, que oponga a esta exclusión el concepto de «seguridad integrada» que apunta el artículo 16.2 de la LPRL², y de la obligación de velar por su propia seguridad y la de aquellas personas a las que pueda afectar su trabajo. No obstante, es claro que tal obligación depende en última instancia del poder de dirección del empresario, y de ahí la exclusión de los trabajadores/as como potenciales responsables.
- Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en base al concepto de «obligación legalmente establecida», ya que la responsabilidad de los Inspectores deriva de la potestad pública, esto es, de funciones de policía que ejercen en ésta y otras materias, pero nunca se trata de una obligación ex lege. En nuestra opinión, esta exclusión no esta tan clara, máxime si tenemos en cuenta la responsabilidad que el artículo 9 de la LPRL impone a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, que en su apartado primero recoge que «Corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales», responsabilidad claramente derivada de la referida norma de rango legal, que es la exigida en la redacción del texto penal.

En cuanto a la responsabilidad civil derivada de estos delitos, nos remitimos a lo anteriormente expuesto, respecto del artículo 120 del CP.

² Artículo 16.2 de la LPRL: «... b. Si los resultados de la evaluación prevista en el apartado anterior lo hicieran necesario, el empresario realizará aquellas actividades de prevención, incluidas las relacionadas con los métodos de trabajo y de producción, que garanticen un mayor nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Estas actuaciones deberán integrarse en el conjunto de las actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma...»

Con la subcontratación de servicios, la empresa contratista es uno de los sujetos “obligados” y responsables de la seguridad” según resulta de la normativa laboral de prevención de riesgos laborales. Más concretamente el administrador de la empresa principal que había contratado los trabajos de electricidad así también es responsable el administrador de la empresa subcontratada que contrató al trabajador accidentado. (SAP Madrid 29 de junio de 2017).

En este tipo delictivo entra en juego la “responsabilidad en cascada” la cual implica que todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa, sean éstas superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y a hacer cumplir las normas destinadas a que el trabajo se realice con las prescripciones elementales de seguridad (STS 16 de junio de 1992). La consecuencia de esta interpretación es que la concurrencia en el resultado de otros profesionales que hayan infringido también sus obligaciones en materia de seguridad en el trabajo no exonera a ninguno de ellos de la denominada “responsabilidad en cascada” en este tipo de delitos (STS 26 de julio de 2000).

El auto nº 221/2017, de 21 de marzo, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria expone que el hecho de que el empresario pueda haber designado a determinadas personas para las labores de prevención de riesgos laborales, al menos con carácter formal, no le exime de sus obligaciones para la seguridad e higiene de sus trabajadores; obligación que incumbe con carácter principal y originario al propio empresario.

La Audiencia Provincial de Madrid de 26 de abril de 2004 entiende que en actividades laborales vinculadas con factores importantes de riesgo se invierte en cierto modo el principio de confianza aplicable en otros ámbitos sociales (tráfico rodado), sustituyéndose más bien por el principio de desconfianza, de forma que, siendo evidente que la rutina, el automatismo y la monotonía en el trabajo acaban imponiendo la desconsideración del riesgo por parte del trabajador, ha de incrementarse el deber objetivo de cuidado del empresario, de los delegados y encargados para prever y neutralizar estas situaciones, con lo cual, éstos, en lugar de confiar en un comportamiento cuidadoso y diligente del operario, deben más bien desconfiar de tal posibilidad y acentuar las medidas de seguridad y vigilancia, con el fin de controlar los riesgos derivados de los descuidos de los trabajadores, a quienes deben imponer de forma concluyente a inapelable el cumplimiento de la normativa de seguridad en su labor diaria. La existencia indudable de una conducta negligente o meramente descuidada por parte del propio trabajador no excluye, por tanto, la responsabilidad de los garantes de su seguridad, así el empresario, sus delegados o los técnicos que intervienen.

A modo de reflexión, conviene señalar que, en la práctica es muy difícil que una vez seguido el procedimiento, este tipo de delitos se materialicen en condenas. Muchas veces, los Tribunales en base al principio de intervención mínima no aprecian que los hechos tengan la suficiente entidad como para ser considerados delitos. En otras ocasiones, «el handicap» que supone el remitirse a una norma extrapenal (p.ej.: Ley de Prevención Riesgos Laborales) para comprobar si se cumple el tipo penal posibilita que una buena argumentación jurídica por parte de la defensa obtenga una sentencia absolutoria.

Otro problema con el que nos encontramos, es que, por desgracia, estamos ante un ámbito donde se producen muchos delitos y sin embargo, estos no se denuncian. Ejemplo de estos delitos son los contratos que se realizan sin cotizar a la Seguridad Social o los delitos que se cometen contra la seguridad e higiene de los trabajadores. Conviene resaltar que gran parte de estos delitos se cometen contra la inmigración, como eslabón más débil y desprotegido de la clase trabajadora.

En definitiva consideramos que para la persecución de estos delitos es clave la combinación del frente sindical y del frente jurídico. En cualquier caso, conviene consultar con el abogado cuando pudiéramos estar ante unos hechos de esta naturaleza.

XI

ALGUNAS DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Constitución Española, artículo 41.

Ley 40/2007 Ley de Medidas de Seguridad Social.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Real Decreto 625/2014, de 18 de julio que Regula determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días.

Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de jubilación.

Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la seguridad social prestaciones no contributivas.

1. INTRODUCCIÓN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

El sistema de Seguridad Social tiene como origen remoto el mutualismo obrero, sistema por el cual los trabajadores/as se auto-organizaban creando fondos comunes que pudieran protegerlos en caso de enfermedad o accidente de trabajo. En 1881 y en Alemania, ante la pujanza y organización del movimiento obrero, el gobierno del canciller Bismark legaliza el sistema, estableciendo el seguro obligatorio sobre accidentes de trabajo, sistema que se fue ampliando a otras situaciones (enfermedad, invalidez, vejez,...) y sujetos (pasando de los trabajadores/as industriales a los agrícolas o del sector servicios) en las siguientes décadas, ofreciendo cobertura a los trabajadores/as a partir de las aportaciones obligatorias realizadas por estos mismos y los patronos.

En 1942 (en plena II GM) el gobierno inglés establece, después del llamado Informe Beveridge, un sistema universal de Seguridad Social que abarca en su protección tanto a los trabajadores/

as como al resto de la población, financiado en parte con las aportaciones de los trabajadores/as y patronos y, en otra parte, con fondos públicos procedentes del presupuesto.

En el caso español, el desarrollo del sistema es similar. En 1900, la Ley de Accidentes de Trabajo establece la responsabilidad de los patronos en los accidentes de los trabajadores/as, creándose los primeros seguros, con aportación empresarial, para estas contingencias, unificados en 1908 en el Instituto Nacional de Previsión. Este sistema se fue ampliando progresivamente instaurándose los seguros de Retiro Obrero (1919), Maternidad (1923) y de Paro Forzoso (1931). Pese a que el artículo 46 de la Constitución republicana de 1931 preveía un sistema de seguridad social universal, el alzamiento fascista hizo que no se llevara a cabo la reforma, teniendo que esperar a la siguiente década para que fueran apareciendo las primeras mutualidades de previsión profesionales (por sectores, financiadas por patronos y obreros), que convivían con los seguros universales de enfermedad (desde 1942) y el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI, desde 1947).

Todos estos mecanismos se reforman y unifican con la Ley de Bases de la Seguridad Social (de 1963), confirmada con la Ley General de Seguridad Social (de 1966), que fija la estructura del sistema que tenemos hoy día, que tras la aprobación de la Constitución de 1978, toma rango constitucional y amplía, en la década de los 80, su ámbito de protección, configurándose un sistema universal (que cubre a todos los ciudadanos, tanto trabajadores/as como no), obligatorio (todos los trabajadores/as y empleados/as tienen que estar cubiertos por el mismo) y público (gestionado por instituciones estatales y con parte de la financiación a cargo de fondos públicos, junto con la proveniente de las cotizaciones de los trabajadores/as y patronos).

El sistema general es un sistema de reparto, es decir, las prestaciones de las personas que las reciben no se financian con las aportaciones que hicieron en su día, sino con las aportaciones de los actuales cotizantes.

Sin embargo, estos principios han sido puestos en duda por la ofensiva neoliberal que, en las últimas décadas, han llevado a cabo los gobiernos de PSOE y PP. En 1995 se firma y aprueba por las Cortes Generales el Pacto de Toledo, que establece una separación tajante entre la parte contributiva (las prestaciones que se financian con las contribuciones de los afiliados a la Seguridad Social) y la no contributiva (las que vienen de los impuestos), haciendo así que lo que las aportaciones presupuestarias, que eran una garantía para al conjunto del sistema, dejen de serlo, haciendo peligrar los recursos del sistema, los cuales se plantea desde el 2009 que puedan estar invertidos en renta variable (esto es, en bolsa), generando ganancias para el sector privado y poniendo en peligro la viabilidad futura de la protección social.

2. LA ORGANIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social se estructura en distintos organismos:

- El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS): encargado de reconocer el derecho a las prestaciones, tanto contributivas como no contributivas, salvo las competencias del Instituto Social de la Marina y del IMSERSO.
- El Instituto de Gestión Sanitaria (INGESA): gestiona los servicios sanitarios, aunque sus competencias, con el traspaso de la sanidad a las comunidades autónomas, son residuales.
- El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO): se encarga del reconocimiento de las prestaciones no contributivas de jubilación.



- El Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), antiguo INEM, encargado del abono de las prestaciones de desempleo y las medidas activas de empleo (salvo lo transferido a las CCAA).
- El Instituto Social de la Marina, con competencia en el régimen de trabajadores/as del mar.
- La Tesorería General de la Seguridad Social: servicio de caja común del conjunto de las entidades.
- Gerencia Informática de la Seguridad Social.

En cuanto a los afiliados a la Seguridad Social, se dividen, según su actividad, en diferentes regímenes, que se diferencian en su sistema de cotización y en las prestaciones a las que dan derecho, así tendríamos:

- Régimen General: en el que se encuentran los trabajadores/as por cuenta ajena que no estén incluidos en ningún otro régimen.
- Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: los trabajadores/as por cuenta propia, los empresarios y, dependiendo de los estatutos de la sociedad, los socios cooperativistas. Carecen de cotización por desempleo, formación y FOGASA (y por tanto de estas prestaciones) y pueden elegir la cuantía de su cotización de contingencias comunes.
- Régimen Especial Agrario: para trabajadores/as por cuenta ajena de explotaciones agrícolas y ganaderas. Asimilable al Régimen General con ciertas especificidades (cotización reducida en periodos de inactividad, etc).
- Régimen Especial de Trabajadores del Mar: dependiente del Instituto Social de la Marina, tanto para trabajadores/as por cuenta ajena (que tendrán la misma protección que los del régimen general) como por cuenta propia (asimilados al régimen de autónomos)
- Régimen Especial del Servicio Doméstico: para trabajadores/as del hogar, no teniendo cotizaciones ni prestaciones por desempleo, FOGASA ni formación. El abono de la cotización, salvo en el caso de que se preste el servicio para un solo empleador, correrá a cargo del trabajador/a.
- Seguro Escolar: para estudiantes.
- Régimen Especial de Minería del Carbón: para aquellos trabajadores/as afectados por las antiguas ordenanzas sobre la minería del carbón y los que actualmente están incluidos en el ámbito de los convenios colectivos de este sector.

3. FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LAS COTIZACIONES

La Seguridad Social obtiene sus recursos, fundamentalmente, de las cotizaciones de sus afiliados (que financian las prestaciones contributivas, que requieren tener un periodo de cotización para su percepción) y las aportaciones los presupuestos generales del estado (que financian las prestaciones no contributivas, que sólo requieren que la persona se encuentre en una situación de necesidad protegida y cumpla una serie de requisitos, normalmente la ausencia de recursos, independientemente de que haya cotizado o no).

Según el régimen en el que nos halleemos, las cotizaciones serán de un modo u otro, cotizando por distintos conceptos y en distintas cuantías:

- Cotizaciones del Régimen General de la Seguridad Social (tomando como referencia las bases de cotización de cada contingencia, que estará relacionado con el salario del trabajador/a)

Cuadro n° 38

Concepto	% Empresa	% Trabajador/a	% Total
Contingencias comunes*	23.60	4.70	28.30
Accidentes de trabajo y enfermedad profesional	Tarifas de la Ley 42/2006 (modificadas por Ley 2/2008)	No cotiza	Tarifas de la Ley 42/2006 (modificadas por Ley 2/2008)
Desempleo			
Contratación indefinida (incluidos a tiempo parcial y fijos discontinuos), contratos formativos en prácticas, relevo, interinidad y con trabajadores/as discapacitados	5.50	1.55	7.05
Contratación de duración determinada a tiempo completo	6.70	1.60	8.30
Contratación de duración determinada a tiempo parcial	6.70	1.60	8.30
Otras contingencias			
Fondo de Garantía salarial	0.20	No cotiza	0.20
Formación Profesional	0.6	0.10	0.70
Cotización adicional por horas extraordinarias			
Horas extra fuerza mayor	12	2	14
Horas extras distintas de las anteriores	23.6	4.7	28.30
* En los contratos de carácter temporal (salvo el de interinidad) cuya duración efectiva sea inferior a siete días, la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes se incrementará en un 36 por 100. (Ley 12/2001)			

Cuadro nº 39

- Cotizaciones del Régimen de Autónomos: Dependiendo de si se cotiza o no por Incapacidad Temporal, el porcentaje de cotización será de 29,8 o 26,5 % de la renta, pudiéndose elegir cotizar por la cuantía mínima.
- Cotizaciones del Régimen especial agrario (porcentajes a aplicar sobre las bases legales).

Concepto	% Empresa	% Trabajador/a	% Total
Contingencias comunes*	15,5	4.70	20.20
Accidentes de trabajo y enfermedad profesional	Tarifas de la Ley 42/2006 (modificadas por Ley 2/2008)	No cotiza	Tarifas de la Ley 42/2006 (modificadas por Ley 2/2008)
Desempleo			
Contratación indefinida (incluidos a tiempo parcial y fijos discontinuos), contratos formativos en prácticas, relevo, interinidad y con trabajadores/as discapacitados	5.50	1.55	7.05
Contratación de duración determinada a tiempo completo	6.70	1.60	8.30
Contratación de duración determinada a tiempo parcial	6.70	1.60	8.30
Otras contingencias			
Fondo de Garantía salarial	0.20	No cotiza	0.20
Formación Profesional	0.6	0.10	0.70
* En los contratos de carácter temporal (salvo el de interinidad) cuya duración efectiva sea inferior a siete días, la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes se incrementará en un 36 por 100. (Ley 12/2001)			

- Cotizaciones del Régimen Especial de Trabajadores del Mar: Se cotiza igual que en el régimen general, salvo los que cobren a la parte que cotizarán según lo previsto en el 19.5 del Texto Refundido aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.
- Cotizaciones del Régimen Especial de Servicio Doméstico: Se cotiza sólo por contingencias comunes, con un tipo del 22 %, un 18,3 % a cargo del empresario y un 3,7 % a cargo del trabajador/a, sobre la base, para 2009 de 728 € al mes.
- Régimen Especial de Minería del Carbón: Igual que el régimen general.

4. LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

4.1. Introducción

En la presente Guía se van a realizar unas breves referencias a determinadas prestaciones de la Seguridad Social que, por su inmediata relación con el contrato de trabajo, pueden acarrear dudas y necesidades de conocimiento para los compañeros y compañeras que ejercen funciones sindicales, pero remitiéndonos, en cuanto a las concretas dudas que sobre dichas prestaciones surjan, a los correspondientes Servicios Jurídicos de la CGT.

De las prestaciones que se derivan de la LGSS y legislación conexas, se extraen en el presente capítulo las que nos pueden ser más útiles, con el fin de hacer la exposición lo más práctica posible y adecuada a los fines de la presente Guía.

No obstante y pese a lo esquemático de la presente explicación, entendemos necesario hacer una breve introducción, respecto de los Principios que inspiran las prestaciones de la Seguridad Social por las distintas contingencias o riesgos.

El artículo 161 de la LGSS abre la regulación en la referida norma respecto a las prestaciones y, en concreto, esta norma establece los principios generales en cuanto a la cuantía de las prestaciones, remitiéndose respecto a su concreción a los distintos Reglamentos.

La cuantía de las pensiones, según determina este artículo 161 de la LGSS, se determinará en función de la totalidad de las bases reguladoras por las que haya cotizado el trabajador/a durante los períodos de tiempo que correspondan.

Por otra parte, la cotización adicional por horas extraordinarias no es computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones.

La base reguladora de cada prestación tiene un límite, establecido en el artículo 148 de la LGSS, y es para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias incluidas, que podemos comprobar acudiendo a la Ley de Presupuestos Generales del Estado que se publica cada año. El tope máximo de la base de cotización así establecido será aplicable igualmente en los casos de pluriempleo¹.

Así mismo, el mínimo de la base de cotización se establece en el artículo 19 de la LGSS, estableciéndose en la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, incrementada en 1/6, ello si no existe disposición expresa en contrario.

El principio de automaticidad de la prestación, establecido en el artículo 167 de la LGSS supone que, cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido los requisitos exigidos, la responsabilidad del pago de la prestación correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las Entidades Gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes.

En lo que aquí interesa, si se han incumplido las obligaciones en materia de afiliación, alta y baja y de cotización, el trabajador/a no se ve privado de su derecho a la prestación, debido a este principio de automaticidad de las prestaciones, sin perjuicio de la fijación de las correspondientes responsabilidades.

El pago adelantado de las prestaciones por las entidades gestoras, mutuas o servicios comunes, es también otro derecho de los trabajadores/as, pero con ciertos límites ya que, en ningún caso podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante.

El artículo 165 de la LGSS, tal y como se ha apuntado anteriormente, fija con carácter general las condiciones de acceso a las prestaciones, y son, además de los requisitos concretos de cada prestación, estar afiliado y en alta al Régimen General o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.

Según el artículo 166 de la LGSS, son situaciones asimiladas a la de alta:

- 1) A los efectos indicados en el artículo 165.1, la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta.
- 2) También tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período corres-

¹ Se entenderá por pluriempleo la situación de quien trabaje en dos o más empresas distintas, en actividades que den lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social.



pondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato.

- 3) Los casos de excedencia forzosa, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y los demás que señale el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan.
- 4) Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral.
- 5) El Gobierno, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y previa la determinación de los recursos financieros precisos, podrá extender la presunción de alta a que se refiere el apartado anterior a alguna o algunas de las restantes contingencias reguladas en el presente título.
- 6) Lo establecido en los dos apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de la obligación de los empresarios de solicitar el alta de sus trabajadores en el Régimen General, conforme a lo dispuesto en el artículo 139, y de la responsabilidad empresarial que resulte procedente de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente.
- 7) Durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social.”

En las prestaciones cuya concesión o cuantía esté subordinada al cumplimiento de un determinado periodo de cotización, solamente serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas.

No obstante, no se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario.

4.2. Incapacidad temporal

4.2.1. Tipos y requisitos de la incapacidad temporal

Tienen la consideración de situaciones determinantes de la incapacidad temporal las debidas a enfermedad común y accidente no laboral (contingencias comunes) y a accidente laboral y enfermedad profesional (contingencia profesional), mientras el trabajador/a esté impedido para el trabajo y reciba asistencia sanitaria, así como los períodos de observación por enfermedad profesional, en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos.

CONTINGENCIAS PROFESIONALES

Enfermedad profesional: Un trabajador tiene derecho a la cobertura por enfermedad profesional si dicha enfermedad ha sido contraída a consecuencia del trabajo en las actividades que se especifican en el cuadro de enfermedades profesionales aprobado por el RD 1299/2006 y está provocado por los elementos o sustancias que se indiquen en dicho cuadro.

Accidente de trabajo: Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, así como

los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo. (Accidentes in itinere). Pero también se consideran accidentes de trabajo entre otras:

- Las enfermedades, no incluidas en la tabla de enfermedades profesionales, que contraiga el trabajador por causa exclusiva de la ejecución de su trabajo.
- Empeoramientos de enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador; como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.
- **Las enfermedades intercurrentes** que son aquellas complicaciones o empeoramientos que se producen a partir de un accidente laboral ya sea a corto o largo plazo en el tiempo.

CONTINGENCIAS COMUNES

Accidente no laboral: el que no tenga el carácter de accidente de trabajo.

Enfermedad común: alteraciones de la salud que no tengan condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales

Durante esta situación, tanto por contingencias profesionales como comunes, se produce la suspensión de la relación laboral, cesando las obligaciones de trabajar y de remunerar, pero si se mantienen otras obligaciones como la de cotizar.

El nacimiento de la prestación económica no está condicionado a la previa solicitud del beneficiario, sino que se hace efectiva de modo automático, una vez que se presentan los partes de baja y confirmación.

Los beneficiarios de esta prestación, son las personas integradas en el Régimen General que reúnan los siguientes requisitos: Estar afiliadas y en alta, o en situación asimilada a la de alta, en la fecha del hecho causante, mientras reciban asistencia sanitaria de la Seguridad Social y que estén impedidas para el trabajo. Cuando la incapacidad temporal derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional, los trabajadores/as se considerarán de pleno derecho afiliados y en alta, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones. Se considera situación de alta especial la huelga legal o cierre patronal. Es necesario tener cubierto un periodo de cotización, que depende de los supuestos; así:

- En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exige período previo de cotización.
- En caso de enfermedad común, 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

4.2.2. Ámbitos y entidades de la IT

La incapacidad temporal se divide en tres ámbitos vinculados a diferentes entidades encargadas de las mismas tal y como queda reflejada en la tabla de a continuación.

INCAPACIDAD TEMPORAL	
ÁMBITO	ENTIDADES
Gestión y cobro.	INSS/ISM o Mutua
Sanitario	Servicio médico SPS o Mutua.
Suspensión laboral.	Empresa

¿Quién cubre la IT según el régimen de la persona trabajadora?

DURANTE LOS 365 DÍAS INICIALES DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL TRABAJADORES POR CUENTA AJENA		
	IT CC	IT CP
Gestión y cobro	INSS/ISM o Mutua	INSS/ISM o Mutua
Sanitaria	Servicios Médicos SPS de las CCAA/INGESA	Servicios Médicos SPS de las CCAA/INGESA o Mutua

DURANTE LOS 365 DÍAS INICIALES DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL TRABAJADORES RETA		
	IT CC	IT CP
Gestión y cobro	Mutua (Obligatoriamente a partir de 1998)	
Sanitaria		

DURANTE LOS 365 DÍAS INICIALES DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL TRABAJADORES DEL MAR		
	IT CC	IT CP
Gestión y cobro	ISM	INSS o Mutua
Sanitaria	Servicios Médicos SPS de las CCAA/INGESA	Servicios Médicos SPS de las CCAA/INGESA o Mutua

4.2.3. Cuantía y duración de la incapacidad temporal

La prestación consiste en un subsidio cuya cuantía está en función de la base reguladora y de los porcentajes aplicables a la misma.

En el caso de los trabajadores/as contratados para la formación, la base reguladora será, cualquiera que sea la contingencia de la que derive la incapacidad, el 75% de la base mínima de cotización que corresponda.

Con carácter general, el porcentaje en caso de enfermedad común y accidente no laboral, es el siguiente:

- 60% desde el día 4 hasta el 20 inclusive.
- 75% desde el día 21 en adelante.

En caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional: 75% desde el día en que se produzca el nacimiento del derecho.

El reparto del abono del subsidio:

- Si se trata de una enfermedad común o un accidente no laboral, el empresario está obligado a abonar desde el 4º al 15º día. A partir del 16º será la entidad gestora o la mutua la encargada del pago (Los 3 primeros días pueden ir a cargo de la empresa si hay acuerdo).

- Si se trata de un accidente de trabajo, el día del accidente corresponde el pago al empresario y desde el primer día de la baja corresponde el pago a la entidad gestora o de la mutua.

Por Convenio Colectivo o acuerdo se puede complementar el subsidio derivado de IT a cargo de las empresas hasta un determinado porcentaje del salario que el trabajador/a percibiría en caso de estar en activo. En este caso, la responsabilidad del pago por este complemento es del empleador sin que exista responsabilidad subsidiaria de la mutua o del INSS, según la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 1-11-94 y del TSJ de Galicia de 19-9-00.

El plazo máximo de duración de la prestación es el siguiente:

- 12 meses por contingencias comunes o profesionales con la adición de una posible prórroga de 6 meses.
- 6 meses de periodo de observación más otra posible prórroga de 6 meses cuando sea necesario para el estudio de la situación del trabajador/a a efectos de determinar si sufre enfermedad profesional o no. (En estos casos se puede llegar hasta un total de 24 meses de incapacidad temporal).

4.2.4. Informes complementarios y de control

En los procesos de incapacidad temporal cuya gestión corresponda al servicio público de salud se deberán de emitir los informes complementarios y de control

Se mantiene la obligación de que junto a los partes de baja y confirmación de baja vayan acompañados de los informes adicionales, denominados “informes complementarios e informes de control”, si bien se modifican a través del RD 625/2014 las fechas de expedición de los citados informes en consonancia con las previsiones sobre expedición de los partes de confirmación según la duración estimada de las bajas médicas. Esto es:

En relación a los informes complementarios:

- En los procesos de duración estimada superior a 30 días naturales: se expide con el segundo parte de confirmación de la baja esto es a los 35 días de la baja.
- En los procesos de más de 60 días naturales: se expide con el segundo parte de confirmación, esto es, a los 49 días de la baja.

En cuanto a los informes de control de la incapacidad se mantienen la periodicidad de 3 meses ampliándolo a la obligación a todos los procesos de IT, cualquier que sea la contingencia de la que deriven. El RD autoriza para su emisión no sólo a la Inspección Médica del respectivo SPS que ya lo recogía en exclusiva la normativa anterior, sino que lo amplía a los facultativos de atención primaria, bajo la supervisión del anterior.

Los informes médicos complementarios, los informes de control, sus actualizaciones y las pruebas médicas realizadas en el proceso de incapacidad temporal forman parte de este, por lo que tendrán acceso a los mismos los inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, al Instituto Social de la Marina y los facultativos de las mutuas respecto de los procesos por contingencias comunes correspondientes a los trabajadores protegidos por las mismas, al objeto de que puedan desarrollar sus funciones.

Asimismo, exclusivamente los inspectores médicos del propio servicio público de salud y los inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina tendrán acceso, preferentemente por



vía telemática, a la documentación clínica de atención primaria y especializada, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuadragésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

4.2.5. Declaración médica de alta en los procesos de IT.

Procesos derivados de contingencias comunes:

Los partes de alta se emiten por el correspondiente facultativo del SPS. Tienen como contenido obligatorio: causa del alta médica, código de diagnóstico y la fecha de la baja inicial. También podrán emitir el parte del alta, los inspectores médicos del SPS, del INSS o del ISM sin condición alguna en virtud de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre que introdujo la Disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS toda vez con carácter anterior, era necesario previa comunicación a la inspección médica del servicio de salud y que éste no manifestara su disconformidad, equiparando el INSS y ISM a la Inspección de servicios sanitarios de la Seguridad Social y órganos equivalentes de los SPS de las CCAA. En estos supuestos, será el INSS o el ISM, el único competente para emitir una nueva baja por IT si se produce en los 180 días siguientes a la fecha del alta médica por la misma o similar patología.

Procesos derivados de contingencias profesionales.

El parte médico del alta se emitirá por los servicios médicos dependientes de la mutua, cuando se trate de trabajadores pertenecientes a empresas asociadas o trabajadores por cuenta propia adheridos a la mutua.

En todos los casos, cualquiera que sea la contingencia, con el parte de alta médica se extingue el proceso de incapacidad temporal con efectos del día siguiente al de su emisión. A su vez, emitida el alta médica la persona trabajadora debe reincorporarse a su puesto de trabajo el mismo día en que produce sus efectos.

4.2.6. Propuestas de altas médicas formuladas por las mutuas en los procesos derivados de contingencias comunes

Esta ha sido una de las cuestiones más relevantes que ha modificado el RD 625/2014 en torno a disminuir el plazo de respuesta, así como que ha venido recogido por la Ley de Mutuas (Ver Capítulo XV de las Mutuas)

En los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes cuya cobertura prestacional corresponda a una mutua (conforme al artículo 68.2b) LGSS), las mutuas obviamente no pueden cursar un alta médica pero sí que pueden formular propuesta de alta médica cuando a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de la baja, de los informes complementarios o de las actuaciones de control y seguimiento que desarrolle, considere la mutua que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo. Podrá formular, a través de los médicos adscritos a ella, propuestas motivadas de alta médica, ante el correspondiente SPS. Junto con la propuesta de alta médica deberán de acompañar los informes y pruebas que, en su caso, se hubiesen realizado. Las mutuas comunicarán simultáneamente al trabajador afectado, para su conocimiento, que se ha enviado la propuesta de alta.

Las propuestas de alta de las mutuas se dirigirán a las unidades de la inspección médica del SPS, quienes las remitirán inmediatamente a los facultativos o servicios médicos a quienes corresponda la emisión de los partes médicos del proceso. Estos facultativos deberán pronunciarse

bien confirmando la baja médica, bien admitiendo la propuesta, a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica. En el caso de que se confirme la baja, se consignará el diagnóstico, el tratamiento médico dispensado, las causas que justifican la discrepancia y se señalarán las atenciones y los controles médicos que se considere necesario realizar.

La inspección médica trasladará a la mutua este informe en el plazo máximo de 5 días (11 días hasta el 1 de marzo de 2015) desde la recepción de la propuesta de alta, siendo el plazo anterior al RD 625/2014 de 10 días. En el caso de que la inspección médica del correspondiente servicio público de salud no reciba contestación de los facultativos o de los servicios médicos, o en caso de discrepar de la misma, podrá acordar el alta médica, efectiva e inmediata. En todo caso, la inspección comunicará a la mutua, dentro del plazo de los 5 días siguientes a la fecha de recepción de la propuesta de alta, (11 días hasta el 1 de marzo de 2015) la actuación realizada junto con los informes que el facultativo hubiera remitido. (El plazo anterior al RD 625/2014 era de 10 días).

Cuando la propuesta de alta formulada por una mutua no fuese resuelta y notificada en el plazo de 5 días establecido en el apartado anterior, la mutua podrá solicitar el alta al INSS o, en su caso, al ISM. La entidad gestora resolverá en el plazo de 4 días siguientes a su recepción. En la normativa anterior, no existía un plazo expreso de contestación por lo que se acudía al plazo general de 3 meses. El INSS y, en su caso, el ISM, realizarán el seguimiento del comportamiento del nuevo procedimiento de gestión y control de los procesos por IT.

4.2.7. Determinación de la contingencia causante de la incapacidad temporal

Con anterioridad al RD 625/2014 no existía un procedimiento específico para la determinación de la contingencia, procedimiento que se asimilaba al proceso de revisión de las altas emitidas por la Mutua recogido en el artículo 4 del RD 1430/2009 (que desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal). Fruto de lo anterior, el RD 625/2014 introduce un nuevo artículo 6 al RD 1430/2009 a efectos de determinación de la contingencia de la que deriva la IT. Las cuestiones principales del citado procedimiento son las siguientes:

Es el INSS, el competente para la determinación del carácter común o profesional de la contingencia del proceso de la IT. El procedimiento puede iniciarse.

- De oficio:
 - INSS por propia iniciativa o a consecuencia de petición motivada del:
 - Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
 - SPS encargado de gestionar la asistencia sanitaria
 - ISM.
- A instancia de parte interesada.
 - Mutua o empresa colaboradora.

El supuesto más común en estos casos consiste en que el servicio médico de la Mutua que reconozca a la persona trabajadora entienda que según la patología causante del proceso es de carácter común. En estos casos, la Mutua deriva a la persona trabajadora junto con los documentos médicos que lo justifican al SPS para su calificación y tratamiento.

En el SPS pueden existir varias alternativas consistentes por un lado en atender el requerimiento de la mutua y proceder a la emisión del parte de baja derivado de un proceso de IT por contingencias comunes, pudiendo la persona trabajadora reclamar ante el INSS. Por otro, el facultativo que emita el parte puede mostrar su discrepancia frente a la contingencia que determinó la mutua, sin perjuicio de que el parte médico por contingencias comunes emitido por el facultativo produzca plenos efectos, abriendo la vía de oficio por parte del INSS.



A pesar de la tramitación de la reclamación ante el INSS, el parte de baja opera de manera ordinaria, implicando el inicio del pago de la prestación por parte de la entidad gestora o mutua, según sea el titular del aseguramiento de la prestación.

El INSS ha de comunicar la iniciación del procedimiento al SPS competente, mutua o a la empresa colaboradora, según corresponda cuando el procedimiento no se hubiera iniciado a su instancia. En el plazo de 4 días hábiles deben de aportar todo aquello que sustente o justifique para la determinación de la contingencia. En el caso de que la persona trabajadora no ha sido la que inició el procedimiento se le dará un plazo de 10 días hábiles para que aporte la documentación y alegaciones oportunas.

En la tramitación del oportuno expediente, es preceptivo el dictamen del EVI quien ha de elevarlo al director provincial del INSS, pronunciándose éste último en el plazo de 15 días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por las partes interesadas o desde el agotamiento de los plazos fijados para ello. La resolución del INSS deberá de contener haciendo distinción:

- Determinación de la contingencia, común o profesional de la que derive el proceso de IT y si el proceso es o no recaída de otro anterior.
- Efectos que correspondan, en el proceso de IT, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante, cuando coincidan en el tiempo dolencias derivadas de distintas contingencias
- Sujeto responsable de las prestaciones económicas y sanitarias.

La resolución del INSS se ha de comunicar al interesado, a la empresa, a la mutua y al SPS. Así mismo, la resolución del INSS tiene los mismos efectos que una reclamación previa con lo que queda abierta la vía de demanda ante la jurisdicción social.

4.2.8. Procedimiento para la revisión de las declaraciones de altas médicas expedidas por las Mutuas en procesos de IT derivados de contingencias profesionales dentro de los 365 días

El RD 625/2014 modifica el artículo 4 del RD 1430/2009 el cual recoge el procedimiento de revisión de altas médicas por las Mutuas derivadas de contingencias profesionales. Las fases de procedimiento son las siguientes:

El plazo para la solicitar la revisión de la resolución del alta médica expedida por la Mutua es de diez días hábiles, (siendo el plazo de 4 días naturales con carácter previo a la reforma) siguientes a la notificación de la alta emitida por la Mutua. Se presenta ante el INSS o ISM, según sea la entidad gestora. El contenido debe de versar sobre los motivos de disconformidad, así como el historial médico previo de la IT de que se trate o con copia de la solicitud de dicha historial a la entidad colaboradora. Así mismo, la persona trabajadora ha de comunicar el inicio del procedimiento de revisión a la empresa en el mismo día que presenta la solicitud o en el día siguiente hábil. Los efectos de la solicitud de revisión es la suspensión de los efectos del parte de alta durante toda la tramitación de todo el procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, siendo incompatible la prestación económica de la IT con las rentas derivadas del ejercicio profesional.

La entidad gestora competente, INSS o ISM, tiene que llevar a cabo dos comunicaciones en relación con el inicio del procedimiento de revisión:

- Solicitar a la Mutua en el plazo de 4 días hábiles (el plazo previo al RD 625/2104 era de dos días naturales), aporte antecedentes del proceso de IT y en su caso, presente informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica.

- Solicitar a la empresa en el plazo de dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado. Cuando el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja emitido por el SPS, la empresa deberá informar de dicha circunstancia al INSS/ISM a fin de coordinar las actuaciones procedentes.

Otro supuesto existente sobre la misma materia consiste en que la persona trabajadora solicite una baja médica derivada de contingencia común y, del reconocimiento médico, se desprenda la existencia de un proceso previo de IT derivada de contingencias profesional en el que se haya emitido un alta médica. En este caso, el SPS ha de informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento especial de revisión en el plazo de 10 días hábiles (frente a los 4 días naturales anteriores). Además, con carácter inmediato el SPS ha de comunicar a la entidad gestora competente la existencia de dos procesos distintos de IT que puedan estar relacionados. En consecuencia, se trata de un supuesto de determinación de la contingencia de la que ha derivado el proceso de IT, ya que el INSS tiene la facultad para calificar el proceso de IT, cualquier que sea la entidad responsable de la gestión y el pago de la prestación económica.

El INSS/ISM ha de dictar en el plazo de 15 días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, la resolución que corresponda en la que debe constar el informe preceptivo del EVI. La resolución ha de fijar la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica, fijando la contingencia de la que deriva el proceso de IT y, en su caso, la nulidad de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial de revisión por el SPS.

4.2.9. Seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de incapacidad temporal

El RD 625/2014 mantiene a grandes rasgos el sistema anterior en relación a las actividades de seguimiento y control de la prestación económica por IT siendo las siguientes:

El Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, en su caso, y las mutuas, a través de su personal médico y personal no sanitario, ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica de la incapacidad temporal objeto de gestión, pudiendo realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, a partir del momento en que se expida el parte médico de baja, sin perjuicio de las competencias que corresponden a los servicios públicos de salud en materia sanitaria.

Los actos de comprobación de la incapacidad temporal que lleven a cabo los médicos del respectivo servicio público de salud, los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, así como los médicos dependientes de las mutuas deberán basarse tanto en los datos que fundamenten los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, como en los derivados de los reconocimientos médicos e informes realizados en el proceso. A tal efecto, aquellos podrán acceder a los informes médicos, pruebas y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, a fin de ejercitar sus respectivas funciones.

Asimismo, la Intervención General de la Seguridad Social, en sus funciones de control interno, podrá acceder a los datos relativos a las situaciones de incapacidad temporal que sean estrictamente necesarios para poder ejercer dichas funciones.

En todo caso, los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, para el ejercicio de sus competencias, tendrán acceso, preferentemente por vía telemática, a la documentación clínica de atención primaria y especializada de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social, incluida la documentación clínica de los



trabajadores protegidos frente a las contingencias profesionales con las mutuas, en los términos establecidos en la disposición adicional cuadragésima de la Ley General de la Seguridad Social.

Con el fin de que las actuaciones médicas cuenten con el mayor respaldo técnico, se pondrá a disposición de los médicos a los que competan dichas actuaciones tablas de duraciones óptimas, tipificadas para los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades, así como tablas sobre el grado de incidencia de dichos procesos en las diversas ocupaciones laborales.

No obstante, el RD 625/2014, establece las siguientes modificaciones con respecto a la regulación anterior:

- Ampliación del período de control por parte de la Mutua en el marco de los procesos de IT por contingencias comunes. Previo al RD 625/2014, se llevaba a cabo a partir del decimosexto día, (momento en el cual es la Mutua la titular de abonar la prestación económica), no obstante a partir de la reforma, el control se puede efectuar a partir del parte de baja, esto es desde el primer día de la baja en donde se llevarán a cabo actividades encaminadas a comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, sin perjuicio de las competencias que corresponden a los servicios públicos de salud en materia sanitaria.
- Restricción en cuanto al acceso a la documentación clínica de atención primaria y especializada prevista únicamente para los inspectores médicos del INSS, o en su caso del ISM en el ejercicio de sus competencias tanto en procesos de IT derivados de contingencias comunes como profesionales. Los servicios médicos de las mutuas no tienen acceso a la citada documentación en aquellos procesos de IT derivados de contingencias comunes, protegidos por las mutuas.

4.2.10. Requerimientos a las personas trabajadoras para reconocimiento médico.

En el marco de las funciones de seguimiento y control de las situaciones de IT, la entidad gestora puede requerir reconocimiento médico para aquellas personas trabajadoras que se encuentren en situación de IT, facultad que se amplió a los servicios médicos de las Mutuas a través de la Disposición adicional 52^a de la LGGSS, introducida por la Ley 35/2010, en relación a los beneficiarios de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes incluidos en su ámbito de gestión.

Así, en el RD 625/2014 se establecen las consecuencias derivadas de la no comparecencia o falta de justificación de la misma al requerimiento médico solicitado por la entidad gestora o la mutua.

- Establece el plazo mínimo de 4 días hábiles para comunicar a la persona trabajadora el reconocimiento médico por parte del INSS/ISM o Mutua.
 - En el supuesto de que la persona trabajadora justificara antes de la fecha de reconocimiento o en el mismo día, las razones por las cuales le impiden comparecer al mismo, la entidad gestora o Mutua ha de fijar una fecha posterior para su realización, comunicándole a la persona trabajadora con la misma antelación mínima.
 - En el caso de no acudir al reconocimiento, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica por parte de la entidad gestora o la mutua, teniendo un plazo de 10 días hábiles para poder justificar la incomparecencia.
- a) Si la persona trabajadora justificara en plazo su incomparecencia, el director provincial del INSS o del ISM, ha de dictar nueva resolución, o la mutua nuevo acuerdo, dejando sin efecto la suspensión cautelar y rehabili-

tando el pago de la prestación con efectos desde la fecha en que quedó suspendida, comunicando a la empresa y a la TGSS la resolución o acuerdo por la que la suspensión queda sin efecto.

Se considera que la incomparecencia fue justificada en los siguientes supuestos:

- Aportación informe emitido por el médico del SPS que le dispense la asistencia sanitaria que contenga que es desaconsejable su personación en el requerimiento conforme a la situación clínica del paciente.
 - Cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a 4 días hábiles.
 - El beneficiario acredita la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.
- b) Transcurridos el plazo de 10 días hábiles sin que la persona trabajadora aporte justificación suficiente de su incomparecencia, la entidad gestora dictará resolución o la mutua acordará la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión, notificándolo a la persona interesada. Si mismo, se deberá de comunicar la extinción acordada por vía telemática al SPS, la empresa y a la TGSS.

4.2.10.1. Incapacidad temporal y desempleo

En cuanto a la incapacidad temporal y el desempleo, cuando el trabajador/a se encuentre en situación de incapacidad temporal y se extingue su contrato durante ésta conviene distinguir:

- Si el trabajador/a se encuentra en IT por contingencias comunes, continúa percibiendo la prestación por IT hasta que se extinga dicha situación, pasando a continuación a la situación legal de desempleo si el contrato se ha extinguido por una de las causas que dan lugar a dicha situación y a percibir, si reúne los requisitos, la prestación por desempleo que hubiera obtenido el día en que se extinguió el contrato. En todo caso, se descontará del periodo de percepción del subsidio por desempleo el tiempo por el cual el trabajador/a siguió en IT.
- Si la IT es por contingencias profesionales, sigue percibiendo la prestación por IT en la misma cuantía que tenga reconocida hasta que se extinga dicha situación pasando al desempleo si reúne los requisitos y sin que proceda descontar del periodo de percepción del desempleo el tiempo en que hubiera estado en IT.
- Si el trabajador/a ya se encontraba percibiendo el subsidio de desempleo e incurre en IT:
 - Si es fruto de una recaída anterior, durante la vigencia del contrato de trabajo, percibe la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación de desempleo. Si el trabajador/a continúa en IT una vez que finaliza el periodo de desempleo sigue percibiendo la prestación por IT en la misma cuantía que la venía percibiendo.
 - Si no es fruto de una recaída anterior estando vigente un contrato de trabajo percibe la prestación por esta contingencia en cuantía igual que el desempleo. Si finaliza el periodo de desempleo el trabajador/a continúa percibiendo un subsidio por IT en cuantía igual al 80% del IPREM mensual (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples).

El periodo de desempleo no se amplía por la circunstancia de que el trabajador/a esté en una situación de IT. Cuando finalice la duración de la prestación de desempleo encontrándose el trabajador/a en IT y tenga derecho al subsidio por desempleo, el plazo de espera correspondiente



para el nacimiento del derecho se cuenta a partir del día siguiente al de la extinción de la prestación por IT.

La competencia jurisdiccional para conocer las resoluciones y los actos dictados en materia de cobertura de la prestación de incapacidad temporal, corresponde a la jurisdicción social según el artículo 2 de la LRJS.

4.3. Riesgo durante el embarazo

Esta nueva prestación está incluida dentro de la acción protectora de todos los regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

La situación que protege es aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda, razonablemente, exigirse por motivos justificados.

No se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones del puesto de trabajo desempeñado.

Son beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena y socias trabajadoras de sociedades cooperativas o laborales, declaradas en situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- Estar afiliadas y en alta. (Al considerarse esta situación como una contingencia profesional no se exige ningún periodo de cotización concreto).
- En el caso de los representantes de comercio se exige, además, estar al corriente del pago de cuotas en la fecha en que sobrevenga la contingencia. Si no están al corriente, siempre que las cuotas debidas no afecten al período de carencia, se advertirá de la necesidad de que se pongan al corriente, quedando condicionado el pago de la prestación al cumplimiento de dicha obligación.
- En el caso de las artistas y profesionales taurinas, que resulten deudoras de cuotas en virtud de las regularizaciones que se efectúen al finalizar el ejercicio económico, será de aplicación lo indicado en el párrafo anterior.
- La cuantía de la prestación es del 100% de la base reguladora correspondiente a la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. El Tribunal Supremo considera como situación asimilada a la de alta la de la trabajadora que causa baja por maternidad al día siguiente de ser dada de alta médica de un proceso de incapacidad temporal, con el contrato de trabajo extinguido, y ello ha de ser así, dado que la trabajadora no está obligada a inscribirse como demandante de empleo ni a solicitar las prestaciones de desempleo, ya que no puede ejercer otro empleo si se encuentra en el período de descanso obligatorio, y, además, está legitimada para rechazar una oferta de trabajo si se encuentra en el período de descanso voluntario (STS 20-1-1995, STS 10/05/1996 y STS 8/02/1996).

4.4. Lactancia natural

Se considera protegida aquella situación en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que por el riesgo debiera ser cambiada la trabajadora de puesto de trabajo y dicho cambio no resulte posible por razones técnicas, objetivas o por motivos justificados.

Se concederá este derecho en los mismos términos y condiciones que lo previsto para el subsidio de riesgo por embarazo. No procede este derecho en cuanto no se extinga la prestación por maternidad.

4.5. Maternidad

La prestación económica por maternidad se materializa en un subsidio a favor de los trabajadores/as, cualquiera que fuera su sexo, y que se encuentren en periodo de descanso en los supuestos de maternidad, adopción y acogimiento. Es decir, esta prestación cubre o protege:

- La maternidad biológica,
- La adopción y el acogimiento familiar, de menores de 6 años, mayores de 6 años pero menores de 18, que sufran una discapacidad o minusvalía² o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social o familiar. (Si se quiere consultar la regulación de las situaciones de acogimiento y adopción es necesario acudir a los artículos 173 a 180 del Código Civil).

Con la introducción de la ley 3/2007 de Igualdad se establece que en caso de acogimiento, éste no puede ser inferior a un año para tener derecho a la prestación.

Tiene preferencia a la hora de ejercer este derecho la madre, salvo en los casos de adopción donde ambos están en la misma posición a la hora de ejercer este derecho.

Son Beneficiarios de esta prestación por maternidad/paternidad, los trabajadores/as por cuenta ajena, incluidos los trabajadores/as contratados para la formación y a tiempo parcial, cualquiera que fuera su sexo, que disfruten de los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento familiar, preadoptivo o permanente.

Esta prestación puede disfrutarse, simultánea o sucesivamente, por la madre y el padre. Son requisitos generales para disfrutar esta prestación:

- Estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta.
- Tener cubierto un período de cotización de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del parto o a la del inicio del descanso, de ser anterior, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Asimismo se considera cumplido este requisito si el trabajador/a acredita haber cumplido 360 días de cotización en toda su vida laboral.
- No se exigirán periodos mínimos de cotización para el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad a los trabajadores/as que tengan menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.
- Si el trabajador/a tiene entre 21 y 26 años a la fecha del parto o de la resolución administrativa de acogimiento o resolución judicial de adopción el periodo mínimo exigido de cotización será de 90 días dentro de los 7 años anteriores a la fecha de descanso o 180 días cotizados durante toda su vida laboral.

² A estos efectos, se entiende que el adoptado o acogido presenta alguna discapacidad, cuando acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33%.

- En caso de parto, si la madre trabajadora no reúne dicho período de cotización, el padre podrá percibir el subsidio durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, pero descontando un período de 6 semanas.
- Si en el parto se produjese el fallecimiento de la madre, el otro progenitor tiene derecho a la prestación económica por maternidad durante todo el periodo o durante la parte que quedara de disfrute de dicho periodo, computando desde la fecha del parto y sin descontar la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En este caso, es compatible el disfrute de esta prestación con el derecho al subsidio por paternidad. Si el beneficiario estuviera en situación de pluriempleo o pluriactividad disfrutará del derecho de manera independiente es decir, por cada uno de los empleos o actividades que realiza.

La prestación consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora. Si el descanso por maternidad/paternidad es disfrutado, simultánea o sucesivamente, por la madre y por el padre, la prestación para cada uno se calcula en función de su respectiva base reguladora.

El subsidio por maternidad tiene una duración general de 16 semanas ininterrumpidas. En los casos de adopción, parto o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo. En el supuesto de discapacidad del hijo se aumentará en dos semanas y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un total de 13 semanas.

El artículo 48 del ET permite que se disfrute este derecho a tiempo parcial. Esta situación no provoca que el contrato se transforme en uno de tiempo parcial y no se podrá realizar horas extraordinarias salvo las necesarias para prevenir y reparar daños extraordinarios y urgentes. Esta forma de ejercer este derecho requiere acuerdo previo entre el trabajador/a y el empresario. Esta posibilidad está abierta tanto para el padre como para la madre, quedando excluidas las primeras 6 semanas post- parto que son de descanso obligatorio.

Si se agota el periodo de maternidad y la beneficiaria continuase necesitada de asistencia sanitaria a consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo se la considerará en situación de incapacidad temporal debida a enfermedad común.

Aquellas beneficiarias que cumplieran todos los requisitos vistos anteriormente salvo el periodo de cotización tendrán derecho al subsidio de maternidad de naturaleza no contributiva. La cuantía diaria de la prestación será del 100% del IPREM vigente. Sin embargo, si la cuantía que resulte de calcular la base reguladora diaria de incapacidad temporal por contingencias comunes fuera inferior se tomará ésta. La duración de esta prestación será de 42 días naturales después del parto. Se podrá aumentar el periodo en 14 días naturales cuando se trate de una familia numerosa, o en una familia monoparental o en los supuestos de parto múltiple o cuando la madre o el hijo tengan una discapacidad superior al 65%. El incremento de la duración es único no siendo acumulable si coincide más de una de las circunstancias enunciadas.

4.6. Paternidad

La introducción de la ley de Igualdad ha regulado el permiso de paternidad en los artículos 133 octies, nones y decies y a partir del 1 de enero de 2017 se ha aumentado a una prestación económica de 13 días a 4 semanas ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Dicha ampliación a 4 semanas, estaba pendiente desde 2007 (Disposición transitoria novena de la Ley). Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de la prestación por materni-

dad. Tienen derecho a ella el otro progenitor o adoptante en los mismos supuestos en que da lugar el permiso de maternidad.

Se exige acreditar un periodo de 180 días de cotización en el periodo de los últimos 7 años o 360 días en toda la vida laboral.

La prestación económica es idéntica a la de maternidad, pero su duración se limita a 4 semanas (que comenzarán a computarse si no se comparte la prestación por maternidad de la finalización del permiso por nacimiento de hijo/a). Se pueden acumular 2 días más en caso de parto, acogimiento o adopciones múltiples por cada hijo/a a partir del segundo. Tendrán derecho a 15 días naturales ininterrumpidos por el nacimiento, adopción o acogimiento de uno o más hijos a aquellos beneficiarios que estando integradas en el Régimen General de Seguridad Social, se les aplique el Estatuto Básico del Empleado Público. Tendrán derecho a 20 días naturales ininterrumpidos cuando el nacimiento, acogimiento o adopción se produzca en una familia numerosa, monoparental o cuando existiera en la familia una persona con discapacidad en un grado igual o superior al 33%. Igualmente se sumaran los 2 días por cada hijo/a a partir del segundo. También tendrán derecho a 20 días los beneficiarios cuyo hijo nacido, adoptado o menor acogido tenga una discapacidad en grado igual o superior al 33%.

La suspensión en este caso es independiente del permiso de paternidad, excepto en casos de adopción o acogimiento donde sólo uno de los dos progenitores podrá ejercer este derecho, según acuerden. Eso sí, si uno disfruta íntegramente del derecho por maternidad, el derecho a disfrutar de la suspensión por paternidad sólo podrá ser disfrutado por el otro progenitor.

Cabe señalar que el disfrute de este derecho a tiempo parcial es incompatible con la reducción de jornada, la ausencia para el cuidado de hijos prematuros u hospitalizados, con las ausencias o reducciones por lactancia, con la reducción de jornada por guarda legal, y con la excedencia por cuidado de familiares.

4.7. Prestación por seguro escolar

Están incluidos en el campo de aplicación del Seguro Escolar todos los estudiantes españoles y extranjeros con residencia legal en España menores de 28 años, que cursen estudios oficiales de Bachiller, Tercero y Cuarto de ESO, Formación Profesional, Formación Profesional Especial, Estudios Universitarios y Doctorado.

Los riesgos que cubre esta prestación son:

- El accidente escolar: Se considera accidente escolar toda lesión corporal que sufra el asegurado con ocasión de actividades directa o indirectamente relacionadas con su condición de estudiante, incluidas las deportivas, asambleas, viajes de estudios, de prácticas o de «fin de carrera» y similares, siempre que estas actividades hayan sido organizadas por los centros de enseñanza.
- El infortunio familiar: Es la situación sobrevenida en el hogar del estudiante, que le impide continuar los estudios ya iniciados y que puede estar ocasionada por el fallecimiento del cabeza de familia o por ruina o quiebra familiar. Esta prestación consiste en el abono de 86,55 €/año durante el número de años que le falten al estudiante para finalizar su carrera (sin repetir curso) y en todo caso hasta que el beneficiario cumpla los 28 años. Si la familia es numerosa de categoría general se percibiría 103,85 €/año y si se trata de una familia numerosa de categoría especial percibirá 129,82 €/año. La citada prestación puede suspenderse si la situación económica familiar es desahogada. La solicitud para recibir este subsidio deberá ser resuelto en el plazo de 90 días.



- La enfermedad. El estudiante víctima de un accidente tendrá derecho asistencia médica y farmacéutica, así como a una posible indemnización por incapacidad permanente y muerte.

Este seguro comprende una serie de prestaciones complementarias como son: la ayuda al estudiante que proporciona préstamos sin intereses con el fin de que el alumno pueda realizar estudios medios o superiores, las ayudas al graduado que facilitan préstamos sin interés para la preparación de oposiciones, la especialización de estudios o el establecimiento profesional y otro tipo de ayudas que dependen de la disponibilidad económica del régimen especial de estudiantes como las becas.

4.8. Jubilación

Esta prestación cubre la pérdida de ingresos que sufre un trabajador o trabajadora, al dejar de trabajar, por cuenta ajena o propia.

4.8.1. Contributiva

En su modalidad contributiva, la prestación por jubilación, consiste en una pensión vitalicia, que la persona que accede a la jubilación percibe doce pagas al año, más dos pagas extraordinarias en junio y noviembre, en cantidad distinta dependiendo de la modalidad y edad de jubilación a la que haya accedido. La jubilación ha sufrido importantes reformas (Ley 27/2011, 3/2012, RDL 5/2013, Ley 23/2013), entrando mayoritariamente en vigor en 2013 así como períodos transitorios, afectando a cuestiones básicas de la prestación como: edad de acceso, ampliación de la edad de jubilación ordinaria, cálculo tanto de la base reguladora como el porcentaje, modificación de modalidades de jubilación anticipada etc.

Desde 2013 esta norma está obligando a las personas trabajadoras a trabajar más años y cobrar menos como fórmula para sostener el sistema de Seguridad Social

Antes de comentar el régimen general se ha de decir que las jubilaciones del tipo que sea que se produzcan entre el 1/03/2013 y el 01/01/2019, distribuyéndose en 4 colectivos, es posible aplicar la normativa de jubilación previa a la reforma.

Pueden ser beneficiarios de la prestación por jubilación, las personas que cumplan con los siguientes requisitos:

- Estar afiliado y en situación de alta o asimilada (recordar Nota a Pie de Página número 1 de este Capítulo).
- Cumplir la edad mínima exigida en cada supuesto junto a edad legal u ordinaria de jubilación.
- Haber cotizado el periodo mínimo correspondiente.
- Que se produzca el hecho causante (que, como regla general, se produce el día que cesa en el trabajo como consecuencia de haber accedido a la edad correspondiente para jubilarse).

4.8.1.1. Supuestos

Vamos a sintetizar los distintos supuestos de acceso a la prestación por jubilación.

Jubilación a edad ordinaria:

Anteriormente, la edad ordinaria de 65 años era la única aplicable en la legislación vigente a 31 de diciembre de 2012. A partir de 2013, salvo la excepción citada anteriormente cuyos hechos causantes discurran entre el 1/03/2013 y el 01/01/2019 que se aplicará la normativa de jubilación previa a la reforma, tal edad se está incrementando progresivamente teniendo en cuenta dos elementos: edad de jubilación y tiempo de cotización.

A partir de 1-1-2013, la edad de acceso a la pensión de jubilación depende de la edad del interesado y de las cotizaciones acumuladas a lo largo de su vida laboral, requiriendo haber cumplido la edad de: 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización.

Este requisito será exigible, en todo caso, cuando se acceda a la pensión sin estar en alta o en situación asimilada a la de alta. Las edades de jubilación y el período de cotización a que se refieren los párrafos anteriores, se aplicarán de forma gradual, en los términos que resultan del siguiente cuadro:

Todo ello para llegar a que el 1 de enero de 2027 se exija la acreditación alternativa de 67 años cumplidos o 65 años cumplidos y tener una cotización efectiva de 38 años y 6 meses, sin computar la parte proporcional de pagas extraordinarias o días-cuota.

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 35 años y 3 meses	65 años y 1 mes
2014	35 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 35 años y 6 meses	65 años y 2 meses
2015	35 años y 9 meses o más	65 años
	Menos de 35 años y 9 meses	65 años y 3 meses
2016	36 o más años	65 años
	Menos de 36 años	65 años y 4 meses
2017	36 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 36 años y 3 meses	65 años y 5 meses
2018	36 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 36 años y 6 meses	65 años y 6 meses
2019	36 años y 9 meses o más	65 años
	Menos de 36 años y 9 meses	65 años y 8 meses
2020	37 o más años	65 años
	Menos de 37 años	65 años y 10 meses
2021	37 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 37 años y 3 meses	66 años
2022	37 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 37 años y 6 meses	66 años y 2 meses
2023	37 años y 9 meses o más	65 años
	Menos de 37 años y 9 meses	66 años y 4 meses
2024	38 o más años	65 años
	Menos de 38 años	66 años y 6 meses
2025	38 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 38 años y 3 meses	66 años y 8 meses
2026	38 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 38 años y 3 meses	66 años y 10 meses
A partir de 2027	38 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 38 años y 6 meses	67 años



De igual forma cabe acceder a la jubilación total o parcial. Esta última fórmula que también ha sufrido modificaciones legislativas, supone la posibilidad, como hemos hecho referencia, de compatibilizar la prestación por jubilación con la actividad laboral a tiempo parcial. A su vez, hay dos supuestos de jubilación parcial: por un lado, la diferida, cuando la persona jubilada parcial ya ha cumplido la edad ordinaria de jubilación y por otro, la anticipada, cuando la persona jubilada parcial tiene una edad inferior a la edad ordinaria de jubilación y que requiere necesariamente que el empresario suscriba un contrato de relevo en sustitución de la persona jubilada.

En cuanto a la jubilación anticipada, existen también varios supuestos:

- **Mutualistas.** Trabajadores/as por cuenta ajena con 60 años de edad, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, que tuvieran la condición de mutualista a 1 de enero de 1967.
- **Jubilación parcial por cese involuntario.** Trabajadores/as con edad de acceso siempre inferior en 4 años, como máximo, a la nueva edad ordinaria de jubilación, que estén inscritos como desempleados durante al menos seis meses anteriores a la solicitud de la prestación por jubilación, y que hayan cotizado al menos 33 años y al menos 2 años deben estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho o en su caso, al momento en que cesó la obligación de cotizar.
- **Jubilación anticipada por trabajos penosos, tóxicos o peligrosos.** Antes de la reforma no existía este derecho, entrando en vigor el RD 1698/2011 en el cual se establece un procedimiento para aprobar el adelantamiento de la prestación de jubilación en determinados sectores y categorías profesionales siempre que se pruebe la existencia de un especial índice de mortalidad o morbilidad o la incidencia de enfermedades profesionales o bien actividades laborales que en función de los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para su desempeño. A día de la edición de la presente guía, no se ha aprobado ningún adelantamiento de la jubilación de ningún sector o categoría profesional, reflejando por parte de la administración el nulo interés en reconocer este derecho.
- **Jubilación anticipada voluntaria a los 63 años.** El trabajador debe tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad ordinaria de jubilación de implantación progresiva. Acreditar un mínimo de 35 años de cotización y 2 años de carencia específica que han de estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. El importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años. En caso contrario no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.
- **Jubilación anticipada por discapacidad.** Se reduce la edad de jubilación ordinaria en dos supuestos. Para aquellas personas trabajadoras por cuenta ajena que realicen una actividad retribuida y durante ésta acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 65%. Y para las personas trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia, con un grado de discapacidad igual o superior al 45 % siempre que se trate de discapacidades determinadas respecto de las que existan evidencias de que determinen una reducción en la esperanza de vida.
- **Sustituidos a los 64 años.** Esta modalidad desaparece a partir de 01-01-2013, si bien se mantendrá para quienes resulte de aplicación el régimen de transición para aquellos hechos causantes posteriores a 1 de abril de 2013 pero previos al 1 de enero de 2019. Trabajadores/as con 64 años de edad al que se les sustituye por un trabajador/a en situación de desempleo. Esta es una modalidad especial cuya finalidad es el fomento de

empleo por la cual el trabajador/a que se jubila lo hace con las mismas condiciones que si tuviera 65 años.

Respecto a la cuantía, para la jubilación ordinaria hay que distinguir el período transitorio y el régimen ordinario. Período transitorio: hecho causante desde 1 de enero de 2013 a 1 de enero de 2022. (El hecho causante se entiende en el momento de la solicitud cuando se accede desde la situación de alta o asimilada y coincide con el final de la vida activa del beneficiario.) La cuantía de la pensión se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje general que corresponda en función de los años cotizados. Para aquellas personas que les sea aplicable la legislación anterior a 1-1-2013, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 210 las bases de cotización del interesado durante los 180 meses inmediatamente anteriores al del mes previo al del hecho causante.

Año	Nº. meses computables/Divisor	Años computables
2013	192 / 224	16
2014	204 / 238	17
2015	216 / 252	18
2016	228 / 266	19
2017	240 / 280	20
2018	252 / 294	21
2019	264 / 308	22
2020	276 / 322	23
2021	288 / 336	24
2022	300 / 350	25

Régimen ordinario: La cuantía de la pensión se determina aplicando a la base reguladora el porcentaje general que corresponda en función de los años cotizados y, en su caso, el porcentaje adicional por prolongación de la vida laboral, cuando se acceda a la jubilación con una edad superior a la ordinaria vigente en cada momento y el coeficiente reductor que corresponda.

A partir del año 2022, la base reguladora será el cociente que resulta de dividir por 350 las bases de cotización del interesado durante los 300 meses inmediatamente anteriores al del mes previo al del hecho causante. Si se accede a la pensión desde una situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar, el período de determinación de la base reguladora (BR) no puede retrotraerse al momento en que cesó la obligación de cotizar.

El porcentaje a partir del 1/01/2013 es variable en función de los años de cotización a la Seguridad Social, aplicándose una escala que comienza con el 50% a los 15 años, aumentando a partir del decimosexto año un 0,19% por cada mes adicional de cotización, entre los meses 1 y 248, y un 0,18% los que rebasen el mes 248, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100%, salvo en los casos en que se acceda a la pensión con una edad superior a la que resulte de aplicación.

A la cuantía así determinada le será de aplicación el factor de sostenibilidad que corresponda en cada momento. Dicho factor de sostenibilidad se aplicará a las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social que se causen a partir de 01-01-2019.

No obstante, hasta el año 2027, se establece un período transitorio y gradual, en el cual los porcentajes anteriores serán sustituidos por los siguientes:

PORCENTAJE – JUBILACIÓN – AÑOS COTIZADOS								
PERIODO DE APLICACIÓN	PRIMEROS 15 AÑOS		AÑOS ADICIONALES				TOTAL	
	Años	%	MESES ADICIONALES	COEFICIENTE	%	AÑOS	AÑOS	%
2013 a 2019	15	50	1 al 163 83 restantes	0,21 0,19	34,23 15,77			
	15	50	Total 246 meses		50,00	20,5	35,5	100
2020 a 2022	15	50	1 al 106 146 restantes	0,21 0,19	22,26 27,74			
	15	50	Total 252 meses		50,00	21	36	100
2023 a 2026	15	50	1 al 49 209 restantes	0,21 0,19	10,29 39,71			
	15	50	Total 258 meses		50,00	21,5	36,5	100
A partir de 2027	15	50	1 al 248 16 restantes	0,19 0,18	47,12 2,88			
	15	50	Total 264 meses		50,00	22	37	100

No contributiva

De la modalidad no contributiva de la prestación por jubilación, que se encuentra regulada en los artículos 369 167 y siguientes de la LGSS, son beneficiarios los ciudadanos, españoles o no, residentes en el Estado español, mayores de 65 años, que cumplan los siguientes requisitos:

- Haber cumplido 65 años. No existe la jubilación no contributiva anticipada.
- Residir legalmente en territorio español durante, al menos, 10 años entre la edad de 16 y los 65, de los cuales al menos dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud. En el caso de ciudadanos europeos, a estos efectos se contabilizan los periodos de residencia en estados de la Unión Europea.
- Carecer de rentas o ingresos; esto es, carecer, en el año 2017, de ingresos o rentas superiores a 5.164,60 € (RD 746/2016 Anexo I.II.3). Esta cuantía se fija en la Ley de Presupuestos de manera anual. En el caso de que el interesado conviva con otras personas, esta cantidad varía.

4.9. Incapacidad permanente

Esta prestación se devenga por la presumible imposibilidad del trabajador/a para desempeñar, en diversos grados una actividad remunerada. Hay cuatro tipos: parcial, total, absoluta y gran invalidez. Son notas comunes a todas ellas las siguientes características:

Tendrán derecho a las prestaciones por incapacidad permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación o asimilada al alta. No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad de 67 años y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

4.9.1. Incapacidad Permanente Parcial

Se encuentran en ella aquellos trabajadores/as que, sin estar imposibilitados para su trabajo habitual, han sufrido un menoscabo en su capacidad para desempeñarlo superior al 33 %.

No se requiere período de cotización si deriva de accidente, laboral o no, o enfermedad profesional, pero si se deriva de enfermedad común se requiere un período de cotización consistente, según la edad en la fecha de baja por enfermedad, en:

- Con 21 o más años: 1800 días en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se haya extinguido la IT.
- Menores de 21 años: la mitad de los días transcurridos entre la fecha en que se cumplen los 16 años y la del hecho causante.

La cuantía será de un pago único equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que se utilizó para computar la incapacidad temporal de la que deriva la permanente o, en caso de no existir ésta, de la que se hubiera tenido.

Esta prestación es compatible con el desempeño de cualquier actividad remunerada, incluyendo la habitual del trabajador/a (el trabajador/a podrá solicitar al empresario, si su rendimiento se ve afectado por la incapacidad, que le reubique en puesto que pueda desempeñar o, caso de no existir, podrá éste disminuirle la retribución hasta un 25 %, con el límite del salario mínimo interprofesional)

4.9.2. Incapacidad Permanente Total

Están en esta situación los trabajadores/as que se ven incapacitados para desempeñar su profesión habitual, pudiendo, por el contrario, desempeñar otras actividades remuneradas. Habrá que estar al caso particular para determinar si lo que le ocurre al concreto trabajador/a le impide desempeñar absolutamente su profesión.

Además, se exige un periodo mínimo de cotización (salvo para accidentes o enfermedades profesionales), para los menores de 31 años un tercio del tiempo transcurrido entre los dieciséis años y el momento del hecho causante y para los mayores de esa edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los veinte años y la del hecho causante de la pensión, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia consistente en un 55 % de la base reguladora correspondiente, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de 60 años. Se incrementará en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior.

La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al 55 por ciento de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento.

Para calcular las bases reguladoras se seguirán las siguientes reglas:



- Para menores de 52 años por enfermedad común: la suma de las bases de cotización que correspondan en virtud del período mínimo exigible, por el número de meses a que dichas bases se refieran, multiplicando este divisor por el coeficiente 1,1666.
- Para mayores de 52 años por enfermedad común: el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante.
- En caso de accidente no profesional: el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses. Dicho período será elegido por el beneficiario dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión.
- En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional: el resultado de dividir por 12, la suma de: el sueldo y antigüedad diarios del trabajador/a por 365, las pagas extraordinarias por su importe total del año anterior y la división de los pluses, horas extraordinarias del año anterior por los días efectivamente trabajados ese año, multiplicada esta última cantidad por 273.

Los menores de 60 años podrán elegir, en lugar de esta forma de cobro, una indemnización de tanto alzado, que, dependiendo de la edad, va de las 12 a las 84 mensualidades, en el caso de que el trabajador/a destine esta indemnización a conseguir una fuente de ingresos distinta como trabajador/a autónomo.

La prestación de incapacidad permanente total es compatible con el desempeño de actividades remuneradas siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

4.9.3. Incapacidad Permanente Absoluta

Están en esta situación los trabajadores/as que no puedan desempeñar ningún tipo de profesión u oficio.

Los requisitos son idénticos que en el caso de la Incapacidad Permanente Total, pero se incluirán también los trabajadores/as que no estén de alta en el momento del hecho causante, siempre y cuando, si la incapacidad de estos últimos no se deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, deben tener cotizados 15 años, 3 de los cuales en los últimos 10.

La cuantía será del 100 % de la base reguladora, incrementada de un 30 a un 50 % cuando medie responsabilidad del empresario y a cargo del mismo, de forma análoga a la incapacidad permanente total.

La base reguladora se calcula igual que en la incapacidad permanente total, con la salvedad de que en los trabajadores/as que no estén de alta, será el resultado de dividir entre 112 las bases de cotización de los 96 meses anteriores al hecho causante.

Esta prestación es compatible con las actividades que sean compatibles con el estado del inválido, siempre que no supongan una recalificación del grado de incapacidad.

4.9.4. Gran Invalidez

En esta situación están los trabajadores/as que, estando en situación de Invalidez Permanente Absoluta necesitan la ayuda de otra persona para realizar los actos más elementales de la vida (comer, asearse, etc).

Se incrementará la prestación que se reciba por Incapacidad Permanente Absoluta en, al menos un 45 %, o, si es superior, la suma del 45 % de la base mínima de cotización del momento en que ocurra el hecho causante más el 30 % de la última base de cotización del trabajador/a.

4.9.5. Invalidez no contributiva

Es aquella pensión para aquellas personas que no cumplan los requisitos exigidos para las pensiones contributivas. La cuantía para 2017 en su cómputo anual es de 5164,60 €/año (368,90 € mensuales). Para aquellas personas que tengan un grado de discapacidad o enfermedad crónica igual o superior al 75% y necesite ayuda de otra persona para realizar las actividades cotidianas, tienen derecho a un complemento igual al 50 % de la pensión por incapacidad no contributiva.

4.10. Prestación por desempleo

4.10.1. Introducción

En el contexto de la crisis económica internacional, las medidas adoptadas por la práctica totalidad de los gobiernos de los países ricos, lejos de centrarse en garantizar el mantenimiento del empleo, se han focalizado en adoptar medidas con respecto a las prestaciones por desempleo, derivando los costes sociales de la situación económica hacia los trabajadores/as, en lugar de erosionar las enormes tasas de beneficios que las empresas han obtenido durante el periodo de crecimiento que precedió al año 2008.

En el caso concreto del gobierno español del PSOE, siguiendo las premisas del decretazo de Aznar, se han asumido los criterios neoliberales que afirman que la destrucción de empleo deriva, no bien del estallido de burbujas especulativas provocadas por la economía de casino que ha llevado a los mercados internacionales al colapso, sino de un presunto «alto coste» de la mano de obra y a una excesiva cuantía de las prestaciones de desempleo que llevan a los trabajadores/as a «no querer encontrar trabajo». Todas sus medidas de «fomento del empleo» han ido encaminadas a reducir las cotizaciones empresariales en la contratación, disminuyendo de esta manera la capacidad de actuación de la Seguridad Social y, en general, el sistema público de protección de situaciones personales coyunturalmente desfavorables.

Pese a las altas tasas de desempleo, que rozan los cuatro millones de personas paradas reconocidas (la realidad superará, gracias al empleo no declarado y a al uso de técnicas estadísticas que disminuyen la contabilidad por la vía de eliminar a personas paradas de larga duración) el gobierno no ha tomado medida alguna que aumente la cuantía o la duración de las prestaciones contributivas y no contributivas de desempleo, más allá de fomentar los expedientes suspensivos de regulación de empleo por la vía de eliminar los periodos de percepción de las prestaciones en estos supuestos como «consumidos por el trabajador/a» cuando posteriormente se enfrente a un despido. Esto es especialmente grave cuando las reformas introducidas por el PP a partir del 2012, ha conllevado que la mitad de las personas paradas según la EPA (2,3 millones de personas), no perciba ninguna prestación, ni contributiva ni asistencial. Desde el 2012 a 2017, la tasa de cobertura del desempleo ha descendido en 20 puntos y según el SEPE, solamente perciben algún tipo de prestación por desempleo, el 52% de las personas paradas oficialmente.

4.10.2. Prestación por desempleo contributiva

La protección puede ser:

- total definitiva cuando se extingue la relación laboral,
- total temporal cuando se suspende la relación laboral;



- y parcial cuando la jornada laboral se reduce temporalmente un mínimo de una tercera parte.

Los beneficiarios se encuentran regulados en el artículo 264 de la LGSS

Para tener derecho a la prestación por desempleo los trabajadores/as deben cumplir os siguientes requisitos:

- Estar afiliado a la Seguridad Social, o situación asimilada. Se debe estar afiliado o de alta o en situación asimilada, en algún régimen que contemple la contingencia por desempleo.
- Tener cubierto un período mínimo de cotización (el período mínimo de cotización es de 360 días dentro de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo).
- Estar en situación legal de desempleo. El trabajador/a se encuentra en situación legal de desempleo cuando se extingue, suspende o reduce su contrato de trabajo. La extinción no puede deberse a causa imputable al trabajador/a sino que debe tener su origen en expediente de regulación de empleo, jubilación, muerte o incapacidad del empresario, despido, despido basado en causas objetivas, resolución voluntaria del trabajador/a, expiración del tiempo convenido, realización de la obra o servicio, resolución del período de prueba, declaración de incapacidad permanente total del trabajador/a, suspensión de la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo, reducción en una tercera parte, fijos discontinuos que carezcan de ocupación efectiva, los retornados a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero.
- No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, salvo que no se tenga acreditado el período de cotización requerido para devengar la prestación correspondiente.
- Acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar el compromiso de actividad.

La duración de la prestación por desempleo contributiva, se fija en función del tiempo de ocupación cotizada en los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

Se regula en el artículo 269 de la LGSS, la escala que corresponde:

Cuadro nº 40

Periodo de cotización (en días)	Periodo de prestación (en días)
Desde 360 hasta 539	120
Desde 540 hasta 719	180
Desde 720 hasta 899	240
Desde 900 hasta 1.079	300
Desde 1.080 hasta 1.259	360
Desde 1.260 hasta 1.439	420
Desde 1.440 hasta 1.619	480
Desde 1.620 hasta 1.799	540
Desde 1.800 hasta 1.979	600
Desde 1.980 hasta 2.159	660
Desde 2.160 hasta	720

La cuantía de la prestación se encuentra regulada en el artículo 270 de la LGSS, y se encuentra limitado por un máximo y por un mínimo, que se halla aplicando un porcentaje a una base reguladora. Así, el porcentaje se establece atendiendo al tramo de duración de la prestación, y se corresponde con el 70% de la base reguladora durante los 180 primeros días, y con el 50 en vez del 60 % de la base reguladora a partir del día 181 y hasta el final de la prestación, una vez después de la reforma de la pensión por desempleo del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

La base reguladora³ se obtiene por el promedio de las bases de cotización por la contingencia de desempleo, durante los últimos 180 días del periodo anterior a la situación legal de desempleo o el momento en que cesó la obligación de cotizar.

El límite máximo: la prestación no será superior al 175% del Indicador Público de Rentas a Efectos Múltiples (IPREM), salvo cuando el trabajador/a tenga uno o más hijos/as a su cargo, en cuyo caso la cuantía máxima podrá elevarse reglamentariamente, en función del número de hijos, hasta el 200 o 225% del IPREM⁴.

Por otra parte, la prestación no podrá ser inferior al 107% o al 80% por ciento del IPREM, según que el trabajador/a tenga o no, respectivamente, hijos/as a su cargo. En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, las cuantías mínima y máxima se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas.

La Tramitación ha variado de manera importante tras el «Decretazo», (R-DL 5/2002) y tras la posterior ley de convalidación (L 45/2002). Hay que indicar que ahora corresponde situación legal de desempleo con el despido, que se acredita con la comunicación de despido que entrega la empresa al trabajador/a (la llamada carta de despido). Corresponde la prestación por desempleo, tanto ante un despido procedente como improcedente. Además, no se requiere impugnar el despido para tener derecho de acceso al desempleo.

En la fecha de la solicitud de la prestación por desempleo, el trabajador/a deberá suscribir un compromiso de actividad consistente en la obligación que adquiere el desempleado de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad.

A efectos de protección por desempleo, se entenderá por colocación adecuada la profesión demandada por el trabajador/a y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. Y, en todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada.

Transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones, además de las profesiones anteriores, también podrán ser consideradas adecuadas otras colocaciones que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador/a.

A su vez, la colocación se entenderá adecuada cuando se ofrezca en la localidad de residencia habitual del trabajador/a, o en otra localidad situada en un radio inferior a 30 kilómetros desde la localidad de la residencia habitual, salvo que el trabajador/a acredite que el tiempo mínimo para el desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 % de duración de la jornada diaria de trabajo que el coste del desplazamiento supone un gasto superior al 20% del salario mensual, o cuando el trabajador/a tenga posibilidad de alojamiento apropiado en el lugar del nuevo empleo.

³ En el cálculo de la base reguladora se excluye la retribución por horas extraordinarias con independencia de su inclusión en la base de cotización por dicha contingencia. A efectos de este cálculo dicha retribución no se incluye en los certificados de empresa

⁴ El IPREM anual para 2017 asciende a 7.455,14 euros/año, según la Ley de Presupuestos Generales del estado.



La prestación se puede suspender, lo que supone la interrupción del, y las causas que lo motivan son:

- Cumplimiento de condena que implique privación de libertad, salvo que tenga cargas familiares y no disponga de renta familiar alguna, cuya cuantía en cómputo mensual exceda del SMI.
- Situación de maternidad/paternidad.
- Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses.
- Realización de un trabajo por cuenta propia de duración inferior a veinticuatro meses.
- Sanción por infracción leve; y son infracciones leves:
 - La no comparencia ante la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, Servicio de Empleo, Agencias de Colocación sin fines lucrativos o Entidades Asociadas de los Servicios Integrados para el Empleo a su requerimiento salvo causa justificada.
 - No renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determine en el documento correspondiente.
 - No devolver a la Oficina de Empleo, o en su caso, a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, en el plazo de 5 días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fechas indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquellas.
 - No devolver a la Oficina de Empleo, o en su caso, a las Agencias de Colocación sin fines lucrativos, en el plazo de 5 días, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fechas indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquellas.
 - No cumplir las exigencias del compromiso de actividad, incluida la no acreditación de la búsqueda activa de empleo, salvo causa justificada, siempre que la conducta no esté tipificada como otra infracción leve o grave.
- Sanción por infracción grave, que son:
 - Rechazar una oferta de empleo adecuada.
 - Negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional

La suspensión por sanción, además de interrupción en el abono de las prestaciones, supondrá la reducción de la duración de la prestación reconocida en un mes, como mínimo, o de tres, según se trate de infracción leve o grave, pudiendo llegar hasta seis meses en los casos de reincidencias sucesivas.

En todos los casos de suspensión, salvo en el supuesto de sanción, el trabajador/a debe solicitar la reanudación del derecho en la Oficina de Empleo que le corresponda al finalizar la causa que determinó la suspensión.

El derecho a la prestación por desempleo se extingue por las causas siguientes:

- Agotamiento del período de duración de la prestación.
- Traslado definitivo de residencia al extranjero del trabajador/a, salvo en los casos de suspensión o de autorización para percibir la prestación por desempleo en otro país miembro de la Unión Europea.
- Fallecimiento del beneficiario.
- Que el beneficiario pase a ser perceptor de una pensión por jubilación o invalidez (total, absoluta o gran invalidez), pudiendo en caso de invalidez optar entre una u otra prestación.

- Realización de trabajo por cuenta ajena, de duración igual o superior a doce meses.
- Cumplimiento por parte del beneficiario de la edad ordinaria de jubilación, salvo que no tenga derecho a la pensión por esta contingencia.
- Renuncia voluntaria al derecho.
- Imposición de sanción de extinción por la comisión de una cuarta infracción leve, habiéndose cometido la anterior infracción en los doce meses anteriores.
- Imposición de sanción de extinción por reincidencia por tercera vez en alguna de las siguientes infracciones graves, habiéndose cometido la anterior dentro de los doce meses anteriores:
 - Rechazo de oferta de empleo adecuado.
 - Negativa a participar en trabajo de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales.
- Imposición de sanción de extinción por infracción grave de no comunicar la baja, cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho, o se dejen de reunir los requisitos para su percepción, cuando por dicha causa se haya percibido indebidamente la prestación
- Imposición de sanción de extinción de la prestación por infracción muy grave, que son:
 - Obtener fraudulentamente prestaciones indebidas o superiores a las que corresponden.
 - La connivencia con el empresario para la obtención indebida de las prestaciones por desempleo.
 - Compatibilizar el percibo de la prestación con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en caso de trabajo a tiempo parcial.
 - La no aplicación, o la desviación en la aplicación de las ayudas, en general, de fomento del empleo percibidas por los trabajadores/as.

4.10.3. Prestación por desempleo no contributiva. Subsidio por desempleo

Tienen derecho al subsidio por desempleo los trabajadores/as que se encuentran en los supuestos que se resumen a continuación. En general, esta prestación debe solicitarse en el plazo de quince días desde la fecha de agotamiento de la prestación contributiva, y como regla general, es una percepción prorrogable.

- Trabajadores/as que han agotado la prestación contributiva por desempleo y tienen responsabilidades familiares
- Trabajadores/as mayores de 45 años que han agotado la prestación por desempleo y no tuvieran responsabilidades familiares.
- Trabajadores/as emigrantes retornados.
- Trabajadores/as que, al producirse la situación legal de desempleo, no han cubierto el período mínimo de cotización para acceder a una prestación contributiva.
- Liberados de prisión.
- Trabajadores/as que sean declarados plenamente capaces o inválidos parciales como consecuencia de expediente de revisión por mejoría de una situación de gran invalidez, invalidez permanente absoluta o total para la profesión habitual.
- Subsidio por desempleo para trabajadores/as mayores de 55 años.



4.10.3.1. Trabajadores/as que han agotado la prestación contributiva por desempleo y tienen responsabilidades familiares

Para el acceso al subsidio deben:

- Haber agotado la prestación contributiva por desempleo.
- Tener responsabilidades familiares.
- Estar desempleado
- Estar inscrito como demandante de empleo, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada, ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, en el plazo de un mes desde el agotamiento de la prestación contributiva, o del subsidio especial para trabajadores/as mayores de 45 años que hayan agotado una prestación contributiva por desempleo de 24 meses. Se excluye de esta obligación a los trabajadores/as, siempre que la situación protegida por el subsidio se produzca hasta el 31 de diciembre de 2009, según el RD 2/2009 de 6 de marzo.
- Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Si el trabajador/a tuviera derecho al «subsidio por desempleo para trabajadores/as mayores de 55 años» percibiría éste.

Su duración es de seis meses, prorrogables previa solicitud, por otros dos períodos de igual duración, hasta un máximo de dieciocho meses, con las siguientes excepciones:

- Los menores de 45 años que hayan agotado una prestación contributiva de, al menos, 6 meses tendrán, además, derecho a otra prórroga de 6 meses, hasta totalizar 24 meses.
- Los mayores de 45 años que hayan agotado una prestación contributiva de 4 meses tendrán, además, derecho a otra prórroga de 6 meses, hasta totalizar 24 meses.
- Los mayores de 45 años que hayan agotado una prestación contributiva de, al menos, 6 meses tendrán, además, derecho a dos prórrogas de 6 meses cada una, hasta totalizar 30 meses.

La edad debe tenerse en la fecha de agotamiento de la prestación contributiva por desempleo.

La percepción económica del subsidio es una cantidad del 80 % del IPREM vigente en cada momento.

Existe la posibilidad de prorrogar el subsidio por desempleo.

4.10.3.2. Trabajadores/as mayores de 45 años que han agotado la prestación por desempleo y no tuvieran responsabilidades familiares

Son requisitos para el acceso a este subsidio:

- Estar desempleado
- Estar inscrito como demandante de empleo y no haber rechazado oferta de empleo adecuada, ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, en el plazo de un mes desde el agotamiento de la prestación contributiva, o del subsidio especial para trabajadores/as mayores de 45 años que hayan agotado una prestación contributiva por desempleo de 24 meses.

- Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75% del SMI.
- Tener cumplidos 45 años en la fecha de agotamiento de la prestación.

Si el trabajador/a tuviera derecho al «Subsidio por desempleo para trabajadores/as mayores de 55 años» percibiría éste.

La duración de este subsidio es de seis meses.

La percepción económica del subsidio es una cantidad del 80 % del IPREM vigente en cada momento.

4.10.3.3. Trabajadores/as emigrantes retornados

Es necesario para su percepción:

- Estar desempleado
- Inscribirse como demandante de empleo en el plazo de un mes desde la fecha de su retorno
- Ser persona trabajadora emigrante retornada de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo ni a Australia ni a Suiza.
- No haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, en el plazo de un mes desde la inscripción como demandante de empleo
- Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75% del SMI.
- Acreditar haber trabajado como mínimo 12 meses en los últimos seis años desde su última salida de España, en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo.
- En caso de haber trabajado un mínimo de 6 meses, sin llegar a 12, y haber cumplido 45 años, cabe la posibilidad de acceder a esta prestación a través de la Renta Activa de Inserción.
- No tener derecho a la prestación contributiva por desempleo.

Si el trabajador/a tuviera derecho al «Subsidio por desempleo para trabajadores/as mayores de 55 años» percibiría éste.

Su duración es de seis meses, prorrogables previa solicitud, por otros dos períodos de igual duración, hasta un máximo de 18 meses.

La percepción económica del subsidio es una cantidad del 80 % del IPREM vigente en cada momento.

4.10.3.4. Trabajadores/as que, al producirse la situación legal de desempleo, no han cubierto el período mínimo de cotización para acceder a una prestación contributiva

Son requisitos para su percepción:

- Estar desempleado y en situación legal de desempleo.
- Inscribirse como demandante de empleo en el plazo de 15 días, desde la situación legal de desempleo
- Tener cotizados, en un régimen de la Seguridad Social que contemple la contingencia de desempleo, al menos 3 meses, si tiene responsabilidades familiares, o 6 meses si no



las tiene y, no tener cubierto el período mínimo de cotización para tener derecho a prestación contributiva

- Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Si el trabajador/a tuviera derecho al «Subsidio por desempleo para trabajadores/as mayores de 55 años» percibiría este subsidio.

Su duración estará en función del número de meses cotizados y si tiene o no responsabilidades familiares; así, en el caso de que el trabajador/a tenga responsabilidades familiares, la duración será de tres, cuatro o cinco meses, si se ha cotizado tres, cuatro o cinco meses, respectivamente. O veintiún meses si se han cotizado seis ó más meses. En este supuesto, el derecho se reconocerá por seis meses, prorrogables por iguales períodos, hasta su duración final.

En el caso de que el trabajador/a no tenga responsabilidades familiares, su duración es de seis meses si se han cotizado 6 ó más meses.

La duración del subsidio en el caso de trabajadores/as fijos discontinuos, será equivalente al número de meses cotizados por desempleo en el año anterior a la solicitud.

La percepción económica del subsidio es una cantidad del 80 % del IPREM vigente en cada momento.

4.10.3.5. Liberados de prisión

Son requisitos generales:

- Estar desempleado.
- Inscribirse como demandante de empleo en el plazo de un mes desde la fecha de su excarcelación.
- No haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, en el plazo de un mes desde la inscripción como demandante de empleo
- Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.
- No tener derecho a la prestación contributiva por desempleo.
- Que la privación de libertad haya sido de una duración superior a 6 meses.

La percepción económica es supone el 80 % del IPREM vigente en cada momento.

4.10.3.6. Trabajadores/as que sean declarados plenamente capaces o inválidos parciales como consecuencia de expediente de revisión por mejoría de una situación de gran invalidez, invalidez permanente absoluta o total para la profesión habitual

Sus requisitos son:

- Estar desempleado
- Inscribirse como demandante de empleo en el plazo de un mes desde la fecha de la resolución del expediente de revisión de mejoría
- No haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, en el plazo de un mes desde la inscripción como demandante de empleo.
- Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias

Si el trabajador/a tuviera derecho al «Subsidio por desempleo para trabajadores/as mayores de 55 años» percibiría éste.

Su duración es de seis meses, prorrogables por otros dos períodos de igual duración, hasta un máximo de dieciocho meses

La percepción económica es del 80 % del IPREM vigente en cada momento.

4.10.3.7. Subsidio por desempleo para trabajadores/as mayores de 55 años (antes 52 años)

Este subsidio anteriormente estaba contemplado para mayores de 52 años. No obstante, con las reformas y sus recortes se ha retrasado hasta los 55. Los requisitos para su percepción son:

- Estar desempleado
- Tener cumplidos 55 años en la fecha de solicitud
- Estar inscrito como demandante de empleo y no haber rechazado oferta de empleo adecuada, ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, en el plazo de un mes
- Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias
- Haber cotizado por desempleo un mínimo de 6 años a lo largo de su vida laboral
- Cumplir todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión de jubilación en el Sistema de la Seguridad Social.
- Estar incluido en alguno de los supuestos siguientes:
 - Haber agotado una prestación contributiva por desempleo, sin que sea exigible tener responsabilidades familiares.
 - Acreditar haber trabajado como mínimo 12 meses en los últimos seis años desde su última salida de España, en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, y no tener derecho a la prestación contributiva por desempleo.
 - Ser liberado de prisión sin derecho a prestación contributiva por desempleo cuando la privación de libertad hubiera sido por tiempo superior a 6 meses.
 - Estar en situación legal de desempleo, no tener derecho a prestación contributiva por desempleo por no haber cubierto el período mínimo de cotización (12 meses), siempre que hayan cotizado, al menos, 3 meses
 - Haber sido declarado plenamente capaz o inválido parcial como consecuencia de expediente de revisión por mejoría de una
 - Ser emigrante retornado (haber trabajado como mínimo doce meses en el extranjero desde su última salida de España) sin derecho a prestación contributiva por desempleo.

Su duración será hasta que el trabajador/a alcance la edad que le permita acceder a la pensión de jubilación, (normal o anticipada).

La percepción económica supone el 80 % del IPREM vigente en cada momento.

XII

DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Directiva 2002/73/CE que reforma la directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres

Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Constitución Española, artículos 10, 14, 15, 18, 40.2.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la jurisdicción social, artículos 177 y siguientes.

Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección al honor, la intimidad y la propia imagen.

Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), artículo 8, 12.7.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

1. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

La discriminación se presenta en todo acto u omisión basada en prejuicio o convicciones relacionadas con sexo, la raza, la pertenencia étnica, el color de la piel, la nacionalidad, la lengua, religión, creencias políticas, origen y condición social o profesión, características físicas, edad, preferencia sexual, identidad de género, cualquier forma de discapacidad.

El Convenio núm. 111 de la OIT, en su artículo 1, define el término discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de trato en el empleo o la ocupación».

Esta situación supone la anulación, menoscabo, o restricción del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos, libertades fundamentales y la igualdad real de oportunidad de las personas.

En el caso de la equidad de género, para la OIT es, al mismo tiempo, una cuestión de derechos humanos y justicia social. Es una cuestión de «derechos humanos», porque mientras exista la discriminación por motivos de género (así como de raza o etnia, nacionalidad, edad, estado civil, opción religiosa, etc.) no puede haber respeto efectivo a los derechos humanos ni verdadera democracia.

Es una cuestión de «justicia social», porque la mejoría de las condiciones de acceso de la mujer al empleo y a la formación, sus condiciones de trabajo y protección social son factores fundamentales para eliminar la pobreza y el aumento de grados de justicia social.

2. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

2.1. Sindicalismo y perspectiva de género

Al hablar de perspectiva de género lo que se propone es una noción relacional entre hombres y mujeres, cuya implicación más inmediata es que ninguno puede ser entendido mediante un estudio completamente separado, dado que la información sobre las mujeres es necesariamente información sobre los hombres y viceversa. De este modo, cualquier análisis de la realidad que pretenda incorporar un análisis de género debe tener en cuenta lo que hacen (o no hacen) las mujeres y lo que hacen (o no hacen) los hombres, porque está directamente relacionado.

La realidad es que encontramos una serie de resistencias para que aquellos colectivos que luchan por una sociedad más justa, adopten una actitud feminista. Vencer estas resistencias es necesario si realmente queremos que nuestras secciones sindicales, delegados / as sindicales tengan realmente presente la lucha contra la desigualdad.

Existen resistencias de diversa índole:

- Se argumenta que no se discrimina a las mujeres, que es un problema que ya está superado, o bien que éste nos es el tema central de preocupación.
- Se reconoce el problema en términos de retórica, pero no se llevan a cabo acciones significativas.
- Se piensa que hay que hacer algo sobre este problema pero se es reacio a considerar cambios importantes. Se selecciona una actividad dentro de un proyecto global, para demostrar que se está haciendo algo.
- No se acometen las cuestiones de igualdad de forma transversal y se delega la responsabilidad en el «área de la mujer» de los sindicatos. La autonomía de las organizaciones de mujeres es indispensable, pero esto no significa que todas las personas no deban trabajar desde una perspectiva de género en cualquier tema que aborden.

La realidad laboral nos sigue señalando que el incremento de la tasa de actividad de las mujeres en los últimos treinta años ha sido importante, sin embargo podemos afirmar que fundamentalmente se ha producido por la vía del paro y la precariedad.

Las mujeres sufren segregación en el empleo. Al hablar de segregación en el empleo nos estamos refiriendo a que la mayoría de las mujeres se agrupan en determinados tipos de profesiones y en la escala más baja de las categorías. Sorprende ver cómo los mercados del trabajo en el mundo se encuentran segregados atendiendo al género de las personas trabajadoras.

La segregación por sexo puede ser Horizontal o Vertical. Hablamos de Segregación horizontal cuando las mujeres y los hombres trabajan mayoritariamente en ocupaciones diferentes. A pesar del aumento de la participación femenina en el mercado laboral, la segregación y las desigualdades por sexo no han disminuido ya que si bien las mujeres han empezado a acceder a empleos hasta ahora reservados a los hombres, la presencia de mujeres sigue siendo mayoritaria en los sectores tradicionalmente femeninos.

Las actividades que denominamos feminizadas son aquellas que concentran un mayor número de mujeres en una reducida gama de profesiones. Habitualmente estas actividades feminizadas se dan en sectores económicos que tiene niveles retributivos más bajos y unidades productivas de dimensiones reducidas.

Las ramas y los oficios considerados tradicionalmente más propios de las mujeres tienen un índice mayor de contratación temporal y a tiempo parcial (hostelería, asistencia sanitaria, cajas etc).



Se habla de Segregación Vertical, cuando los hombres trabajan mayoritariamente en ocupaciones situadas en la parte más alta de la escala profesional y la mayoría de las mujeres en la parte inferior (a medida que asciende la escala profesional aumenta la presencia masculina, concentrándose la presencia de las mujeres en los escalones más bajos).

Las mujeres ocupan por lo general trabajos subalternos. En muchos Convenios los puestos de trabajo aparecen en masculino, como si fuera neutro, pero a medida que descendemos en la clasificación y nos acercamos a los trabajos peor remunerados, las categorías se feminizan y se citan únicamente en femenino.

Por todo ello, se ha decidido abordar la cuestión de género en la Guía que tienes entre tus manos. La realidad es que vivimos en una sociedad con profundas desigualdades y situaciones discriminatorias hacia amplios sectores de la población, entre ellos las mujeres y que mientras sigan no podremos hablar de verdadero respeto a los derechos humanos ni verdadera democracia.

2.2. **Ámbito normativo**

2.2.1. **Declaraciones internacionales**

La protección de los derechos de las mujeres en el ordenamiento jurídico internacional arranca con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que se supone aplicable a todas las personas, sean éstas mujeres u hombres¹.

En la actualidad existen diferentes instrumentos que contemplan la defensa de los derechos de las mujeres en el ámbito internacional entre los que debemos destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983, el Convenio de sobre los Derechos Políticos de la Mujer ONU 1952, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ONU 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y culturales ONU 1967.

Por otro lado la OIT ha elaborado diversos Convenios cuyo objeto central es la discriminación de la mujer:²

2.2.2. **Directivas europeas**

En el marco de la Unión europea debemos recordar la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, texto que destaca la importancia de luchar contra toda forma de discriminación. Asimismo el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en la versión dada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y el Tratado de Amsterdam

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos «(...) *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)*» (Artículo 1). En segundo lugar, afirma que «(...) *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color; sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)*» (Artículo 2), y que «(...) *Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (...)*» (Artículo 7).

² Convenio número 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Convenio número 103, relativo a la protección de la maternidad. Convenio número 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Convenio número 156, sobre igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares que mejora las condiciones de las personas trabajadoras con hijos o hijas.

de 2 de octubre de 1997 se regula en su artículo 2, el principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

La Directiva 76/207/CEE, del Consejo relativa a la aplicación de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a acceso al empleo, formación y promoción profesionales y las condiciones de trabajo y la directiva que la reforma la 2002/73/CE introdujeron la definición de igualdad de trato, entendida esta como ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta.

2.2.3. Derecho español

2.2.3.1. Prohibición constitucional

La CE prohíbe la discriminación de género, estableciendo el principio de igualdad para todos los ciudadanos y ciudadanas, imponiendo la obligación de los poderes públicos de facilitar y promover las condiciones adecuadas para facilitar la participación real de todos y todas. El artículo 35.1 de la CE prohíbe la discriminación por razón de género en cuanto a la remuneración.

2.2.3.2. Derecho laboral. Derecho del trabajador/a a no sufrir discriminación

El artículo 4.2.c) del ET, establece claramente el derecho de los trabajadores/as a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, prohibiéndose no solo la discriminación directa, esto es, tratamientos peyorativos en razón del género, sino todo acto que implique una diferencia de trato sobre la base del género pese a estar revestido de un criterio aparentemente neutro. En este mismo artículo en el apartado e) se establece que los trabajadores/as 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, étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo

De igual forma el artículo 17 del ET establece la nulidad de cualquier precepto reglamentario, cláusula de convenio, pacto individuales y decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables. En este mismo artículo en el apartado 4 se fomenta el establecer medidas de acción positiva en la negociación colectiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. Así se podrán establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación en los casos en los que en igualdad de condiciones de idoneidad las personas del sexo menos representado en el grupo profesional tengan preferencias.

También en el artículo 17, apartado 5 del Estatuto de los trabajadores/as se establecen los planes de igualdad en las empresas que se ajustarán tanto a lo que diga el mismo Estatuto de los Trabajadores como a la LO para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Tanto el apartado 4 como el 5 del artículo 17 han sido introducidos por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

En concordancia con el Estatuto, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, considera infracción grave el no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación. Asimismo, se consideran infracciones muy graves las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas en las condiciones de trabajo. También se considera infracción muy grave el no elaborar o no aplicar el plan de igualdad. (También reformado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).



2.2.3.3. Código Penal

El CP, en su artículo 314, castiga con una pena de prisión de 6 meses a dos años, la actuación de los empresarios que tras requerimiento o sanción administrativa por grave discriminación no restablezcan la situación de igualdad ante la ley, reparando los daños económicos que se hayan producido.

2.2.3.4. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

La Ley Orgánica 3/2007 establece en su artículo 1 que el objeto de la misma es el hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. En este sentido, la Ley prevé medidas destinadas a eliminar y corregir tanto en el sector público como en el privado toda forma de discriminación por razón de sexo.

La Ley pretende tener una dimensión transversal para la lucha contra la discriminación, esto es, proyectar el principio de igualdad sobre los diversos ámbitos de la realidad social.

Nos interesa aquí destacar las medidas en el ámbito de las relaciones laborales. Se regula en el título IV de la Ley. En primer lugar se intenta fomentar los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. De especial relevancia es la inclusión de los planes de igualdad. Las empresas están obligadas y deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores/as deberán elaborar un plan de igualdad. La elaboración de estos planes de igualdad deben ser objeto de negociación colectiva.

Los planes de igualdad son un conjunto de medidas donde se fijarán los objetivos para poder alcanzar la igualdad de trato y eliminar la discriminación. Se podrán contemplar en estos planes, entre otras, materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo, conciliación laboral, personal y familiar, prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

Tras este análisis normativo, se podría llegar a pensar que existen suficientes instrumentos legales que combaten la situación de discriminación, sin embargo la realidad dista en gran medida de esta apariencia de igualdad normativa.

2.3. Manifestaciones de discriminación por razón de género en el ámbito laboral

La discriminación hacia las mujeres en el ámbito laboral sigue existiendo, aunque formalmente disfruten de los mismos derechos. La forma en que se presenta puede ser directa o indirecta.

- Discriminación directa. Se produce cuando hay un tratamiento desigual explícito, como por ejemplo, la prohibición de acceder a determinados puestos o categorías profesionales o la percepción de un salario inferior por un trabajo igual.
- Discriminación indirecta. En este caso aparece un tratamiento formalmente neutro, pero que produce efectos perjudiciales para el colectivo discriminado, en este caso, la mujer.

Solo es posible detectarla a partir de sus efectos y podemos considerar como indicios de que existe discriminación cuando aparecen desequilibrios significativos en la presencia o participación de las mujeres, como por ejemplo:

- Presencia de pocas o de ninguna mujer en determinados tipos de trabajo.

- La mayoría de las mujeres se encuentran en categorías más bajas.
- La media salarial de las mujeres es inferior a la de los hombres.
- Las mujeres prácticamente no asisten a cursos de formación.
- Estas situaciones no se producen por casualidad. El que formalmente las mujeres tengan los mismos derechos, no significa que eso sea real en la práctica.

Formas de discriminación indirecta más comunes

2.3.1. Acceso al empleo

A pesar de que la tasa de actividad de las mujeres ha pasado de un 20% en 1970 a cerca de un 50% en la actualidad, la idea de que el deber de un hombre es ganar dinero, y el deber de una mujer es cuidar de su casa y de su familia, sigue todavía demasiado arraigada en nuestra sociedad, de tal modo que el número de mujeres dedicadas en exclusiva al trabajo doméstico es superior al 15 % de las mayores de 16 años mientras que el de hombres no llega ni al 0,6 %. (Fuente: EPA IV trimestre 2016)

El acceso al empleo es la fuente de discriminación más perversa. Hay sectores de la producción donde no se contrata a mujeres, explicando en cierto modo, la desproporción entre los porcentajes de desempleados y desempleadas.

Son pocas las referencias normativas en cuanto al principio de igualdad en el acceso al empleo, sin embargo basta con recordar el contenido del artículo 14 CE.

2.3.1.1. Negociación colectiva y acceso al empleo

Los Convenios Colectivos deben combatir cualquier tipo de desigualdad o de posibilidad de desigualdad arbitrando normas de actuación en los procesos de selección que eviten tratamientos arbitrarios.

En la fase de negociación colectiva, los sindicatos deben ejercer tutela antidiscriminatoria. La negociación colectiva puede y debe ser un instrumento para establecer sistemas de acceso objetivos con la participación de los trabajadores/as o sus representantes.

Recordar aquí la importante novedad sobre la inclusión de los planes de igualdad de los que ya hemos hecho referencia en el apartado anterior.

La libertad de contratación de los/as empresarios/as no es absoluta es más está limitada por el respeto al resto del ordenamiento jurídico y muy especialmente la principio de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la CE.

La recomendación número 111 de la OIT, encarga, entre otros a los negociadores a través de los convenios colectivos, regular disposiciones que contemplen la igualdad de oportunidades y de trato en la admisión al empleo de la elección del trabajador/a, basándose en la aptitud individual para dicha formación y empleo ³ .

Participación activa de la representación laboral en los procesos de selección de personal.

Pactar fórmulas para que los criterios de selección sean los que sean lo más objetivos posibles.
--

³ Ej.: CC. Industria de la Siderometalúrgica de Burgos Artículo 61.



Aplicar criterios de acción positiva en al adjudicación de un puesto de trabajo para los colectivos menos favorecidos, como son mujeres mayores de 40 años o menores de 25, en caso de igual adecuación al puesto

Prohibir expresamente preguntas en los cuestionarios de selección sobre estado civil, relaciones personales, número de hijos edades etc. Este tipo de preguntas inciden indirectamente en la discriminación hacia las mujeres al presumir el/la empresario/a que las cargas familiares interferirán en el rendimiento en el empleo, toda vez que son responsabilidad en exclusiva de la madre

Pactar formulas de acción positiva priorizando, en igual de condiciones, el ingreso de mujeres en aquellos sectores, ocupaciones, donde se encuentre subrepresentada ⁴ .

2.3.2. Temporalidad y contratación

La realidad de la situación de la mujer en el mundo del trabajo asalariado se ve caracterizada por la inseguridad en el empleo y la precariedad. La mano de obra femenina se concentra fundamentalmente en contratos a tiempo parcial y contratos temporales. En situaciones de crisis económicas la mujer es la primera en desaparecer del mercado de trabajo incorporándose a la economía sumergida.

El argumento de que la mujer opta voluntariamente por modalidades contractuales temporales o a tiempo parcial es perverso. La gran mayoría de las asalariadas se convierten en las afectadas principales por contrataciones que sirven sólo para cubrir periodos punta de determinadas actividades terciarias o industriales.

2.3.2.1. Temporalidad y negociación colectiva

En los procesos de selección tener en cuenta a las personas que estén o hayan estado contratadas anteriormente de forma temporal o a tiempo parcial, siendo preferente su contratación en igualdad de méritos

Establecer explícitamente el derecho preferente a optar a puesto de trabajo a tiempo completo en el caso de trabajadores/as a tiempo parcial y fijo discontinuo

2.3.3. Promoción y formación profesional

Existe reconocimiento constitucional expreso al derecho a la promoción a través del trabajo en el artículo 35 de la CE. Sin embargo la promoción profesional de las asalariadas se ve sistemáticamente vetada tanto por las propias empresas como por las limitaciones que a las asalariadas se les impone como consecuencias de su condición de asalariada/esposa/madre/ama de casa, los horarios destinados a las tareas de cuidados normalmente asumidos en exclusiva por mujeres, tal y como se planteó anteriormente al hablar de segregación en el empleo.

2.3.3.1. Promoción y negociación colectiva

El artículo 24 del ET, remite a la negociación colectiva para establecer cuáles son los procesos de ascensos y los principales criterios que deberán ser valorados (formación, mérito, antigüedad, etc.). El mencionado artículo recuerda en su párrafo segundo el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Una vez más en este apartado hay que tener en cuenta lo esta-

⁴ Ej.: CC Comercio de Recambios-neumáticos y Accesorios de Automóviles de Madrid (2001-2002) Artículo 19. *Ascensos y categorías. Ocupación y promoción.*

blecido por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en lo referente a los planes de igualdad. En los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de promoción y formación.

Reconocimiento explícito de la igualdad de trato en materia de promoción.
Procesos de promoción precedidos de realización de pruebas objetiva pactándose en los comités de empresas pruebas objetivas que garanticen igualdad de trato.
Participación de los representantes de los trabajadores/as en los tribunales que enjuician la promoción, valorando de forma preceptiva y vinculante el sistema de valoración confeccionado por la empresa
Recoger un proceso de publicidad de los posibles ascensos en virtud de las vacantes.(exponiéndose en el tablón de anuncios).
Realización de la formación dentro de la jornada laboral.
Garantizar la posibilidad de asistir a los cursos de formación a las personas. que disfrutan de excedencia por cuidado de hijos o hijas o familiares enfermos.
Compromisos de acción positiva para facilitar acceso a mujeres a cursos de formación que favorezcan el acceso a puestos mayoritariamente masculinizados y viceversa.

Así mismo, la normativa internacional, en la Recomendación 111 de la OIT, establece que los negociadores deberán cerciorarse de que los contratos no contengan cláusulas discriminatorias con relación a los medios de formación, ascenso o conservación del empleo o condiciones de trabajo.

2.3.4. Discriminación salarial

El salario medio de las mujeres es un 30% inferior al de los hombres. El concepto de discriminación salarial es sencillo: existe discriminación salarial contra una persona o grupo de personas cuando las diferencias de salarios no reflejan única y exclusivamente diferencias de productividad. Se dará discriminación salarial cuando esté basada en el distinto sexo de los/las asalariados/as de modo que, existiendo las mismas características productivas entre un hombre y una mujer, ésta recibe menor salario que aquél.⁵⁵

La normativa ha regulado claramente la prohibición de discriminación salarial, así encontramos el Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y la Recomendación que lo complementa (núm. 90) establece el principio de igual remuneración.

Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 23 establece que toda persona tiene derecho sin discriminación alguna a «igual salario por igual valor». En este mismo sentido se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1977, así como el artículo 41 de la Constitución de la OIT.

La CE prohíbe genéricamente la discriminación por razón de género en cuanto a la remuneración, en su artículo 35.1.

- Asimismo, el artículo 28 del ET prohíbe expresamente la discriminación salarial tanto directa como indirecta, al obligar al empresario a pagar el mismo salario por un trabajo de igual valor.

⁵⁵ Azucena Escudero Prieto, Profesora de Derecho del Trabajo en la Universidad de Valladolid, A.vv., «Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva en Castilla y León» Junta de Castilla y León, Consejería de Sanidad y Bienestar Social



- El Tribunal Constitucional (STC, 145/1991, de 1 de julio, entre otras) ha venido reconociendo que el principio de igualdad de retribución va más allá de un mero formalismo, aplicándose a trabajos de igual valor y no meramente a los que son iguales por pertenecer a una misma categoría profesional.

Esta forma de discriminación no se produce de forma directa, que, sino que está producida por otros factores, algunos de los cuales ya se han abordado anteriormente, como la segregación horizontal y vertical o el trabajo temporal y a tiempo parcial.

Otro factor a tener en cuenta es que las mujeres asumen casi en exclusiva el trabajo doméstico y de cuidados, lo que hace que estén sujetas a una cierta discontinuidad, ausencias, reducciones de jornada, permisos, excedencias... que, a su vez repercuten en una menor promoción profesional.

También es importante señalar que se produce una valoración inferior de las actividades consideradas como feminizadas, (tareas de cuidados, hostelería etc.) por el simple hecho de serlo. El concepto de cualificación de una actividad es un concepto social y muchas veces basta con que sean las mujeres las que se ocupen fundamentalmente de un determinado puesto para que se les asigne un nivel de cualificación más bajo.

En muchas ocasiones las mujeres aportan saberes no formales, no académicos, que también están sujetos a desvalorización. En este caso es necesario cambiar el sistema de cualificación y también el principio de «igual salario para el mismo trabajo» por el de «igual salario para trabajos de igual valor»

2.3.4.1. *Discriminación salarial y negociación colectiva*

Establece explícitamente el derecho a la igualdad retributiva, esto es, pagar la misma retribución por trabajo de igual valor.
Eliminar de los convenios colectivos las clásicas categorías profesionales en femenino (cosedora, gobernanta, camarera, costurera, secretaria etc). Normalmente estas categorías profesionales feminizadas se encuentran en los trabajos que requieren menos cualificación., con una remuneración inferior a categorías igualmente con escasa cualificación, por ejemplo, peón, tradicionalmente ocupados por hombres
Otorgar competencias para la valoración de puestos de trabajo a una Comisión Mixta de valoración de puestos de trabajo.
Establecer un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones basado en criterios comunes de valoración. Estableciendo explícitamente la prohibición de discriminación por razón de género.
Establecer que todas las percepciones extrasalariales y mejoras sociales afectarán a todos/as los empleados sea cual sea su modalidad de contratación.
Eliminar todas aquellas medidas que en principio no teniendo apariencia discriminatoria directo, lo cierto es que afectan negativamente a mujeres, como por ejemplo, complementos salariales sólo para los trabajadores/as fijos o a jornada completa o ligados a actividades masculinizadas.

2.3.5. *Salud laboral*

Lo que se propone desde un análisis de género en salud laboral es estudiar el patrón diferencial de enfermar por razón de las diferencias biológicas y sociales de hombres y mujeres, considerando no solo el ambiente laboral, sino también el ambiente extra laboral, no sólo las consecuencias sobre la salud biológica, sino también sobre la psicológica y social.

- El artículo 40.2 de la CE establece entre los principios rectores de la política social y económica la seguridad y salud laboral, obligando a «los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo».

- La LPRL establece la obligación específica del empresario de garantizar la protección de los trabajadores/as especialmente a determinados riesgos, por sus propias características personales o estado biológico conocido (maternidad).

El discurso tradicional sobre la salud de la mujer trabajadora ha estado centrado casi exclusivamente en la salud reproductiva, primando el interés de proteger la salud del feto más que la de la madre y en ocasiones, se ha facilitado situaciones de discriminación amparadas en la supuesta reducción de riesgos para el embarazo.

Según una encuesta realizada en 1994, el riesgo para la salud de las mujeres era más alto en la medida que aumentaba el número de personas en el hogar. No se observó relación entre el número de personas en el hogar y el estado de salud de los hombres, lo que evidentemente guarda relación con su poca implicación en el trabajo doméstico.

Por ejemplo, nos encontramos con que es difícil la incorporación de mujeres a trabajos tradicionalmente masculinos porque no pueden cumplirse las normas de salud laboral. Desde la inexistencia de equipamientos de seguridad adecuados a su tamaño, hasta la falta de instalaciones, vestuarios, servicios etc.

2.3.5.1. Salud laboral y negociación colectiva

Ampliar el concepto de salud laboral en su vertiente preventiva
Reconocer el acoso moral como riesgo en el trabajo favoreciendo las condiciones de para su detección y corrección, así como los riesgos psicosociales que de la organización del trabajo se derivan.
En los reconocimientos médicos deberán tenerse en cuenta problemas de salud específicos de las mujeres.
Establecer canales de detección y mecanismos de registro de los riesgos para la salud.

2.4. Denuncia y actuación sindical

Ante una situación de discriminación por razón de género en el ámbito del trabajo, en primer lugar deberemos acudir a las Comisiones específicas competentes para el cumplimiento y vigilancia del principio de no discriminación, que se hubiesen creado en el marco de la negociación colectiva.

En el caso de no existir dichas Comisiones, o en el caso de que la situación discriminatoria persista, se podrá acudir a:

2.4.1. Autoridad laboral. Inspección de trabajo

Ante una situación de discriminación manifiesta, tanto directa como indirecta, basada en criterios de tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de sexo, así como discriminación indirecta, es necesario acudir a una denuncia ante la Inspección de Trabajo. En cuanto a las formas, requisitos y demás cuestiones, remitimos al apartado concreto de la presente guía.

Es infracción grave toda decisión que implique discriminaciones desfavorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo por circunstancia de sexo. El artículo 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social califica como falta muy grave el mencionado comportamiento.

2.4.2. Procedimiento tutela de derechos fundamentales

El artículo 177 y siguientes de la LRJS, establece que el tratamiento discriminatorio por razón de sexo se podrá tramitar con arreglo a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales⁶.

En el caso de que en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, el juez o tribunal puede recabar el dictamen de los organismos públicos competentes. (Artículo 95.3 LRJS).

En estos procesos se produce una inversión de la carga de la prueba, esto es, una vez que se deduzca la existencia de indicios de la discriminación por razón de sexo en la demanda, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Es decir, que corresponde al empresario/a no solo probar la licitud de la medida adoptada sino que esta medida no es discriminatoria.

En los procedimientos suscitados por vulneración de derechos fundamentales, la sentencia deberá contener necesariamente:

- La declaración de nulidad radical del comportamiento antisocial.
- Ordenar el cese inmediato de la conducta.
- Acordar la restauración de la situación al momento anterior de producirse la discriminación.
- Mandar que se reparen las consecuencias del acto, incluyendo indemnización.

Debemos destacar que estos procesos tienen carácter urgente, siendo preferente respecto de los que se sigan en el juzgado o tribunal. Así mismo este procedimiento está exceptuado de la conciliación o reclamación previa a la vía judicial.

2.4.3. Jurisdicción penal

El CP en su artículo 314, tipifica determinadas conductas cuando concurren las siguientes circunstancias, que se produzcan una grave discriminación en el empleo contra una persona como consecuencia su ideología, religión, o creencias, pertenencia a una raza, etnia o nación, su sexo, orientación sexual etc. y que el delito se consume, esto es, que tras el requerimiento o sanción administrativa no se restablezca la situación de igualdad ante la ley reparando los daños que se hubiesen producido.

2.5. Discriminación por razón de género y actuación sindical

La CGT debe incluir la lucha contra cualquier tipo de discriminación en su agenda, con especial atención todas las cuestiones relativas a la discriminación por razón de género.

⁶ La Sentencia 198/1996, de 3 de diciembre establece «La específica prohibición de discriminación directa, es decir, el *tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de sexo, sino también la indirecta esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo*».

La visión de género en la actividad sindical debe ser transversal en toda la fase negociadora, por ello la CGT debe:

- Articular campañas por la no discriminación de género en el ámbito laboral.
- Analizar y combatir la problemática de discriminación por razón de género en todo su contenido.
- Atender casos concretos utilizando siempre la sensibilidad adecuada.
- Establecer campañas informativas orientadas a los trabajadores/as sobre los derechos de las mujeres así como los procedimientos de denuncia.

2.6. Acoso sexual en el centro de trabajo

2.6.1. Concepto

La igualdad en el empleo se ve seriamente amenazada cuando se somete a las mujeres a una violencia dirigida directamente a ellas, por su condición de tales, como es el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo.

Existe una definición aceptada por la comunidad internacional «*el acoso en el trabajo es toda conducta verbal o física de naturaleza sexual, desarrollada en el ámbito de la organización y dirección de la empresa, o en relación de trabajo, realizada por un sujeto que sabe o debe saber que es ofensiva y no deseada por la víctima, determinando una situación que afecta al empleo y a las condiciones de trabajo y /o creando un entorno laboral ofensivo, hostil, intimatorio o humillante*».

Las trabajadoras son las que en mayor medida son objeto de víctimas de acoso sexual. La OIT ha señalado que las mujeres viudas, separadas, con trabajos inestables o recién insertadas en el mundo laboral son quienes tiene la mayor probabilidad de padecer esta situación.

La Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 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, define acoso sexual utilizando los siguientes términos «*La situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular, cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*».

2.6.2. Tipos de acoso sexual

Son dos las modalidades de acoso recogidas en diferente normativa comunitaria⁷:

⁷ Resolución del Consejo de 29-05-90 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, Recomendación de la Comisión para la igualdad de oportunidades de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo)

Cuadro nº 41

Tipo de acoso	Chantaje sexual	Acoso sexual ambiental
Objeto	<p>Diversos comportamientos por parte de aquellas personas que disfrutan de mayor rango en la empresa (empresario persona física, representante legal del empresario persona jurídica, o personal directivo, trabajadores/as superiores en jerarquía) que condicionan alguna decisión laboral (despido, no renovación de contrato, empeoramiento de las condiciones laborales) a la aceptación de someterse a sus requerimientos sexuales.</p> <p>El chantaje sexual se caracteriza por condicionar una decisión que afecta al empleo o a las condiciones de la víctima para él supuesto que esta no acceda a las pretensiones sexuales.</p>	<p>Comportamientos que implican la creación de un ambiente hostil, humillante e intimidatorio. Nos encontramos ante comportamientos de naturaleza sexual de cualquier tipo (bromas persistentes, y graves de carácter sexual, alusiones o comportamientos groseros sobre la vida de la víctima íntima del trabajador/a etc.) que producen una situación laboral intolerable.</p>
Sujetos activos	<ul style="list-style-type: none"> • Empresario persona física • Representante legal del empresario persona jurídica • Personal directivo • Trabajadores/as superiores en jerarquía <p>Esta modalidad de acoso contiene un problema, ya que excluye explícitamente conductas de acoso entre compañeros</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Empresario persona física • Representante legal del empresario persona jurídica • Personal directivo • Trabajadores/as superiores en jerarquía • Los propios compañeros de trabajo

2.6.3. *Ámbito normativo*

Ámbito europeo

El acoso sexual supone una violación del principio de no discriminación por razón de sexo, por lo tanto resulta de aplicación la normativa que, tanto en organizaciones internacionales como en el ámbito europeo se ha ido desarrollando en torno al principio igualdad de trato y a la prohibición de discriminación.

Derecho Español. Constitución

La persona víctima de acoso sexual puede ver lesionados varios de sus derechos fundamentales contemplados en la CE:

- Derecho a la dignidad personal (Artículo 10 CE).
- Derecho a la integridad física y moral (Artículo 15) respecto al artículo 40.2 de la CE ya que tales actuaciones afectan a la salud de los afectados.
- Derecho a la intimidad (Artículo 18 CE)

El Tribunal Constitucional ha reconocido que las situaciones de acoso sexual en el trabajo vulneran el derecho fundamental de la víctima a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (artículos 10 y 18.1 C.E.). En este sentido la STC de 13 de diciembre de 1999, núm. 224/1999, Fecha BOE 20-01-2000

Así mismo, aun no siendo un derecho fundamental, la CE regula en su artículo 35.1 el derecho al trabajo sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de género.

Legislación Laboral

La legislación laboral no se pronuncia explícitamente sobre las formas de afrontar una situación de acoso sexual, limitándose de una remisión genérica en cuanto a derechos y deberes laborales básicos, así, el artículo 4.2.ET.

Encontramos diversas referencias:

- Las conductas de acoso sexual suponen un atentado a la dignidad de las personas trabajadoras, por tanto y en virtud del artículo 50.1.a del ET, la víctima podrá solicitar la extinción de su contrato con justa causa teniendo derecho a indemnización señaladas para el despido improcedente.
- Las conductas de acoso sexual constituyen un atentado a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras pudiendo acudir a reclamar la indemnización por daños morales, siendo competente la jurisdicción social.
- La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres define los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Con relación al acoso sexual lo define como «*cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*». En ese mismo artículo pero en su apartado 2º se define el acoso por razón de sexo como «*cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*».

Regulación penal

El acoso por parte de un superior jerárquico.

En el caso de encontrarnos ante un acoso sexual cuyo sujeto activo sea un superior jerárquico, el tipo se encuentra regulado en el artículo 184.2 del CP. Los elementos esenciales del tipo son:

- La solicitud de favores de naturaleza sexual, esto es, que exista una petición de contenido sexual que se presente seria e inequívoca.
- La producción de una situación objetivamente intimidatoria.
- Situación de superioridad laboral, docente o jerárquica.
- El anuncio por parte del sujeto activo de que en caso de no acceder a sus pretensiones podría causarle un mal relacionado con su ámbito laboral.

El acoso moral implica normalmente una actitud persistente y reiterada pero nada impide que pueda considerarse a partir de una sola proposición.⁸

La conducta del autor debe provocar una situación objetiva y gravemente intimidatorio, hostil o humillante realizada de forma consciente o inconsciente, si no se da tal situación no podemos aplicar el artículo 184. Aunque quedaría como posibilidad, a valorar por los servicios jurídicos, acudir al delito de atentado contra la integridad moral tipificado en el artículo 173 del CP.

Acoso sexual horizontal

También se penaliza el acoso ambiental por parte de compañeros de trabajo y se establece como único requisito un trato humillante para las víctimas. En este caso nos encontraríamos ante un ilícito penal, regulado en el artículo 184.1 del CP. La reforma del Código Penal de 1999, Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril, incorpora el acoso sexual ambiental, siendo suficiente que la solicitud de contenido sexual hubiera provocado una situación objetiva y gravemente intimidatoria, sin exigir superioridad jerárquica.

Igualmente están tipificadas las situaciones de acoso por parte de funcionarios públicos en el 443 del CP estableciendo una pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta de seis a doce años para aquellos funcionarios que soliciten favores sexuales a una persona que tenga pretensiones pendientes de resolución de aquél.

2.6.4. Acoso sexual y Acción sindical

El acoso sexual en el empleo crea un clima de hostigamiento intolerable que afecta a numerosos aspectos de la vida de las personas trabajadoras, desde las perspectivas de empleo y promoción, seguridad hasta la salud mental de las personas afectadas.

La CGT debe mantener una postura clara y decidida frente a cuestiones de esta índole tomando para ello diversas medidas.

- En el ámbito de la empresa, la CGT debe crear un ambiente de confianza y seriedad por el cual las personas afectadas puedan comunicar la situación sintiéndose suficientemente comprendidas.
- En el caso de recibir comunicación de una situación de acoso, será competencia en exclusiva de la persona afectada decidir cuál es la actuación a seguir, previo asesoramiento oportuno del sindicato. Más allá de las medidas legales oportunas no podemos olvidar la labor sindical que desde la CGT se puede hacer para combatir estas situaciones.
- Crear un clima donde no se tolere el acoso sexual en el centro de trabajo.
- Informar a sus propios/as afiliados / as sobre la naturaleza y alcance del acoso sexual en el centro de trabajo

Tener presente el discurso contra el acoso en los centros de trabajo, en las asambleas, en definitiva hablar sobre ello es un elemento persuasivo eficaz.

⁸ Gaspar Blanch, Ana, «El Acoso Sexual, un ataque a la libertad y a la integridad moral», Revista General del Derecho.

2.6.5. Vías de actuación

2.6.5.1. Vías de actuación en el ámbito de la empresa

Cuadro nº 42

<p>Denuncia inspección de trabajo (art. 96.11 ET)</p>	<p>Nos remitimos en este punto a lo expuesto en partes precedentes de la presente Guía referentes a denuncias ante la inspección de trabajo.</p> <p>El artículo 8.13 de la LISOS establece que el acoso sexual es una infracción muy grave, asimismo el artículo 12.7 LISOS califica como infracción grave en materia de prevención de riesgos laborales.</p>
<p>Extinción del contrato por la vía del artículo 50 del ET (extinción por voluntad del trabajador/a).</p>	<p>La trabajadora que sufra acoso sexual puede acudir al procedimiento de extinción del contrato por la vía del artículo 50.1.a del ET, siendo el acoso sexual una causa justa para que el trabajador/a solicite la extinción del contrato toda vez que supone un menoscabo de su dignidad. En tal caso la trabajadora tendrá derecho a una indemnización equivalente la de despido improcedente.</p> <p>Sin embargo no parece aconsejable acudir a este proceso ya que la trabajadora pierde el trabajo y además durante el tiempo que dure el procedimiento la trabajadora permanecerá en su puesto de trabajo, no olvidemos que este procedimiento no es preferente. Además, esta posibilidad, en lugar dar una solución a la mujer y penalizar al acosador, lo que hace es penalizar a la víctima</p>
<p>Nulidad del despido, o de cualquier otra decisión laboral como consecuencia de la denuncia pública</p>	<p>La adopción de cualquier decisión laboral, (despido, no renovación del contrato, cambio de puesto de trabajo, etc.) como consecuencia del ejercicio de acciones contra el sujeto activo del acoso o la empresa será considerada nula (artículo 55.5 ET)</p> <p>En este mismo sentido cualquier decisión laboral motivada por la resistencia a aceptar las proposiciones de naturaleza sexual no deseadas será considerada nulas y sin efecto conforme al artículo 17.1 del ET.</p>
<p>Despido disciplinario del acosador como autor de una falta laboral muy grave (Artículo 58 ET, 54.2 ET)</p>	<p>En caso de que el sujeto activo del acoso sean compañeros de trabajo sin que medie relación jerárquica alguna, la víctima de acoso debe, poner en conocimiento del empresario la situación.</p> <p>Consecuencias directas:</p> <p>Sanción laboral al acosador como autor de una falta laboral muy grave (artículo 58 ET).</p> <p>Podría sancionarse con el despido disciplinario del artículo 54.2.c). ET.</p> <p>El problema es que queda al arbitrio del empresario apreciar o no el acoso y en consecuencia sancionar.</p>

2.6.5.2. Actuación fuera del ámbito de la empresa

Cuadro nº 43

<p>Denuncia penal</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Es conveniente en algunos casos la denuncia ante el Juzgado de Guardia por si los hechos fuesen constitutivos de delito. Es importante aconsejar a la víctima que acuda a un abogado/a en este caso para que le informe sobre como plantear la denuncia y en qué sentido • En todo caso es vital aconsejar a la víctima dispuesta a denunciar que tiene que intentar hacerse con todo tipo de pruebas precisas para demostrar el acoso, toda vez que, las situaciones de acoso suelen producirse en situaciones de intimidad, donde no hay más testigo que la víctima <p>Llegados a este punto, cabe mencionar diversa jurisprudencia que ha venido reconociendo que «(...) las manifestaciones de la víctima, especialmente en delitos sexuales, pueden servir para enervar el principio de presunción de inocencia cuando los jueces asimilan tales declaraciones, si no hay razones objetivas que hagan dudar de la credibilidad de quien así se expresa esto es, la declaración de la víctima puede ser prueba suficiente para acreditar el acoso, siempre que no existan dudas sobre su credibilidad, su declaración sea persistente y verosimilitud.</p> <p>Pese a esta posibilidad, es conveniente la declaración de testigos, compañeros de trabajo, que avalen en lo esencial la declaración de la víctima, así como informes médicos que pudiesen acreditar algún tipo de trastorno.</p>
<p>Demanda por tutela de derechos fundamentales (Artículos 177 y siguientes de la LRJS)</p>	<p>Es posible recabar la tutela de derechos fundamentales conforme al procedimiento establecido en el artículo 181 de la LPL, en relación con el artículo 4.2.e para restituir los bienes constitucionales infringidos solicitando el cese del comportamiento, así como obtener una indemnización por daños y perjuicios, dirigiendo la demanda contra cualquier persona que protagonice el acoso.</p> <p>La persona acosada puede solicitar:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El cese de la actividad ilícita • Reparación de las consecuencias derivadas del acoso, incluida la indemnización.

2.6.6. Acoso Sexual y Negociación Colectiva

<p>Incluir una definición de Acoso Sexual en los Convenios Colectivos.</p>
<p>Tipificar las conductas de acosos sexual en los Convenios Colectivos a través de su inclusión en el capítulo o sección que aquellos dedican al régimen disciplinario, estableciendo grados y gamas de sanciones en función de la gravedad.</p>
<p>Incluir en el Régimen disciplinario la calificación de falta muy grave con sus correspondientes sanciones.</p>
<p>Establecimiento de un procedimiento predisciplinario o interno, esto es, un protocolo de actuación, que facilite la imposición en su caso de una posterior sanción. (Obligatoriedad de apertura de expediente, nombramiento de una figura instructora), garantizando cláusulas de confidencialidad</p>
<p>Dotar a las Comisiones Paritarias o Comisiones de Igualdad de competencias para velar por el cumplimiento de la normativa establecida y del procedimiento a seguir en los casos de acoso sexual</p>
<p>Formar específicamente a los/as representantes de los trabajadores/as en materia de acososexual.</p>

Por último para abordar el acoso sexual, se debe hacer desde varios terrenos⁹:

- Mediante la autoorganización.
- La lucha sindical,
- Los cambios normativos.

Las mujeres pueden dar una respuesta por si mismas, siendo capaces de generar solidaridad, ayudar a que las mujeres extraigan fuerzas para oponerse a cualesquiera situaciones humillantes, a romper el aislamiento con que viven estas situaciones, a desculpabilizar a las mujeres, crear un ambiente de rechazo, romper la complicidad masculina.

3. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD LEGISLACIÓN APLICABLE:

- Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastricht en 1992.
- Constitución española. Artículo 14
- Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Artículo 4.2. c, 17.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, artículos 177 y siguientes.

3.1. Introducción

Una de las discriminaciones más importantes que sufren los ciudadanos/as es la discriminación por razón edad, un factor determinante a la hora de la búsqueda de empleo. Los sectores de la población que sufren esta discriminación son los que tienen entre 45 y 65 años y los más jóvenes, entre 15 y 24 años.

Según datos ofrecidos por la Comisión Europea, el paro de los más jóvenes (15 y 24 años) prácticamente duplica a la tasa de paro en general.

Son muchos los obstáculos que deben sortear las personas mayores para encontrar empleo una vez que lo pierden. Les resulta muy difícil encontrar otro empleo. Según afirma la OIT, en los países de la OCDE los trabajadores/as de edad representan una amplia mayoría de entre los desempleados a largo plazo.

La discriminación por razón de edad se manifiesta de múltiples formas:

- Acceso al empleo: El acceso al empleo es una de las más fuertes formas de discriminación, realizada de diversas formas, en función de la edad de la persona, fijar límites de edad para la contratación, imputar al aspirante una falta presunta de «potencial para progresar profesionalmente» o bien «demasiada experiencia».

⁹ Pinto, María Jesús: «Romper el silencio» Debates feministas. Ed. Comisión Anti-Agresiones y Coordinadora de Grupos de Mujeres de Barrio y Pueblos del Movimiento Feminista de Madrid. Madrid 1990.



- Formación profesional, imponiendo límites para la formación profesional. En la Unión Europea, si bien casi la mitad de los trabajadores/as mayores de 50 años trabajan para empresas que imparten formación, menos del 15% participan en cursos de formación¹⁰.
- Escalas salariales por razón de edad. El TC ha considerado discriminatorio las dobles escalas salariales por razón de edad, sin embargo las ha admitido cuando las mismas vienen unidas a una menor productividad por una inferior profesionalidad o experiencia (STC 31/1984, de 7 de marzo).

En cuanto a los jóvenes, casi el 40 % de los incorporados a la actividad laboral está en paro, una tasa que está muy por encima de la Unión Europea. La situación empeora en el caso de las mujeres, una de cada tres está en paro. Junto a la tasa de paro, aquellos que no están en desempleo, tienen una contratación temporal. La mitad de los trabajadores/as temporales son jóvenes.

El desempleo juvenil es sólo una dimensión de los problemas de empleo a los que se enfrentan los/as jóvenes, el subempleo y la temporalidad son cada vez más importantes, la mayoría de los jóvenes trabajan menos horas de las que querían y otros durante muchas horas por poco dinero, estando obligados a trabajar precariamente o con contratos de corta duración.¹¹

En este apartado nos limitamos a mencionar las principales formas de discriminación, toda vez que, jubilación, expedientes regulación de empleo, contratos formativos, empresas de trabajo temporal, subcontratación, temporalidad etc... han sido analizados en partes precedentes de la Guía.

3.2. **Ámbito normativo**

Ámbito internacional

Existen una serie de Convenios de la OIT que contemplan expresamente la situación de los/as jóvenes en el empleo.¹²

Ámbito europeo

El Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastricht en 1992, modificado por el Tratado de Ámsterdam, contempla en su artículo 13 la posibilidad de llevar cabo acciones contra todo tipo de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, minusvalías, edad y orientación sexual.

¹⁰ Comisión europea: Informe solicitado por el Consejo europeo de Estocolmo: Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa, Informe de la Comisión al Consejo, el Parlamento Europeo, el Comité económico y social y el Comité de las Regiones (Bruselas 2002).

¹¹ Informe trabajo decente para los jóvenes. Organización Internacional del Trabajo.

¹² Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (Núm. 100). Convenio sobre la edad mínima, 1973 (Nº 138) Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999. Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946 (Núm. 79). Convenio sobre la política del empleo, 1964 (Nº 122). Recomendación sobre los programas especiales para los jóvenes, 1970 (Nº 136). Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (Nº 142).

Por otro lado, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre¹³, en su artículo 6, admite diferencias por razón de edad en los siguientes supuestos:

- Establecimiento de condiciones de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y trabajo, condiciones de despido y recomendación, para los/as jóvenes, trabajadores/as de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de esas personas.
- El establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a unas determinadas ventajas vinculadas al mismo.
- Establecimiento de una edad máxima para la contratación que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o de a necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación.

Ámbito español

En el derecho español los tratamientos desfavorables por razón de edad son consideradas de forma general como discriminaciones prohibidas en base a los artículos 14 de la CE y artículo 17ET.

- El artículo 4.2.c) del ET, establece claramente el derecho de los trabajadores/as a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de edad. Asimismo el artículo 17 del ET establece la nulidad de cualquier precepto reglamentario, cláusula de convenio, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables.
- La LISOS, considera infracciones muy graves cualquier decisión unilateral del empresario que implique discriminaciones favorables o adversas.

3.3. Actuación ante situaciones de discriminación por razones de edad

En cuanto a las formas de actuación ante discriminaciones es posible accionar los siguientes procedimientos:

3.3.1. Acudir a las comisiones competentes

Acudir a las comisiones competentes para velar por el cumplimiento del principio de no discriminación creadas en el marco de la negociación colectiva a tal efecto.

3.3.2. Denuncia ante la Inspección de trabajo

Ante una situación de discriminación manifiesta, tanto directa como indirecta, por razón de edad es posible acudir a una denuncia ante la inspección de trabajo.

¹³ Esta Directiva debe ser transpuesta por los estados miembros a su legislación a más tardar el 2 de diciembre de 2003, no obstante es posible disponer de un plazo adicional de 3 años para las disposiciones relativas a la discriminación por razón de edad.

3.3.3. Procedimiento tutela de derechos fundamentales

El artículo 177 de la LRJS, establece que el tratamiento discriminatorio por razón de edad se tramitará con arreglo a la modalidad de tutela de derechos fundamentales. Para más información, en cuanto forma y requisitos de los procedimientos descritos remitimos a partes precedentes de esta Guía.

3.4. Discriminación por razón de edad y acción sindical

Luchar contra la discriminación debe ser una actividad prioritaria para la CGT, para ello es imprescindible, afiliarse a aquellos sectores de la población que sufren discriminación. En cuanto a la juventud, es notorio que los jóvenes encuentran trabajo en sectores donde los sindicatos están poco representados, si bien es cierto que la sindicación de jóvenes es importante no es menos cierto que no es suficiente, es necesario integrar a los jóvenes en todos los órganos de responsabilidad sindical.

3.5. Discriminación por razón de edad y actuación sindical

Por otro lado, los Convenios pueden y deben regular aspectos sociales que inciden directamente en la lucha contra la discriminación, cláusulas tales como:

- Establecer cláusulas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación, mencionando expresamente la prohibición de discriminación por razón de edad.
- Asegurar la libertad de expresión.
- Establecer controles sobre la contratación estableciendo procesos objetivos.

4. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Constitución española, artículo 10, 14.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la

Ley del Estatuto de los Trabajadores, Artículo 4.2. c, 17.

Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la jurisdicción social, artículos 177 y siguientes.

4.1. Introducción

La discriminación hacia colectivos gays, lesbianas y transexuales..., sigue existiendo socialmente con manifestaciones que van desde el no reconocimiento explícito de sus derechos, a la homofobia que se expresa de forma cotidiana a través de comentarios y actitudes negativas bastante generalizadas. En el ámbito laboral esta situación se reproduce provocando discriminaciones específicas que deben ser abordadas desde el sindicalismo.

En este caso no nos estamos refiriendo sólo a la discriminación desde la empresa, son también a aquellas que se generan desde los propios trabajadores/as, como forma de rechazo a los que

tienen o pueden tener una orientación sexual diferente. Este miedo se produce especialmente en aquellos grupos laborales que requieren utilizar espacios de «intimidad» (servicios, vestuarios, duchas). En ellos, algunos trabajadores/as heterosexuales practican bromas pesadas, burlas, mofas e incluso agresiones psicológicas a estos colectivos.

Por desgracia el recorrido realizado en esta cuestión es todavía muy limitado, y sólo se han abordado en algunos casos las formas de discriminación más evidentes. Nos encontramos ante un problema que en el entorno laboral ha sido poco tratado y del que existe escasa información.

Una cuestión inicial a tener en cuenta es la tendencia generalizada a negar el problema, considerando que la orientación sexual de una persona corresponde a su intimidad y, por tanto, es algo que no tiene que aparecer en el entorno laboral. De ese modo, si gays, lesbianas, transexuales..., mantienen su orientación sexual en la «clandestinidad» y se manifiestan de forma “normalizada”, no serán objeto de discriminación. Esta posición no sólo olvida que la vida de un ser humano es una y no puede escindirse en distintos apartados (lo afectivo, lo familiar, lo laboral o lo social) sino, lo que es peor, se niega un derecho fundamental: el libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido, la presión social que se ejerce sobre este colectivo, hace que en muchos casos su situación de discriminación pase desapercibida en el entorno laboral y que incluso existiendo una normativa favorable, ésta no sea utilizada porque supondría hacer pública la orientación sexual y tener que afrontar otros efectos negativos discriminatorios que pudieran derivarse. Esto es algo que hay que tener en cuenta ya que, conseguir sobre el papel cualquier mejora, no significa que se materialice en la realidad si no se ponen en marcha a otras medidas que avancen en la transformación social.

4.2. Principios de no discriminación por razón de orientación sexual

Declaraciones internacionales

No existe en las principales declaraciones internacionales de Derechos Humanos un reconocimiento explícito de los derechos de las personas homosexuales, por ello debemos acudir a un reconocimiento implícito a través de diversas declaraciones internacionales¹⁴ de:

- Reconocimiento derecho a la igualdad.¹⁵
- Reconocimiento del derecho a la integridad moral
- Reconocimiento el derecho a la intimidad

¹⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los protocolos correspondientes.

¹⁵ La declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 1 establece Artículo 1 de la Declaración Universal que «*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*»

Derecho europeo

La orientación sexual figura entre los motivos de discriminación prohibidos por el Tratado de Ámsterdam que modifica el Tratado de la Unión, aprobado el 2 de octubre de 1997, estableciendo en su artículo 13 «*el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.*»

En este sentido debemos mencionar, diversas resoluciones y recomendaciones de ámbito europeo.¹⁶

La Resolución del Parlamento Europeo B4-0824 y 0852/98 de 17 de septiembre de 1998, Resolución sobre la igualdad de derechos de las personas homosexuales en la Comunidad Europea pide entre otros asuntos, *que todos los países candidatos supriman toda ley que viole los derechos humanos de las personas homosexuales, sobre todo por lo que respecta a la desigualdad en la edad mínima legal para mantener relaciones sexuales* y que la Comisión Europea tenga en cuenta el respeto y la observación de los derechos fundamentales de los homosexuales de ambos sexos, a la hora de negociar la adhesión de nuevos países.

La Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación prohíbe expresamente la discriminación por razón de orientación sexual.

Derecho español. Legislación sobre discriminación por razones de orientación sexual.

La CE no menciona expresamente la orientación sexual, teniendo que acudir al genérico artículo 14, en su afirmación final «y cualquier otra condición o circunstancia personal o social»¹⁷.

El CP reconoce como delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por la pertenencia de sus miembros a una orientación sexual determinada (Artículo 510 CP).

No existe una especial protección jurídica contra la discriminación por razón de orientación sexual en el centro de trabajo. En los casos en que una persona por razón de su homosexualidad no reciba un ascenso, o incluso sea víctima de un despido puede alegar únicamente que se ha producido por motivos injustificados o injustos., por ello debemos acudir al genérico artículo 4.2.c) y 17 del ET.

¹⁶ Resolución de 15 de septiembre de 1998, del Parlamento Europeo, sobre igualdad de derechos de las personas homosexuales en la CE. Recomendación 1992/131/CEE, de 27 de noviembre, sobre protección y dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Recomendación 924/1981 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la discriminación de los homosexuales. Resolución de 17 de diciembre de 1998, sobre aspecto de los derechos humanos en la Unión Europea. Recomendación 1992/131/ CEE, de 27 de noviembre, sobre protección y dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Recomendación 924/1981 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la discriminación de los homosexuales. Resolución de 17 de diciembre de 1998, sobre aspecto de los derechos humanos en la Unión Europea. Resolución A-0028/94 de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea. Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas. Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Resolución de 15 de septiembre de 1998, del Parlamento Europeo, sobre igualdad de derechos de las personas homosexuales en la CE

¹⁷ No se menciona orientación sexual en la CE, pese a que durante los debates constituyentes se plantearon enmiendas para consagrar el derecho de toda persona al desarrollo de su afectividad y sexualidad.

4.3. Principales manifestaciones de la discriminación laboral hacia homosexuales

Existen pocas investigaciones sobre la discriminación en el empleo contra gays y lesbianas en el ámbito laboral. No obstante, existen algunas cifras que pueden ofrecernos una visión sobre la realidad, en una encuesta realizada en el Reino Unido en 1999 se mostraba que el 16% de las personas encuestadas había sufrido al menos una vez la experiencia de la discriminación, el 8% afirmó haber sido despedido a causa de su sexualidad mientras que un 48% afirmó haber sido víctima de acoso en el trabajo.

No obstante en este epígrafe, nos vamos a limitar a esbozar las diversas formas de discriminación que sufren las personas homosexuales y la posible actuación sindical al respecto. Los gays y lesbianas sufren cotidianamente, vulneraciones del derecho a la intimidad en los procesos de selección de personal, no renovaciones de contratos laborales en determinadas circunstancias, obstaculización de la promoción del homosexual en las empresas, no percepción de permisos por enfermedad del compañero/a, no percepción de pensiones por viudedad.

Desde la aprobación en 2005 de la ley del matrimonio homosexual, es evidente que existe, desde el punto de vista legal, a efectos laborales (permisos, etc), una equiparación absoluta entre matrimonios heterosexuales y homosexuales. En cuanto a las parejas de hecho, para los empleados públicos encontramos esta equiparación, en el EBEP y sus normas de desarrollo. Fuera del sector público, será necesario, para obtener identidad de derechos, incluir en la Negociación Colectiva la equiparación de derechos entre uniones de hecho y matrimonios.

4.4. Orientación sexual y actuación sindical

La CGT puede y debe actuar contra la homofobia en los centro de trabajo proyectando una actitud preventiva incluyendo esta problemática en su agenda.

Articulaciones en campañas por el reconocimiento de la igualdad real de los derechos laborales de los trabajadores/as homosexuales.

Reconocer abiertamente el problema de la homofobia en el centro de trabajo. Promover comportamientos y actitudes de respeto e igualdad.

Estableciendo campañas informativas orientadas a los trabajadores/as sobre los derechos de los homosexuales así como los procedimientos de denuncia.
--

En cuanto a las formas de actuar ante una situación de discriminación por razón de orientación sexual, conviene acudir a una denuncia ante la inspección de trabajo o ante la jurisdicción social por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, del artículo 181 LPL.

Debemos recordar que cualquier actuación por parte de las secciones sindicales deberá contar con el consentimiento expreso de la persona afectada, en este mismo sentido, será ella quien decida la estrategia a seguir con el oportuno asesoramiento del sindicato.



4.5. Discriminación por razón de orientación sexual y negociación colectiva

Establecer cláusulas de no discriminación contemplando expresamente la no discriminación por razón de orientación sexual.
Extensión de todos los beneficios concedidos a los matrimonios a las parejas de hecho del mismo o distinto sexo. (licencia para contraer matrimonio, permisos por maternidad/paternidad etc.)
Regular disposiciones en el Convenio Colectivo que establezcan literalmente la igualdad de oportunidades y de trato en la admisión al empleo, basándose única y exclusivamente en la aptitud individual para dicha formación y empleo.
Prohibición explícita en los procesos de selección de preguntas que atenten contra la intimidad.

5. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE IDENTIDAD DE GÉNERO (TRANSEXUALES)

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Directiva comunitaria relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (76/207/CEE del Consejo.

Constitución Española. (Artículos 10, 14 y 18).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Artículo 4.2. c, 17.

Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la jurisdicción social, artículos 177 y siguientes.

Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), artículo 8, 12.7.

5.1. Introducción

Para poder abordar la discriminación laboral hacia las personas transexuales debemos partir de una definición del término, diferenciándolo de otras situaciones con las que ha sido vinculado, (travestismo, homosexualidad) que si bien es cierto sufren igualmente discriminación, no es menos cierto que poseen características diferentes.

La Recomendación 1117, de 29 de septiembre de 1989, del Consejo de Europa, «sobre la condición de transexuales» establece que «*transexualidad es un síndrome que se caracteriza por la existencia de una doble personalidad, una física y otra psicológica, y que por una convicción tan profunda de pertenecer al otro sexo que la persona transexual se ve impelida a pedir que se le practique la correspondiente «transformación corporal»*»¹⁸.

Según Stoller, la transexualidad es la identidad de género cruzada, entendiendo que el sexo es de orden fisiológico (macho o hembra) y el género de orden psicológico y social (masculino o

¹⁸ Recomendación 1117, de 29 de septiembre de 1989 «sobre la condición de los transexuales» en la cual se pide a los Estados que legislen sobre esta materia.. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Rees. de 17 de octubre de 1986,

femenino). En Europa 1 de cada 30.000 hombres y 1 de cada 100.000 mujeres desea someterse a una operación de cambio de sexo¹⁹.

La transexualidad es un problema sociocultural de una sociedad que no admite el cambio de género social de unos ciudadanos/as que desean una reasignación de sexo conforme a su género de orden psicológico y social, una sociedad que no sabe, o no quiere hacer frente a un cambio de los papeles sexuales específicos culturalmente establecidos.

Cualquier análisis de la transexualidad que pretenda ser conforme a los derechos humanos debe partir de no culpabilizar y criminalizar a personas transexuales.

5.2. Principios de no discriminación basada en la transexualidad

Derecho europeo

Existe diversa normativa europea que contempla la situación específica de transexuales, ahora bien, en ningún caso es considerado colectivo en riesgo de exclusión social, igualmente cabe mencionar que cuando se establecen los principios general de no discriminación no se señala la discriminación por razón de identidad de género, quedando incluida en el amplio concepto de discriminación por razón de sexo.²⁰

Pese a esta apariencia normativa el estado español no cumple con las recomendaciones de las instituciones europeas en materia de igualdad jurídica y social de las personas homosexuales y transexuales, toda vez que no se desarrollan en el ámbito estatal dichas recomendaciones.²¹

Constitución Española

En cuanto al derecho español debemos tener en cuenta que pese a una prohibición genérica se prohíba la discriminación laboral en razón del sexo, tanto en la Constitución como en el Estatuto (Artículo 4.2. c) no existe referencia legal alguna en cuanto al transexualismo en el empleo.

Las situaciones de discriminación en el ámbito laboral hacia los/as transexuales afecta a determinados derechos constitucionales:

- Dignidad de la persona y el libre desarrollo de la a personalidad. Artículo 10 CE La dignidad de la persona de la persona constituye el fundamento o la base del ordenamiento jurídico. El constituyente entendió que la dignidad se encuadra dentro de los valores de libertad (Art. 1.1 CE) o de la libre determinación del individuo.
- Derecho a la intimidad y a la propia imagen Artículo 18
- Artículo 14 CE El principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo debe aplicarse al fenómeno de la transexualidad.

¹⁹ Becerras Fernández, Antonio. «Transexualidad. La búsqueda de una identidad». 2003, Ed. Díaz de Santos.

²⁰ Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 «sobre la discriminación de los transexuales» Recomendación 1117 de 29 de septiembre de 1989 del Consejo de Europa «relativa a la condición de transexuales». Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. (Artículo 1 y 2), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea. (Consejo Europeo de Niza 7 diciembre de 2000), Directiva comunitaria relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (76/207/CEE del Consejo).

²¹ Informe «España ante las políticas europeas de igualdad para gays, lesbianas, transexuales» FELG. Federación Estatal de Lesbianas y Gays.

5.3. Principales manifestaciones de la discriminación laboral hacia transexuales

Debemos tener en cuenta que cualquier análisis de la realidad laboral de los transexuales parte de una absoluta falta de datos. El recorrido realizado en esta cuestión es todavía muy limitado y sólo se han abordado, en algunos casos, básicamente existen estudios de la Clínica de Género de Ámsterdam y el Consejo Holandés de la Salud, así como un protocolo de actuación de los sindicatos holandeses.

Nos encontramos ante un problema que se manifiesta de forma muy sutil, y por tanto, son difíciles de demostrar estadísticamente. Las cuestiones de discriminación en el entorno laboral de personas transexuales han sido muy poco tratadas y del que existe escasa información y menos jurisprudencia.

Evidentemente el primer paso es detectar como se produce la discriminación hacia estos colectivos y establecer mecanismos que nos permitan luchar contra ella. En este apartado vamos a dar algunas orientaciones, aunque podemos afirmar que está casi todo por hacer.

5.3.1. Acceso al empleo

El principal problema que manifiestan diversos entes²² dedicados a la atención a personas transexuales es el acceso al empleo, teniendo un índice de desempleo del 60% a un 80% de los transexuales durante la fase de reasignación de género, tal y como afirma la Recomendación 1117 de 29 de septiembre de 1989 del Consejo de Europa «relativa a la condición de transexuales», teniendo el colectivo transexual una demanda de inserción socio laboral de 30% superior al colectivo homosexual.

Debemos tener en cuenta que ninguna normativa internacional, europea o española establece la condición de colectivo en riesgo de exclusión social al colectivo transexual, por lo tanto no es un grupo social al que se destinen los servicios públicos o iniciativas necesarias para este tipo de colectivos.

De esta afirmación se derivan importantes consecuencias:

- No existe medida alguna que incentive la contratación de personas transexuales.
- Las personas transexuales no pueden acceder a cursos de formación específicos para colectivos en riesgo de exclusión social.

El colectivo transexual opta por diversas vías para insertarse en el mercado de trabajo, desde el autoempleo configurándose como trabajadores/as autónomos, el acceso a la función pública con aparentes criterios de objetividad, igualdad mérito y capacidad, hasta el ejercicio de la prostitución. Los problemas jurídicos de cambio de sexo en el Registro Civil, cuestiones que no serán tratadas en el presente epígrafe por no ser el objeto estudio, conlleva que en muchas ocasiones el empresario/a no contrate a personas con una apariencia física y un sexo en el Registro civil no concordante.

²² Asociación Transexualia, Programa de Información y Atención a homosexuales y Transexuales, Dirección General de Servicios Sociales. Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid)

5.3.2. *Acoso laboral durante la fase de reasignación de género*

El colectivo transexual sufre en mayor medida que cualquier otro colectivo situaciones de acoso moral en el trabajo, a través de diversas actuaciones (cambios de destino, atribución de tareas inútiles, degradación deliberada de las condiciones de trabajo etc), que conllevan situaciones de estrés insostenibles para el trabajador/a.

5.3.3. *Decisiones extintivas*

En numerosas ocasiones ante un proceso de reasignación de género se producen diversas situaciones que suponen el despido manifiestamente nulo.

A este respecto existe una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el caso P. Contra S. Cornwall County Council, que entiende que el despido de un transexual es contrario al objetivo perseguido por la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de fecha 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.²³

La Directiva 76/207, cuando establece la prohibición por razón de sexo no limita la prohibición a discriminación entre hombres y mujeres, sino que debe interpretarse en el sentido de que es igualmente aplicable a la discriminación contra transexuales.²⁴

5.4. **Vías de actuación**

Como nota previa debemos recordar que cualquier medida que las secciones sindicales adopten debe contar no ya con el consentimiento expreso de la persona afectada, sino que será ella quien decida la estrategia a seguir, entendiendo que es posible que no desee acudir a medidas judiciales.

En este sentido, cabe afirmar posibilidad de:

- Acudir a un procedimiento tutela de derechos fundamentales, así, el artículo 181 de la LPL, establece que el tratamiento discriminatorio por razón de sexo se tramitará con arreglo a la modalidad de tutela de derechos fundamentales.
- Denunciar ante la Inspección de Trabajo, en cuanto a las formas, requisitos y demás cuestiones remitimos al apartado concreto de la presente guía.

No obstante es necesario destacar que la jurisprudencia española a este respecto es escasa, debiendo acudir a jurisprudencia europea.

²³ El Tribunal entiende que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos cuyo respeto debe garantizar el Tribunal. (Sentencias de 15 de junio de 1978, Defrenne 149/77, Rec. Pág. 1365, apartados 26 y 27, y de 20 de marzo de 1984, Razzouk y Beydoun/Comisión, asuntos acumulados 75/82 y 117/85 Rec. Pág. 1509, apartado 16).

²⁴ Conclusiones del abogado general Sr. Giuseppe Tesaurò, en el proceso P. Contra S. Cornwall County Council, presentadas el 14 de diciembre de 1998.

5.5. Transexualidad y negociación colectiva

Regular disposiciones en el Convenio Colectivo que establezcan literalmente la igualdad de oportunidades y de trato en la admisión al empleo, basándose única y exclusivamente en la aptitud individual para dicha formación y empleo
Establecer cláusulas de no discriminación contemplando expresamente la no discriminación por razón de identidad de género.
Participación activa de los representantes de los trabajadores/as en los procesos de selección de personal que garanticen la no discriminación.
En la medida de lo posible establecer una cuota mínima que obligue a emplear un número de trabajadores/as transexuales.
Otorgar competencias a las comisiones por la igualdad o semejantes para vigilar el cumplimiento de la normativa en toda situación que implique riesgo de discriminación hacia transexuales principalmente en la fase de reasignación de sexo.

La CGT debe procurar garantizar la inserción socio laboral de los transexuales, especialmente durante el periodo transitorio de reasignación de sexo, evitando situaciones discriminatorias, asegurando por tanto el adecuado desarrollo personal e integración en la vida social fundamentalmente a través de la obtención de un empleo adecuado.

6. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

LEGISLACIÓN APLICABLE:

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Artículo 4.2. c, 17.
Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la jurisdicción social, artículos 177 y siguientes.

6.1. Discapacidad. Concepto y caracteres

La Organización Mundial de la Salud ha definido la discapacidad como «cualquier alteración en la condición de salud de un individuo que pueda generar dolor, sufrimiento o interferencia en sus actividades diarias» Existiendo tres niveles de alteración en la salud, el corporal (deficiencias en la estructura corporal) el individual (limitaciones en la actividad del sujeto) y el social (restricciones a la participación social en términos de igualdad con las personas de su entorno)²⁵.

6.2. Discapacidad y empleo

Uno de los objetivos en nuestra acción sindical es luchar contra la exclusión de todos los sectores sociales desfavorecidos, favoreciendo la inserción y equilibrio social todo ello condiciones básicas para poder hablar de una verdadera democracia y respeto de los derechos humanos.

²⁵ Organización mundial de la Salud (2001): Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid.

En el Estado español, el 8,7 % de la población entre 16 y 64 años tiene algún problema de salud o alguna discapacidad, lo que supone 2.339.200 personas. Según la OMS entre el 7 y el 10% de la población mundial vive con alguna minusvalía.

El Instituto Nacional de Estadística en su informe de Indicadores Sociales de 2008, nos ofrece datos importantes e ilustrativos acerca de la situación de las personas con discapacidad, sólo el 11,44 % de personas de entre 16 y 65 años con discapacidad tienen trabajo y su tasa de actividad no alcanza, ni siquiera el 55%.

Según el Instituto Nacional de Estadística la tasa de paro de las personas con problemas de salud o discapacidad es un 50% superior que la de las personas que no tienen es tipo de problemas. Teniendo una tasa de paro de 33%, frente al 18,0% de las personas sin discapacidad. La forma más habitual de discriminación de los discapacitados es negarles por completo la posibilidad de empleo, y en caso de llegar a ser empleados se les asigna mal retribuidas, y de baja categoría. Según la OIT, estas personas pertenecen al grupo de trabajadores/as caracterizados como «los últimos en ser contratados pero los primeros en ser despedidos».

Las personas con minusvalía psíquica, tanto personas con deficiencia mentales como personas con enfermedad mental son uno de los grupos sociales que más dificultades tienen a la hora de avanzar hacia la integración social. Debemos recordar que no existe técnica terapéutica mejor que vincular a la persona con la realidad social que le rodea, siendo la actividad laboral una necesidad para integrar socialmente a la persona con tal. Estas personas sufren un estigma social relevante, siendo concebidos en muchos casos como una lacra social relegándoles a la ámbito de lo doméstico responsabilizando en la mayoría de los casos a las familias de sus cuidados.

Ante todo, debemos recordar que toda persona con discapacidad tiene derecho a ser rehabilitado psicossocialmente y ello implica la inserción sociolaboral, debiendo coordinarse todos los recursos sociocomunitarios, avanzar en políticas activas para las personas con discapacidad (centros de salud, asistencia psicológica, medidas de fomento de empleo etc), defensa por parte de las centrales sindicales de los derechos de las personas con discapacidad.

La discapacidad y empleo es todo un mundo por trabajar sindicalmente, por ello en este capítulo nos limitamos a explicar cómo la ley ha regulado las diversas formas de empleo protegido, esperando poder ofrecer recursos suficientes que habiliten el trabajo sindical.

6.3. Marco legal

6.3.1. Declaraciones internacionales

La protección de los derechos de los minusválidos en el ordenamiento jurídico internacional parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Cualquier análisis legislativo debe tener en cuenta dos importantes documentos internacionales articulados para la defensa y protección de las personas minusválidas, así encontramos la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental, aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1961 Declaración de los Derechos de los Minusválidos, aprobada por Resoluciones 31447, de 9 de diciembre de 1965.

La OIT se ha pronunciado sobre la situación de las personas con discapacidad en diversos instrumentos legales.²⁶

²⁶ Convenio sobre seguridad y salud de los Trabajadores 1981 OIT. Núm 155, estableciendo en su artículo 3 que «el término salud, en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacio-



6.3.2. Derecho comunitario

En el ámbito regional europeo está reconocida la protección de las personas minusválidas en su acceso al empleo, en el artículo 26 de la Carta Comunitaria de derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989:

En este punto, nos limitaremos a mencionar la normativa básica de ámbito europeo que contempla la protección de las personas minusválidas. (Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Recomendación 86/379, del Consejo de 24 de julio de 1986, «sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad». DIRECTIVA 2000/78/ CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, «relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación» DECISIÓN 2000/750/CE de 27 de noviembre de 2000 por el que se establece un plan de acción comunitario para luchar contra la discriminación).

6.3.3. Derecho español

La Constitución Española se refiere a las personas minusválidas en su artículo 49, al establecer que los poderes públicos están obligados a realizar «una política de previsión, tratamiento, readaptación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquico, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos.».

Asimismo, el artículo 14 de la CE proclama el principio de igualdad prohibiendo por razones de origen, sexos religión o «cualquier otra condición o circunstancia personal».

La legislación española establece ciertos parámetros y requisitos para que una persona sea reconocida como minusválida, así se debe obtener la calificación legal del grado de minusvalía, regulada por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

El mandato constitucional del artículo 49 se concreta en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI), proclamando la obligación de los poderes públicos de garantizar «la prevención, cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos y sociales mínimos y Seguridad Social» (Artículo 3 LISMI), así como «las medidas tendentes a la promoción educativa, cultural, laboral y social de los minusválidos» (artículo 6 LISMI).

La LISMI, considerada como ley marco, que establece las bases sobre las cuales han de guiarse toda la normativa en materia de discapacidad, nos ofrece un concepto de minusválidos, entendidos éstos, como «toda persona cuyas posibilidades se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no en sus capacidades físicas o psíquicas».

nados con la seguridad e higiene en el trabajo.» Convenio relativo a la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) 1983 OIT, núm 159 en su artículo primero define qué debemos entender por persona inválida estableciendo que «se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida» R168 Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 OIT, Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo 1985 OIT núm. 161.

En este mismo sentido la LISMI establece que «será finalidad primordial la política de empleo de los trabajadores minusválidos *su integración en el sistema ordinario de trabajo o en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo*».

6.4. Formas de empleo para personas con discapacidad reguladas en el derecho español

La legislación española ha previsto diversas formas que pretenden la integración laboral de las personas minusválidas, que aunque dan prioridad a la integración en el mercado abierto de trabajo, han previsto el establecimiento de sistemas de empleo protegido como alternativa para aquellas personas trabajadoras que no puedan acceder al mercado abierto de trabajo

En todo caso, debe tenerse en cuenta que numerosas Comunidades Autónomas tienen transferidas competencias en materia de discapacidad, por lo tanto conviene acudir a la legislación autonómica para una visión completa.

La LISMI en su artículo 37 establece dos opciones posibles de integración en el mercado laboral:

- Empleo protegido. Centros Especiales de Empleo (CEE).
- Sistema ordinario de trabajo. Reserva cuotas.

6.4.1. Centros Especiales de Empleo²⁷

Cuadro nº 44

Objetivos de los CEE	Proporcionar una actividad productiva, participar activamente en el mercado laboral, proveer a los minusválidos de un trabajo remunerado y de las instalaciones necesarias para su integración personal y social
Clases de CEE	Existen CEE de titularidad pública y titularidad privada Los CEE puede tener ánimo de lucro o carecer de él.
Plantilla	Cómo mínimo ha de estar compuesta por un 70% de trabajadores/as minusválidos que tengan reconocida legalmente una disminución física o psíquica superior al 33% (Ver RD 1971/1999 sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía). Los minusválidos que quieran acceder a estos puestos de trabajo deberán estar inscritos previamente en los correspondientes Servicios Públicos de Empleo.
Relación laboral	Las relaciones laborales entre los CEE y sus trabajadores/a minusválidos se considera una Relación laboral especial.

²⁷ Los CEE se regulan por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo, Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo, modificado por el RD 427/1999, de 12 de marzo.



Contratación	<p>Los contratos pueden ajustarse a cualquier modalidad prevista en la normativa común.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Existen reglas propias del contrato de para la formación <ul style="list-style-type: none"> – La duración máxima puede ampliarse hasta cuatro años previo informe favorable del equipo multiprofesional. – La edad máxima de 21 años prevista para formalizar contratos para la formación no se aplicará a los contratados minusválidos. – Tiempo dedicado a formación podrá alcanzar hasta un máximo de dos tercios. • Peculiaridades del contrato a domicilio <ul style="list-style-type: none"> - No podrá utilizarse para minusválidos psíquicos - Deberá existir un informe previo favorable sobre de un equipo multidisciplinar sobre la adaptación del trabajo a las características personales. • Contrato a bajo rendimiento <ul style="list-style-type: none"> – Situación en el que el trabajador/a minusválido presta su sus servicios durante una jornada de trabajo normal pero con un rendimiento inferior al 25%. – En estos casos la disminución de salario no podrá ser inferior al 25%.
Tiempo de trabajo	<ul style="list-style-type: none"> • Se prohíbe expresamente la realización de horas extraordinarias. • Posibilidad de ausentarse con derecho a remuneración 10 días al semestre para tratamientos de rehabilitación y acciones de orientación y formación profesional
Extinción del contrato	<p>La extinción del contrato se regula por las normas comunes, excepto para casos de extinción del contrato por causas objetivas, donde existen peculiaridades reguladas en el RD 1368/1985.</p>

En este apartado nos hemos limitado a establecer las notas esenciales más relevantes, remitiendo al Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, para una información más exhaustiva.

6.4.2. Sistema ordinario de trabajo

6.4.2.1. Cuota de reserva

La LISMI en su artículo 38 prevé que las empresas —públicas o privadas— que empleen 50 o más trabajadores/as deben emplear a un número de trabajadores/as minusválidos no inferior al 2%²⁸.

El Real Decreto 27/2000 estableció una serie de excepciones a esta obligación de reserva para aquellas empresas que apliquen alguna de medidas alternativas reguladas en el mencionado Real Decreto.

²⁸ Desarrollado por el Real Decreto 1451/1983 de 11 de mayo por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos y el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 % en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, actualizados por el RD 170/2004.

6.4.2.2. *Medidas alternativas de la obligación de reserva*

Las medidas alternativas reguladas en el artículo 1 RD 27/2000, de 14 de enero se adoptaran:

- Por acuerdo recogido en negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, y en su defecto, de ámbito inferior.
- En ausencia de acuerdo, por opción voluntaria del empresario/a

Toda empresa que se acoja a una medida alternativa, deberá remitir anualmente una memoria al servicio público de empleo competente que acredite el cumplimiento de la medida alternativa adoptada.

6.4.2.3. *Infracciones y sanciones*

El incumplimiento de la obligación de reserva de puestos de trabajo para minusválidos o de aplicación de medidas alternativas, se considera una falta grave, sancionable con una multa de 300,52 a 3.005,06 euros.

Sin embargo, es habitual el incumplimiento de esta obligación de reserva, es más, es la propia Administración General del Estado quien en primer lugar incumple su obligación de reservar un 3% de los puestos para personas con minusvalía, habiendo creado solo un 0.2%.

6.4.3. *Discapacidad y Jubilación*

La Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas de establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible introduce un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 161 de la LGSS, autorizando al Gobierno a reducir la edad de 65 años para que un determinado colectivo acceda a la pensión contributiva siempre que:

- Se trate de trabajadores/as minusválidos
- Se acredite un grado de minusvalía igual o superior al 65%

Los términos en que se reducirá la edad de jubilación para estos colectivos deberá reflejarse en una norma reglamentaria, todavía no aprobada.

6.5. **Discapacidad y negociación colectiva**

La negociación colectiva encuentra especialidades en los Centros Especiales de Empleo, estableciendo el RD1368/1985, de 17 de julio en su artículo 21, que en «*los Convenios Colectivos de ámbito superior a la empresa, estarán legitimadas para la negociación las asociaciones que pudieran contar con idéntico grado de representación en el sector correspondiente al exigido en el ámbito laboral común por el artículo 87 del Estatutos de los Trabajadores*».

La sentencia 30/1999 del TSJ de La Rioja, de 9 de marzo, (y las posteriores del TSJ Aragón 157/2002 y del TSJ Castilla la Mancha 1917/2002) aclara este artículo al decir expresamente «además de la legitimación para negociar a que se refiere el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores también están legitimados las asociaciones más representativas —en atención a la realidad social según la cual existe una presencia importante de asociaciones de discapacitados de carácter no lucrativo— pero nunca en detrimento de los sindicatos y asociaciones empresariales». Por lo tanto cabe que asociaciones de discapacitados con una representación similar al



exigido en el artículo 87 están legitimadas para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa.

Por último debemos recordar que la CGT debe procurar garantizar la inserción sociolaboral de las personas con minusvalía, ya sea física o psíquica, vigilando y exigiendo, cuanto menos, el cumplimiento de la ley, asegurando por tanto el adecuado desarrollo personal e integración en la vida social, fundamentalmente a través de la obtención de un empleo adecuado.

XIII

BREVE COMENTARIO SOBRE EL PROCEDIMIENTO LABORAL

LEGISLACIÓN APLICABLE

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial

1. INTRODUCCIÓN

Como en años anteriores, hemos entendido necesario en esta guía hacer una breve síntesis sobre la Jurisdicción Social y los Procedimientos Judiciales que en ella se desarrollan. Son unas notas ilustrativas, pero escuetas, por lo que recomendamos que, ante cualquier problema que nos plantea, acudir a la correspondiente Asesoría Jurídica

La Ley Reguladora de la jurisdicción social (LRJS) es el instrumento que permite acceder a la tutela judicial en los conflictos que se susciten aplicando la normativa del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La regulación del procedimiento laboral se recoge en la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Realmente se debería hablar de procedimientos laborales, ya que no hay uno único, sino distintos procedimientos. El proceso laboral no es más que un procedimiento civil especial y por tanto sobre el procedimiento laboral tiene una gran incidencia la Ley de Enjuiciamiento Civil, así por ejemplo, la LRJS remite expresamente a la aplicación de la LEC materias como cuestiones de competencia, audiencia al rebelde, recursos de reposición y suplica, recursos de queja, ejecución de sentencias....

También cabe destacar que la LRJS contiene una regla genérica de supletoriedad en su disposición Final 4º, en el sentido de que la LEC se aplica en defecto de una regulación laboral específica o cuando la LRJS resulta incompleta.

De cómo evitar estos procedimientos, cómo se llega hasta ellos y de los órganos competentes para resolverlos, es de lo que se tratará en los siguientes apartados.

Los órganos jurisdiccionales del orden laboral o social, son aquellos que conocen de las pretensiones que se promueven en la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos.

La estructura de los órganos jurisdiccionales sociales es:

- Juzgados de lo Social.
- Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.
- sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Para determinar la competencia de cada órgano, hay que aplicar ciertas reglas de competencias¹:

- Competencia Funcional: Se refiere al órgano jurisdiccional que debe enjuiciar el asunto.
- Competencia Territorial: Lugar en el que se ejerce la jurisdicción.
- Competencia Material: Asuntos sobre los que les corresponde enjuiciar a los órganos jurisdiccionales.

2. INTENTOS DE SOLUCIÓN PREPROCESAL

2.1. Arbitraje

La institución del arbitraje posibilita a empresarios/as y trabajadores/as el acudir voluntariamente a la decisión de un tercero para dirimir sus conflictos.

La presente guía ha desarrollado pormenorizadamente los distintos arbitrajes previstos en el ET, por lo tanto, para una información detallada remitidos a los capítulos oportunos.

Esta posibilidad está limitada a:

- Laudos en materia electoral (Artículo 76 ET).
- Laudos dictados para dar solución a controversias colectivas derivadas de la aplicación, descuelgue e interpretación de Convenios Colectivos (Artículos 81.3 y 91 ET).
- Laudos adoptados en trámite de consultas en supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y suspensión y extinción del contrato por causas económicas (Artículo 85.1 ET).

La posibilidad de emplear arbitraje para cuestiones o conflictos de carácter individual está condicionada a:

- 1) Que dicho conflicto verse sobre aplicación o interpretación de cláusulas convencionales.
- 2) Que exista un sometimiento expreso de las partes al procedimiento arbitral.

¹ Ver los cuadros que se anexan al presente capítulo.



2.2. Conciliación previa a la vía judicial (Artículos 63-68 LRJS)

2.2.1. Concepto y ámbito

El acto de conciliación es un intento encaminado a que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas, previo al procedimiento judicial.

La LRJS reitera la exigencia del intento conciliador ante el Servicio Administrativo correspondiente o ante el órgano que pueda cerrarse al efecto en acuerdo interprofesional o convenio superior como requisito previo para tramitar cualquier proceso ante el órgano jurisdiccional. (Artículo 63 LRJS). En este sentido el V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC V) considera la mediación en él prevista como requisito preprocesal para la interposición de demandas de conflicto colectivo ante la Jurisdicción laboral.

2.2.2. Órganos de conciliación

- Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, de la Dirección General de Empleo.
- Servicios equivalentes en las CCAA que tengan transferida la competencia, la denominación y estructura varía entre las distintas Administraciones Autonómicas.
- Órganos que asumen estas funciones, si se han constituido mediante acuerdos interprofesionales o convenios colectivos (Artículo 83 ET), como por ejemplo la Fundación SIMA (Servicio Interfederal de Mediación y Arbitraje).

2.2.3. Ámbito. Intento de conciliación obligatorio

Acudir a un intento conciliador es un requisito previo obligatorio para tramitar cualquier proceso ante el órgano jurisdiccional, con algunas excepciones:

- Procesos sobre seguridad social.
- Procesos de impugnación de despidos colectivos por representantes de los trabajadores.
- Demandas dirigidas frente a personas distintas de las inicialmente demandadas.
- Cuestiones planteadas entre cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores (en estos casos se exige el agotamiento de la vía cooperativa previa).
- Ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos para la protección integral contra la violencia de género.
- Procesos sobre disfrute de vacaciones; materia electoral; movilidad geográfica; modificación sustancial de las condiciones de trabajo; suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor; derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; anulación de laudos arbitrales; e impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones.
- Impugnación de Convenios Colectivos.
- Procesos iniciados de oficio.
- Impugnación de estatutos de los sindicatos.
- Procesos de Tutela de Derechos Fundamentales y libertades públicas.
- Procesos en los que es obligatoria la reclamación administrativa previa u otra forma de agotamiento de la vía administrativa previa.

2.3. Reclamación administrativa previa (Artículo 69 LRJS)

2.3.1. Concepto

La reclamación previa consiste en el planteamiento pre procesal de una pretensión ante un ente jurídico-público (Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales, Organismos Autónomos o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos), que solo en caso de no aceptar tal pretensión podrá ser demandado jurisdiccionalmente.

Es preceptivo el agotamiento de la vía administrativa previa en los siguientes casos:

- Cuando se haya de demandar al Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales, Organismos Autónomos o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos.
- Cuando se haya de demandar a una Entidad Gestora o a la Tesorería de la Seguridad Social.

El TC, ha señalado en diversa jurisprudencia, STC 11/1988, que, en los casos en que aparezca clara una omisión del trámite procede en general permitir la subsanación de esa omisión, en cualquier caso, no cabe desestimar la demanda por falta de reclamación previa si antes no se requirió para subsanar tal defecto concediéndose plazo a tal efecto (STC 16/1999).

3. EL PROCESO ORDINARIO

El proceso ordinario es aquel por el que se rigen la mayoría de los conflictos en el ámbito laboral, fuera de cuyo ámbito quedan los procesos especiales que veremos más adelante. El proceso ordinario instrumenta principalmente todas las acciones derivadas del contrato de trabajo (artículo 2 LRJS).

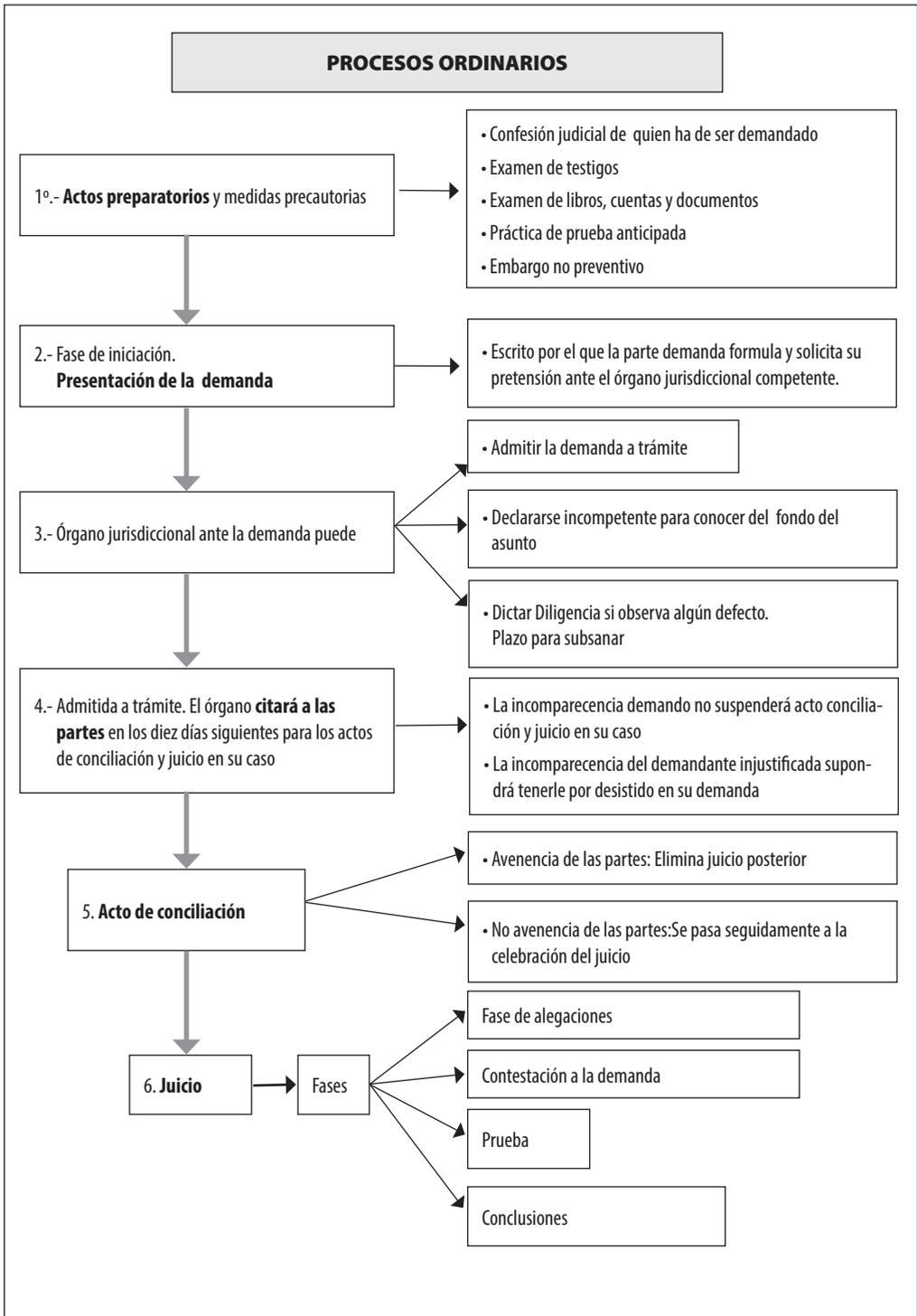
En el cuadro que se anexa al presente comentario se puede observar de manera sucinta las diversas fases del proceso ordinario.

4. LOS PROCESOS ESPECIALES

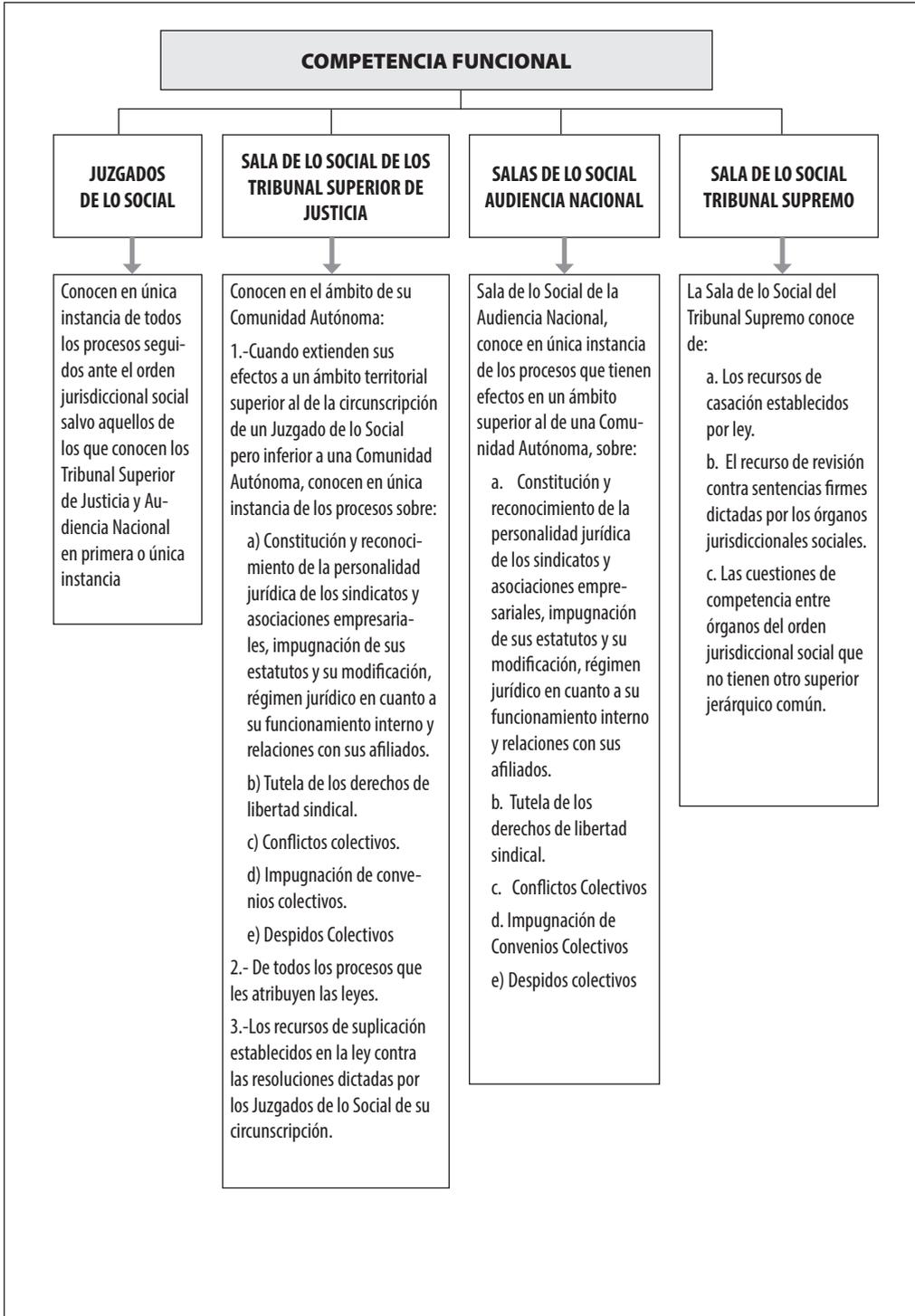
El ordenamiento establece unos tipos especiales de procesos que por su especialidad en la materia se regulan de manera diferente al proceso ordinario, particularmente en la forma de iniciarse el proceso, trámites previos al mismo, tramitación del juicio, sentencia, etc.

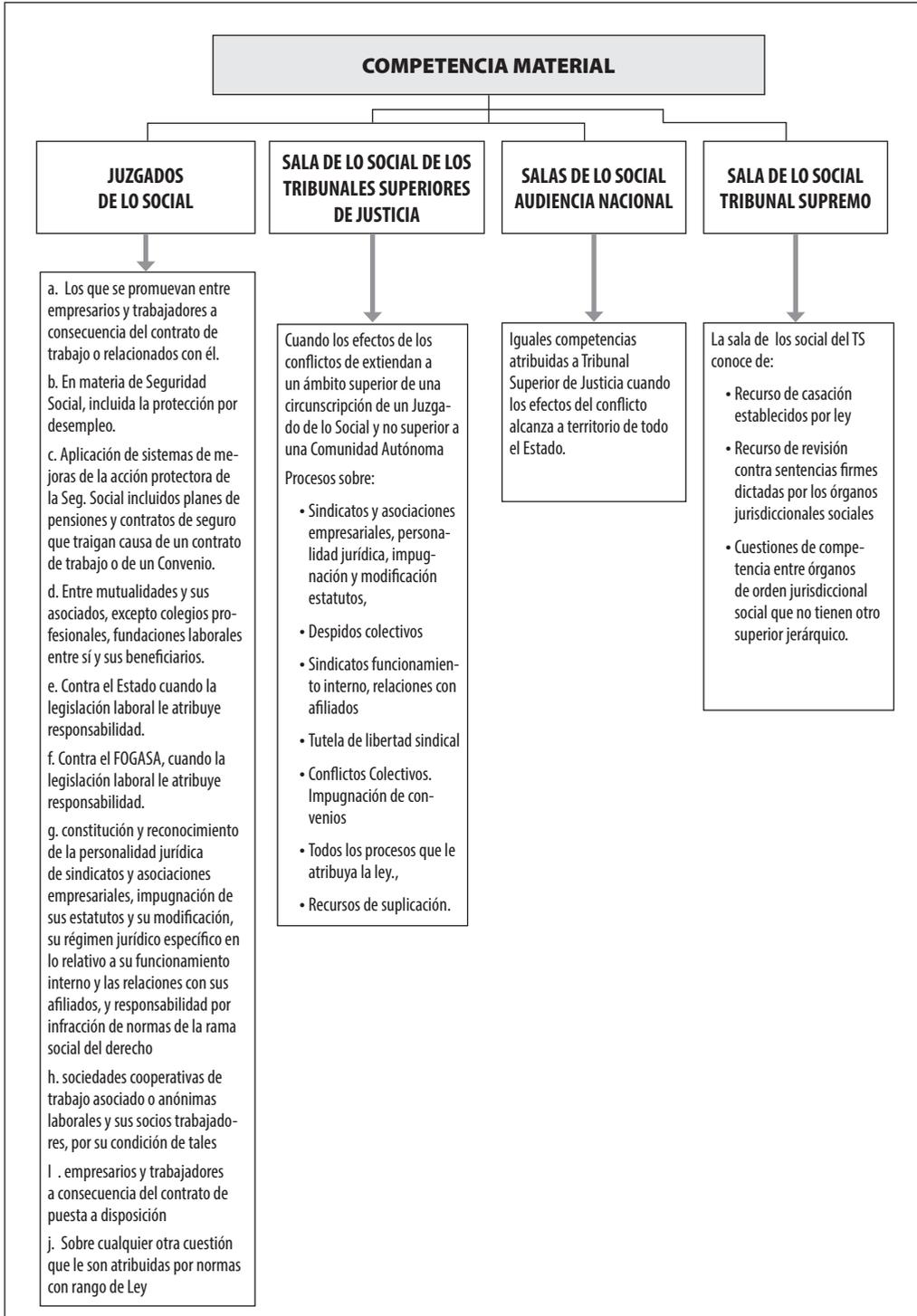
La LRJS se limita a establecer las particularidades respecto al proceso ordinario, configurándose las normas del proceso ordinario como supletorias respecto del régimen de los procesos especiales.

- 1) Despido disciplinario (Artículo 103 y siguientes LRJS).
- 2) Sanciones (Artículo 114 y 115 LRJS).
- 3) Reclamación al Estado de Salarios de Tramitación (Artículo 116 a 119 LRJS).
- 4) Extinción del contrato por causas objetivas (Artículo 120 a 123 LRJS).
- 5) Despido Colectivo (Artículo 124 LRJS).



- 6) Vacaciones (Artículo 125 y 126 LRJS).
- 7) Materia electoral (Artículo 127 a 136 LRJS).
- 8) Clasificación profesional (Artículo 137 LRJS).
- 9) Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y suspensión del contrato y reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 138 LRJS).
- 10) Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente (art. 139 LRJS).
- 11) Procesos prestaciones de seguridad social (Artículo 140 a147 LRJS).
- 12) Procesos iniciados de oficio y la impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales (Artículo 148 a 152 LRJS).
- 13) Conflictos Colectivos (Artículo 153 a162 LRJS)
- 14) Impugnación sobre Convenios Colectivos (Artículo 163 a166 LRJS).
- 15) Impugnación de estatutos de los sindicatos o su modificación (Artículo 167 a 176 LRJS).
- 16) Tutela de derechos de la libertad sindical y de los derechos y libertades públicas (artículo 177 a 184 LRJS).





XIV

EL CONCURSO DE ACREEDORES. ASPECTOS RELEVANTES PARA LAS RELACIONES LABORALES

LEGISLACIÓN APLICABLE

Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal

Ley Orgánica 8/2003 de reforma concursal del Poder Judicial

Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre de Medidas urgentes en materia concursal.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Concepto de Concurso de Acreedores

Denominamos concurso de acreedores al procedimiento por el cual se intentan satisfacer las deudas que una persona (física o jurídica) tiene con sus acreedores, en las situaciones en que éstas sean de dudoso cobro, a petición del propio deudor o de sus acreedores, decidiendo su apertura el juez de lo mercantil. El objetivo del procedimiento es regular un acuerdo entre el deudor y los acreedores, y en caso de no llegar a dicho acuerdo, liquidar el patrimonio del deudor para, con lo resultante de su venta, satisfacer todas las deudas posibles hasta que se acabe dicho patrimonio.

Ordinariamente las deudas se cobrarán en el orden de su vencimiento. Sin embargo, cuando se entra en concurso, el orden de cobro pasa a ponerse en función de las características concretas del crédito en cuestión, donde entrarían a jugar las normas de calificación de los créditos laborales, a la que luego nos dedicaremos, que determinarán qué deudas del empresario con los trabajadores/as se satisfacen primero con la liquidación del patrimonio, aunque, en teoría, todas las deudas se cobrarán, circunstancia que no suele darse al ser menor el valor de liquidación del patrimonio del deudor que las deudas existentes.

El concurso no implica necesariamente que se paralice la actividad de una empresa que entre en concurso, ni, por consiguiente, que se extingan las relaciones laborales con los trabajadores/as. Sin embargo los supuestos de extinciones colectivas de contratos, de sus suspensiones e incluso los cierres pueden darse en este contexto, con peculiaridades en cuanto a su tramitación, que luego veremos.

Las normas que regulan ordinariamente la relación laboral permanecen una vez abierto el concurso de acreedores, con plena vigencia, aunque su aplicación tiene diversas especificidades que veremos a lo largo de este capítulo.

1.2. Conceptos básicos en materia concursal

Deudor: persona que tiene las deudas pendientes de cobro y con problemas para cobrarse. Si se trata de sociedades de responsabilidad limitada (como una S.A.) el deudor será la sociedad mercantil, no el titular o los titulares particularmente (y por lo tanto no se atacará su patrimonio privado, sino el adscrito a la empresa).

Acreedores: titulares de los créditos de dudoso cobro. Ostentan legitimación tanto para promover el concurso como para participar en las fases de su tramitación.

Masa activa: el conjunto del patrimonio del deudor. Se usará, en caso de que no haya acuerdo entre los acreedores y el deudor, previa liquidación de los bienes, para afrontar las deudas.

Masa pasiva: el conjunto de las deudas concertadas previamente a la iniciación del concurso, habrá que esperar, con carácter general, a que finalice el concurso, con o sin acuerdo, para cobrarlas. Las posteriores a la misma, (como luego veremos al hablar de los créditos contra la masa) seguirán las normas corrientes de cobro de deudas.

Administración Concursal: personas designadas por el juez del concurso para cuantificar la masa activa, la pasiva, informar de las ofertas de adquisición o liquidación de los bienes y, en general, gestionar todo el procedimiento del concurso (como luego veremos, son los legitimados para negociar EREs en el marco del mismo). En ocasiones pueden llegar a asumir la gestión de la actividad empresarial del deudor.

Convenio: acuerdo entre los acreedores y el deudor por el cual se resuelve el concurso. Puede incluir pactos de quita y espera (condonación de deudas o planteamiento de un nuevo plazo para cobrarlas). En ausencia de convenio se procederá a liquidar los bienes del deudor y con ellos satisfacer las deudas.

1.3. ¿Dónde se regula el concurso de acreedores?

La última norma que establece el procedimiento del concurso es la denominada “Ley Concursal” 22/2003 de 9 de julio. En esta normativa se unifican las regulaciones previas, que establecían distintos procedimientos en función de la persona del deudor; la continuidad o no de su actividad, etc (así había concursos, suspensiones de pagos, quiebras, etc), conservándose, de la regulación anterior, con algunos matices, sólo los procedimientos especiales aplicables a las entidades de crédito, empresas de inversión y entidades aseguradoras.

Esta última reforma, a su vez, supuso una modificación, entre otros muchos preceptos legales, del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, al que nos hemos referido en el capítulo tercero, lo que hace que las garantías para los créditos salariales que en dicho artículo se prevén serán de aplicación sólo en el caso de que el empresario no se encuentre en concurso, aplicándose las normas de la ley concursal en los demás casos, cuando hasta el 2003 el artículo 32 era de aplicación preferente siempre. Además, con la nueva regulación las acciones de cobro interpuestas en base al artículo 32 quedarán en suspenso en caso de declararse abierto el concurso, cuando previamente eran independientes.

Dicha modificación legislativa supone un claro empeoramiento en las garantías de cobro de las deudas de los trabajadores/as. En el caso de apertura de concurso existen créditos (por ejemplo, un crédito con un proveedor generado con posterioridad a la apertura del concurso) que ten-



drían preferencia de cobro sobre las deudas salariales que protege el 32 del ET, independientemente de que se hubiera reclamado en base a este artículo previamente a la apertura del concurso, cuando antes de esta reforma sólo los créditos garantizados con derechos reales eran preferentes a los salariales (con el límite del triple del SMI), disfrutando de una ejecución separada con respecto al resto de deudas, circunstancia que la Ley Concursal elimina.

1.4. ¿Cuándo puede promoverse un concurso?

Según el artículo 2 de la ley, procederá un concurso ante la insolvencia del deudor, que no le permita “cumplir regularmente” con las obligaciones que hubiera adquirido. Si es este quien lo promueve deberá acreditar este estado de insolvencia, que puede ser actual o inminente (cuando prevea que en un futuro inmediato no podrá hacer frente a sus deudas). Si lo hace un acreedor bastará con que acredite alguno de los elementos que enumera el artículo (liquidación apresurada de bienes por parte del deudor, incumplimiento de obligaciones tributarias o de la seguridad social, existencia de embargos o ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor, etc). Posteriormente el juez determinará, oído el deudor, si el incumplimiento concreto entra dentro o no de los supuestos de concurso, es decir, si existe un incumplimiento grave de las obligaciones de pago por parte del deudor o un peligro inminente de que esto ocurra.

La promoción del concurso es una obligación, de tal manera que, si, conociendo la situación de insolvencia, el deudor no promoviera el concurso y, finalmente, no existiera activo para satisfacer las deudas, el concurso podría ser declarado culpable, como luego veremos, asumiendo los administradores de la sociedad, con sus bienes presentes y futuros, el pago de las deudas.

El artículo 5 bis de la Ley Concursal establece el supuesto, denominado coloquialmente «preconcurso», por el cual, un administrador, conocedor de la situación de insolvencia, no promueve el concurso, sino que comunica al juzgado de lo mercantil que va a iniciar negociaciones con sus acreedores para intentar evitarlo. El plazo para llevar a cabo estas negociaciones es de tres meses, pasado el cual, el deudor deberá, bien promover el concurso, bien notificar que ha alcanzado un acuerdo con sus acreedores para evitarlo. Comunicando el «preconcurso» el deudor evita la calificación del concurso como culpable por no haberlo comunicado durante ese plazo.

1.5. ¿Quién puede promover el concurso?

De acuerdo al artículo 3, puede promoverlo el deudor (su órgano de administración o cualquiera de los socios que debieran responder de las deudas de la sociedad si es persona jurídica) o cualquiera de sus acreedores, entre los que pueden estar los trabajadores/as o alguno en concreto. En caso de no ser acreedores (es decir, que no se les deba nada) Los trabajadores/as no podrán promover el concurso. En caso de que lo inste el deudor se denomina concurso voluntario y si lo hace cualquier otro legitimado será un concurso necesario.

En el ordenamiento español no se prevé ninguna iniciación de oficio del concurso de acreedores.

1.6. ¿Cómo se solicita un concurso?

El juez competente para la resolución de los concursos de acreedores será el juez de lo mercantil de la circunscripción territorial (son de ámbito local, aunque muchos partidos judiciales no tienen juzgado de lo mercantil y depende de otro) donde el deudor tenga el centro de sus intereses económicos principales, aunque la empresa sea de ámbito estatal, que en el caso de una per-

sona jurídica se presumirá el de su domicilio social. Esto supone una novedad respecto a anteriores regulaciones, dado que el juez de lo mercantil no existía y, siendo competencia civil la causa principal del concurso, otras materias conexas con el mismo se dilucidaban ante otras jurisdicciones. Es muy relevante, como luego veremos, puesto que el orden mercantil asumirá materias (por ejemplo modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el ámbito de un concurso), que, normalmente, les corresponderían a jueces del orden social.

En caso de concurso voluntario el deudor remitirá al juzgado de lo mercantil, según el artículo 6 de la ley, una solicitud de concurso, acompañada por una serie de documentos (memoria económica de sus actividades durante los últimos tres años, identidad de su cónyuge y régimen económico del matrimonio, inventario de bienes y derechos, relación de acreedores y libros de contabilidad si tuviera la obligación de llevarlos) y, potestativamente, podrá acompañar una propuesta de convenio para la solución del concurso.

Si es un concurso necesario, el acreedor deberá acompañar a su solicitud una acreditación de la deuda que posee contra el deudor, su fecha de vencimiento y estado de la deuda (impago, pago parcial, etc.), junto con la propuesta de los medios de prueba de los que va a servirse para demostrar la situación de insolvencia del deudor, no bastando con la mera prueba testifical en ningún caso.

1.7. ¿Qué deudas se cobran y en qué orden?

En principio, y como luego veremos con más detalle cuando veamos las fases de tramitación del procedimiento, lo que se buscará es llegar a un acuerdo entre deudor y acreedores para determinar cómo se satisfarán las deudas existentes y con peligro de impago. Sin embargo, en el supuesto de que no se dé este acuerdo, lo indicado será liquidar el patrimonio del deudor y, con él, satisfacer las deudas de acuerdo con las previsiones de los artículos 84 y siguientes de la Ley Concursal. El objetivo es que se abonen la totalidad de las deudas, aunque en muchas ocasiones el patrimonio del deudor no bastará para afrontar las deudas y la categoría en la que se incluyan, que va en relación directa con el orden de cobro, será clave a la hora de saber cuáles son las posibilidades de finalmente cobrar. Así habría:

- a) **Créditos contra la masa:** Son aquellos créditos considerados de necesario cobro para continuar la actividad ordinaria del deudor o los que se hubieran devengado con posterioridad a la fecha del concurso, además de, como luego veremos, los salarios devengados por los treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso. Se abonarán a su vencimiento, sin necesidad de esperar al convenio o la liquidación.
- B) **Créditos con privilegio especial:** aquellas deudas garantizadas por algún bien concreto (por ejemplo, una deuda hipotecaria). Se satisfarán con lo que resulte de liquidar dicho bien y, en lo que falte, pasarán a calificarse según el resto de criterios (privilegio general, ordinarios o subordinarios), aunque, de acuerdo con el 155.2 de la Ley Concursal, la administración concursal puede decidir hacer frente a los mismos con la masa sin liquidar los bienes concretos que los garantizan. Si un mismo bien garantiza dos créditos tendrá preferencia en la garantía, aquél para el cual se constituyera anteriormente la misma.
- c) **Créditos con privilegio general:** determinados créditos de cobro preferente. Aquí se encuentran, con las especificidades y límites que luego veremos, la mayoría de las deudas laborales, así como un cuarto de aquellas que ostente el deudor que haya promovido el concurso (que pueden ser el conjunto de trabajadores y trabajadoras



de la empresa o un trabajador/a concreto). Esto indica que, en ocasiones puede ser interesante para los trabajadores/as (actuando en su condición de acreedores), ante una declaración inminente de concurso, promoverlo ellos mismos, obteniendo de esa forma que, un cuarto de aquellas de sus deudas que no tengan reconocido privilegio, adquieran esta consideración, aunque habrá que estudiar las características de cada caso concreto antes de tomar ninguna iniciativa.

- d) **Créditos ordinarios:** las deudas que ostente el deudor con carácter general, siempre no se puedan incluir en ninguna categoría.
- e) **Créditos subordinarios:** se cobrarán al final del remanente resultante de satisfacer las demás deudas (son los créditos por intereses, las multas y sanciones o las deudas con personas especialmente vinculadas con el deudor, como familiares naturales o políticos, los socios o administradores de la sociedad o las demás sociedades del grupo). Tendrán esta consideración cualesquiera créditos que se incluyan en el concurso con posterioridad a la elaboración de la lista de acreedores por el juez tras una impugnación de la misma, salvo que se puedan deducir de documento aportado con anterioridad a ese momento o para su determinación sea necesaria la actividad inspectora de la Admon. Pública.

Si se llega a la liquidación, el abono de las deudas se hará de la forma siguiente:

- Los créditos contra la masa se habrán abonado cuando venzan, sin necesidad de espera a que se abra la liquidación o el convenio.
- Primero los créditos privilegiados especiales liquidando el bien que los garantiza.
- Después los créditos privilegiados generales en el orden del artículo 91 de la Ley Concursal (de los cuales los primeros serán los todos los de naturaleza laboral) y a prorrata dentro de cada categoría.
- Después los créditos ordinarios a prorrata.
- Por último los créditos subordinarios por el orden que establece el 92 de la Ley y a prorrata dentro de cada categoría.

Tipo de crédito	Características
Contra la masa	Los generados después de iniciarse el concurso. Los salarios del último mes. Se cobran a su vencimiento sin esperar a la liquidación
Con privilegio especial	Garantizados con algún bien concreto Se cobran de lo que se obtenga con las ventas de los bienes que los garantizan.
Con privilegio general	Algunos especialmente protegidos (créditos laborales, según las normas del apartado siguiente) Se cobran con preferencia a los demás.
Ordinarios	- Cuando no entren en ninguna otra categoría.
Subordinarios	Los no incluidos en el concurso inicialmente y algunos poco protegidos (con familiares del deudor, p.ej.) Se cobran si sobra algo después de abonar los demás.

En el siguiente apartado analizaremos cómo se clasifican los créditos laborales a estos efectos.

2. TRATAMIENTO DE LAS DEUDAS LABORALES

Aunque ya nos hayamos referido anteriormente a determinadas deudas que aparecen en el concurso, es necesario para clarificar las ideas para saber qué ocurrirá con las cantidades que nos adeude la empresa en caso de entrar en concurso:

- a) En primer lugar, los salarios del último mes de trabajo anterior al concurso hasta el límite del doble del salario mínimo interprofesional, serán créditos contra la masa y se abonarán con el activo del deudor (excluyendo los bienes que garanticen un crédito con privilegio especial) sin necesidad de esperar a la liquidación o a la realización de un convenio. Lo que supere el límite citado será un crédito salarial, que tendrá privilegio general de acuerdo a las normas después citadas.

Las acciones relativas a la calificación o pago de estos salarios (es decir, las reclamaciones de los mismos cuando no haya acuerdo entre el empresario y la parte social) se tramitarán ante el juez de mercantil como incidentes concursales, si se interponen con posterioridad a la declaración del concurso.

En caso de ser reconocido el crédito mediante “incidente”, es decir, mediante resolución en el marco del concurso por el juez mercantil, no se podrá iniciar su ejecución (cobrarlas judicialmente) hasta que se apruebe el convenio de finalización del concurso, se abra la liquidación judicialmente o pase un año desde la declaración de concurso. Sin que los salarios pierdan por ello su carácter de créditos contra la masa.

Los tribunales han interpretado los “últimos treinta días”, como los inmediatamente anteriores a la extinción de la relación laboral, independientemente de que ésta haya concluido tiempo antes de la declaración del concurso. (SJM de Oviedo de 24 de noviembre de 2006 o la de Bilbao de 26 de abril de 2007).

Serán también créditos contra la masa los salarios devengados con posterioridad a la apertura del concurso, independientemente de su cuantía, que serán abonados a su vencimiento. Estos salarios se devengarán aunque la actividad de la empresa se mantuviera con carácter “residual, accesorio o claudicante” (SJM Palma de Mallorca de 6 de enero de 2007), es decir, cuando la prestación de servicios de los trabajadores se realice a un nivel de intensidad mucho menor que la ordinaria, pero nunca, aunque persistan las relaciones laborales, si hay una total ausencia de actividad productiva o comercial. (SJM La Coruña 26 de abril de 2006)

- b) De acuerdo con el artículo 90.1.3 de la Ley Concursal los objetos elaborados por los trabajadores que sigan en propiedad o estén en posesión del empresario constituirán una garantía especial (de carácter refraccionario) sobre las deudas salariales. Así pues nos encontraremos ante un supuesto de privilegio especial, quedando lo obtenido de la liquidación de estos objetos destinado a hacer frente a las deudas salariales con preferencia. De nuevo, si no bastara con esto para satisfacer la deuda, el resto sería una deuda con privilegio general.
- c) Las deudas salariales hasta el triple del salario mínimo interprofesional por los días pendientes de cobro tienen privilegio general y, en caso de liquidación, se pagarán antes que los demás, con la mayor garantía que eso supone de cara a obtener finalmente el cobro efectivo. El resto serán créditos ordinarios, pagándose a prorrata con el resto de deudas una vez satisfechas las privilegiadas. Si son los trabajadores/as (o uno individualmente, respecto a las deudas que individualmente tuviera) los que promueven el concurso, un cuarto de este resto pasará a obtener, de acuerdo con el 91 de la Ley Concursal, la categoría de créditos con privilegio general.

Tanto para esta categoría, como las anteriores, el concepto de salario es restrictivo, sólo se considerará como tal la remuneración de los asalariados/as, no entrando en ningún caso (ni disfrutando de las garantías que el salario tiene) la remuneración de los “autónomos dependientes”, es decir, aquellas personas trabajadoras que tienen, con la empresa una relación mercantil y no laboral.

- d) Los intereses moratorios, los que deriven del retraso en el pago de las obligaciones por parte del empresario, que adeude el empresario tienen la categoría de subordinarios y se pagarán, en caso de liquidación, siempre y cuando sobre parte del activo de hacer frente a los créditos privilegiados y ordinarios. Hay que reseñar, que una vez declarado el concurso, las deudas, salvo las salariales, dejarán de devengar intereses.

Algunas resoluciones judiciales (sin que sea una postura unánime dentro de la jurisprudencia) han reconocido que los intereses moratorios de los créditos contra la masa tienen, asimismo, carácter de créditos contra la masa (los que se cobran sin esperar al convenio o liquidación) y, además, se siguen generando con posterioridad a la declaración de concurso, sea cual sea el concepto por el que se ha generado el crédito principal. (SJM de Alicante de 18 de enero de 2008)

También serán subordinarios los créditos comunicados tardíamente o no comunicados, salvo en los supuestos ya citados al hablar en general de los créditos subordinarios.

- e) En caso de extinción colectiva de contratos (ERE) realizada en el marco del concurso, del que luego hablaremos, las indemnizaciones tendrán el carácter de créditos contra la masa y se cobrarán sin necesidad de esperar a la liquidación o convenio, así como las indemnizaciones por despido (individuales) realizados con posterioridad a la declaración del concurso en el marco de la continuidad de la actividad empresarial del deudor.

De la misma manera, las resoluciones de los juzgados de lo mercantil han admitido como créditos contra la masa las indemnizaciones por despido basado en causas económicas, siempre y cuando la causa alegada sea la misma que en el concurso, es decir, si no se hubieran dado circunstancias económicas nuevas, aunque sean anteriores a la declaración del concurso. (SJM de Pamplona de 24 de octubre de 2007)

- f) Los créditos de indemnizaciones por despido que no entren en el supuesto anterior (las que no deriven de un despido colectivo posterior a la apertura del concurso o a un despido objetivo individual con la misma causa que uno colectivo posterior), significativamente los que hubieran nacido con anterioridad a la declaración del concurso, salvo el supuesto que ya hemos indicado, tendrán la categoría de créditos con privilegio general hasta la cuantía que resultara de calcular dicha indemnización con una base equivalente al triple del salario mínimo interprofesional.

La regla para determinar la fecha que tomamos como referencia para determinar si los créditos por extinción de la relación laboral entran o no en la categoría de créditos contra la masa ha variado en diversas sentencias de los juzgados de lo mercantil, valiendo el momento de interposición de la demanda (SJM de Oviedo de 28 de enero de 2008) (el caso planteado era de acoso laboral) o bien, como es la regla general, el momento en el que se ha generado la causa que da origen al derecho a percibir una indemnización (así no serían créditos contra la masa los salarios de tramitación devengados antes del concurso, aunque la demanda por despido se haya interpuesto después de la declaración del mismo) (SJM de Palma de Mallorca de 6 de enero de 2007)

Las indemnizaciones, aunque se obtengan en el marco de un procedimiento por despido, que tengan por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios (por ejemplo, las obtenidas tras la declaración de un despido nulo por vulneración de derecho fundamental en concepto de compensación por ésta), serán, en todo caso, créditos con privilegio general. (SJM de Oviedo de 28 de enero de 2008).

- g) Las indemnizaciones por accidente laboral y enfermedad profesional y los recargos sobre prestaciones por incumplimiento de obligaciones en materia de salud laboral devenidas con anterioridad a la apertura del concurso tendrán la consideración de créditos con privilegio general, sea cual sea su cuantía.
- h) El resto de deudas, sea cual sea su carácter, que se originen con anterioridad a la apertura del concurso serán deudas ordinarias, que se abonarán después de las privilegiadas, tanto especiales como generales. Todas aquellas que no se hayan reflejado en esta enumeración y se originen con posterioridad a la apertura del mismo, derivadas de obligaciones legales o de responsabilidad extracontractual o contraídas por parte de la administración concursal o con su permiso, serán deudas contra la masa.

Salario	Tipo	Cuándo se cobra
30 días anteriores al concurso hasta el doble del SMI	Crédito contra la masa	A la solicitud a la Admón. Concursal (salvo que sean reconocidos por incidente en el marco del concurso)
Posteriores a la declaración del concurso	Crédito contra la masa	A su vencimiento
Anteriores hasta el triple del SMI por los días pendientes de cobro	Crédito con privilegio general.	En la liquidación antes de todos los demás (salvo de los que tengan privilegio especial).
Todos (si hay bienes fabricados por los trabajadores/as en propiedad del empresario)	Crédito con privilegio especial.	Cuando se liquiden esos bienes, con lo que resulte de ello.
El resto	Crédito ordinario	En la liquidación, junto con los demás ordinarios, después de todos los privilegiados.

Indemnización	Tipo	Cuándo se cobra
Despido colectivo aprobado en el marco del concurso	Crédito contra la masa	Con la efectividad del despido
Despido objetivo previo al concurso basado en las mismas causas que uno colectivo posterior	Crédito contra la masa	A su reclamación a la administración concursal
Despido anterior a la declaración de concurso hasta la calculada por una base del triple del SMI	Crédito con privilegio general	En la liquidación antes de todos los demás (salvo de los que tengan privilegio especial), después de los salarios.
Lo que reste del anterior	Crédito ordinario	En la liquidación, junto con los demás ordinarios, después de todos los privilegiados.
Por daños y perjuicios obtenidas en el marco de un procedimiento por despido	Crédito con privilegio general	En la liquidación antes de todos los demás (salvo de los que tengan privilegio especial), después de los salarios y las indemnizaciones por despido.
Por accidente laboral y enfermedad profesional	Crédito con privilegio general	En la liquidación antes de todos los demás (salvo de los que tengan privilegio especial), después de los salarios y las indemnizaciones por despido.

3. EJEMPLO DE COBRO DE LAS DEUDAS LABORALES EN EL MARCO DE LA LIQUIDACIÓN DE UN CONCURSO

Para ilustrar mejor el cobro de las deudas laborales en caso de concurso vamos a proponer un pequeño ejemplo.

Supongamos una empresa de diez trabajadores/as que se dedica a la fabricación de muebles. El salario de todos y todas es de 2.000 euros y el SMI de ese año asciende a 600. Fueron contratados el 1 de enero de 2006. La empresa entra en dificultades económicas y deja de abonar los salarios de los trabajadores/as el 1 de junio de 2008. El 1 de octubre se realizan dos despidos, uno por causas económicas y otro objetivo por falta de adaptación del trabajador/a a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, no abonándose a estos trabajadores/as despedidos ninguna indemnización. El 1 de noviembre el empresario/a solicita entrar en concurso, continuándose la actividad de la empresa hasta el 1 de enero de 2009, fecha en que el juez de lo mercantil, seguido el procedimiento pertinente, autoriza a la extinción de los contratos de trabajo de los demás trabajadores/as.

De esto deducimos que las deudas con los trabajadores/as serían:

- Con quienes llevan siete meses sin cobrar (desde el 1 de junio al 1 de enero):
 $2.000 \times 7 \text{ meses} \times 8 \text{ trabajadores} = 112.000 \text{ €}$
- Con quienes han sido despedidos en octubre:
 $2.000 \times 4 \text{ meses} \times 2 \text{ trabajadores} = 16.000 \text{ €}$

El total de deudas por salarios sería de 128.000 €

Las indemnizaciones de las extinciones de enero:

- 20 días por año, con tres años trabajados = $4.000 \text{ €} \times 8 \text{ trabajadores} = 32.000 \text{ €}$
- y las de quienes despiden en octubre:

- 20 días por año, con dos años y nueve meses trabajados = $3.666,67 \text{ €} \times 2 \text{ trabajadores/as} = 7.333,34 \text{ €}$

El total de deudas por indemnizaciones sería de 39.333,34 €

Por lo tanto, la deuda con los trabajadores/as ascendería a un total de 167.333,34 €

Supongamos que, además, la empresa tiene una deuda hipotecaria con el banco (garantizada con el edificio que hace de almacén) de 200.000 € y otra con sus proveedores de 300.000 €.

La empresa dispone, en su activo, del edificio, cuyo valor de mercado es de 180.000 €, muebles fabricados no vendidos en el almacén con un valor de mercado de 20.000 € y demás propiedades, incluyendo cuentas bancarias, por un valor total de 250.000 €.

En resumen, la empresa debe 667.333,34 € y tiene en su activo 450.000 €.

Supongamos que no se logra llegar a un convenio y se liquida el activo para hacer frente a las deudas ¿Qué se cobraría y en qué orden?

- 1) En primer lugar, sin esperar al momento de la liquidación al ser deudas contra la masa, los trabajadores y trabajadoras cobrarían el último mes que trabajaron antes de declarar el concurso (tanto los que continuaban en la empresa en ese momento, como los que habían sido despedidos), así como el mes que han trabajado después de declararse el concurso:

$1.200 \times 10 = 1.2000 \text{ €}$ (del mes anterior al concurso por el doble del SMI).

$2.000 \times 8 = 16.000 \text{ €}$ (del mes posterior al concurso).

Total 28.000 € (se les seguiría adeudando la cantidad de 100.000 € por salarios).

- 2) De la misma manera cobrarían las indemnizaciones por despido los que han visto extinguido su contrato de trabajo por la decisión del juez de lo mercantil, así como el trabajador/a despedido por causas económicas previamente, como créditos contra la masa:

32.000 (indemnizaciones de la extinción colectiva) + 3.666,67 (indemnización por el despido por causas económicas) = 35.666,67 €

Seguirían adeudándose 3.666,67 € en concepto de indemnizaciones

El total de las deudas contra la masa sería de 63.666,67 €

- 3) Una vez procedida a la liquidación del resto del activo (restarían en total 378.333,33 €) se empezaría abonando los créditos con privilegio especial, es decir, los que tienen algún bien garantizándolos, así:

De la liquidación del almacén se conseguirían 180.000 € que irían a satisfacer la deuda de 200.000 por la hipoteca del mismo (quedarían 20.000 € por pagar al banco)

De la liquidación de los muebles que han realizado los trabajadores y trabajadoras se abonarían 20.000 € por salarios, de la siguiente forma:

A ocho trabajadores/as se les adeudan 10.800 €, (86.400 € en total) y a otros dos 6.800 € (13.600 €), después del abono de los salarios que son créditos contra la masa. Así pues los primeros ostentan el 86,4 % (10,8 % cada uno) y los otros dos el 13,6 % (6,8 % cada uno). Por ello cada uno de los primeros cobrarían, con lo obtenido de vender los muebles 2.160 € cada uno, que corresponden al 10,8 % de los 20.000 (17.280 en total) y los segundos 1360 cada uno, que corresponden al 6,8 % de los 20.000 (2.720 en total). Todavía se adeudarían por salarios 80000 € (8640 a los primeros y 5440 a los segundos).

- 4) Quedarían en el activo 178.333,33 €. De ellos habría que abonar los créditos con privilegio general en el orden del artículo 91 de la ley concursal.

En cuanto a los salarios habría que establecer en qué cuantía tienen la categoría de créditos con privilegio especial. Para ello habría que ver cuánto se le adeuda a los trabajadores/as: a los que trabajaron sin cobrar 7 meses se les deben 8.640 a cada uno (69.120 en total), que corresponden a 4,32 meses de trabajo y a los que sólo lo hicieron cuatro 5.440 € (10.880 en total) a cada uno, correspondientes a 2,72 meses.

Tienen privilegio especial los salarios hasta el máximo del triple del SMI por el tiempo adeudado. Si el SMI es de 600 €,

$1.800 \times 4,32 = 7776$ € (Les seguirían adeudando 864 € a cada uno, 6.912 en total)

$1.800 \times 2,72 = 4.896$ € (Les seguirían adeudando 544 € a cada uno, 1.088 en total)

Quedarían salarios por abonar de 8.000 €

También tendría privilegio especial la indemnización por despido por no adaptación a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo, hasta el máximo de calcularla con el triple del SMI, esto es 20 días por año trabajado, 1.800 €/mes, 2 años y 9 meses trabajados: 3.300 €

Se le seguirán adeudando 336,67 €

- 5) Quedan en este momento en el activo 103.033,33 € y se siguen adeudando 328.336,67 € (20.000 al banco, 300.000 a proveedores, 8000 por salarios y 336,67 por despido)

Todos estos créditos son ordinarios y se cobrarían a prorrata:

El banco ostenta el 6,1 % del pasivo, cobraría el 6,1 % del activo, 6.285,03 €, quedaría sin cobrar 13.714,96 €.



Los proveedores ostentan el 91,36 % del pasivo, cobrarían el 91,36 % del activo, 94131,25 €, quedarían sin cobrar 205.868,74 €.

A los trabajadores/as que les debían 864 €, dado que cada uno ostenta el 0,26 % del pasivo, les correspondería el 0,26 % del activo a cada uno, es decir, 267,88 € cada uno (no cobrarían 596,11 € por cabeza).

A los que les debían 544 €, dado que ostentan el 0,16 del pasivo, les correspondería el 0,14 % del activo, es decir, 164,85 € cada uno, dejando de cobrar 379,14 €.

Por último, el trabajador/a al que se le adeuda parte de su indemnización por despido, al ostentar el 0,1 % del pasivo, le corresponde el mismo porcentaje del activo, 103,03 €, dejando de cobrar 233,63 €.

(Nota: para facilitar el ejemplo hemos obviado los intereses moratorios de las deudas, los cuales incrementarían las cuantías de las deudas, pero se abonarán, como subordinarios que son, si sobra algo de la liquidación, salvo los generados de deudas contra la masa).

4. EL DESPIDO COLECTIVO, LA SUSPENSIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO Y LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN EL MARCO DEL CONCURSO DE ACREEDORES

El artículo 64 de la Ley Concursal establece el procedimiento a seguir en caso de que, durante el desarrollo de un concurso de acreedores, se pretenda llevar a cabo un despido colectivo (supuesto de hecho de los Expedientes de Regulación de Empleo), o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, supuesto, este último que veremos en el siguiente apartado.

Los expedientes de regulación de empleo en el marco concursal presentan dificultades añadidas en su tramitación y habrá que estar a cada caso concreto para saber cuál es la mejor forma de actuar. Sin embargo hay que tener en cuenta que el hecho de que la empresa entre en concurso no es sinónimo de que se vaya a solicitar un ERE, pese a ser una “amenaza” con la que se juega en negociaciones de cara a conseguir acuerdos más beneficiosos con la empresa. Todas las actuaciones sindicales que pondríamos en marcha frente a un ERE que no se produjera en el marco de un concurso, pueden y deben ser utilizadas si estamos en un ERE concursal.

Una empresa que esté en situación de insolvencia (actual o inmediata) en muchas ocasiones es sencillo que pueda aducir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (requisitos del 51 del Estatuto de los Trabajadores de para la autorización de un despido colectivo) o mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (requisitos del 41 para la modificación sustancial).

Sin embargo, aunque parte de los presupuestos objetivos en el caso de una sociedad mercantil concursada sean acreditables (la mala situación de la empresa), aún tendrá que demostrar que existe un nexo entre la medida que se pretende tomar (extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, o bien, modificación de las condiciones) y la mejora de la situación de la empresa,

La novedad fundamental, con respecto a las modalidades no concursales de los ERE, radica en que dentro del procedimiento concursal estas medidas se tramitarán ante el juez de lo mercantil, que deberá autorizar, si el despido colectivo se realiza después de la solicitud de concurso, la realización de los despidos y la cuantía de las indemnizaciones, que serán créditos contra la ma-

sa. Es relevante que el empresario, por sí sólo, no podrá tomar la decisión final de llevar a cabo el despido colectivo, como sí ocurre en los despidos colectivos no concursales, si no que necesitará, como ya hemos dicho, la autorización del juez de lo mercantil.

4.1. Legitimación y momento de la solicitud

Podrán promover el despido colectivo, la suspensión colectiva de los contratos de trabajo o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo tanto el deudor concursado, como los trabajadores/as de la empresa concursada, como la propia administración concursal. Dicha solicitud deberá realizarse ante el juez de lo mercantil que esté conociendo del concurso tras emisión por la administración concursal de su informe preceptivo, salvo que se acredite que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pone en peligro la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso la medida se podrá solicitar en cualquier momento después de la presentación de la solicitud de declaración de concurso.

4.2. Contenido de la solicitud y documentos

La solicitud debe exponer las medidas solicitadas y acreditar documentalmente con los medios que sean precisos la que dichas medidas son necesarias para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Se deberá acompañar, en empresas que tengan más de cincuenta trabajadores/as, de un plan social que especifique la incidencia concreta de las medidas colectivas en el empleo en la empresa.

4.3. Comunicación y periodo de consultas

Una vez realizada la solicitud con sus requisitos formales el juez se la comunicará a las partes interesadas que no la hayan promovido (deudor, administradores concursales y trabajadores por medio de sus representantes). La comunicación hecha a los trabajadores/as, cuando no hayan promovido la medida, deberá incluir, en todo caso, copia de la solicitud y de los documentos que la acompañan.

Desde esta comunicación el juez abrirá un periodo de consultas de treinta días naturales o quince en empresas de menos de cincuenta trabajadores/as. Durante este periodo la administración concursal negociará con los representantes de los trabajadores, sindicales o unitarios. Para la obtención de un acuerdo sobre las medidas colectivas será necesario el acuerdo favorable de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa o delegados de personal o de las representaciones sindicales que representen al menos esta mayoría.

Si la empresa no cuenta con representación legal de los trabajadores en toda la empresa o en alguno de sus centros, los trabajadores/as deberán optar entre atribuir su representación a los sindicatos que cuenten con la condición de representativos del sector (véase el capítulo 2 de la presente guía) o bien a una comisión de un máximo de 3 miembros elegidos democráticamente por los trabajadores/as de cada centro de trabajo.

Aquí nos encontramos una peculiaridad de los procedimientos concursales. Independientemente de quién solicite la medida colectiva, la negociación la llevarán a cabo los trabajadores/as con la administración concursal, encargada de administrar el patrimonio del deudor concursado durante el periodo del concurso y, en ningún caso, negociará el propio empresario.

4.4. Finalización del procedimiento

Transcurrido el plazo del periodo de consultas o en el momento de alcanzarse un acuerdo, las partes darán traslado al juez de su resultado. Una vez recibido se solicitará informe de la Autoridad Laboral, que tendrá quince días para emitir informe sobre la medida y, en su caso, el acuerdo alcanzado, pudiendo oír previamente a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores/as. Trascurridos los quince días el juez continuará el procedimiento, aunque la emisión extemporánea del informe no evita que su contenido sea tomado en cuenta (es decir, el juez de lo mercantil puede tomar en consideración para la resolución del asunto un informe de la autoridad laboral recibido fuera de plazo).

En un plazo de cinco días desde la recepción del informe o el cumplimiento del plazo de su presentación el juez dictará auto motivado autorizando o rechazando la medida. En todo caso autorizará la medida si se ha producido acuerdo en la negociación, salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en el mismo, si no hay acuerdo el juez analizará si concurren o no las causas legales para la autorización (oídos la administración concursal y los representantes de los trabajadores/as, así como, aunque formalmente no negocie, el empresario) Contra este auto cabe interponer recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma (aunque el ERE sea estatal, puesto que es una impugnación de un auto del juzgado de lo mercantil, que tiene ámbito local) en la que esté radicado el juzgado de lo mercantil, esto es, ante los órganos jurisdiccionales del orden social.

Las personas afectadas por los despidos o las suspensiones de los contratos de trabajo autorizados, tendrán la consideración de situación de desempleo a la hora del cobro de las prestaciones de la Seguridad Social.

El contenido del acuerdo determinará en qué términos ha de practicarse la extinción de la relación laboral, pero en cualquier caso, no puede afectar a materias indisponibles como la antigüedad en la empresa o el salario reconocido, que los trabajadores/as podrán reclamar mediante incidente concursal cuando se opongan a lo previsto en el acuerdo.

En todo caso se tendrán como referencia para las indemnizaciones por despido las que establece el estatuto de los trabajadores para las extinciones por causas objetivas (20 días por año trabajado, hasta un máximo de doce mensualidades), no generando derecho a las mismas los trabajadores que se encuentren en situación de excedencia voluntaria. (STS de 19 de enero de 2007).

La resolución judicial no constituye una autorización al empresario/a para extinguir las relaciones laborales, sino que extingue por sí mismo los contratos, teniendo que concretar en la misma nominalmente cuáles son los trabajadores concretos afectados por el despido.

Frente a esta resolución se pueden tomar dos medidas: recurrir a la jurisdicción social en suplicación si no se está de acuerdo con la legalidad del despido colectivo (por inexistencia de las causas legales, por defectos formales en la tramitación, etc) o bien que los trabajadores/as afectados individualmente incluidos, recurran este auto ante el propio juez de lo mercantil oponiéndose a su inclusión en el ERE.

4.5. Peculiaridades de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo e instituciones análogas en el marco de un concurso

Si se autorizara mediante auto del juez de lo mercantil una modificación colectiva de las condiciones de trabajo (tanto las previstas en Convenio Colectivo o acuerdo de empresa, como las que no), así como un traslado que suponga movilidad geográfica dentro de la misma provincia y a menos de 60 kilómetros (salvo en los casos donde se acredite que el tiempo de desplazamiento es, al menos, un cuarto de la jornada laboral), la opción por parte del trabajador/a de rescindir

el contrato de trabajo percibiendo una indemnización de 20 días por año trabajado hasta nueve meses (según el artículo 41. 3. Párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores) o bien la que recibiría en caso de despido improcedente si existe menoscabo de su dignidad o perjuicio de su formación profesional (según el 50.1.a de la misma norma) quedará en suspenso durante toda la tramitación del concurso, hasta un plazo máximo de 12 meses desde la emisión del auto que la autorizó. Esta indemnización, al devengarse con posterioridad a la iniciación del concurso tendrá la calificación de crédito contra la masa y se abonará a su vencimiento.

Para las modificaciones de las condiciones de trabajo que estén previstas en un Convenio Colectivo estatutario, de forma análoga a la modalidad extraconcursal de esta medida, será preceptivo que se alcance un acuerdo con los representantes de los trabajadores/as o bien someter la medida a arbitraje de la Comisión Nacional Consultiva de Convenios Colectivos (o su equivalente autonómico), pudiendo recurrir esta resolución ante los tribunales del orden social. Cuando las condiciones no estén previstas en convenio, el juez de lo mercantil podrá acordar su modificación mediante auto aunque no concurra acuerdo, si afirma que se dan las condiciones legales para ello. Este auto, al igual que el que autoriza un ERE puede ser recurrido en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del que dependa el juzgado de lo mercantil.

4.6. Carácter colectivo de las extinciones contractuales, las suspensiones y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo

Con carácter general no hay ninguna peculiaridad con respecto a la consideración del carácter colectivo de estas medidas con respecto a las modalidades no concursales de las mismas (diez trabajadores/as para empresas de menos de cien, el diez por ciento de los mismos en empresas que ocupen entre cien y trescientos y treinta en empresas de más de trescientos).

Sin embargo, nos encontramos con una regla especial. En los supuestos, muy probables en el concurso, de que una pluralidad de trabajadores/as opten, ante la falta de abono de los salarios o retraso en el mismo, por rescindir su contrato con derecho a una indemnización equivalente a la de despido improcedente, de acuerdo al 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, estas extinciones por voluntad del trabajador, tendrán carácter colectivo y deberán tramitarse por el procedimiento que hemos expuesto en este apartado, siempre y cuando, desde el inicio de la tramitación del concurso, las promuevan de manera individual:

- Diez trabajadores/as o la totalidad de la plantilla en empresas de menos de 100 trabajadores/as.
- El diez por ciento en empresas de 100 a 300.
- El veinticinco por ciento en empresas de más de trescientos.

5. LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD TRAS EL INICIO DEL CONCURSO

Con carácter general, nada obsta, como afirma el artículo 44 de la Ley Concursal, a que la empresa concursada mantenga sus actividades, manteniéndose el contrato de trabajo y las obligaciones que derivan del mismo en vigor, devengándose los salarios con carácter, como ya hemos dicho, de créditos contra la masa. Serán nulos, de acuerdo al artículo 62 de la Ley Concursal, las



cláusulas contractuales o las previstas en Convenio Colectivo o Acuerdo de Empresa que otorguen al empresario la facultad de resolución o extinción del concurso por el mero hecho de estar la empresa declarada en concurso.

El juez podrá decretar que la gestión de esta actividad sea llevada a cabo por la administración concursal, que podrá realizar una autorización genérica para que se lleven a cabo las actividades propias del tráfico con el fin de la continuidad de la actividad. Hasta la aceptación de los administraciones concursales de su nombramiento, a menos que el juez establezca una medida cautelar en el auto de iniciación del concurso, la administración se seguirá llevando a cabo por el empresario o los administradores de la sociedad concursada, bajo la supervisión del juez, realizando aquellas operaciones normales del tráfico que sean imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial.

Sin embargo, el juez podrá, a petición de la administración concursal y con la audiencia obligada de los representantes de los trabajadores/as, así como del deudor, dictar un auto que autorice al cierre de una parte o de la totalidad de los establecimientos de los que fuera titular el deudor o la suspensión o cese de su actividad empresarial.

En estos casos, si se debiera producir una extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, se estará al procedimiento que se ha descrito en el apartado anterior.

En caso de que, tras la liquidación de la masa activa, un comprador adquiera una unidad productiva autónoma perteneciente al acreedor, supone que los trabajadores/as vinculados a la empresa concursada, pasarían, con sus condiciones laborales intactas, a ser trabajadores/as de la empresa adquirente, que se subrogaría en la posición de la anterior en virtud del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

6. LOS INCIDENTES CONCURSALES

Denominamos incidentes concursales a todas las cuestiones que se susciten en el marco de un procedimiento concursal, en paralelo a la materia central del procedimiento (cobro de los acreedores). Se trata de “procedimientos secundarios dentro del procedimiento principal” y relacionados con él, que, en condiciones no concursales se ventilarían en otros órganos judiciales, pero que, por efecto del concurso, se acumulan para el conocimiento del juez de lo mercantil.

El juez de lo mercantil conocerá en de todos estos incidentes, dándoles el tratamiento oportuno conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevando a cabo, en su caso el trámite del juicio verbal y resolviendo mediante sentencia el incidente. Estos incidentes se iniciarán, al igual que en el proceso civil, mediante demanda de parte con todos sus requisitos.

En el caso concreto de materia laboral, de acuerdo con el artículo 195 de la Ley Concursal, el juez de lo mercantil no podrá, en ningún caso, considerar la impertinencia de la cuestión incidental planteada, resolviéndola mediante auto, sino que deberá dar trámite a la misma, es decir, si el incidente es de materia laboral, el juez tendrá, forzosamente, que tramitarlo.

Tras la admisión de la demanda, se remitirá la misma a las partes se fijará un plazo de diez días para los actos de conciliación y juicio, tramitándose el mismo según las normas del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien tras la práctica de la prueba las partes tendrán un trámite de conclusiones.

Tendrán la consideración de incidentes concursales (y, por lo tanto, los resolverá el juez de lo mercantil) de carácter laboral, aquellas medidas que afecten a la relación de trabajo que tengan carecer colectivo, mientras que las individuales deberán sustanciarse ante la jurisdicción social (salvo los reconocimientos de deudas, en todo caso incidentes concursales, cuyo momento proce-

sal oportuno de planteamiento es la impugnación de la lista de acreedores). De acuerdo con la STSJ de Canarias/Las Palmas de 21-12-2007.

7. DEMÁS MATERIAS LABORALES

Todas las cuestiones de incidencia laboral a las que no nos hemos referido, en cualquier caso, y de acuerdo con el artículo 8.2 de la Ley Concursal, pese que se integren dentro de la competencia del juez de lo mercantil, deberán regirse por lo previsto tanto en la legislación laboral en general, como en la Ley de Procedimiento Laboral, que actúan como normas subsidiarias que completan a la Ley Concursal en materia laboral en todo lo que esta no regule específicamente, debiendo remitirnos a los demás capítulos de esta guía.

8. EL CASO DE LAS ETT Y SU GARANTÍA FINANCIERA

El artículo 3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, desarrollado por los artículos 7 y siguientes del RD 4/1995, establece la obligación para las ETT de, en el momento de solicitar la autorización administrativa para el inicio de su actividad establezca una garantía financiera, que se irá actualizando año a año, puesta a disposición de la Autoridad Administrativa y para responder por las deudas salariales, de indemnización por finalización de contrato y de la Seguridad Social, que se tenga con los trabajadores/as en misión, es decir, los que cede legalmente a otras empresas, excluyéndose de la misma garantía a los trabajadores/as estables, es decir, los que prestan servicios para el mantenimiento de la actividad de la ETT. Para que entre en juego esta garantía no es necesario que se declare un concurso, basta con la “insolvencia” de la ETT.

Por lo tanto se establece, para estas deudas, una garantía de carácter especial, teniendo que ser satisfechos, en caso de concurso que entre en fase de liquidación, con la garantía citada, estando a lo que hemos dicho en el presente capítulo sobre los privilegios especiales.

Sin embargo, estas deudas siguen una prelación específica, puesto que, pasado a liquidarse en concurso, se pagarán con la garantía financiera:

- Primero se pagarán los salarios correspondientes a los últimos treinta días de salario hasta el máximo del doble del SMI.
- Después los créditos por salarios en orden según la fecha en la que se solicitó la ejecución de aquella.
- Después las indemnizaciones por finalización de contratos de puesta a disposición hasta el máximo de doce días de salario.
- Después el resto de indemnizaciones por finalización en orden según la fecha en que se solicitó la ejecución de aquella.
- Finalmente los créditos por cuotas de la Seguridad Social.

Para su cobro con lo previsto en la garantía financiera es necesario que la deuda se fije en acto de conciliación, resolución judicial o certificación de descubierto de la Dirección Provincial de las TGSS (a estos efectos es válida la inclusión de los créditos en la masa pasiva del concurso por la vía de su inclusión en la lista de acreedores).

Para lo que no se haya podido cobrar se estará a las normas del concurso, a salvo de la responsabilidad solidaria o subsidiaria de las empresas usuarias.



9. FASES Y PROCEDIMIENTO DEL CONCURSO

Para una mayor comprensión de la dinámica de un concurso de acreedores vamos a exponer someramente las fases que lleva el procedimiento. En la Ley Concursal a las distintas fases del procedimiento del concurso se las denomina secciones.

9.1. Sección Primera (Iniciación)

Se inicia con la solicitud de concurso como hemos explicado en el primer apartado. Si el concurso es voluntario el juez dictará un auto declarando abierto el concurso si entiende que concurre el requisito de insolvencia actual o inminente, sin necesidad de vista. Lo mismo ocurrirá si, siendo un concurso necesario, el deudor no se opone o se allana a la pretensión de iniciar un concurso de sus acreedores.

En caso de oposición del deudor se celebrará una vista en plazo de diez días desde la solicitud. El deudor deberá consignar las cantidades que se deban a los acreedores que hubieran presentado la solicitud o alegar la causa por la que no ha podido hacerlo.

Tras la vista el juez dictará un auto declarando abierto el concurso o rechazándolo. En el mismo se solicitará al deudor que aporte la documentación a la que nos hemos referido anteriormente si no lo hubiera hecho, acordando que se inscriba el concurso en los registros mercantil (si el deudor es persona jurídica) o civil (si es persona física).

9.2. Sección Segunda (La administración concursal)

El juez designará una administración concursal, compuesta por un administrador concursal que puede ser abogado, economista o una persona jurídica que aglutine a profesionales de ambas especialidades.

Cuando, a juicio del juez de lo mercantil, exista una especial complejidad en el concurso, cabe la posibilidad de designar un segundo administrador concursal, que será un representante de alguno de los acreedores, siempre que el montante total de las deudas de las que sea titular se encuentre entre las que suponen el tercio de mayor valor.

En este último supuesto, siempre que exista representación legal de los trabajadores/as, la misma podrá ser nombrada administración, siempre que se cumpla el requisito de que las deudas, sumadas, de todas las trabajadoras estén comprendidas entre las del tercio de mayor valor. La representación legal de los trabajadores/as deberá designar un profesional que cumpla los requisitos de la ley para llevar a cabo la administración.

En el caso de que la entidad sea una de las que emitan valores negociados en bolsa, el administrador será propuesto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y si se trata de una entidad de crédito o aseguradora, por el Fondo de Garantía de Depósitos o el Consorcio de Compensación de seguros, respectivamente. En estos casos también se podrá nombrar un segundo administrador concursal entre los acreedores.

Los administradores concursales se encargarán de llevar a efecto el concurso, especialmente determinando la masa activa (bienes y derechos del patrimonio del deudor) y la pasiva (listado de las deudas del mismo y su clasificación), además de administrar durante el periodo del concurso y con la supervisión del juez de lo mercantil, el patrimonio del deudor. Con carácter general actuarán de forma colegiada, tomando las decisiones por mayoría, decidiendo el juez mercantil cuando esta falte.

9.3. Sección Tercera (Determinación de la masa activa)

Esta sección y la siguiente se encuentran encuadradas en la elaboración del informe preceptivo que elabora la administración concursal, previsto en el artículo 74 y siguientes de la ley, que en un plazo de dos meses desde la aceptación de al menos dos administradores de la designación como tales (prorrogables por el juez a otro más), deberá contener un análisis de los datos económicos del deudor, su contabilidad y una memoria de las decisiones que sobre el patrimonio ha tomado la administración. Este informe se acompañará de un inventario de los bienes y derechos del deudor, una lista de acreedores y un dictamen sobre las propuestas de convenio que se hubieran presentado, si es que ha habido alguna.

El inventario constará de todos los bienes cuyo titular sea el deudor concursado, además de aquellos bienes gananciales que deban responder de las deudas del mismo. El cónyuge podrá solicitar la disolución de la comunidad de gananciales, que se efectuará de forma coordinada con lo que resulte del convenio. Se presumirán dentro de la masa activa las donaciones realizadas por el concursado a su cónyuge en régimen de separación de bienes para realizar adquisiciones onerosas (es decir, lo que el deudor dé a su cónyuge para adquirir bienes)

9.4. Sección Cuarta (Determinación de la masa pasiva)

La administración concursal establecerá un listado de todas las deudas calificándolas según los criterios que hemos explicado anteriormente (créditos contra la masa, créditos con privilegio especial, etc.).

La lista de acreedores (así como el inventario de la masa activa) puede ser impugnada en los dos días siguientes a su publicación, solicitando la inclusión o exclusión de acreedores en la misma.

9.5. Sección Quinta (El convenio y la liquidación)

El concurso puede acabar con un convenio (acuerdo de los acreedores sobre la forma de satisfacción de las deudas existentes), incluyendo pactos de quita – renuncia al cobro de parte de los créditos con el fin de conseguir cobrar otra parte, que puede llegar como máximo a un montante del 50 %- y espera – planteamiento de un nuevo plazo de abono de las deudas, como máximo cinco años-. En caso de faltar convenio se procederá a la liquidación de la masa activa del patrimonio del deudor abonando los créditos en el orden y con las reglas que hemos expuesto anteriormente. Los acreedores privilegiados, entre ellos los trabajadores y trabajadoras por las deudas que tengan esta calificación según ya hemos expuesto, tienen derecho a apartarse del convenio, exigiendo la satisfacción de sus deudas.

En caso de liquidación todas las deudas se entienden exigibles en el momento, sea cual sea el plazo de vencimiento y las deudas no pecuniarias se convertirán en dinero, es decir, que si un acreedor tiene una deuda todavía no vencida en el momento de la liquidación la cobrará en el momento sin esperar a su término y si lo que se debe es una obligación, esta se valorará en dinero y se abonará.

La propuesta de convenio la puede realizar el deudor en la propia demanda en que solicite la iniciación del concurso o, en todo caso, hasta el momento en que finalice el plazo de comunicación de los créditos existentes. En este caso tendrá el carácter de propuesta anticipada de convenio. En ningún caso podrá presentarla un deudor que se halle dentro de los supuestos de prohibición del artículo 105 de la Ley Concursal (condenados por sentencia firme por determinados delitos, los que no estén inscritos en el registro mercantil cuando esto sea obligatorio, hayan realizado



actividades que alteren las posibilidades del cobro de las deudas como práctica de liberalidades, ampliación de garantías, pago anticipado de deudas no vencidas, etc.).

Para que la propuesta sea admitida a trámite debe contar con la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del total de las deudas. Si alcanzara la mayoría del pasivo antes de los cinco días siguientes a la finalización del plazo de impugnación de la lista de acreedores el juez procederá a aprobar el convenio y el concurso finalizará aplicando su contenido.

De la misma manera el deudor podrá solicitar de forma anticipada la liquidación del concurso sin proponer convenio.

Si no hubiera ni propuesta de convenio ni solicitud de liquidación, superado su plazo de presentación, el juez convocará una junta de acreedores. Para la misma se presentarán las propuestas de convenio que el concursado considere oportunas, así como los acreedores que tengan deudas por, al menos, un quinto del pasivo. Las propuestas pueden contener varias alternativas, pero en ningún caso ser condicionadas.

Para que la junta de acreedores pueda aceptar una propuesta de convenio es necesario el voto favorable de los acreedores que supongan la mayoría del pasivo ordinario, no teniendo derecho al voto ni los acreedores subordinarios ni aquellos que adquieran el crédito con posterioridad a la apertura del concurso por acto inter vivos, como una donación, (lo cual no debe confundirse con los acreedores contra la masa, que son los titulares originarios del crédito, no lo adquieren después de su nacimiento).

9.6. Sección sexta (calificación del concurso)

Por último, el concurso puede ser clasificado de culpable o fortuito. Sólo se procederá a calificar el concurso en caso de que se proceda a la liquidación o el convenio contenga provisiones de quita y espera especialmente gravosas (quitas de más de un tercio y esperas superiores a tres años). El concurso será culpable cuando medie dolo o imprudencia del deudor. Se entiende como culpable el concurso que fue solicitado con posterioridad al momento en que el deudor tuvo noticia de su insolvencia.

En caso de concurso culpable la responsabilidad del pago de las deudas que no puedan satisfacerse con la masa activa corresponderá, con sus bienes presentes y futuros, a la administración mercantil de la sociedad. Además de esta circunstancia, los administradores declarados culpables estarán inhabilitados, durante un periodo que puede llegar a diez años, para la administración de patrimonios ajenos y perderán el derecho al cobro de las deudas de las que fueran titulares con respecto a la sociedad concursada.

10. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Para acabar de tratar esta materia vamos a incluir algunos aspectos prácticos a tener en cuenta a la hora de enfrentarse a un procedimiento concursal:

- a) Las costas: en muchas ocasiones los/as trabajadores/as pueden tener interés en intervenir en incidentes concursales sobre la clasificación de créditos o la existencia o no de deudas con otros acreedores (por ejemplo, determinar si existe o no una deuda hipotecaria podría ser de importancia capital para saber si se van a cobrar con cargo a la masa activa los créditos con privilegio general de los/as trabajadores/as).

En estos casos, pese a tratarse de acciones que promueven los/as trabajadores/as o incidentes en los que se participa, se ha estimado jurisprudencialmente que en estos casos las costas están sometidas a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, la parte que resulte vencida en su pretensión deberá abonar a la otra los costes de defensa y representación procesal (abogado y procurador) de la otra parte, circunstancia que no concurre en la jurisdicción laboral, además de los desembolsos de determinadas cantidades económicas (cauciones en los recursos, fianzas, etc.). Dado que el importe de estos conceptos se está directamente relacionado con la cuantía de la cuestión debatida y que, los créditos a impugnar pueden ser de importe muy alto, puede que el riesgo de una imposición de costas no compense la posibilidad de reducción de créditos de otros acreedores, aunque habrá que estar a cada caso concreto.

- b) La responsabilidad penal: los artículos 257 a 261 del Código Penal prevén una serie de supuestos, muy relacionados con el concurso de acreedores, denominados insolvencias punibles. En concreto el artículo 260 prevé una pena de dos a seis años de cárcel (es decir, en ningún caso susceptible de ser suspendida o sustituida) para el deudor que cause o agrave de forma dolosa (es decir, voluntaria) su situación de insolvencia cuando fuere declarado un concurso.

El problema de este supuesto radica en que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la calificación como culpable del concurso, no basta con la mera actuación negligente de los administradores societarios para imputar el delito y será necesario probar que buscaron generar la situación de insolvencia o, cuanto menos, que conocían que de sus actos se seguía con muy alta probabilidad la insolvencia y no hicieron nada para remediarlo (lo que se denomina como dolo eventual).

Puede ser interesante, cuando haya un cierta cantidad de indicios en este sentido, plantearse la vía penal (con la interposición de una querrela o bien una denuncia ante el juzgado o a la fiscalía, según los casos), como medida de presión y reclamación de los derechos de los/as trabajadores/as, si bien habrá, en todo caso, que ser muy precavido con esta estrategia, porque una acción que no esté suficientemente fundamentada y que podamos probar (más allá de la existencia de ciertos indicios), puede traernos consecuencias graves.

11. ALGUNAS ACTUACIONES POSIBLES DE LOS TRABAJADORES/AS EN EL MARCO DE UN CONCURSO:

Promover el concurso	Se consigue convertir en privilegiadas $\frac{1}{4}$ de las deudas que no lo sean, pero se pone en peligro la continuidad de la empresa si se acaba con liquidación del patrimonio del deudor
Aceptar el convenio propuesto	Se consigue una mayor garantía de continuidad de la actividad de la empresa, pero por el contrario supone, en la mayoría de los casos, renunciar a parte de las deudas que se tengan.
Separarse del convenio en lo tocante a las deudas privilegiadas	Se tienen mayores garantías de cobro, pero al forzar una liquidación, siquiera parcial del patrimonio del deudor, puede que la continuidad de la actividad de la empresa se ponga en peligro.



Designar un administrador concursal	Se consigue tener un control más directo de la tramitación del concurso y obtener información para poder orientar las acciones que tomemos
Solicitar la declaración de concurso culpable	Se consigue que los administradores de la sociedad concursada respondan con su patrimonio presente y futuro de las deudas que estén en el concurso y que no se puedan cobrar con la masa activa

Como se puede ver, todas las posibles actuaciones tienen pros y contras y habrá que estar al caso concreto para saber qué es lo más aconsejable, SIN OLVIDAR NUNCA NINGUNA DE LAS POSIBILIDADES QUE NOS OFRECE LA ACCIÓN SINDICAL.

12. EL PAPEL DEL FOGASA

Es importante tener en cuenta que, en los procedimientos concursales, las deudas de trabajadoras y trabajadores están garantizadas por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA).

Cuando los administradores concursales realicen su informe, o, si las deudas con los trabajadores están claras, incluso antes, podremos solicitar de la administración concursal un certificado de deuda, certificado en el que se detallará la cuantía de la deuda y qué parte de ella corresponde a cada categoría (contra la masa, privilegiada, ordinaria, etc). Con dicho certificado y, sin necesidad de reclamar judicialmente, podremos dirigirnos al FOGASA para solicitar la deuda. El FOGASA pagará según sus límites:

- Salarios de cuatro meses hasta el tope del doble del salario mínimo interprofesional.
- Indemnizaciones por despido objetivo o por rescisión del contrato por voluntad del trabajador por modificación sustancial o traslado, hasta 20 días por año trabajado, con el tope del doble del SMI y una anualidad o nueve meses en supuestos de rescisión.
- Indemnizaciones por despido improcedente o extinción por voluntad del trabajador por incumplimiento grave del empresario en virtud del artículo 50 del ET, hasta 30 días por año trabajado, con el tope del doble del SMI y una anualidad.

Cuando cobremos del FOGASA, este organismo se personará en el concurso y reclamará las deudas a la empresa, colocándose en la misma posición que tenían las y los trabajadores que solicitaron el pago, esto es, si el FOGASA ha pagado créditos contra la masa, las deudas a su favor serán contra la masa. Lo que quede sin cobrar deberá cobrarse del activo de la empresa, siguiendo las reglas que hemos reseñado anteriormente.

Lo más habitual es que el FOGASA abone sus prestaciones antes de finalizar el concurso, pero si ocurre al revés y se da antes la liquidación que salda las deudas, por encima o igual que los límites del FOGASA, la petición que le hemos hecho al FOGASA quedará sin efecto.

XV

MUTUAS E INCAPACIDAD TEMPORAL

LEGISLACIÓN APLICABLE

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social

Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre. Reglamento General de Colaboración en la Gestión de la Seguridad Social de 1995.

Ley 40/2007, de 4 de diciembre de Medidas en materia de Seguridad Social

Real Decreto 625/2014, de 18 de julio que Regula determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días.

Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre Desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4-122007 (RCL 2007\2208), de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal

Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

1. CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO¹

Los accidentes de trabajo provocan pérdidas a las personas, a la propiedad privada/pública y a los procesos productivos. Es por ello, que la seguridad es una necesidad para reparar los daños y las lesiones que se generan en el trabajo.

Accidente de Trabajo: Lesión corporal que el trabajador/a sufre con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. (Artículo 156 L.G.S.S.).

Por lo tanto, se requieren los siguientes elementos para que estemos ante un accidente de trabajo:

- Lesión
- Trabajador/a
- Relación de causalidad entre la lesión y el trabajador/a ya sea por ocasión (inmediata) o por consecuencia (diferida).

¹ Todo lo referido con la Incapacidad Temporal nos remitimos al capítulo XI de esta Guía

1.1. ¿Qué es un accidente de trabajo?

Con carácter general, entendemos accidente de trabajo, de acuerdo al artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social como cualquier lesión corporal que el trabajador/a sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo por cuenta ajena y, en especial:

- Los accidentes que sufre el trabajador/a al ir o al volver del lugar del trabajo: Ida del domicilio al puesto de trabajo o viceversa sin interrupciones voluntarias por el camino. Circunstancias que debe reunir el Accidente de Trabajo:
 - Inicio del itinerario
 - Camino recorrido
 - Medio empleado
 - Concepto de domicilio: habitual, circunstancial, copropiedad, individual
 - No interrupción voluntaria: momentáneo-prolongado
- Desempeño de cargos electivos de carácter sindical o de gobierno, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.
- Tareas distintas de las de su categoría profesional por órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.
- Actos de salvamento o de naturaleza análoga en conexión con el trabajo:
 - Por orden del empresario
 - Espontáneo:
 - En beneficio de la empresa.
 - En beneficio de los trabajadores/as de la empresa.
 - En beneficio de terceras personas.
- Enfermedades contraídas por la realización del trabajo, siempre que se pruebe que tuvo causa exclusiva en la realización del mismo.
- Enfermedades o defectos padecidos con anterioridad a que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.
- Consecuencias del accidente modificadas en su gravedad, duración o terminación por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

1.2. La presunción del accidente de trabajo

Siempre que el accidente se produzca en el lugar y en el centro de trabajo se presume que el accidente es de trabajo. Es el empresario el que tiene la carga de la prueba a la hora de acreditar que el accidente no es de trabajo.

1.3. Exclusiones al concepto de accidente de trabajo

No se considera accidente de trabajo:

- Los de Fuerza Mayor de naturaleza extraña al trabajo, como los fenómenos naturales.
- Los accidentes en que concurra dolo (voluntad intencional de obtener las prestaciones) o imprudencia temeraria (según la jurisprudencia es la conducta consciente y deliberada de correr riesgo con menosprecio de la vida y de otros bienes).



2. LAS MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Ley de Mutuas

En diciembre de 2014 se aprueba la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, cambiando la denominación de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, a Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

La tan esperada Ley de Mutuas no supone la creación de una ley que integra en una norma la dispersión normativa sobre las mutuas, sino que procede a modificar determinadas leyes, fundamentalmente el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, estableciendo un nuevo régimen jurídico de las hasta ahora denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. La citada ley, pese a que no varía la naturaleza de las mutuas más allá del cambio de la denominación, incorpora reformas puntuales en especial en los ámbitos económicos y financieros (establecer topes salariales al Director gerente y personal ejecutivo), otorga un mayor control a las mutuas, de modo que van a poder controlar las bajas desde el primer día también en los procesos de IT derivados de contingencias comunes, frente a la normativa anterior que era a partir del decimoquinto día así como que consagra la minoración de los plazos de que disponen los Servicios Públicos de Salud (en adelante SPS) para responder a las propuestas de alta que les formulen los servicios médicos de las Mutuas.

Así mismo, modifica las siguientes leyes: Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, Ley de Impuesto de Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización y modernización del sistema de Seguridad Social y la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social (RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto).

2.2. Ámbito de las Mutuas

Cuando se produce un accidente de trabajo o una enfermedad profesional encontramos diversos mecanismos de reparación y diversas obligaciones en las que concurren los sujetos responsables:

- Derecho a las prestaciones que se deriven. El obligado a sufragarlas es el empresario que debe de concertar su protección con el INSS o entidad colaboradora o asumir dicha responsabilidad en régimen de colaboración voluntaria.
- Derecho a un recargo cuando el accidente sea por incumplimiento de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales por el empresario.
- Derecho al abono de mejoras voluntarias cuando así se haya pactado.
- Abono de indemnizaciones derivadas de la responsabilidad criminal o civil.

Cuando una empresa solicita su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social debe optar por el INSS, por una mutua o por la empresa en régimen de colaboración voluntaria a la hora de dar cobertura a las enfermedades y a los accidentes de trabajo que sufran los trabajadores/as. Así, la cobertura de los riesgos derivados de accidente de trabajo y de enfermedades profesionales serán a cargo de:

- INSS
- Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- La propia empresa en régimen de colaboración voluntaria.

Son asociaciones sin ánimo de lucro. Se forman por empresarios que actúan de forma mancomunada y con la misión de colaborar con la Seguridad Social respecto a los trabajadores/as afiliados a la misma.

Las mutuas son asociaciones autorizadas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Los empresarios que compongan la mutua se verán obligados a proteger a todos los trabajadores/as correspondientes a centros de trabajo de la misma provincia.

En la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 80, reconoce a las Mutuas el papel como colaboradoras en la gestión del Sistema de la Seguridad Social. Es el propio artículo 80 68 el que delimita las funciones que se le atribuyen a las mutuas en colaboración con la Seguridad Social y con el Sistema Nacional de Salud.

Son las siguientes actividades:

- a) La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora.
- b) La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
- c) La gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- d) La gestión de las prestaciones económicas por cese en la actividad de los trabajadores por cuenta propia, en los términos establecidos en el título V.
- e) La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.
- f) Las demás actividades de la Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente.

Asimismo, conforme a la LPRL, las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social no podrán desarrollar las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos, ni participar con cargo a su patrimonio histórico en el capital social de una sociedad mercantil en cuyo objeto figure la actividad de prevención. No obstante, las mutuas son las responsables de las funciones relacionadas por las actividades preventivas para las empresas que estén asociadas.

Las operaciones en que participa la mutua se reparten entre sus asociados.

El documento de asociación recoge los derechos y las obligaciones de los empresarios que componen las mutuas. Este documento se ha de renovar anualmente y se prorroga automáticamente salvo que el empresario se oponga notificándolo con un mínimo de un mes de antelación a que concluya el periodo de 1 año.

Además, las mutuas deben aceptar las proposiciones de asociación que les lleguen por otros empresarios siempre que sea en su ámbito de actuación.

El impago de las cuotas de la mutua por un empresario no puede dar lugar a la resolución del convenio de asociación. La colaboración se centra en:

- Gestión de contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales.
- Actividades de prevención.
- Colaborar en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal que deriva de contingencias comunes.



- Otras prestaciones, servicios y actividades relacionadas con la Seguridad Social cuando así lo establezca la ley.

2.3. Características de las mutuas y evolución en la ampliación de sus funciones

Son entidades formalmente sin ánimo de lucro, que forman parte del sector público en base al artículo 2.1 d) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y desde el 2007 está afectada a la Ley de contratación del sector público. No obstante, a lo anterior, las mutuas no dejan de ser asociaciones de empresas de gestión privada sin estar sujetos al principio de servicio al ciudadano ya que no se encuentra afectada por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y que por tanto son entidades de gestión privada formada por las propias empresas gestionando en definitiva el derecho a la salud y al trabajo de las personas trabajadoras. Por otro lado, las Mutuas se suman a la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible debiendo de asumir los principios de la Ley, así como lo recogido en el artículo 35.

En cuanto a la ampliación de sus funciones, ha supuesto mayor control para éstas con carácter general y en particular, en la expedición de las bajas y altas médicas de la IT, siendo un botón de muestras las siguientes modificaciones:

- Posibilidad de las entidades del pago de la prestación (INSS/ISM o Mutua) a someter a reconocimiento médico a través de los correspondientes servicios médicos y en consecuencia proponer a los Servicios de Salud en procesos de IT, las propuestas de altas correspondientes así como pudiendo acceder los servicios médicos de las Mutuas a los informes y diagnóstico del beneficiario llevados a cabo por los servicios médicos del Servicio Público de Salud. (Artículo 78 de la Ley 13/1996 y artículo 5 del RD 575/1997)
- En caso de incomparecencia a los citados exámenes del INSS/ISM o Mutua, pueda dar lugar a la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. (Art. 132.3 LGS). Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos.
- Expedir altas médicas, en un primer momento al INSS/ISM y en un momento posterior a las Mutuas, a través de los servicios médicos correspondientes, a los exclusivos efectos económicos de la prestación económica¹. Altas médicas que precisaban la conformidad, expresa o tácita de los Servicios de Salud en el plazo de 3 días hábiles siguientes a la recepción de la iniciativa de la entidad gestora, en caso contrario, surtía efectos a partir de ese plazo.
- La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, modificó nuevamente el artículo 128 de la LGSS, en el cual concentraba en el INSS/ISM todas las competencias tanto en el ámbito de asistencia sanitaria como de gestión económica en el período de 180 días, una vez se haya agotado el período inicial de doce meses de duración de la incapacidad temporal. Esto es, la resolución del INSS/ISM tenía efectos tanto en el ámbito de la prestación como a efectos sanitarios si bien podría reconsiderar su decisión en el caso de lo que los servicios públicos de salud así se lo requirieran.
- La Ley 35/ 2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo modificó la LGSS ampliando las facultades establecidas para la inspección médica de los Servicios de Salud, de modo que podían expedir partes de alta en los procesos de IT durante el período de 365 días dentro del citado proceso y no sólo a

los efectos de incapacidad temporal. En estos supuestos, estos órganos serán los únicos competentes para, a través de sus facultativos, emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquella se produce en el plazo de 180 días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología. Esta nueva competencia atribuida al INSS supuso la desaparición de las propuestas del alta, así como de las iniciativas del alta desde el INSS/ISM hasta los SPS.

2.4. Constitución de las mutuas

Para constituirse y colaborar en la gestión de la Seguridad Social, las mutuas deben reunir los siguientes requisitos:

- Que agrupe como mínimo 50 empresarios y que estos abarquen a 30.000 trabajadores/as cotizando un volumen de cuotas no inferior al límite que se establezca anualmente.
- Que su actividad se ciña a la citada colaboración.
- Que presten fianza para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

2.5. Capacidad de obrar

En cuanto las Mutuas estén inscritas en el Registro tendrán personalidad jurídica propia y gozarán de plena capacidad para adquirir, poseer, gravar o enajenar bienes y realizar toda clase de actos y contratos o ejercita derechos o acciones (Art. 2.2. Reglamento General sobre colaboración de Mutuas). Las mutuas tienen capacidad para operar en todo el Estado Español.

2.6. Repartición de las operaciones

El coste de las operaciones se repartirá entre los asociados a la mutua, esto es:

- Coste de las prestaciones por accidente de trabajo.
- Coste de las prestaciones por enfermedades profesionales.
- Contribución a los servicios de prevención, recuperación y otros servicios previstos en la ley, tanto para las víctimas de las contingencias como para sus beneficiarios.
- Los gastos de administración de la propia mutua.

2.7. La Labor del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

El Ministerio ostenta facultades de dirección y tutela sobre las Mutuas. Las Mutuas serán auditadas una vez al año por la Intervención General de la Seguridad Social.

El Ministerio es el encargado de aprobar los Estatutos y autorizar la constitución de las Mutuas. El Ministerio también está facultado para retirar la autorización cuando dejen de concurrir las condiciones y requisitos exigidos para su constitución.

Las Mutuas pueden cesar en su colaboración por voluntad propia comunicándose al Ministerio con 3 meses de antelación.

2.8. Colaboración en las distintas contingencias

Como ya hemos hecho mención anteriormente los empresarios asociados a la mutua deben dar cobertura en cuanto a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a la totalidad



de los trabajadores/as correspondientes a los centros de trabajo situados en la misma provincia siempre que corresponda con el ámbito territorial de la mutua.

Asimismo, los empresarios que se asocian a la mutua para dar cobertura sobre contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales podrán optar porque la cobertura sobre incapacidad temporal derivada de contingencias comunes sea satisfecha por la misma Mutua. Si se opta por dicha opción, la Mutua debe aceptar obligatoriamente y comprenderá a la totalidad de los trabajadores/as de los centros de trabajo protegidos.

Si los empresarios optan porque la Mutua se haga cargo de la cobertura de IT por contingencias comunes deben de cumplir con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social con sujeción a las normas reguladoras de dicha prestación en el Régimen de la Seguridad Social que estén encuadrados y con las particularidades que recoja el Reglamento.

2.9. Gestión de las prestaciones económicas

- Las Mutuas concederán la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes en la cuantía y demás condiciones tal y como establezcan las normas aplicables al régimen de la Seguridad Social en el que los trabajadores/as de las empresas estuvieran encuadrados. Asimismo, dispensarán la prestación con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social.
- La gestión incluye la declaración del derecho al subsidio al igual que las funciones de denegación, suspensión, anulación o extinción del derecho. La Mutua analizará si concurren las condiciones para obtener ese derecho, previo examen de la concurrencia de los hechos que constituyen la situación legal de incapacidad temporal.
- Las Mutuas asumirán el coste del subsidio de incapacidad temporal, el de la gestión administrativa de las prestaciones y de las actuaciones de control y seguimiento.
- Los actos por los que se declare o se rechace el derecho que se solicite deberán ser motivados y por escrito. Para que sean eficaces deben ser notificados tanto al empresario como a los trabajadores/as.
- En cuanto se produzca el alta médica se entiende que el derecho se extingue al día siguiente, salvo que éste sea festivo, en cuyo caso el derecho se mantendrá para los días festivos.
- Las Mutuas tiene la facultad de instar la actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social.
- Igualmente, la Mutua podrá requerir la actuación del Ministerio de Empleo para controlar los procesos IT y se podrá acordar la suspensión de la colaboración obligatoria.

2.10. Pagos de las prestaciones

Las cantidades que percibe el trabajador/a en concepto de subsidio de incapacidad temporal tendrá un carácter temporal durante 2 meses desde la fecha en que efectuó la liquidación y pago, adquiriendo carácter definitivo al término de este plazo excepto en el caso de que la Mutua con anterioridad a la finalización de dicho plazo adopte el acuerdo de reconocimiento del derecho. En este plazo, las Mutuas podrán dictar actos por los que se determine el importe del subsidio de forma inicial y provisional, revisar los actos de determinación inicial y regularizar total o parcialmente la cuantía de las prestaciones económicas que hayan sido pagadas con carácter provisional.

2.11. Actuaciones sanitarias de urgencia de las mutuas

Si transcurridos 15 días desde la baja en el puesto de trabajo la incapacidad se demora por el retraso de las pruebas o del tratamiento médico o quirúrgico por el Servicio de Salud correspondiente, los servicios médicos de las Mutuas podrán llevar a cabo dichas pruebas o tratamientos, previo consentimiento informado del trabajador/a y con la conformidad de la autoridad sanitaria del Servicio de Salud correspondiente.

2.12. ¿En qué casos se producen las altas médicas?

En los siguientes casos:

- Curación
- Fallecimiento
- Inspección médica
- Propuesta de incapacidad
- Agotamiento del plazo
- Mejoría que permite volver al trabajo
- Incomparecencia del lesionado sin justificación o abandono del tratamiento
- Fallecimiento

2.13. Responsabilidad

Los Estatutos establecerán la responsabilidad de los asociados que ejerzan funciones directivas y los cargos de director gerente, gerente o cargo asimilado.

En ningún caso podrá dar lugar a la resolución del convenio de asociación el impago de las cuotas por un empresario.

XVI

DERECHOS MEDIOAMBIENTALES DE LOS TRABAJADORES/AS

LEGISLACIÓN APLICABLE:

El art. 7,9.2 y 45 de la Constitución Española.

Principios 8, 9 y 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) y capítulo 29 del programa 21 aprobado en la Cumbre de Río, «fortalecimiento del papel de los trabajadores y sus sindicatos». Principios 43 y 51 del apartado C del documento “ EL FUTURO QUE QUEREMOS” de la Cumbre de Río+20 (2012), relativo a la “ participación de los grupos principales y otros”

Carta social europea. Directivas de mercado interior y seguridad y salud.

Convenio de Aarhus, Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE.

Ley de 27/2006 que regula los derechos de acceso a la información, la participación pública y de acceso a la justicia en materia ambiental y que traspone las Directivas 2003/35/CE de 26 de mayo y 2003/4/CE de 28 de enero

Real Decreto legislativo 2/15 de 23 de octubre Estatuto de los Trabajadores.

Ley 31/95 de 28 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medio ambiental , conforme redacción ley 11/2014 de 3 de julio.

Ley 5/2013 de 11 de junio sobre prevención y control integrado de la contaminación.

Convenio OIT C187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 Ratificado por España el 5/5/2009.

Convenio OIT C155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981. Ratificado por España el 11/09/1985.

Otros Convenios de la OIT: núm.115 sobre protección de radiaciones, núm. 148 sobre medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones) y núm. 170 sobre los productos químicos.

Directiva 2014/95UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo vivido desde la segunda mitad del pasado siglo ha ocasionado una destrucción medioambiental sin precedentes, la cual comienza a suponer un elevado potencial de catástrofe. La voracidad del modelo de producción capitalista pone en riesgo el desarrollo de las generacio-

nes futuras, así como de la sostenibilidad y de los propios recursos naturales y productivos de las sociedades actuales. El sistema de producción capitalista es un sistema de explotación de la naturaleza y de las clases trabajadoras al servicio de los intereses económicos de la clase dominante y generador de pobreza y destrucción.

La contaminación atmosférica y la destrucción de la capa de ozono, el consumo energético y el cambio climático, la pérdida cuantitativa y cualitativa de los recursos hídricos, la degradación de los suelos, la acumulación de residuos, la pérdida de ecosistemas y biodiversidad son algunos de los efectos más graves. Estos impactos no solo afectan a aquellos que los realizan, sino que afectan a todos los ciudadanos/as, sobre todo a los sectores más pobres, vulnerables y marginados de la población, y cada vez más a los países empobrecidos, constituyéndose así una nueva forma de discriminación, la discriminación ambiental.

2. DESTRUCCION AMBIENTAL DEL ACTUAL MODELO PRODUCTIVO

El actual modelo económico se funda en una necesidad de crecimiento continuo y con ello un consumo cada vez mayor de recursos naturales utilizados como materias primas y fuentes de energía, que no respeta los ciclos de la naturaleza. Es un modo de producción lineal y abierto basado en la extracción, fabricación, utilización y eliminación en el que, en cada fase del proceso productivo, se generan más cantidad de residuos que cantidad de bienes de uso y consumo. Este modelo de producción tiene dos consecuencias directas: el agotamiento de los recursos naturales que son limitados y la contaminación del aire, del agua y de la tierra por la generación de emisiones, vertidos y residuos; estos últimos convertidos en mayores generadores de emisiones contaminantes, frente a su falsamente pretendida reducción de emisión de niveles de CO₂, en lo que ha venido a ser otra vuelta de tuerca del capitalismo: su conversión en combustibles alternativos, bien directamente, bien a través de su conversión en Combustibles derivados de residuos (CDR).

Las problemáticas ambientales que se derivan del actual modelo económico serían:

- El cambio climático al haberse alterado la composición química de la atmósfera con la emisión de gases como el CO₂ o el metano, cuyas causas principales son la producción energética y el transporte, aunque también destacan algunas actividades industriales.
- La emisión de otros gases a la atmósfera ha supuesto la destrucción de la capa de ozono que nos protege de la irradiación solar.
- Contaminación de suelos y ecosistemas ligados al agua como ríos, lagos y mares.
- Pérdida de suelos fértiles y ecosistemas por el desarrollo de un urbanismo depredador y de grandes infraestructuras como embalses, autovías, TAV..
- Pérdida de la seguridad y la soberanía alimentaria con la introducción de patentes y organismos modificados, con la tendencia a convertir los bienes de subsistencia en un negocio potencial de grandes beneficios a través de la desaparición de los mercados locales del tercer mundo, destruidos por la incursión de multinacionales que compran las tierras de cultivo y encarecen los productos nativos a través de la especulación bursátil.
- Mala calidad del aire que respiramos en áreas industriales y ciudades, por las emisiones de la industria y el transporte.
- Extinción de especies, pérdida de biodiversidad y transformaciones irreparables del paisaje.



- Aumento de la contaminación electromagnética por el despliegue sin control de dispositivos emisores de campos electromagnéticos (CEM)
- En definitiva la puesta en riesgo de la salud humana.

Por todo lo anterior, es necesario un cambio radical en la forma de producir, en el que además de un mayor empleo de fuentes de energías renovables, un empleo racional y eficiente de los recursos con ahorro de agua, energía y materias primas, y la eliminación del consumo de sustancias peligrosas para la salud y el medio ambiente en el proceso productivo, se vaya yendo hacia un nuevo modelo de economía circular, basado en el principio de “cerrar el ciclo de vida” de los productos, los servicios, los residuos, los materiales, el agua, la energía, caracterizado por la economía circular que agota el ciclo de vida útil del producto.

Esta es una de las siete iniciativas que forman parte de la Estrategia Europa 2020 para generar empleo de forma sostenible y uno de cuyos principios es la correcta gestión de residuos y envases, cuyo reciclaje o reutilización debe pensarse desde el diseño del producto o servicio, el eco-diseño o eco-concepción. También se basa en la ecología industrial y territorial, la economía de la “funcionalidad”, el concepto de “segundo uso” de los productos, la “reutilización”, “reparación” y “reciclaje”.

3. DERECHOS MEDIOAMBIENTALES DE LAS/OS TRABAJADORAS/ES

Los trabajadores/as no podemos permanecer impasibles ante esta situación como una pieza más del engranaje de este sistema productivo tan devastador, surgiendo la necesidad de intervenir y determinar en pro de la eficiencia, sostenibilidad y solidaridad de los distintos sectores de la producción.

Esta intervención se desarrolla desde dos perspectivas: en cuanto ciudadanos y ciudadanas y, por ello, defensores de los intereses ambientales generales del conjunto de la ciudadanía, y como trabajadores/as tanto individualmente como a través de la lucha sindical mediante el ejercicio de los derechos de información, participación y vigilancia en materia ambiental y de salud laboral.

En cuanto ciudadanos y ciudadanas, el marco normativo de la Unión Europea reconoce cuatro nuevos derechos de los ciudadanos en materia ambiental:

- 1) Acceso a la información en materia ambiental sin más requisito que la identificación de la persona que la realiza.
- 2) Derecho a la participación y a ser consultados en todas las iniciativas y actuaciones con incidencia ambiental.
- 3) Derecho a la justicia gratuita.
- 4) Derecho a la co-responsabilidad

En cuanto trabajadores/as, la Cumbre de Río (1992) y más recientemente la Cumbre de Río+20 (2012) reconocen que no es posible avanzar sin una mayor participación e incidencia de los trabajadores/as en la modulación ambiental del sistema productivo.

El capítulo 29 del programa 21 aprobado en la Cumbre de Río, denominado «fortalecimiento del papel de los trabajadores y sus sindicatos» establece entre sus objetivos:

- 29.2. El objetivo general es mitigar la pobreza y ofrecer un pleno empleo sostenible que contribuya al logro de ambientes seguros, limpios y saludables: el ambien-

te de trabajo, el de la comunidad y el medio ambiente natural. Los trabajadores/as deberían participar plenamente en la ejecución y evaluación de las actividades relacionadas con el Programa 21.

- 29.3. Con objeto de lograr ese propósito para el año 2000, se proponen los objetivos siguientes:
- Promover la ratificación de los convenios de la OIT y promulgar la legislación nacional *pertinente*;
- Establecer mecanismos bipartitos y tripartitos en materia de seguridad, salud y desarrollo sostenible;
- Incrementar el número de convenios ambientales colectivos destinados a lograr un desarrollo sostenible;
- Reducir los accidentes, las lesiones y las enfermedades laborales, computados según métodos estadísticos reconocidos;
- Incrementar las medidas relativas a la educación, la capacitación y el readiestramiento profesional de los trabajadores/as, especialmente en las esferas de salud y seguridad en el trabajo y del medio ambiente.

En el apartado C del documento “EL FUTURO QUE QUEREMOS” de la Cumbre de Río+20, relativo a la PARTICIPACION DE LOS GRUPOS PRINCIPALES Y OTROS se recoge:

43. Recalcamos que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible. El desarrollo sostenible requiere la implicación productiva y la participación activa de las autoridades legislativas y judiciales regionales, nacionales y subnacionales, y todos los grupos principales: mujeres, niños y jóvenes, pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, autoridades locales, trabajadores y sindicatos, empresas e industria, comunidad científica y tecnológica y agricultores, además de otros interesados como las comunidades locales, los grupos de voluntarios y las fundaciones, los migrantes, las familias, las personas de edad y las personas con discapacidad. A este respecto, convenimos en trabajar más estrechamente con los grupos principales y otros interesados y alentar su participación activa, según proceda, en procesos que contribuyan a la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación de políticas y programas que fomenten el desarrollo sostenible a todos los niveles.

(...)

51. Destacamos la importancia de la participación de los trabajadores y los sindicatos en la promoción del desarrollo sostenible. Como representantes de los trabajadores, los sindicatos son importantes asociados en la facilitación del logro del desarrollo sostenible, especialmente su dimensión social. La información, la educación y la capacitación en materia de sostenibilidad a todos los niveles, incluido el lugar de trabajo, son esenciales para reforzar la capacidad de los trabajadores y los sindicatos para apoyar el desarrollo sostenible.

(...)

55. Nos comprometemos a revitalizar la alianza mundial en pro del desarrollo sostenible que pusimos en marcha en Río de Janeiro en 1992. Reconocemos la necesidad

de imprimir un impulso renovado a nuestra colaboración en la búsqueda del desarrollo sostenible, y nos comprometemos a colaborar con los grupos principales y otros interesados para colmar los desfases en la aplicación.

Sin embargo, si bien en cuanto ciudadanos/as sí existe un marco normativo de la legislación ambiental recogido fundamentalmente en la ley 27/2006, en cuanto trabajadores/as, a pesar de este reconocimiento ni existe un desarrollo normativo específico de la legislación ambiental dentro de la legislación laboral, ni se reconocen expresamente a los trabajadores/as en el ámbito de la empresa los derechos de información, participación y acceso a la justicia en materia de medio ambiente que la ley 27/2006 reconoce de manera general al conjunto de los ciudadanos/as en transposición de la directiva comunitaria

No obstante es indudable:

- 1) que la legislación ambiental afecta no solo transversalmente sino directamente a muchas materias vinculadas a la actuación empresarial, bien sea por las condiciones de salud laboral, modelos de gestión empresarial y por las autorizaciones ambientales y evaluación del impacto ambiental establecidas para determinadas actividades y explotaciones.
- 2) que los derechos que no se reconocen expresamente a los trabajadores/as como tales dentro de la empresa pueden encontrarse comprendidos en otros derechos que si le son reconocidos a la representación de los trabajadores y que por tanto pueden ejercerse a través de diferentes vías e instrumentos, tales como:
 - El ejercicio de las competencias y facultades reconocidas a los/as representantes de los trabajadores/as en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales
 - La inclusión de cláusulas de contenido ambiental en los convenios colectivos y acuerdos de empresa, a través de la negociación colectiva.

3.1. Ejercicio de las competencias y facultades reconocidas a los/as representantes de los trabajadores/as en el estatuto de los trabajadores y en la ley de riesgos laborales

3.1.1. El ESTATUTO DE TRABAJADORES *no establece un derecho explícito pero haciendo una interpretación amplia de alguna de las competencias de los representantes de los trabajadores previstos en el artículo 64, resulta:*

El art.64.1 del Estatuto de los Trabajadores consagra *el derecho del comité de empresa de ser informado y consultado por el empresario de sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores/as, así como sobre la situación de la empresa. Entendiendo por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo.*

El art.64.2 del ET, establece el derecho *del comité de empresa ser informado trimestralmente:*

- a) Sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción.
- En las empresas en que se implante un sistema de gestión ambiental, algunos puestos de trabajo pueden verse modificados, exigiendo el informe previo de los Representantes de los Trabajadores/as.
 - Se reconoce explícitamente el derecho de los/as Representantes de los trabajadores/as a conocer los estudios sobre el medio ambiente que afecten al desempeño de la actividad laboral; esto es especialmente importante en las empresas que necesitan someterse al procedimiento de Autorización Ambiental Integrada
- b) De las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.
- En este apartado se reconoce explícitamente no solo la competencia de los/as representantes de los/as trabajadores/as para conocer los estudios periódicos o especiales sobre el medio ambiente en el seno de su empresa sino que, en tanto puedan afectar al desempeño de su actividad laboral, pueden extenderse a los del medio ambiente del entorno de su empresa o lugar de trabajo lo que en sentido amplio se traduce en el derecho a que se le informen sobre las sinergias entre las empresas del entorno y a instar mecanismos de prevención que de forma coordinada deban ser previstos .
 - Igualmente puesto en relación con lo anterior el derecho a conocer las estadísticas sobre el índice de absentismo y las consecuencias de las enfermedades profesionales puede igualmente en un sentido amplio posibilitar que a instancia de los/as representantes de los/as trabajadores/as se realicen estudios epidemiológicos del entorno en el que se ubica su empresa

El art. 64.4 del ET establece que el comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a:

- a) Conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa revista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos.
- La Directiva 2014/95 de la UE establece la obligación de las grandes empresas que sean entidades de interés público que, en sus fechas de cierre del balance superen el criterio del número de empleados superiores a 500 durante el ejercicio, de incluir en el informe de gestión un estado no financiero que contenga información relativa entre otras a cuestiones medioambientales detallando los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente y en su caso la salud y la seguridad, el uso de energía renovable y/o no renovable, las emisiones de gases de efecto invernadero, el consumo de agua y la contaminación atmosférica, una descripción de las políticas que aplica la em-



presa en relación con dichas cuestiones que incluya los procedimientos de diligencia debida empelados y el resultado de esas políticas, los principales riesgos medioambientales derivados de su actividad y como la empresa gestiona dichos riesgos.

- El plazo para la transposición de esta Directiva se establecía en la misma a más tardar el 6 de diciembre de 2016. El estado español ha incumplido tal mandato contando en la actualidad únicamente con un borrador de anteproyecto de ley por el que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la ley de sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad se encuentra en fase de transposición de la directiva a pesar de que la misma debería haber sido traspuesta a más tardar el 6 de diciembre de 2016.

b) Ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves.

- La legislación ambiental establece un régimen disciplinario que puede conllevar sanciones a la empresa por lo que los/as Representantes de los/as trabajadores/as serán informados/as de las muy graves

El art. 64.5 del ET establece que el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto.

El incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental puede suponer que no se conceda una autorización a una empresa para desarrollar o seguir desarrollando su actividad o acarrear sanciones que hasta supongan el cierre de una empresa. La imposición de sanciones económicas, muy importantes en los casos más graves, puede suponer una elevada carga para las empresas y un coste duro de asumir, repercutiendo, incluso, en sus políticas de empleo, sistemas de reparto de incentivos,

Asimismo, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo.

- En este caso es importante la concienciación de los/as representantes de los/as trabajadores/as sobre la importancia de la prevención en materia de salud y protección del medio ambiente y sobre los efectos en los mismos de determinadas prácticas en la empresa so pretexto del mantenimiento de puestos de trabajo¹.

El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella.

¹ En este sentido se puede poner como ejemplo la practica de valorización de residuos como combustible aletrnativo en las cementeras que fue aceptada por los/as representantes de los/as trabajadores/as en los convenios suscritos con la patronal cementera, pese al incremento de sustancias contaminantes que se derivaban de la misma, so pretexto de un mantenimiento de puestos de trabajo que luego se tradujo en todo lo contrario: véase el cierre de la cementera de Holcim en Yeles, o los EREs de Lafarge y Cemex

b) Las reducciones de jornada. c) El traslado total o parcial de las instalaciones d) Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo. e) Los planes de formación profesional en la empresa. f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

- En las empresas en que se implante un sistema de gestión ambiental, algunos puestos de trabajo pueden verse modificados, exigiendo el informe previo de los RRTT.

También reconoce **el art.64.7.1** al comité de empresa las siguientes competencias:

a) Ejercer una labor:

1.º De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.

- La legislación medioambiental no es una norma laboral (no está relacionada con esta jurisdicción). Sin embargo, la incidencia de algunas de sus disposiciones, las cuales condicionan la actividad de la empresa, como por ejemplo la Autorización Ambiental Integrada, pueden y deben asimilarse a la misma. Si una norma ambiental puede afectar a los aspectos laborales de un centro de trabajo, los/as representantes de los/as trabajadores/as deben tener competencias para vigilar el cumplimiento de la misma, en relación con estos aspectos laborales.
- La exigencia de una garantía financiera que permita hacer frente a las empresas frente a la responsabilidad medioambiental de la actividad que pretendan desarrollar, de carácter obligatorio en algunos casos y voluntario en otros, establecida en el artículo 24 de la ley 26/2007 en redacción dada por la ley 11/14 de 3 de Julio, incluye a los trabajadores y a las trabajadoras no solo como sujetos garantizados por ella en cuanto operadores de la actividad (art. 27) sino que les autoriza para iniciar un procedimiento de exigencia de dicha garantía
- De igual manera y en relación con lo anterior y a los anteriores efectos podrán instar a las autoridades competentes para que adopten medidas para impulsar la realización voluntaria de análisis de riesgos medioambientales con la finalidad de lograr una adecuada gestión del riesgo medioambiental de la actividad tal y como se prevé en el artículo 17 de la antedicha ley

2.º *De vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 que consagra el derecho y el deber de los trabajadores/as a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo.*

3.º Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos:

- * Por ejemplo mediante la participación en los sistemas de gestión ambiental implantados en las empresas, en los que se concreta la política medioambiental de la misma. En la actualidad, en el marco español existen fundamentalmente dos sistemas de referencia homologados: la norma ISO 14001 y el EMAS 2000 (Sistema Comunitario de Gestión y Auditorías Medioambientales). No son excluyentes sino complementarios, ya que la certificación e inscripción en

el Registro EMAS exige como requisito previo que el sistema de gestión cumpla con aspectos esenciales de la norma ISO 14001. El reglamento EMAS considera la participación activa de los trabajadores y las trabajadoras como elemento esencial del sistema para promover mejoras continuas en el comportamiento ambiental más allá de su papel como sujetos pasivos, y prevé la incorporación de la participación de clientes y consumidores mientras que ISO 14001 reduce la participación a “los empleados o miembros en cada nivel o función relevante”.

- * Toda medida con la ecoeficiencia (ahorro de agua y de energía) o la implantación de sistemas de gestión ambiental está contenida en este derecho de colaboración.
- b) Informar a sus representados y representadas en todos los temas y cuestiones señalados en este artículo en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.

Estos preceptos del Estatuto de los Trabajadores legitiman a la representación de los trabajadores/a y a la acción sindical para una mayor actividad en materia ambiental en la empresa, si bien se trata de una nueva conquista que debe ser alcanzada.

3.1.2. La ley de prevención de riesgos laborales

De otro lado la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece en su artículo 18 el derecho de Información, consulta y participación de los trabajadores/as en la empresa en materia de seguridad y salud. La componente ambiental está presente en numerosas cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo, como la gestión de residuos peligrosos, la manipulación, almacenamiento o eliminación de sustancias peligrosas, etc. Por tanto los delegados de prevención cuentan con competencias y facultades para actuar en el ámbito ambiental en estos terrenos, recabando información y realizando actividades de vigilancia y control. Asimismo, deben reclamar la adopción de medidas preventivas para la mejora de los niveles de seguridad y protección de la salud de los trabajadores y de las trabajadoras en las situaciones que así lo requieran. Para esto necesitan conocer los aspectos ambientales que tengan relación con dichas situaciones, así como la previsión de actuaciones de mejora ambiental que la empresa realice o vaya a realizar.

** Ejemplos de ello son las Fichas de Seguridad de Productos químicos, donde se tienen que recoger todas las consideraciones potencialmente peligrosas referidas a la salud laboral y al medio ambiente de un determinado producto y las fichas de seguridad sobre agentes biológicos o fitosanitarios*

Asimismo, la STS 24-2-2016, (Rc 79/15), se pronuncia sobre el derecho a la información de los delegados/as de prevención, en interpretación de los art 18, 23 y 36 LPRL. La remisión al art. 23, que regula la documentación que el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral, supone que el derecho de información de los delegados y de las delegadas de prevención tiene la misma extensión que la potestad informativa de la propia autoridad laboral en este ámbito

A su vez los convenios de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (núm. 187 y 155), ratificados por España, cuyo objeto es establecer y poner en prácticas políticas nacionales coherentes de seguridad y salud en el trabajo, mediante el dialogo y consultas entre el gobierno y las organizaciones de trabajadores/as y empleadores, consagran la obligación de todo miembro de adoptar medidas activas con miras a conseguir de forma progresiva un medio

ambiente de trabajo seguro y saludable mediante un sistema nacional y programas nacionales. Debiendo precisar las funciones y responsabilidades respectivas, en materia de seguridad y salud de los trabajadores/as y medio ambiente de trabajo, de las autoridades públicas, los empleadores, los trabajadores/as y otras personas interesadas, teniendo en cuenta el carácter complementario de tales responsabilidades, así como las condiciones y la práctica nacionales.

3.2. Inclusión de cláusulas de contenido ambiental en los convenios colectivos y acuerdos de empresa, a través de la negociación colectiva

La transposición del desarrollo normativo en materia ambiental, no se ha visto traducido en el ordenamiento laboral, en un claro intento de negar a los trabajadores/as, debido a su conocimiento y capacidad de acción organizada, derechos que le son reconocidos al conjunto de la ciudadanía.

Por ello que se hace imprescindible desde la práctica sindical y específicamente desde la negociación colectiva se plasme y desarrollen tales derechos en el ámbito laboral en tanto se avanza en su plasmación normativa, así se puede contemplar una remisión indirecta en esta materia en el artículo 64.9 del Estatuto de los Trabajadores que establece que *Respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos.*

La cláusula ambiental de los convenios debe integrarse como práctica habitual de la actividad sindical, para suplir la inexistencia de disposiciones legislativas que regule adecuadamente las relaciones laborales en materia medioambiental estableciendo en su ámbito de actuación los sujetos, los derechos y obligaciones pertinentes y hacer explícitos los derechos y obligaciones implícitos en el contexto medioambiental de la empresa. El objetivo es generar una práctica que al extenderse obligue a reconocer explícitamente este derecho en el Estatuto de los Trabajadores

Entre las materias que pueden introducirse en dicha cláusula son:

- La introducción de compromisos conjuntos.
- De aplicación de los principios de prevención y de precaución como prioritarios.
- De las mejores técnicas disponibles para la actividad concreta a la que se dedique la empresa evitando aplicaciones perversas de este principio: ej. La valorización de residuos como combustible alternativo en las cementeras como mejor practica disponible para gestionar residuos en lugar de aplicarse la mejor practica disponible en la producción de cemento.
- Instando al establecimiento en las empresas de un sistema de transporte colectivo con prioridad al plus de transporte.
- Acordar la realización voluntaria de análisis de riesgos medioambientales.
- Introducir la figura del Delegado de Medioambiente.
- Competencias medioambientales a los delegados de personal o al comité de empresa.
- Planes de mejora medioambiental con objetivos concretos a cumplir durante la vigencia del convenio.

Se añaden, a título de ejemplo, cláusulas que pudieran ser introducidas en convenios y acuerdos.

Cláusula de desarrollo de buenas prácticas ambientales en la empresa y de las mejores técnicas disponibles

«La empresa se compromete con los/as representantes de los/as trabajadores/as la implementación de buenas prácticas ambientales que pasen por la prevención, el reciclaje, el ahorro y la reutilización, así como toda aquella medida correctora que garanticen la mayor ecoeficiencia del proceso productivo.

Para dicha implementación y tal y como establece la Ley 5/2013 de Prevención y Control Integrado de la Contaminación para las empresas sometidas al ámbito de aplicación de tal Ley, se evaluará, mediante una comisión paritaria constituida a tal fin, la aplicación de las mejores técnicas disponibles para la actividad. A su vez dichos compromisos se concretarán [...] (ciclo integral del agua, implementación de energías renovables, control y reducción de emisiones...)

Cláusulas de información y participación ambiental

«La empresa se compromete a garantizar el acceso a la información en materia ambiental sobre el desarrollo de la actividad de la misma en los términos establecidos en el artículo 3.1 de la Ley 27/2006.

A su vez desarrollará en acuerdo con la representación de los trabajadores/as mecanismos y procedimiento que garanticen una participación de los trabajadores y de las trabajadoras en el seno de la empresa en los términos recogidos por el art. 3.2. de la Ley 27/2006.

A tal fin se constituirá una comisión paritaria con la representación de todos los sindicatos, o bien será atribuidas dichas funciones al comité de salud y seguridad en la empresa donde se transmita dicha información y se desarrollen dichos mecanismos de participación»

Delegado/a ambiental/ competencias ambientales del comité de empresa/ delegados

Esta cláusula puede tener especial trascendencia a la hora de determinar la acción medioambiental del sindicato en la empresa. Al igual que los Delegados y delegadas de Salud ambiental han tenido una gran relevancia a la hora de mejorar las condiciones específicas de los puestos de trabajo, el/la Delegado/a Ambiental supondrá un indudable avance y control hacia mejoras ambientales de los puestos y centros de trabajo

«Los representantes de los trabajadores/as podrán designar un Delegado/a de Medioambiente por cada sindicato/entre los miembros del comité/entre los Delegados/as de Prevención (a elección), el cual ejercerá las siguientes funciones:

- Acceder a toda información en materia ambiental derivada de la actividad de la empresa.
- Analizar y proponer buenas prácticas y las mejoras que estime en materia ambiental a la empresa. Así como requerir el cumplimiento de la normativa ambiental
- Promover entre los trabajadores/as el cumplimiento de la normativa y de buenas prácticas ambientales.
- Desarrollar y promover actividades formativas dentro del seno de la empresa dirigidas a alcanzar una mayor concienciación y mejor desarrollo de las obligaciones medioambientales.

Dichas competencias se concretarán en las siguientes...»

4. ACCIÓN SINDICAL MEDIOAMBIENTAL

El Sindicato, en cuanto defensor de los intereses generales de la clase trabajadora, en el que se enmarca el derecho a la salud y a disfrutar de un medioambiente adecuado, debe contemplar cada día más la defensa del medio ambiente dentro de sus líneas de acción.

La referida destrucción ambiental acontecida en la segunda mitad del siglo XX, con el surgimiento de nuevas amenazas como el cambio climático o el fin de los recursos naturales no renovables que no sólo comprometen la actividad productiva, sino la propia existencia de la humanidad como la entendemos hoy día, hace absolutamente necesario introducir en nuestro trabajo cotidiano la acción directa medioambiental. La apuesta estratégica del sindicato por el decrecimiento nos lleva a la necesidad de subvertir el modelo de producción capitalista conjuntamente desde el prisma social y desde el ambiental. Debemos denunciar la producción entendida como un imperativo de crear y acumular valor a costa de la intensificación de la explotación laboral como única alternativa al despido masivo, y no una actividad digna que genere una riqueza común, supere las desigualdades y propicie el acceso de todos a la satisfacción de las necesidades y al disfrute de los bienes comunes.

Es por ello que, unido a la actividad sindical referida en los apartados anteriores, debemos iniciar líneas de trabajo que integren las luchas ambientales en la lucha sindical dentro y fuera de las empresas mediante:

- Campañas de concienciación y sensibilización ambiental.
- Acciones transformadoras que exijan la ecoeficiencia, el reciclaje y el ahorro, así como la exigencia de asunción por parte de las empresas de los costes ambientales que siguen siendo trasladados al conjunto de la ciudadanía en pro del beneficio empresarial.
- La reconversión y desaparición de sectores industriales o productivos (un claro ejemplo de ello lo tendríamos en la balsa de fosfoyesos del polo químico de Huelva o la prórroga de la vida útil de la Central Nuclear de Santa María de Garoña), que por su excesiva destrucción ambiental son contrarios a los intereses generales de los trabajadores/as.
- La erradicación como forma de gestión de residuos de la incineración en cualquiera de sus formas, incluyendo su valorización como combustible (bien directamente, bien previa transformación en CDR- combustibles derivados de residuos-), ya que supone una aplicación perversa de las autorizaciones ambientales integradas que defraudan la ley de gestión de residuos que prioriza la prevención, la reutilización y el reciclado material.
- La eliminación de la supeditación a lo económicamente viable de las actuaciones en materia de preservación de la salud y del medio ambiente por cuanto se trata de derechos fundamentales recogidos en la Constitución con prioridad a cualquier consideración en términos de beneficios.
- La potenciación de sectores que generen empleos limpios, así como el desarrollo de una economía verde, sostenible y solidaria.
- La formación de los trabajadores/as en materia ambiental. Este es un recurso fundamental cuando la legislación ambiental afecta cada día más a la actividad productiva como puede ser las reducciones de las emisiones de CO₂ planteada en el protocolo de Kyoto o la Ley de Prevención y Control Integrado de la Contaminación.
- La investigación en la fabricación de productos exclusivamente reutilizables, reciclables o biodegradables, como un campo también de generación de empleo y consumo racional de recursos.



- El fomento de empleo público garantizado en sectores ambientales como la recuperación de suelos, la reforestación, el compostaje, la recogida y separación de residuos hasta conseguir que estos no se produzcan, la limpieza de los montes, la extinción de incendios forestales, la depuración de aguas, la preservación de ecosistemas, junto a la recuperación de pueblos abandonados que retomen las labores agrícolas y ganaderas como medio de vida.
- La prevención y denuncia de los incumplimientos ambientales del empresariado, así como de atentados ambientales que acontecen en nuestro entorno que pudiera afectar a derechos de la clase trabajadora debe ser una herramienta cotidiana de la acción sindical. No olvidemos por ejemplo que el urbanismo salvaje y depredador no solo ha destruido el territorio y el paisaje, sino que ha sido la consecuencia del desproporcionado incremento del precio de la vivienda, aumentando la precariedad y la exclusión social.
- Concienciación a los trabajadores/as de la necesidad de acceso al conocimiento de la información ambiental de sus empresas a través de sus representantes, en relación a los residuos, vertidos, consumos energéticos, agua, exigiendo transparencia a las mismas así como en el caso de las afectadas por la LPCIC el conocimiento de los datos del registro EPER y de los resultados de los controles periódicos de emisión e inmisión de contaminantes, así como la necesidad de defender su participación como parte interesada en el proceso de autorización ambiental integrada (AAI) y sus respectivas revisiones y a formar parte de las Comisiones de Vigilancia y Seguimiento previstas en las AAI.
- Fomentando la participación conjunta de los trabajadores/as de empresas de su mismo entorno geográfico para considerar de forma conjunta las sinergias entre ellas y coordinar sus respectivas prácticas medioambientales.
- Instando a las autoridades sanitarias a elaborar informes epidemiológicos cuando de los informes estadísticos facilitados por las empresas, conforme obliga el artículo 64 ET, resulte un incremento de alteraciones en la salud de los trabajadores que pueden ser derivados de las emisiones contaminantes a las que se ven expuestos en su trabajo.
- Instando como prioridad a la prevención, con medidas como la sustitución de las sustancias peligrosas, cambios en el diseño de los productos (eco-diseño) y contra la obsolescencia programada, cambios en la organización del trabajo, modernización de equipos, a la reducción si no se puede evitar el impacto negativo a través de planes de minimización y reciclaje, y en último lugar a la corrección y control como último recurso.
- Instando al establecimiento en las empresas de un sistema de transporte colectivo con prioridad al plus de transporte y más aun a un sistema de transporte colectivo que conecte distintas empresas ubicadas en el mismo entorno con el fin de minimizar en la medida de lo posible las emisiones de CO2 y colaborar contra el cambio climático.
- Fomentando la participación como parte interesada de los/as representantes de los trabajadores/as en las alegaciones a los planes de ordenación urbana y distribución del territorio.
- Instando a la necesidad de que se establezca una autoridad estatal y europea verdaderamente independiente para realizar los controles de emisión que hasta ahora se realizan por empresas privadas elegidas por los propios fabricantes, que pueden dar lugar a fraudes en los test de control de emisiones: bien mediante el uso de trucos para alterar los resultados, bien como en el caso Volkswagen trucando el propio software.

Como ya hemos comentado tanto el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores como la LPRL, dan competencias tanto a la representación de los trabajadores/as como a los delegados/as de prevención respecto a materias ambientales relacionadas con la actividad de la empresa.

Los trabajadores/as podemos, desde el conocimiento del puesto de trabajo, evitar daños ambientales derivados de la actividad normal de la empresa o de la negligencia empresarial.

Las luchas sindicales desde la revolución industrial han sido determinantes en la consecución de la mejora de las condiciones laborales, tanto en seguridad como en salud, e incluso de mejoras ambientales.

La vigilancia sindical de la legislación de salud laboral es parcial si no se extiende progresivamente también a la fiscalización del cumplimiento de la normativa ambiental y de la asunción de los costes ambientales como costes de producción, en lugar de externalizar al conjunto de la ciudadanía y por tanto a los trabajadores y trabajadoras.

En tal sentido la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, establece la responsabilidad de las empresas y subsidiariamente de sus administradores en la prevención, reparación y compensación de los daños ambientales causados por determinados sectores de actividad como tratamiento y transporte de residuos y sustancias peligrosas, fabricación de fitosanitarios y productos modificados genéticamente, vertidos a aguas interiores superficiales y subterráneas y mar territorial, etc.

La acción sindical debe ir acompañada de la denuncia pública y ante los organismos públicos: Ayuntamientos, organismos ambientales de las comunidades autónomas, las Confederaciones Hidrográficas, SEPRONA, la inspección de trabajo, el instituto de seguridad e higiene y las fiscalías de medioambiente tienen competencias específicas.

5. CAMBIO CLIMÁTICO: DEL PROTOCOLO DE KIOTO (1997) AL ACUERDO DE PARÍS (2015)

El cambio climático es consecuencia de las emisiones a la atmósfera procedentes de la actividad de los seres humanos de gases de efecto invernadero como el CO₂, que provocan una captura de la radiación solar y provocan un calentamiento global con efectos devastadores como alteraciones del nivel del mar, desertización, desastres naturales, deshielo de los polos, etc. que afectan a todo el mundo pero más a los países situados en el sur global.

Para frenar el cambio climático la Convención Marco de las Naciones Unidas aprobó en 1977 el Protocolo de Kioto, que entro en vigor en Julio de 2004, que estableció una metas obligatorias de emisiones de gases de efecto invernadero y para ello estableció dos mecanismos que se reflejaron una falacia desde el principio: *el comercio de derechos de emisión*, que no solo no han servido como incentivo para inversiones en tecnologías con emisiones menores o libres de emisiones sino que, lo que es peor, han dado lugar a un comercio especulativo por inversores financieros con los certificados de emisión que incluso cotizan en bolsa y, lo que se ha denominado “*aplicación conjunta*” o “*mecanismos de desarrollo limpio*”, que permite a los contaminadores en los países industriales, en definitiva a las empresas más ricas y poderosas, seguir contaminando gracias a que apoyan “proyectos verdes” en otros países en desarrollo o emergentes, muchas veces en contra de los intereses de la población local.

Casi 20 años después, el 12 de diciembre de 2015, se aprobó por 195 países más la Unión Europea el Acuerdo de París, que consta de dos partes diferenciadas, una que se llama Decisión, cuyo articulado puede cambiarse anualmente, otra que es el acuerdo en sí que vincula a las naciones a su cumplimiento, y que necesitará para entrar en vigor la firma de un número de países suficiente como para sumar el 55% de las emisiones globales, teniendo de plazo para ello hasta el 21 de abril de 2017. El Acuerdo de París no solo no ha supuesto una superación de las deficien-



cias del Protocolo de Kioto, sino que ha resultado “decepcionante e insuficiente” para Ecologistas en Acción, llegando a ser calificado por Amigos de la Tierra como “una farsa en la lucha contra el cambio climático”, y por los pueblos indígenas afectados por el cambio climático y la sociedad civil como un “tratado de comercio”, y ello por cuanto:

- No se introducen herramientas inmediatas para la adopción de un nuevo modelo de desarrollo sostenible con la descarbonización total, cero emisiones de gases de efecto invernadero para final de siglo.
- No se fija una fecha para dejar de utilizar combustibles fósiles, lo cual ha sido la gran victoria de países como Arabia Saudí.
- No incluye qué porcentaje de emisiones habrá que reducir, dejando a la decisión de cada país el método del grado de reducción “de acuerdo a sus capacidades”, ni una fecha límite en la que se deba alcanzar el máximo de emisiones: “se deberá alcanzar lo antes posible”.
- Los compromisos de reducción de emisiones son voluntarias y no existen sanciones para su incumplimiento², esto fue la cesión que posibilitó en su momento la firma de Estados Unidos, que sin embargo se retiró del mismo el pasado mes de junio de 2017.
- La estrategia no menciona a las renovables proponiendo el incremento en su utilización, sino que está basada en la consecución del freno del calentamiento global mediante la conservación y el aumento de sumideros de gases de efecto invernadero, esto es un modelo que busca compensar las emisiones antropogénicas con los avances de la geoingeniería, que investiga en la creación de sumideros artificiales de gases de efecto invernadero.
- No se recogen todas las emisiones de gases de efecto invernadero, pese a la recomendación de los científicos y el interés de Europa que consideraban preciso incluir las provenientes de sectores como la aviación y el transporte marítimo, que sumados emiten tantas toneladas de CO₂ y otros compuestos volátiles como Alemania y Reino Unido juntas.
- Contempla una diferenciación entre países desarrollados y en desarrollo, siendo los primeros lo que han de realizar más esfuerzos, pero no se ha determinado taxativamente qué países se integran en uno u otro grupo, lo que plantea un problema de catalogación respecto a algunos países como Méjico o Arabia que es importante a la hora de la financiación ya que, para los países que se cataloguen como emergentes o en desarrollo, la cifra es voluntaria. Pertenecen a este grupo algunos países más contaminantes como China, India o Brasil.
- El acuerdo, finalmente, y frente a lo que pedían los países indígenas afectados, reconoce la validez del comercio de emisiones y permite la compensación de emisiones con proyectos como la plantación de bosques, lo cual no es más que una forma imperialista de las grandes empresas de mercantilizar el medio ambiente.

² Cabe no obstante la posibilidad de denunciar en cada Estado el incumplimiento del objetivo de lucha contra el cambio climático ante la falta de instancias previstas en los acuerdos. Es importante señalar aquí la sentencia del Tribunal de la Haya de 24 de junio de 2015 que a instancia de la fundación Urgenda condena a Holanda a reducir sus emisiones contaminantes en un 25% para el 2020 .. Según la sentencia de este tribunal, las autoridades gubernamentales “tienen la obligación de cuidar” a los ciudadanos y “no se pueden esconder detrás del argumento de que Holanda es una pequeña parte de un proceso mundial”. Esta sentencia, en la actualidad pendiente de recurso, a la que se han seguido ya las denuncias contra los estados de Bélgica y Noruega, consituye un importante precedente en otros países incluido España y de manera fundamental en los mas reticentes a la hora de aprobar recortes en sus emisiones de CO₂ como Estados Unidos o China

6. LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LIBRE COMERCIO: EL TTIP

Por último no podemos dejar de señalar en esta guía, aunque solo sea someramente, los peligros para el medio ambiente y los derechos de los trabajadores/as que suponen los Tratados Internacionales de Libre Comercio, como el TTIP (o tratado de libre comercio entre Europa y los Estados Unidos) que comenzó a negociarse a comienzos de 2013 y que gira en torno a tres áreas fundamentales **a)** la Eliminación de las barreras arancelarias actuales para liberalizar el mercado. **b)** la Cooperación destinada a eliminar las denominadas barreras no arancelarias, es decir, aquellas normas, reglas y leyes que puedan limitar la libre competencia entre ambos mercados y **c)** la Creación de mecanismos para evitar la creación de barreras al libre mercado en el futuro.

Lo anterior supone una armonización a la baja de las regulaciones de ambos bloques que afectaría a la legislación laboral, medioambiental, sanitaria y de prestación de servicios, ya que la regulación de Estados Unidos en estos aspectos es mucho más flexible y no ha ratificado ninguno de los tratados de la OIT.

En lo que se refiere concretamente a los derechos medioambientales, la filtración de la propuesta de la UE para el capítulo de *Desarrollo Sostenible* pone en evidencia el peligro de que advertimos, pues se circunscribe a ser una mera guía de buenas prácticas, por cuanto no existe ninguna obligatoriedad de cumplir ningún objetivo de reducir los gases de efecto invernadero, eliminando todo tipo de responsabilidad para que las grandes corporaciones puedan contaminar libremente:

- No se incluye ni una mínima evaluación de los posibles impactos socio ambientales del TTIP.
- Supedita las medidas tomadas en favor del medio ambiente como la lucha contra el cambio climático a las obligaciones comerciales que se asuman en el tratado, ya que no se prevé ninguna obligación de las partes de cumplir con los acuerdos ambientales internacionales.
- Se proponen medidas alarmantes como eliminar la posibilidad de que los gobiernos tengan autonomía para incorporar políticas que promuevan la producción y el consumo de energías renovables, dándose la paradoja de que las empresas contaminantes podrían denunciar a los estados por trato discriminatorio ante el uso de energías renovables.
- Se quiere eliminar la restricción de venta de gas o petróleo de EEUU a la UE y se posibilita el fracking.
- Elimina la posibilidad de que las medidas tomadas en favor del medio ambiente, como la lucha contra el cambio climático, queden por encima de las obligaciones comerciales del tratado, ya que no existe ninguna obligación de las partes en cumplir con los acuerdos ambientales internacionales.

De lo anterior se deriva claramente la imposibilidad de frenar el cambio climático y, como consecuencia, de sus efectos devastadores derivados de los daños sociales y ambientales: migraciones de personas, pérdida de biodiversidad, mayor incidencia de enfermedades y muertes por contaminación, sequías, inundaciones, etc.

Llama poderosamente la atención que la negociación de este acuerdo se estaba llevando a cabo mientras se celebraba la Cumbre de París para frenar el cambio climático, por lo que puesta en relación esta circunstancia, así como con la tolerancia de la propia Comisión Europea con el incumplimiento de la legislación ambiental, pese a tener el deber de velar por él, conforme se recoge en los tratados internacionales de la UE, (véase el caso de Volkswagen: Ecologistas en Acción llevaba años alertando del uso de trucos para alterar los resultados en los test de control



de emisiones), no podemos menos que compartir la conclusión a que llegaron los pueblos indígenas respecto del Acuerdo de París, al considerarlo como un “tratado comercial”, dado que los únicos intereses que se estarían preservando en él, de formalizarse el TTIP, no podían ser en ningún caso los de la disminución de las emisiones de gases de efecto invernadero, sino únicamente los intereses económicos, especulativos y financieros de las elites empresariales, con los certificados de los derechos de emisión.

Por otro lado, la propia Comisión Europea reconoce que sufrirán impactos negativos algunos sectores de la economía, tales como la ganadería, fertilizantes, agrocombustibles, industrias como las de maquinaria electrónica, equipos de transporte y metalúrgica, así como los sectores de productos madereros y papel, servicios a las empresas y comunicación, por citar algunos, con la consecuente pérdida de empleos.

De igual modo, la armonización a la baja de las regulaciones de ambos bloques han de traducirse necesariamente en un impacto negativo para los derechos laborales, de los que se derivarían una mayor precarización y el aumento de desigualdades: EEUU no ha ratificado ninguno de los tratados de la OIT, por lo que es de esperar que el derecho a la sindicalización, la negociación colectiva, el derecho a la huelga y otros derechos laborales sigan minándose y, por consiguiente, que gran parte de esta guía y, más concretamente, lo que se recoge en este capítulo en relación con los derechos medioambientales de los trabajadores, quede en papel mojado.

7. CONCLUSIONES

- 1) El sistema económico capitalista es un sistema depredador que genera la destrucción del medio ambiente, porque está basado en la explotación de la naturaleza: “El capitalismo y la ecología son polos opuestos de una contradicción insalvable, puesto que el capitalismo se basa en la lógica del lucro y de la acumulación, sin importar los medios que se empleen para lograrlo, ni la destrucción de recursos naturales y ecosistemas que eso conlleve (...), en otros términos, hasta la ecología y el medio ambiente se han convertido en una mercancía más, lo cual tiene implicaciones negativas sobre las mismas posibilidades de existencia y reproducción de la vida en sus más diversas manifestaciones, y esa mercancía ecológica (expresada en la retórica insulsa del pretendido desarrollo sustentable y el capital verde) también se ha mundializado como resultado de la expansión imperialista de las últimas décadas“ (Vega Cantor 2006).
- 2) La alteración climática y la defensa del medio ambiente es un nuevo contexto para la lucha social, porque además es un factor que no se puede desligar de la desigualdad entre ricos y pobres, ya sea a nivel local como nacional e internacional (entre países ricos y pobres), por lo que se ha de pensar en lo social y lo ecológico conjuntamente con las cuestiones de poder y de propiedad.
- 3) Se hace necesario reconstruir fundamentalmente el modelo de producción y el estilo de vida, se trata de una transformación social y ecológica, la concentración de los medios de producción y la lógica del beneficio del modelo capitalista conllevan no sólo insolidaridad y desigualdad, sino también insostenibilidad. Es por ello que, con independencia de nuestra apuesta por los sectores más sostenibles, es necesaria una radical transformación del modelo económico productivo, por un modelo económico descentralizado, local y vinculado al territorio, la democracia directa y al desarrollo de sus habitantes y sus recursos naturales.
- 4) La defensa del medio ambiente como trabajadores/as, es la defensa del empleo y la solidaridad presente y futura. Nuestra acción debe ir marcada por un análisis glo-

bal y una acción local. Nuestra apuesta sindical por la autogestión, la economía solidaria, la agroecología y el decrecimiento, no es otra que vivir con menos para vivir mejor, en un marco de colapso ecológico y crisis energética y social. O se hace una programación racional del decrecimiento o dicho decrecimiento vendrá ocasionado no solo por la extinción de los recursos, sino por el hundimiento del sistema, y probablemente de la civilización tal y como la entendemos hoy día. No hablamos pues de cerrar empresas y destruir empleo, sino todo lo contrario: reconvertir sectores, creación de empleos limpios y de orientar las inversiones hacia una producción sostenible y solidaria dentro de un proceso transformador hacia la autogestión social.

- 5) El ecofeminismo viene a ser una alternativa de futuro contra la economía convencional que ha reducido el valor al precio, que solo mide la producción y la riqueza en términos monetarios y que por eso no otorga valor a los procesos de la naturaleza y a las actividades o trabajos que sostienen la vida, porque no se les puede poner precio.

“Los ecofeminismos, más allá de sus diferencias, coinciden en la idea básica de que la opresión de las mujeres –y de los hombres– y la sobreexplotación de la naturaleza son parte de un mismo fenómeno, y denuncian un orden cultural/simbólico —el patriarcado— y un orden económico —el capitalismo— que invisibiliza, desprecia, violenta y se apropia del trabajo de cuidado de la vida humana sobreexplotando a los cuerpos y a las mujeres –quienes por la división sexual del trabajo, impuesta socialmente por el patriarcado, son las que realizan mayormente los trabajos de cuidado– y sobreexplota a la naturaleza llevándola a los límites del despojo, aun a pesar de que ésta constituye la base fundamental para el bienestar y la sostenibilidad de la vida en el planeta” (Shiva, Herrero, Peredo Beltran).

En este sentido, sus propuestas pueden tener capacidad para sustituir las actividades dañinas que destruyen el planeta y los lazos sociales que profundizan las desigualdades, en tanto apuestan por la autogestión, la economía solidaria, la cooperación, el decrecimiento y los cuidados de la vida.

CAPÍTULO XVII

ANEXO I REGLAMENTO DEL COMITÉ DE EMPRESA

ARTÍCULO 1º Composición del Comité de Empresa.

El presente Comité queda constituido el.....de.....de....., al amparo de lo establecido en el Art. 63 y ss. del Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

El Comité es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores/as de en y su provincia, para la defensa de sus intereses.

Está compuesto por representantes elegidos en las Elecciones Sindicales celebradas el día de de

De ellos corresponden:

- a CGT :
- a :
- a :
- y a :

ARTÍCULO 2º Ámbito del Comité.

El ámbito de representación de este Comité, y por tanto, de su actuación sindical, será el de todos los trabajadores y trabajadoras adscritos a los centros de trabajo y dependencias de la provincia.

ARTÍCULO 3º Domicilio social y lugar de reuniones.

El domicilio social y lugar de reuniones de este Comité son los locales que tiene habilitados al efecto en el Centro de Trabajo de sito en .

Los Sindicatos con presencia en el Comité podrán hacer uso del local del Comité, siempre que no interrumpa el funcionamiento del mismo, y lo soliciten por escrito, con una antelación mínima de 24 horas, al Secretario, quien firmará el recibí y archivará la solicitud.

ARTÍCULO 4º Competencias y garantías.

Serán las que se prevén en la Legislación Laboral vigente, complementadas con los acuerdos y convenios establecidos con la representación de la empresa, así como con los propios acuerdos y normas que puedan pactarse en el ámbito del Comité, siempre que no entren en contradicción con la Legislación y Jurisprudencia Laboral.

Los miembros del Comité y Delegados/as Sindicales de las organizaciones en él representadas tendrán libre acceso a la sede del mismo y a la documentación que de él emane o que reciba.

ARTÍCULO 5º Funcionamiento del Comité.

5.1. Reuniones.

El Pleno del Comité de Empresa se reunirá en sesión ordinaria cada dos meses y en sesión extraordinaria cuando lo decidan el Presidente y Secretario de mutuo acuerdo o siempre que lo solicite, como mínimo, un Sindicato con presencia en él Comité ó 1/3 de los trabajadores/as representados. Las reuniones ordinarias serán convocadas por el Presidente o Secretario del Comité con 10 días naturales de antelación. Sólo en las reuniones extraordinarias se podrá soslayar este plazo.

Para la celebración de un Pleno de Comité, con carácter ordinario o extraordinario, será necesaria la existencia de quórum; esto es, la asistencia de la mitad más uno de sus miembros. De no asegurarse esta asistencia mínima, se deberá convocar nuevamente al Pleno del Comité, en esta ocasión en reunión extraordinaria, en un plazo máximo de 15 días.

Únicamente firmarán como asistentes al Pleno aquellos miembros del mismo que asisten a la sesión completa del plenario.

En las reuniones los/as portavoces de los Sindicatos podrán solicitar tantos recesos como estimen convenientes, señalándose por la mesa el tiempo de cada uno, transcurrido el cual se reanuda nuevamente la reunión.

Las Actas recogerán los acuerdos que se adopten, así como cuantas propuestas concretas y particulares se planteen por alguno de los sindicatos y trabajadores/as en él representados.

A las reuniones del Comité podrán asistir los Delegados/as Sindicales, con voz pero sin voto. Asimismo, podrá asistir cualquier trabajador/a de su ámbito geográfico de actuación, y aquellas personas que sean invitadas expresamente por el Pleno del Comité o algún Sindicato representado, todas ellas con voz pero sin voto.

5.2. Votaciones.

El sistema de votación se realizará a mano alzada, excepto en aquellas cuestiones en las que su votación esté regulada por Ley. Para adoptar acuerdos se requerirá el voto favorable de la mayoría simple de los asistentes al Pleno. Los resultados de las distintas votaciones se transcribirán de manera numérica en las Actas del Pleno.

ARTÍCULO 6º Presidente y Secretario.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 66.2 del ET., este Comité elige de entre sus miembros, por mayoría, un Presidente y un Secretario con las siguientes funciones:

Presidente

- a) Presidir y moderar las reuniones del Pleno del Comité de Empresa, debiendo recoger los distintos temas que los miembros del Comité presenten/expongan, siendo estos sometidos a la consideración del Pleno del Comité.
- b) Tramitar ante a la Representación de la empresa y Organismos, correspondientes, cuantos acuerdos y/o resoluciones adopte el Pleno del Comité.
- c) Recibir de la Empresa, Autoridad Laboral, Organismos Oficiales y del Comité General de Empresa toda la correspondencia dirigida a nombre del Comité, así como informaciones de carácter previo a su ejecución, trasladándolas a las reuniones del Pleno o Comisión Permanente, en su caso. Siempre que la información sea de interés general deberá remitir copia de la misma a los Sindicatos con presencia en el Comité en un plazo no superior a tres días.
- d) Elaborar las propuestas de Orden del Día de los Plenos y de la Comisión Permanente, en colaboración con el Secretario. A tal efecto, recabará de los Sindicatos representados información sobre aquellos temas que deseen incluir.
- e) Representar al Comité en aquellos actos para los que el Pleno o la Comisión Permanente expresamente le autoricen.



- f) Firmar junto con el Secretario las Actas que se levanten del Pleno y Comisión Permanente.
- g) Velar por el cumplimiento de las normas generales y de lo dispuesto en este Reglamento, así como de los compromisos adquiridos por el Pleno del Comité, Comisión Permanente y/o Comisiones de Trabajo.
- h) Administrar, junto con el Secretario, los medios con los que cuenta el Comité para su funcionamiento.

Secretario

- a) Convocar las reuniones del Pleno del Comité y Comisión Permanente, tanto en sesión ordinaria como extraordinaria, dando traslado a los Sindicatos con presencia en el Comité.
- b) Levantar las Actas correspondientes, y difundir las resoluciones que se aprueben, entregando copia de las mismas a Sindicatos representados, en un plazo no superior a 10 días.
- c) Archivar y custodiar todos los documentos emitidos o recibidos en el Comité, obrando en su poder los originales de las Actas, sellos de caucho, materiales y llaves del Comité.
- d) Sustituir al Presidente del Comité en su ausencia.
- e) Antes de la finalización del Pleno dará a conocer a los miembros del Comité presentes los acuerdos tomados mediante la oportuna votación, para que se recojan en el Acta que posteriormente se levante.

ARTÍCULO 7º Comisión Permanente.

Estará compuesta por el Presidente, el Secretario y un representante de cada Sindicato con presencia en el Comité.

La Comisión Permanente es el único órgano con capacidad para alcanzar acuerdos con la representación de la Empresa, a excepción de aquellos que pudieran alcanzarse por las Comisiones de Trabajo que se establecen en el presente Reglamento, siendo imprescindible en ambos casos contar con la aprobación del Pleno del Comité.

Para la adopción de acuerdos cada miembro, excepto el Presidente y Secretario, contará con un número de votos igual al de representantes que su organización tiene en el Comité.

Las distintas Comisiones de Trabajo deberán necesariamente dar cuenta de su gestión y actuación al Pleno del Comité.

7.1 Funciones.

- a) Ejecutar los acuerdos emanados del Pleno del Comité.
- b) Elaborar el Orden del Día de las reuniones bimestrales que mantiene el Comité con la Representación de la empresa.
- c) Gestionar aquellos temas que puedan presentarse entre dos reuniones ordinarias del Comité, y cuya urgencia así lo requiera, siempre y cuando, por consenso entre los Sindicatos con presencia, no se estime conveniente convocar al propio Comité en reunión extraordinaria o no se cumpla el requisito establecido en el punto 5.1 del presente Reglamento.
- d) Seguimiento y control del cumplimiento de cuanta Normativa Laboral y Reglamentos estén en vigor y demás temas de carácter general que pudieran surgir.
- e) Redactar y difundir comunicados, y elaborar aquellos informes que sean necesarios.
- f) Sustituir, mediante elección entre sus miembros, las ausencias temporales del Presidente y/o Secretario, así como de este último cuando sustituya al Presidente.

7.2 Reuniones.

Esta Comisión se reunirá, como mínimo, una vez cada 15 días, pudiendo convocarse, cuando se estime necesario, siempre que las circunstancias así lo aconsejen.

La convocatoria se podrá instar por el Presidente y/o el Secretario o por cualquier Sindicato con presencia en el Comité, a través de escrito dirigido al Presidente, donde deberá constar el Orden del Día que se propone.

ARTÍCULO 8º Comisiones de Trabajo.

A los efectos de facilitar la interlocución con la Representación de la empresa en materia de personal, expedientes disciplinarios, salud laboral y seguridad en la circulación se crean las oportunas Comisiones de Trabajo.

8.1 Comisión de Personal.

Estará compuesta, al menos, por un representante de cada Sindicato con presencia en el Comité.

- Funciones:

Negociar con la representación de la Empresa cuadros de servicio, gráficos, calendario de vacaciones, horarios, reemplazos, etc., en el ámbito del Comité.

Se reunirá, siempre que sea necesario, para tratar asuntos de su competencia.

En cualquier proceso negociador, los miembros de esta Comisión podrán contar con el asesoramiento de otros miembros del Comité, Delegados/as Sindicales o trabajadores/as afectados/as.

8.2 Comisión de Recursos.

Estará compuesta por 5 miembros, garantizándose un representante, al menos, de cada uno de los Sindicatos con presencia en el Comité.

- Funciones:

Esta Comisión se reunirá, siempre que existan expedientes laborales disciplinarios que afecten a trabajadores/as de su ámbito, con una periodicidad no superior a 15 días, para examinar los expedientes en los que haya recaído propuesta de sanción por falta grave y hayan sido recurridos por el agente.

De cada reunión se levantará Acta, comunicando al órgano que adoptó la propuesta de sanción provisional la resolución de la Comisión.

8.3 Comisión del Comité de Seguridad y Salud Laboral.

Estará compuesta por miembros del Comité, garantizándose al menos un representante de cada uno de los sindicatos con presencia en el Comité.

La actuación de esta Comisión será independiente de la que puedan realizar los Delegados/as de Prevención y los Representantes de los Trabajadores/as en el uso de los derechos y obligaciones que les confieren las disposiciones legales en esta materia.

ARTICULO 9º.- Asamblea de Trabajadores/as.

Siempre que existan temas de interés para los trabajadores/as, el Pleno del Comité o la Comisión Permanente convocará Asambleas de centro de trabajo.

Se levantará Acta de aquellas Asambleas en las que se efectúe una votación, figurando en la misma el lugar de celebración de la asamblea, el número de trabajadores/as que asisten, las propuestas que se votan, los votos a favor, en contra y abstenciones producidas, así como las observaciones que pudieran realizar los trabajadores/as.

El Acta será firmada por los miembros del Comité que se encuentren presentes, así como por los representantes de las Secciones Sindicales y por aquellos trabajadores/as que lo deseen.

ARTÍCULO 10º.- Revocación de cargos.

Los cargos de Presidente y Secretario podrán ser revocados por decisión de la mayoría simple del Pleno del Comité.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.-Del presente se dará cuenta a la Autoridad Laboral competente y a la empresa.

Segunda.-Este Reglamento podrá ser modificado cuando el Pleno del Comité así lo decida por mayoría absoluta, siempre que las modificaciones que se pretendan no contravengan lo dispuesto en la Ley.



ANEXO II

COMUNICACIÓN AL EMPRESARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SECCIÓN SINDICAL Y DE LA DESIGNACIÓN DEL/LOS DELEGADO/S SINDICAL/ES

A(empresa o departamento de personal en cuestión)
.....

Don/doña,,
....., como Delegado/a Sindical de la Confederación General del Trabajo en (empresa o centro de trabajo), y a los efectos recogidos en los artículos 8 y 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y concordantes, viene a comunicar a esta empresa la constitución de la Sección Sindical de la Confederación General del Trabajo, así como la designación del/los Delegado/a/s Sindical/es, a los efectos que en Derecho proceda. Se adjunta a esta comunicación copia del Acta de constitución de la Sección Sindical y nombramiento de delegados.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo, en
..... a de de
.....

Fdo (El Delegado/a Sindical):



ACTA DE CONSTITUCIÓN DE LA SECCIÓN SINDICAL:

Convocada por la Secretaría de (normalmente de Acción Sindical) del Sindicato de de la Confederación General del Trabajo asamblea de sus afiliados en (la empresa o centro de trabajo)....., para el día de de , a las horas, en los locales de ; y celebrada de acuerdo a los Estatutos del referido Sindicato, asistieron los trabajadores/as de (la empresa o centro de trabajo)....., afiliados/ as.

Como primer punto del Orden del Día de la asamblea, se debatió sobre la constitución de la Sección Sindical del Sindicato de de la Confederación General del Trabajo en (la empresa o centro de trabajo).....

Como segundo Orden del Día, se debatió sobre la designación del/los Delegado/a/s Sindicales de la referida Sección. Sometidos a votación ambos puntos del Orden del Día, y tras los correspondientes debates al respecto, se acordó por unanimidad por los afiliados/as la Constitución de la Sección Sindical de la Confederación General del Trabajo en (la empresa o centro de trabajo)....., así como la designación como Delegado/a/s Sindical/es de la referida Sección a:

- 1.
- 2.
- 3.

Sin ninguna manifestación más, se levantó la asamblea de afiliados/as a las horas.

Fdo.- (El secretario de actas).



ANEXO III

COMUNICACIÓN A LA EMPRESA DEL NOMBRAMIENTO DE DELEGADO/S SINDICAL/ES

A (empresa o departamento de personal en cuestión).....

Las Sección Sindical de CGT en.....
....., viene a poner de conocimiento de la empresa, a los efectos
recogidos en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, (y en su caso al
artículo correspondiente del Convenio Colectivo aplicable) que han sido nombra-
do/s Delegado/a/s Sindical/es de esta Sección :

-
-
-
-

Y para que conste, a los efectos recogidos en el artículo 10 de la Ley Orgánica
de Libertad Sindical y concordantes, en a de
.....

Recibí

(El empresario).

ANEXO IV

MODELO DE CONVOCATORIA DE MANIFESTACIÓN

AL DELEGADO/A DEL GOBIERNO (O SUBDELEGADO/A, según corresponda) DE (localidad)

Dña./D., con DNI nº, Secretaria/o General del (Sindicato o la denominación que corresponda) o Presidente del Comité de Empresa, en nombre y representación de dicho, con domicilio a efectos de notificaciones en C/ nº , CP , (Provincia), Nº de Fax y/o correo electrónico,@..... ante Ud. comparece y,

DICE:

Que por medio del presente escrito vengo a comunicar en tiempo y forma, con amparo en el artículo 21 de la Constitución española, así como en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de Julio, Reguladora del Derecho de Reunión, la decisión de celebrar una manifestación (o concentración) con las características que se exponen a continuación, en cumplimiento de lo establecido en la mencionada LO 9/83:

PRIMERA.- Que la manifestación tendrá lugar en la localidad de, el día de de 2. Que está convocado su inicio a las horas, con una duración prevista de hora/s.

SEGUNDA.- Que el objeto de la manifestación consiste en manifestar la protesta, o hacer pública la defensa de los intereses, o proponer, (relatar brevemente los motivos de la convocatoria).

(Para el caso de que se convoque por causas extraordinarias y graves debe hacerse explícita aquí dicha circunstancia). Que el lema de la convocatoria es (incluir el lema con el que se convoque a la manifestación o concentración).

TERCERA.- Que el itinerario de la misma será, iniciándose en la, transcurriendo por las calles..... y finalizando en (en el caso de manifestaciones se describirá el recorrido con indicación de las calles por las que está proyectado el itinerario, mientras que para una concentración se indicará el nombre del lugar en el que se celebrará la misma).

Para el caso de que no sea aceptado el primer itinerario previsto indicamos los siguientes como alternativos:

- Primer itinerario alternativo
- Segundo itinerario alternativo

CUARTA.- Que como medidas de seguridad se establecerán las habituales previstas, así como el servicio de seguridad necesario.

QUINTA.- Que el número de asistentes previsto es de

Y en virtud de todo lo expuesto,

SOLICITO, que a la vista de este escrito, se admita y, en su virtud, se tenga por comunicada la manifestación (o concentración) en los términos anteriormente expuestos.

En a de de 2.....

Fdo.:



ANEXO V

MODELO DE CONVOCATORIA DE ASAMBLEA POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES/AS

ASISTENTES:

Por el Comité de Empresa:

- Don/Doña:
- Don/Doña:
- Don/Doña:
- Don/Doña:

Delegados/as LOLS:

- Don/Doña:
- Don/Doña:
- Don/Doña:
- Don/Doña:

Don/Doña
Representante legal de la Empresa

En, a de de

Don/Doña
Don/Doña Don/Doña
como miembros del Comité de Empresa (o Delegados/as de Personal) del centro de trabajo de la Empresa domiciliada en

MANIFIESTAN

Que, en base a lo previsto en los artículos 4 y 77 del Estatuto de los Trabajadores y en virtud de la representación que ostentamos, por medio de este escrito notificamos a la Dirección de la Empresa que el próximo día se celebrará asamblea general de trabajadores/as de aquél (dicha comunicación ha de hacerse con un mínimo de 48 horas de antelación) en los locales del mismo, con el siguiente orden del día:

- 1.º
- 2.º
- 3.º
- 4.º

Que la hora prevista de comienzo de la reunión será y la de finalización (fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo con el empresario que permita).

Que por existir turnos de trabajo (o por cualquier otra causa prevista en el ET, que deberá expresarse) la Asamblea se llevará a cabo mediante reuniones parciales en los siguientes días y horas: (especificando secciones y horas).

Que dicha Asamblea es procedente por no concurrir ninguna de las causas limitativas del artículo 78 del ET.



Que a la Asamblea convocada y para tratar los temas incluidos en el orden del día antes descrito, asistirán las siguientes personas no pertenecientes a la empresa, poniéndonos a disposición del empresario para acordar con éste las medidas que sean adecuadas para evitar perjuicios a la actividad de la empresa:

- Don/Doña
- Don/Doña
- Don/Doña

La Asamblea convocada será presidida por la representación firmante, que se responsabilizará del normal desarrollo de la misma.

Por todo lo cual, los que suscriben y en la representación que ostentan

SOLICITAN

Que teniendo por presentado este escrito, tenga por anunciada y convocada la Asamblea de Trabajadores/as, en tiempo y forma.

Atentamente,

Firmas,



ANEXO VI

MODELO DE ACTA DE REUNIÓN DE LOS TRABAJADORES/AS PARA CONVOCAR ASAMBLEA

REUNIDOS

Un número de trabajadores/as cuyo porcentaje es igual (o superior) al 33% del total de la plantilla del centro de trabajo, cuya identificación y firma consta al pie del documento, decide por unanimidad:

1.º Convocar Asamblea de Trabajadores/as en la Empresa o Centro de Trabajo, en la que se tratarán las siguientes materias:

.....

2.º Dar cuenta de esta decisión, mediante la entrega de este Acta a los representantes de los trabajadores/as (miembros del Comité de Empresa o Delegados/as de Personal), para que lo notifiquen a la dirección de la Empresa en la forma establecida en las disposiciones legales vigentes.

Firman el presente escrito, en la ciudad y fecha arriba indicadas:

Fdo. Don/Doña..... D.N.I.

Fdo. Don/Doña..... D.N.I.

Fdo. Don/Doña..... D.N.I.

Fdo. Don/Doña..... D.N.I.

Al Comité de Empresa o Delegados/as de Personal.



ANEXO VII

MODELO DE DENUNCIA DEL CONVENIO COLECTIVO

A (empresa o asociación empresarial).

Don/Doña, , en nombre de
..... (Órgano legitimado para negociar por la parte social):

EXPONE:

De acuerdo con el artículo del Convenio Colectivo suscrito por las partes firmantes
....., y, formu-
lamos la oportuna DENUNCIA del mismo, dentro del plazo de señalado en el
apartado del artículo del mencionado Convenio.

Como así está establecido, el presente Convenio denunciado subsistirá en su parte normativa hasta la
entrada en vigor de aquel que le sustituya.

En a de de

Fdo.:

Recibí
(el empresario)

Nota : la Denuncia del Convenio debe presentarse obligatoriamente ante la parte empresarial del Convenio Colectivo; y a los meros efectos de registro, ante la autoridad laboral competente, que dependerá de su ámbito de aplicación.

ANEXO VIII

MODELO OFICIAL DE PRESTACIONES AL FOGASA

Los modelos oficiales están disponibles en las sedes del FOGASA, por lo que se recomienda acudir a ellas o descargarla de su web cuyo enlace actualmente es:

<http://www.empleo.gob.es/fogasa/impresos/solicitud.pdf>

ANEXO I

SECRETARÍA DE ESTADO DE EMPLEO

 GOBIERNO DE ESPAÑA	 MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL		Fondo de Garantía Salarial O.A. Código DIR3 E00143003
------------------------	---	--	---

SOLICITUD DE PRESTACIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 33 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En el caso que el mandatario o el apoderado estén obligados a relacionarse con la administración de forma electrónica, la solicitud de prestación la deberá registrar en la sede electrónica del Fondo de Garantía Salarial. Examine la instrucción primera de la página de instrucciones.

1. DATOS PERSONALES DEL INTERESADO

1.1 DEL FUTURO TITULAR DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES:			
Nombre:	Primer apellido:	Segundo apellido:	
DNI/NIE:	Teléfono:	Email:	Nacionalidad:
Domicilio (calle, plaza...):		Nº:	Bloque/Escalera/Piso/Puerta:
Código postal:	Localidad:	Provincia:	País:
1.2 DEL REPRESENTANTE			
1.2.1 PERSONA A LA QUE SE OTORGA REPRESENTACIÓN:			
PERSONA JURÍDICA	Denominación o razón social:	Nombre y Apellidos	DNI/NIE:
	N.I.F.:	Teléfono:	Email:
PERSONA FÍSICA	Nombre:	Primer apellido:	Segundo apellido:
	DNI/NIE:	Teléfono:	Email:
1.2.2 DOMICILIO DEL REPRESENTANTE:			
Domicilio (calle, plaza...):		Nº:	Bloque/Escalera/Piso/Puerta:
Código postal:	Localidad:	Provincia:	País:
1.3 MEDIO QUE SE ELIGE PARA LAS NOTIFICACIONES			
Notificación electrónica <input type="checkbox"/>		Notificación en papel <input type="checkbox"/>	

2. DATOS DE LA EMPRESA

Nombre o razón social:	NIF/NIE:
Domicilio (calle, plaza...):	Nº:
Código postal:	Localidad:
	Provincia:

3. DATOS PARA EL COBRO DE LA PRESTACIÓN

3.1 PAGO EN LA CUENTA BANCARIA	Del futuro titular de las prestaciones (1.1) <input type="checkbox"/>	Del representante (1.2) <input type="checkbox"/>
3.2 DATOS DE LA CUENTA BANCARIA	IBAN <input type="text"/>	

4. DATOS SOBRE LA PRESTACIÓN QUE SE SOLICITA

4.1 PRESTACIONES QUE SE SOLICITAN	Salarios pendientes de pago <input type="checkbox"/>	Indemnizaciones no abonadas <input type="checkbox"/>	Salarios de tramitación <input type="checkbox"/>
4.2 TÍTULO O DOCUMENTO EN EL QUE SE RECONOCE EL CRÉDITO LABORAL			
4.2.1 ACTA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL Y/O RESOLUCIÓN JUDICIAL:			
JUZGADO Social <input type="checkbox"/>	Mercantil <input type="checkbox"/>	PROCEDIMIENTO	
Número:	Provincia:	Municipio:	Número/año: Fecha:
4.2.2 ACTA DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA:			
Número de expediente:		Fecha:	
4.2.3 CERTIFICADO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL QUE ACREDITE LA INCLUSIÓN DEL CRÉDITO EN LA LISTA DE ACREEDORES:			
Fecha:			
4.2.4 DESPIDO COLECTIVO DESPIDO OBJETIVO:			
ACTA FINAL PERIODO DE CONSULTAS QUE PONGA FIN AL DESPIDO (solo para el caso de despido colectivo)		Fecha del acta:	
COMUNICACIÓN ESCRITA DE LA EMPRESA AL TRABAJADOR NOTIFICÁNDOLE LA FECHA DE EFECTOS DEL DESPIDO (colectivo / objetivo)		Fecha de efectos del despido:	
4.2.5 CERTIFICADO DEL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS:			
Fecha:			
4.3 CAUSA DE LA PRESTACIÓN Y DATOS DE LOS DOCUMENTOS JUSTIFICATIVOS			
4.3.1 INSOLVENCIA: DECRETO DE INSOLVENCIA			
JUZGADO SOCIAL:	Número:	Provincia:	Municipio:
EJECUCIÓN:	Número/año:	Fecha:	

114



4.3.2 CONCURSO DE ACREEDORES: AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO		
JUZGADO MERCANTIL:	Número: <input type="text"/>	Provincia: <input type="text"/> Municipio: <input type="text"/>
PROCEDIMIENTO:	Número/año: <input type="text"/>	Fecha: <input type="text"/>
4.3.3 FUERZA MAYOR CON EXONERACIÓN:		
RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL:	Fecha: <input type="text"/>	
NOTIFICACIÓN DE LA EMPRESA AL TRABAJADOR DE LA FECHA DE EFECTOS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO:	Fecha efectos de la extinción: <input type="text"/>	
4.3.4 RESOLUCIÓN ENCOMENDANDO LA LIQUIDACIÓN DE LA ENTIDAD ASEGURADORA AL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS:		
	Fecha: <input type="text"/>	

5. DATOS DE OTROS TÍTULOS QUE RECONOCEN EL CRÉDITO LABORAL CUANDO EXISTA ACUMULACIÓN DE EJECUCIONES

5.1 ACTA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL Y/O RESOLUCIÓN JUDICIAL			
JUZGADO	Social <input type="checkbox"/>	Mercantil <input type="checkbox"/>	PROCEDIMIENTO
Número:	Provincia:	Municipio:	Número/año: Fecha:
5.2 ACTA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL Y/O RESOLUCIÓN JUDICIAL			
JUZGADO	Social <input type="checkbox"/>	Mercantil <input type="checkbox"/>	PROCEDIMIENTO
Número:	Provincia:	Municipio:	Número/año: Fecha:
5.3 ACTA DE CONCILIACIÓN JUDICIAL Y/O RESOLUCIÓN JUDICIAL			
JUZGADO	Social <input type="checkbox"/>	Mercantil <input type="checkbox"/>	PROCEDIMIENTO
Número:	Provincia:	Municipio:	Número/año: Fecha:

6. DOCUMENTOS A APORTAR POR LOS INTERESADOS QUE HAYAN SIDO ELABORADOS POR CUALQUIER ADMINISTRACIÓN

CONSENTIMIENTO U OPOSICIÓN A RECABAR LOS DOCUMENTOS NECESARIOS PARA LA TRAMITACIÓN DE ESTA SOLICITUD	
CONSENTIMIENTO <input type="checkbox"/>	OPOSICIÓN <input type="checkbox"/>

DECLARO, bajo mi responsabilidad, que son ciertos los datos que consigno en la presente solicitud, manifestando que quedo enterado de la obligación de comunicar al Fondo de Garantía Salarial cualquier variación que en los mismos pudieran producirse hasta la resolución de esta solicitud de prestaciones.

AUTORIZO al Fondo de Garantía Salarial la consulta de los datos de identificación personal a través del Servicio de Verificación de Datos de Identidad, de los datos de domicilio a través del Servicio de Datos de Residencia, y de los datos de la Seguridad Social. Así como de cualquier otro dato de carácter personal o económico, que conste en las bases de datos de cualquier otro Organismo o Administración Pública, que sea necesario para la instrucción del procedimiento administrativo, y/o para comprobar la concurrencia de los requisitos legales exigidos para causar derecho a la prestación y para determinar su cuantía.

SOLICITO, mediante la firma del presente impreso, que se dé curso a esta petición de prestaciones de garantía salarial, adoptando para ello todas las medidas conducentes a su mejor resolución, con este fin, CONSIENTO al Fondo de Garantía Salarial el tratamiento de los datos personales que consigno en esta solicitud.

....., a de del 20

Firma

SECRETARÍA GENERAL DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR ESTA SOLICITUD

PRIMERA. INSTRUCCIONES SOBRE PRESENTACIÓN Y REGISTRO DE LA SOLICITUD:

En el caso de que el mandatario o el apoderado estén obligados a relacionarse con la administración de forma electrónica, la solicitud de prestaciones la deberá registrar en la sede electrónica del Fondo de Garantía Salarial (<https://sede.fogasa.empleo.gob.es/>), de conformidad con lo establecido en los artículos 14.2, 14.3 y 68.4, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En el resto de casos, la solicitud podrá presentarse en los registros de las oficinas del Fondo de Garantía Salarial, o en cualquiera de las oficinas y registros a los que se refiere el art. 16 de la misma Ley.

SEGUNDA. INSTRUCCIONES SOBRE LOS DATOS A CONSIGNAR EN LA SOLICITUD:**1. DATOS PERSONALES DEL INTERESADO:**

- 1º. En el caso de que el interesado sea extranjero deberá disponer del NIE exigido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a efectos del cobro de la prestación.
- 2º. En el caso de que el interesado actúe por medio de representante, deberá acreditar la representación en el Registro Electrónico de Apoderamientos (@poder), de la Administración General del Estado: <https://rea.redsara.es/>.
- 3º. Cuando el representante sea una persona jurídica, las notificaciones se realizarán de forma electrónica, en la Dirección Electrónica Habilitada (es una dirección electrónica para la recepción de las notificaciones administrativas que por vía telemática pueda practicar la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos).
Cuando el representante sea una persona física y no esté obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración, o el interesado actúe sin representante, se deberá señalar en el apartado 1.3 el medio que se elige para las notificaciones. Si selecciona la notificación electrónica, y no dispone de una Dirección Electrónica Habilitada, se le creará de oficio de forma automática. Si selecciona la notificación en papel, las notificaciones se remitirán a la dirección física correspondiente, de las consignadas en los apartados 1.1 y 1.2.

2. DATOS DE LA EMPRESA:

Se consignarán los datos de la empresa deudora.

3. DATOS PARA EL COBRO DE LA PRESTACIÓN:

Si el representante fuese el titular de la cuenta bancaria designada para el cobro de la prestación, deberá constar expresamente en el apoderamiento la facultad del mismo para cobrar prestaciones de las Administraciones Públicas.

4. DATOS SOBRE LA PRESTACIÓN QUE SE SOLICITA:

- 1º. En el apartado 4.1 deberá indicar las prestaciones que solicita (salarios pendientes de pago, indemnizaciones no abonadas, y/o salarios de tramitación), para ello marcará con una X cada una de las casillas correspondientes:



- 2º. En los apartados 4.2 y 4.3 deberá consignar los datos de los documentos que deben aportarse para cada una de las prestaciones que se soliciten, según se detalla a continuación:

SI SE SOLICITAN SALARIOS PENDIENTES DE PAGO: Resolución judicial, Acta de conciliación judicial o administrativa, firmes, y/o Certificado de la administración concursal, si la empresa ha sido declarada en concurso, en el que consten los importes y conceptos adeudados por la empresa deudora.

SI SE SOLICITAN INDEMNIZACIONES Y/O SALARIOS DE TRAMITACION: Resolución judicial o Acta de conciliación judicial, firmes, y/o Certificado de la administración concursal, si la empresa ha sido declarada en concurso, en el que consten los importes y conceptos adeudados por la empresa deudora.

En el supuesto de despido colectivo, Acta final del periodo de consultas que ponga fin al despido colectivo y Comunicación escrita de la empresa al trabajador notificándole la fecha de efectos del despido. Y, en el caso de despido objetivo, sólo se aportará la Comunicación escrita de la empresa al trabajador notificándole la fecha de efectos del despido.

EN TODAS LAS SOLICITUDES DE PRESTACIONES: Decreto de INSOLVENCIA dictado por el Juzgado de lo Social, o Auto de declaración del CONCURSO DE ACREEDORES dictado por el Juzgado Mercantil, según la causa de la prestación. Si la causa de la extinción del contrato es la FUERZA MAYOR: Resolución de la Autoridad Laboral, y/o Comunicación escrita de la empresa al trabajador notificándole la fecha de efectos de la extinción del contrato.

3º En el caso de que la empresa deudora sea una entidad aseguradora o reaseguradora en proceso de liquidación, conforme a la ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, se deberá cumplimentar los datos de los apartados 4.2.5 y 4.3.4.

5. DATOS DE OTROS TÍTULOS QUE RECONOCEN EL CRÉDITO LABORAL CUANDO EXISTA ACUMULACIÓN DE EJECUCIONES SOBRE LA PRESTACIÓN QUE SE SOLICITA:

En el caso de que un único interesado tuviese acumulados varios procedimientos judiciales a una misma ejecución (consignada en el apartado 4.3.1), deberá detallar en el apartado 5 cada uno de esos procedimientos judiciales. NO OLVIDE que debe cumplimentar el apartado 4.2.1 con los datos del procedimiento al que han sido acumulados.

TERCERA. INSTRUCCIONES SOBRE LOS DOCUMENTOS A APORTAR

Con carácter general, los documentos que deben aportarse en cada supuesto, según se detalla en las presentes instrucciones, serán originales, o copias testimoniadas o diligenciadas expedidas por el órgano judicial, o administrativo correspondiente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 39/2015, los interesados no están obligados a aportar los documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, siempre que consientan su obtención por el Fondo de Garantía Salarial, para ello deberán cumplimentar el apartado 6, según se indica a continuación.

6. DOCUMENTOS A APORTAR POR LOS INTERESADOS QUE HAYAN SIDO ELABORADOS POR CUALQUIER ADMINISTRACIÓN.

En este apartado se marcará con una X la casilla correspondiente:



DETERMINACIÓN DE LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL Y CONCEPTOS DE RECAUDACIÓN CONJUNTA Y DE LA BASE SUJETA A RETENCIÓN DEL IRPF Y APORTACIÓN DE LA EMPRESA			
CONCEPTO	BASE	TIPO	APORTACIÓN EMPRESA
1. Contingencias comunes			
Importe remuneración mensual.....	_____		
Importe prorata pagas extraordinarias.....	_____		
TOTAL.....	_____		_____
AT y EP.....	_____		_____
2. Contingencias profesionales y conceptos de recaudación conjunta.....			
Desempleo.....	_____		_____
Formación Profesional.....	_____		_____
Fondo Garantía Salarial.....	_____		_____
3. Cotización adicional horas extraordinarias.....	_____		_____
4. Base sujeta a retención del IRPF.....	_____		_____



ANEXO X

MODELO SENCILLO DE ESCRITO DE INICIACIÓN DE CONFLICTO COLECTIVO ANTE LA AUTORIDAD LABORAL

Don/Doña,

Don/Doña,

Don/Doña,

(datos personales de quienes presentan la solicitud), miembros del Comité de Empresa (o Delegados/as de Personal) del centro de trabajo sito en de la Empresa, con domicilio a efectos de notificaciones y citaciones, en, y correo electrónico:@..... comparecen y como mejor proceda en Derecho,

EXPONEN:

Que, debido a la situación conflictiva existente en el centro de trabajo de la mencionada empresa, por las siguientes causas: (especificar los hechos sobre los que versa el conflicto), la representación legal de los trabajadores/ as del mismo, firmante de este escrito, ha adoptado por mayoría el acuerdo de ejercer el derecho al planteamiento del Conflicto Colectivo de Trabajo, conforme a las disposiciones legales vigentes.

Que los empresarios y trabajadores/as afectados por el Conflicto Colectivo son:

-
-
-

Que las peticiones concretas que se formulan con la intención de llegar a una avenencia entre las partes del conflicto son: (en relación a: la modificación de las condiciones de trabajo, o interpretación de una norma preexistente estatal o convenida colectivamente).



Que se presenta este escrito con su copia, con el objeto de que sea remitida por la Autoridad Laboral competente en el plazo de 24 horas a la otra parte del Conflicto Colectivo.

Por todo lo cual los que firman y en virtud de la representación que ostentan, solicitan a la Autoridad Laboral correspondiente el inicio del Conflicto Colectivo, así como la convocatoria para la celebración de una comparecencia a los efectos de lograr una avenencia entre las partes.

En, a de de

Fdo.:

Ilmo/a. Sra./Sr. (Autoridad Laboral competente)



ANEXO XI

MODELO DE ACTA DEL ACUERDO ADOPTADO POR LOS TRABAJADORES/AS DE SOMETER A VOTACIÓN LA HUELGA

En, a de de

REUNIDOS

Los trabajadores/as de la Empresa,
que se señalan al pie de este documento, del centro de trabajo sito en
.....

MANIFIESTAN

Que en base a lo determinado en el artículo 3.2.b) del Real Decreto-Ley 17/1977, y a la vista de la situación conflictiva existente en el centro de trabajo, toman el acuerdo de someter a votación entre todos los trabajadores/as del mismo, la decisión de ejercitar o no el derecho de huelga.

Que esta decisión se comunique a los representantes de los trabajadores/as del mismo Centro a fin de que lleven a término los trámites pertinentes para que se realice dicha votación.

Y para que conste a los efectos procedentes, firman el presente documento en la ciudad y fecha arriba indicados:

Don/Doña Don/Doña Don/Doña

D.N.I. D.N.I. D.N.I.



ANEXO XII

MODELO DE ACTA DE VOTACIÓN DE LOS TRABAJADORES/AS SOBRE LA CONVOCATORIA DE HUELGA

En, a de de

Siendo las horas, se procede a efectuar votación en el centro de trabajo de la Empresa, .. sito en, para determinar si procede la declaración de huelga, dada la situación conflictiva existente en dicho centro.

La votación se lleva a cabo en base a la previa iniciativa para realizarla, en acuerdo tomado por las trabajadoras y trabajadores, uniéndose a la presente acta la certificación de aquella decisión.

Sometida la decisión a votación secreta, el resultado de la misma es el siguiente:

- Número total de trabajadores/as:
- Total de votos emitidos:
- Votos a favor de la huelga
- Votos en contra
- Votos en blanco
- Votos nulos

A la vista de lo expuesto, y por haber obtenido mayoría simple de votos del número de trabajadores/as del centro de trabajo afectado por el conflicto, se decide ejercitar este derecho a través del Comité de Empresa (o Delegados/as de Personal), los cuales cumplimentarán los trámites legales posteriores, ante la dirección de la Empresa y la autoridad laboral.

Leída la presente acta por los miembros del Comité de Empresa (o Delegados/as de Personal), la firman a los efectos procedentes en derecho, en la ciudad y fecha arriba indicados.

Fdo. Don/Doña
D.N.I.:

Fdo. Don/Doña
D.N.I.:

Fdo. Don/Doña
D.N.I.:



ANEXO XIII

MODELO DE ACTA DE ACUERDO DE CONVOCATORIA DE HUELGA ADOPTADO POR LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES/AS

En, a de de

Siendo las horas, se reúnen en el local de la Empresa sito en la calle, las personas que al margen se reseñan, todas ellas miembros del Comité de Empresa (o Delegados/as de Personal) de la misma, a fin de tomar la decisión que corresponde sobre si ejercer o no el derecho a la huelga, en base al Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo y con fundamento en (motivos de la huelga).

Sometida la cuestión a votación, el resultado de la misma es el siguiente:

- Votos a favor de la huelga
- Votos en contra
- Votos en blanco
- Votos nulos

A la vista del resultado de la votación, y de la decisión mayoritaria de los representantes de los trabajadores/as de esta Empresa, se decide ejercer el derecho de huelga.

Lo que se comunicará a la dirección de la Empresa y a la autoridad laboral, en tiempo y forma debidos, y se expondrá en el tablón de anuncios para el conocimiento del personal de la empresa.

De todo lo cual se levanta la presente acta, que firman todos los presentes en la ciudad y fecha arriba indicadas.

Fdo. Don/Doña D.N.I.:

ANEXO XIV

MODELO DE PREAVISO DE HUELGA

AL/LA REPRESENTANTE LEGAL DE (empresa afectada)

A LA (Autoridad laboral competente).

Don/Doña , Don/Doña ,
Don/Doña , Don/Doña ,
todos/as ellos/as miembros del Comité de Empresa (o Delegados/as de Personal) del centro de trabajo de esa empresa, sita en
..... a la dirección de la misma,

MANIFIESTAN

Que, debido a la situación conflictiva en que se encuentran las relaciones laborales del centro de trabajo, por las siguientes causas:

-
-

Por ello, la representación legal de los trabajadores/as, firmantes de este escrito, ha adoptado el acuerdo de ejercer el derecho de huelga, conforme a las disposiciones legales vigentes. A tales efectos, se adjunta a este escrito copia del acta de dicho acuerdo con especificación de los votos habidos.

Que las gestiones realizadas por esta representación para resolver las diferencias existentes, y que son causa directa del conflicto planteado, han sido las siguientes:

-
-

Que los objetivos de la huelga anunciada, en relación con los hechos que la motivan y con las anteriores gestiones realizadas, son los siguientes:

-
-



Que se iniciará la huelga el día (recuérdese que debe ser notificada con 5 días naturales de antelación a la fecha señalada para el inicio de la huelga, o con 10 días naturales si afecta a empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos).

Que el comité de huelga estará compuesto por los siguientes trabajadores/as (máximo de 12):

1. DNI
2. DNI
3. DNI
4. DNI

Lo que se pone en conocimiento de la dirección de la Empresa y de la Autoridad Laboral, a los efectos legales que procedan, solicitando, asimismo, que firmen una copia del presente escrito como acuse de recibo, así como la documentación adjunta.

En, a de..... de 20.....

Fdo.:



ANEXO XV

MODELO BÁSICO DE DENUNCIA ANTE LA ITSS A LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Don/Doña.
, mayor de edad, con domicilio a efectos de notificaciones en el centro de trabajo de la empresa sito en la calle, , con DNI número , y en su calidad de Delegado/a Sindical y Delegado/a de Personal, respectivamente, de la Sección Sindical de la Confederación General del Trabajo (CGT) en la referida empresa, ante esta Inspección de Trabajo respetuosamente comparezco y, como mejor proceda en Derecho,

DIGO:

Que por medio del presente escrito, vengo a poner en conocimiento de esta Inspección, los siguientes,

HECHOS

- PRIMERO.-
- SEGUNDO.-
- TERCERO.-

Por todo lo expuesto,

SOCILITO A LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL que, teniendo por presentado este escrito, y por realizadas las manifestaciones en él contenidas, se sirva iniciar el correspondiente expediente por los hechos denunciados, dándole el curso que en Derecho proceda, y adopte las medidas sancionadoras previstas y legalmente tipificadas en

Por ser Justicia que respetuosamente se pide en, a de de 20....

Fdo.:

9 788469 788950



**Confederación
General del
Trabajo**

cgt.org.es